

LAW AND LEGAL INSTITUTIONS

*Monografie/Collettanee – 11*

# La trasformazione digitale in Europa

## Diritti e principi

*a cura di*

Raffaele Torino e Silvia Zorzetto



G. Giappichelli Editore

LAW AND LEGAL INSTITUTIONS

*Monografie/Collettanee – 11*

### ***Comitato di Direzione***

*Coordinatore:* Giovanni D'Alessandro

Benedetta Agostinelli

Francesco V. Albertini

Chiara Amalfitano

Carlo Bonzano

Andrea Buratti

Antonio Colavecchio

Cristiano Cupelli

Daniele Edigati

Gianpaolo Fontana

Giovanni Girelli

Elena Marinucci

Fulvio Maria Palombino

Antonio Preteroti

Maurizio Sciuto

Raffaele Torino

Marcello Toscano

Fabiana Tuccillo

Silvia Zorzetto

### ***Comitato Scientifico***

*Coordinatore:* Enrico del Prato

Carlo Focarelli

Gian Luigi Gatta

Claudio Luzzati

Carla Masi

Beatrice Pasciuta

Cesare Pinelli

# La trasformazione digitale in Europa

Diritti e principi

*a cura di*

Raffaele Torino e Silvia Zorzetto



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0485-1

ISBN/EAN 979-12-211-5489-4 (ebook - pdf)

*Il presente volume è pubblicato grazie al contributo del Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi Roma Tre.*

*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](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

## Indice

	<i>pag.</i>
<i>Nota dei curatori</i> Raffaele Torino, Silvia Zorzetto	IX
<i>Transizione digitale e dimensione costituzionale dell'Unione europea: tra principi, diritti e valori</i> Chiara Amalfitano, Federico Ferri	1
<i>Sfera pubblica digitale e democrazia nell'Unione europea. Prime consi- derazioni intorno alla dichiarazione europea sui diritti e i principi digi- tali</i> Gianpaolo Fontana	35
<i>Era digitale e diritti umani: luci ed ombre</i> Fulvio Maria Palombino, Alessandro Stiano	75
<i>Neurodiritti: prospettive critiche e questioni dogmatiche</i> Giovanni D'Alessandro, Francesco Cirillo	93
<i>Social Platform e tutela dei diritti degli utenti</i> Raffaele Torino	131

	<i>pag.</i>
<i>La disconnessione nel lavoro in modalità agile: diritto del lavoratore, obbligo del datore</i>	
Antonio Preteroti	157
<i>“Emancipazione digitale” e tutela dei minori tra responsabilità genitoriale e regolamentazione eurounitaria</i>	
Benedetta Agostinelli	179
<i>Osservazioni intorno all'imposizione sull'impresa digitale</i>	
Giovanni Girelli	207
<i>Scambio di informazioni fra le Amministrazioni fiscali in ambito UE e margini di tutela dei contribuenti, secondo la giurisprudenza europea e nazionale</i>	
Francesco V. Albertini	231
<i>Transizione digitale e processo civile</i>	
Elena Marinucci, Silvia Zorzetto	263
<i>Profili Autori</i>	289

## Contents

	<i>pag.</i>
<i>Editors' introduction</i> Raffaele Torino, Silvia Zorzetto	IX
<i>Digital transition and the constitutional dimension of the European Union: principles, rights, and values</i> Chiara Amalfitano, Federico Ferri	1
<i>Digital public sphere and democracy in the European Union. First reflections on the European Declaration on Digital Rights and Principles</i> Gianpaolo Fontana	35
<i>Digital age and human rights: lights and shadows</i> Fulvio Maria Palombino, Alessandro Stiano	75
<i>Neurorights: critical perspectives and dogmatic issues</i> Giovanni D'Alessandro, Francesco Cirillo	93
<i>Social Platforms and protection of user rights</i> Raffaele Torino	131



	<i>pag.</i>
<i>The right to disconnect in smart-work: right of the employee, obligation of the employer</i> Antonio Preteroti	157
<i>“Digital emancipation” and protection of minors between parental responsibility and European regulation</i> Benedetta Agostinelli	179
<i>Observations concerning the taxation of digital companies</i> Giovanni Girelli	207
<i>Exchange of information between tax administrations within the EU and the limits of taxpayer protection, according to European and national jurisprudence</i> Francesco V. Albertini	231
<i>Digital transition and civil process</i> Elena Marinucci, Silvia Zorzetto	263
<i>Editors and Contributors</i>	289

Raffaele Torino, Silvia Zorzetto

## *Nota dei curatori*

Viviamo, si afferma, nel *Digital Decade*. Sarebbe ingenuo considerarlo un facile *slogan*. La formula racchiude un dato storico-ideologico e riflette una complessiva strategia comunicativa e di pensiero, nonostante lo scetticismo verso facili inni a rivoluzioni e momenti di discontinuità epocale nella storia umana. Come noto, infatti, *dècade* per un verso evoca una terminologia tecnica<sup>1</sup>; per altro verso ricorda lo spazio di dieci giorni nel calendario ateniese e in quello della Rivoluzione francese, ossia esperienze del passato i cui tratti ereditari innervano le istituzioni e i sistemi giuridico-politici dei nostri giorni.

Nel panorama in costante evoluzione si parla, facendo leva su una pervasiva metafora bio-naturale, di *ecosistema digitale*, unendo in una coppia concettuale quasi ossimorica naturalità e artificialità, le due cifre costanti della odierna comunicazione e della ideologia della modernità. In questo contesto, è frequente la opinione secondo cui il processo di integrazione europea e i sistemi giuridici che in esso si inseriscono e di cui fanno dialetticamente parte si trovano ad affrontare una trasformazione senza precedenti, una rivoluzione che permea ogni aspetto della vita contemporanea: una transizione che di per sé è un divenire dai confini ancora incerti. La semantica prevalente è tutta incentrata su una idea di cambiamento quale processo in atto di matrice strutturale: emblematica in proposito è la fortuna del concetto di resilienza, oltre a quelli di ‘trasformazione’, ‘transizione’, ‘traiettoria’, ‘rivoluzione’, etc. Il climax ha il suo apice nei neologismi

---

<sup>1</sup>In elettrotecnica, elettronica, scienze delle telecomunicazioni e informatica, a seconda dei contesti d’uso, indica ad es. un insieme di dieci resistori o condensatori identici, usati per realizzare cassette di resistenza o di capacità; nei computer, un gruppo di dieci posizioni di memorie; o ancora, un intervallo di valori numerici i cui estremi stiano tra loro in rapporto di 1 a 10, quindi, con riferimento a intervalli di frequenze o di lunghezze d’onda i cui valori estremi siano uno decuplo dell’altro.

creati per denominare la *nuova* epoca, era, secolo, e, appunto, *décade* (tra i più diffusi, antropocene, information era, etc.).

Rispetto a un periodo in cui l'innovazione tecnologica (digitale) ha avviato molteplici "singolarità" giuridiche da ripensare, è richiesto un rinnovato sforzo di analisi e riflessione in grado di nuovamente comprendere categorie e metodi, interessi in gioco e, ove necessario, procedere a una rielaborazione dei diritti affermati e delle tutele assicurate.

Ispirazione del presente lavoro è stata la 'Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale' (2023/C 23/01), firmata il 15 dicembre 2022 dalla Presidente del Parlamento Europeo (Roberta Metsola), dal Presidente del Consiglio (Petr Fiala) e dalla Presidente della Commissione europea (Ursula von der Leyen), proposta dalla Commissione europea nel gennaio 2022, definita il 'DNA digitale' dell'Unione europea. La Dichiarazione europea affronta numerosi e centrali profili connessi alla trasformazione digitale che stanno vivendo i cittadini e le imprese europee ed intende rappresentare una guida per i responsabili politici e le imprese che si occupano di nuove tecnologie, promuovendo *«un modello europeo per la trasformazione digitale, che metta al centro le persone, sia basato sui valori europei e sui diritti fondamentali dell'UE, riaffermi i diritti umani universali e apporti benefici a tutte le persone, alle imprese e alla società nel suo complesso»*.

Considerando i più recenti dati relativi all'Italia forniti dal 2023 *Report on the state of the Digital Decade*, il nostro Paese non ha sfruttato complessivamente il potenziale digitale per contribuire ulteriormente agli sforzi collettivi posti in essere per raggiungere gli obiettivi del decennio digitale dell'UE. Date le dimensioni dell'economia italiana e della sua popolazione, gli impegni attuali e in programma mirano a contribuire in modo significativo a un "cambio di passo". Negli ultimi anni, si ravvisano progressi in termini di infrastrutture, ma al di sotto della media dell'UE, specialmente per quanto concerne lo sviluppo delle competenze digitali e la digitalizzazione dei servizi pubblici. Si auspica che le strategie adottate su cloud, blockchain, sicurezza informatica e Intelligenza Artificiale, insieme alle riforme e agli investimenti nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, possano creare un quadro solido per il raggiungimento di una trasformazione digitale sostenibile e inclusiva. Come noto, l'Italia sta collaborando con altri Stati membri in merito al proposito di costituire un consorzio europeo per l'infrastruttura digitale e l'Accademia dell'UE per le competenze in materia di cybersicurezza.

Con questo volume collettaneo le autrici e gli autori, molti dei quali

componenti del Comitato di Direzione della collana 'Law and Legal Institutions', si propongono di esplorare e analizzare alcuni fra i molteplici impatti della trasformazione digitale in corso su diverse aree del sistema giuridico italiano, in quanto parte del sistema giuridico multilivello europeo, verificandone la rispondenza a un 'modello europeo' (e, dunque, italiano) di trasformazione digitale. La presente collettanea si propone di proseguire quel dialogo interdisciplinare che rappresenta la principale caratteristica della collana 'Law and Legal Institutions' e i contributi raccolti offrono pertanto una panoramica articolata delle sfide e opportunità che la regolazione del mondo digitale pone alla società moderna.

Quale ulteriore umile voce questo lavoro collettivo vuole contribuire ad alimentare, nel vivace coro del dibattito contemporaneo, una riflessione critico-esplicativa del modello europeo di trasformazione digitale. L'ambizione delle analisi è anche normativa credendo che *le persone* (quali *individui* e nelle loro *inter-azioni*) restino al centro di una *società* forgiata sull'idea della *Rule of Law*, e ciò tanto più quanto più ogni sfera umana risulta viepiù informatizzata, digitale, virtuale. Muovendo da queste premesse, i saggi raccolti nel volume hanno quale *fil rouge* i principi e valori europei di cui all'art. 2 del Trattato sull'Unione europea e i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, e si propongono di comprendere come le loro declamazioni e attuazioni (o tentativi) possano apportare concreti benefici per tutti e tutte le persone che vivono od operano nella Unione Europea, considerando ogni dimensione culturale, economica e, più ampiamente, sociale. Scopo ideale, in definitiva, di questo volume è chiedersi *come il giurista contemporaneo possa mettere a servizio* i suoi metodi e il suo patrimonio, per un complessivo miglioramento della società europea nel suo complesso.

Su queste basi nasce il caleidoscopio di saggi raccolti nel volume che introduciamo.

Il saggio di Chiara Amalfitano e Federico Ferri (*Transizione digitale e dimensione costituzionale dell'Unione europea: tra principi, diritti e valori*) compone e illustra i principi e i valori del sistema giuridico multilivello europeo in cui si collocano le riflessioni più specifiche dei lavori che seguono, accomunati dalla comune radice della ricerca della protezione dei diritti dei singoli (persone fisiche o imprese) di fronte alle nuove insidie dell'ecosistema digitale. Il quadro di riferimento posto alla base dei lavori contenuti nel volume è per altro verso completato sotto il profilo costituzionale dalle riflessioni di Gianpaolo Fontana (*Sfera pubblica digitale e democrazia nell'Unione europea. Prime considerazioni intorno alla dichiarazione euro-*

pea sui diritti e i principi digitali), il quale affronta le implicazioni di natura giuridico-costituzionale derivanti dall'uso della tecnologia digitale e, in particolare, dei nuovi strumenti di comunicazione e di informazione, nel contesto del c.d. 'costituzionalismo digitale'.

Perimetro ed operatività di alcuni diritti fondamentali nel 'Nuovo Mondo' dell'ecosistema digitale (la neutralità tecnologica, il diritto alla privacy nei confronti dello Stato, i diritti economici, sociali e culturali, il diritto di accesso a internet) sono oggetto del saggio di Fulvio Maria Palombino e di Alessandro Stiano (*Era digitale e diritti umani: luci ed ombre*). Alla luce del ruolo attribuito alla scienza e ai modelli di razionalità incorporati nella digitalizzazione tecnica, gli autori auspicano – per usare le parole di Norberto Bobbio – che la riscontrata costante tensione tra diritti (umani) e nuove tecnologie possa condurre «*al Regno dei diritti umani anziché al Regno del Grande Fratello*».

Procedendo su questo solco e volgendo lo sguardo in particolare ai diritti fondamentali della personalità costituzionalmente sanciti, Francesco Cirillo e Giovanni D'Alessandro (*Neurodiritti: prospettive critiche e questioni dogmatiche*) riflettono sul rapporto tra diritto e neuroscienze e sulla necessità od opportunità di concepire una "nuova" età dei diritti caratterizzata dalle scoperte neuro-scientifiche. Il dilemma politico-giuridico oggetto dello studio è quello che viene costantemente messo a nudo dalle frontiere delle scoperte scientifiche: ossia se le categorie fiorite in seno al moderno (neo)costituzionalismo siano attuali, utili e da preservarsi ovvero se sia inevitabile, necessaria, o preferibile la introduzione di modifiche, più o meno ampie, nei contenuti normativi dei diritti fondamentali.

In relazione ai rapporti *inter privatos*, l'analisi di Raffaele Torino (*Social Platform e tutela dei diritti degli utenti*), constatando come il potere di fatto che le Social Platform esercitano sui propri utenti tenda a trasformarsi in un predominio giuridico delle prime sui secondi, esamina i connotati di tale predominio giuridico e si propone di verificare se l'impianto regolatorio (europeo e italiano) sia in grado di affievolire tale predominio, riequilibrando le posizioni giuridiche fra le Social Platform e le loro controparti (soprattutto rispetto allo svolgimento della relazione contrattuale, alla protezione della libera manifestazione del pensiero degli utenti e alla responsabilità delle Social Platform per le attività che tramite esse vengono svolte).

La limitazione dell'invasività delle tecnologie digitali è lo sfondo in cui si collocano le riflessioni di Antonio Preteroti (*La disconnessione nel lavoro in modalità agile: diritto del lavoratore, obbligo del datore*), il quale esamina la disconnessione del lavoratore rispetto alla varietà dei comportamenti (e

delle misure tecniche ed organizzative) e alla molteplicità delle posizioni soggettive, sottolineando come detta disconnessione debba declinarsi nella necessità di una nuova concezione del diritto a disconnettersi, non declinato in negativo, e cioè limitato all'assenza di pregiudizi in capo al lavoratore per l'esercizio di un diritto che potrebbe non esercitare mai, bensì in termini di dovere di protezione del datore di lavoro rispetto alle accresciute e multiformi opportunità di interazione tra vita privata e lavorativa.

Le nuove responsabilità nell'ambito del rapporto fra genitori e minori a cui ci pone di fronte la vita sempre più in rete sono oggetto dell'indagine di Benedetta Agostinelli (*"Emancipazione digitale" e tutela dei minori tra responsabilità genitoriale e regolamentazione eurounitaria*), la quale sottolinea che – a fronte delle difficoltà gestorie di un sistema di protezione basato sul consenso e dell'arma spuntata del *parental control* – la individuazione di rischi sistemici riferiti ai minori appare andare nel senso giusto per assicurare una tutela effettiva di tale categorie di soggetti deboli.

Spesso trascurato dall'opinione pubblica, il profilo delle implicazioni tributarie della trasformazione digitale in corso è oggetto di due saggi raccolti nel volume. Giovanni Girelli (*Osservazioni intorno all'imposizione sull'impresa digitale*) concentra la propria analisi sulla conformità fra gli interventi in materia di imposizione sull'impresa digitale compiuti dal legislatore nazionale e le indicazioni europee, verificando se sussistano soluzioni alternative che risultino maggiormente appaganti dal punto di vista della coerenza dell'imposizione in relazione alla ricchezza che dimostra l'impresa digitale e circa l'efficienza applicativa del tributo oggi in essere. A sua volta, Francesco Vincenzo Albertini (*Scambio di informazioni fra le Amministrazioni fiscali in ambito UE e margini di tutela dei contribuenti*) approfondisce la disamina delle procedure e dei modelli di cooperazione e mutua assistenza fra le amministrazioni fiscali degli Stati membri dell'Unione europea, così toccando un nervo scoperto a livello politico-istituzionale, e focalizzando l'attenzione sulle tutele garantite (o da garantirsi) ai contribuenti.

Infine, guardando alla semplificazione e maggiore efficienza ricercate attraverso la digitalizzazione del processo e lasciando sullo sfondo la qualificazione del diritto quale pratica inter-soggettiva e la sua prevedibilità/certezza, Elena Marinucci e Silvia Zorzetto (*Transizione digitale e processo civile*) affrontano alcuni temi legati alla c.d. transizione digitale del diritto processuale civile italiano: dal "sistema a doppio binario" cartaceo/digitale, alle innovazioni recenti concernenti rito e forme del giudizio di appello, e – più in generale – al "vecchio" problema della chiarezza nel processo.

Come si è accennato al principio di questa nota, facendo tesoro della varietà dei temi e degli approcci, tutti i contributi raccolti muovono dalla comune esigenza di orientarsi entro l'amplessima serie di problemi filosofici, teorici e pratici sollevati dalla transizione digitale e che sono tra i più delicati e controversi della modernità. Nella impossibilità di fornire una mappa, anche solo indicativa, del panorama sotteso al *Digital Decade*, nei contributi come in questa nota, s'intende solo richiamare l'attenzione su alcuni nodi irrisolti latenti. In letteratura esistono profondi disaccordi su cosa s'intenda per "digitale" e digitalizzazione". Con questi sintagmi si indicano fenomeni diversi che vanno, ad esempio, dalla informatizzazione (passaggio dal mondo analogico a quello appunto intangibile del dato informatico come processo di ordine meramente tecnico-tecnologico) a un più ampio e complessivo processo – *rectius*, progetto – di riorganizzazione di sistemi complessi. Si tratta di un approccio incentrato sulla semplificazione, ma non solo, che deriva da una crescente entropia dei sistemi. Come tali gli ambiti di applicazione sono i più disparati, dalla pubblica amministrazione come istituzione e i suoi servizi, al mondo privato: imprese, aziende. Coinvolta è ogni sfera della società e della vita individuale (in ambito personale, clinico, professionale).

Il riferimento al 'digitale' nasconde, è noto, una metafora che parte dall'esperienza sensibile e dalla natura umana: dal latino *digitum* fa eco la dimensione anatomica del dito (che agisce e crea pigiando o premendo su un dispositivo). Cosa vi sia al di là della metafora non è tuttavia scontato né condiviso in alcun ambito di ricerca: si guardi all'informatica, all'ingegneria e alla filosofia della scienza, oppure al diritto e alle discipline umane e filosofiche. I disaccordi che ci circondano sono profondi in quanto dipendono da credenze, concetti, tesi e teorie che sono depositate nella cultura moderna, ma sono anche eredità della storia umana: non sono solo etiche, ma anche metafisiche, antropologiche, ontologiche, gnoseologiche ed epistemologiche.

Lette e guardate nel loro variegato insieme, le ricerche raccolte si cimentano quindi con la regolazione della trasformazione digitale sia essa di fonte europea, sia essa più frutto di specifiche scelte del nostro ordinamento. Ciò nella piena consapevolezza che accompagna gli autori e le autrici – e *noi con loro* – che i problemi giuridici toccati richiedano una impresa collettiva e sforzi d'intenti trasversali tra i vari contesti ordinamentali. Ad alcuni anni dalla nascita della collana 'Law & Legal Institutions', questo volume vuole anche testimoniare questo *idem sentire*: essere dunque simbolo e segno tangibile della ricchezza disciplinare che unisce.

In conclusione, *La trasformazione digitale in Europa. Diritti e principi* aspira a essere un primo insieme di approfondimenti per chi abbia desiderio di avviare la comprensione di alcune delle sfide e possibili ipotesi regolatorie di un'epoca in cui la tecnologia digitale appare assurgere ad “agente chimico di reazione” che impone di ripensare le relazioni fra i poteri pubblici e i privati, non meno che fra privati e privati.

Con questo spirito, auspichiamo che i lavori raccolti stimolino ulteriori riflessioni e occasioni di confronto, per comprendere da un punto di vista interno, ma anche, tentativamente, da uno esterno in cosa consisterà – *di qui al 2030* – la nostra *agenda* e dove punta la *bussola*, a livello nazionale, europeo e globale.

Roma e Milano, dicembre 2023





Chiara Amalfitano, Federico Ferri

*Transizione digitale e dimensione costituzionale  
dell'Unione europea: tra principi, diritti e valori\**

*Digital transition and the constitutional dimension  
of the European Union: principles, rights, and values*

**Abstract**

*Il capitolo esamina la transizione digitale europea nella dimensione costituzionale dell'ordinamento giuridico dell'Unione. A tale proposito, l'analisi concerne dapprima vari principi generali dell'Unione, in particolare quelli relativi alle competenze e i principi del primato, dell'efficacia diretta e dell'effetto utile. In secondo luogo, il lavoro si concentra sulla Carta dei diritti fondamentali, per sondarne l'applicazione da parte della Corte di giustizia e l'attuazione da parte del legislatore dell'Unione con riferimento a talune fattispecie particolarmente rilevanti. Infine, vengono proposte riflessioni sull'impianto assiologico dell'Unione, soprattutto mettendo in comunicazione recenti iniziative in tema di digitale e valori fondanti quali stato di diritto, tutela dei diritti fondamentali e democrazia.*

*The chapter analyses the European digital transition within the constitutional dimension of the Union's legal order. In this regard, the analysis first concerns various general principles of the Union, in particular those relating to the division and exercise of the competences, as well as the principles of primacy, direct effect and effectiveness. Secondly, there is a focus on the Charter of Fundamental Rights to discuss its application, by the Court of Justice, and the implementation, by the Union legislator, with reference to some relevant provisions. Finally, reflections on the axiological system of the Union are proposed, especially by linking certain secondary law acts with core founding values such as the rule of law, protection of fundamental rights and democracy.*

---

\* Benché il lavoro sia frutto di riflessioni comuni e condivise, Chiara Amalfitano è autore dei §§ 1 e 5, Federico Ferri dei §§ 2, 2.1, 2.2, 3, 3.1, 3.2, 4.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Principi generali. – 2.1. Principi relativi alla formazione della legislazione dell'Unione. – 2.2. Principi rilevanti (anche) ai fini dell'attuazione del diritto dell'Unione. – 3. Diritti fondamentali. – 3.1. L'impatto della giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3.2. Nuove (?) prospettive di tutela nel diritto derivato. – 4. Valori fondanti. – 5. Conclusioni.

## 1. *Introduzione*

La trasformazione digitale europea è in corso da tempo. Affonda le sue radici in un'epoca nella quale l'Unione europea (UE) si era da poco affiancata alla Comunità europea (CE)<sup>1</sup> e si apprestava a sostituirla; era il periodo in cui il processo di integrazione europea sembrava destinato a svilupparsi all'ombra di un Trattato costituzionale<sup>2</sup>. Si è poi intensificata quando è entrata nel vivo l'ultima grande stagione di riforma dei Trattati istitutivi, che nel 2007 ha portato all'adozione del Trattato di Lisbona, in vigore dal 2009, il quale ha modificato, come noto, il Trattato sull'Unione europea (TUE) e (anche con riguardo al *nomen iuris*) il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

L'idea di base è sempre stata quella di stimolare in maniera continuativa l'evoluzione di una transizione a guida sovranazionale: un percorso in costante divenire, senza un preciso punto di arrivo (a causa dell'imprevedibilità del progresso tecnologico) e da costruire principalmente nell'ambito di uno spazio coincidente con un altro obiettivo mai concretamente raggiungibile appieno, cioè il mercato interno.

Già con la nota strategia di Lisbona del 2000, l'Unione si prefiggeva di predisporre il passaggio a una «economia digitale» come tassello di un mosaico coincidente con una «società dell'informazione per tutti»<sup>3</sup>. Al lancio della strategia di Lisbona avevano fatto seguito i piani d'azione

---

<sup>1</sup> Tale momento coincide con l'entrata in vigore, nel 1993, del Trattato sull'Unione europea, adottato a Maastricht nel 1992. Si veda, in proposito, A. TIZZANO, *Appunti sul trattato di Maastricht: struttura e natura dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 118, 1995, 209-228.

<sup>2</sup> Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa fu firmato nel 2004, ma l'anno seguente il processo di ratifica (finalizzato alla sua entrata in vigore) si bloccò a seguito di *referendum* negativi in Francia e nei Paesi Bassi.

<sup>3</sup> Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000, Conclusioni della Presidenza (in particolare, punto 8).

*eEurope*<sup>4</sup>. Fu quindi elaborata una successiva strategia di crescita e occupazione, *Europa 2020*<sup>5</sup>, che tra le altre cose si reggeva su una “iniziativa farlo” denominata Agenda digitale europea<sup>6</sup>. E con il secondo Atto per il mercato unico, il sostegno all’economia digitale proiettava l’Unione verso l’esigenza di costruire un «mercato unico digitale» che consentisse a cittadini e imprese «di commerciare liberamente da un paese all’altro senza restrizioni»<sup>7</sup>. Il mercato unico digitale è divenuto l’oggetto di una apposita strategia della Commissione europea nel 2015<sup>8</sup>. Va detto che in questo lasso di tempo la legislazione UE in settori attinenti al digitale non è stata copiosa e ha beneficiato di aggiornamenti sporadici.

Negli ultimi anni l’evoluzione della trasformazione digitale europea ha sperimentato una nuova fase, caratterizzata in particolare da due aspetti di assoluto rilievo.

Il primo consiste nel tangibile incremento della normativa sovranazionale in campo digitale. Attraverso il paradigma del mercato unico digitale, Commissione europea, Parlamento europeo e Consiglio hanno collaborato per produrre nuove regole in settori già disciplinati dall’Unione o per regolamentare da zero determinati fenomeni<sup>9</sup>. Si è così assistito all’adozione o

---

<sup>4</sup> Si vedano, segnatamente: Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo, *eEurope 2002: Impatto e priorità – Comunicazione al Consiglio europeo di primavera Stoccolma 23-24 marzo 2001*, COM(2001) 140 def., 13 marzo 2001; Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *eEurope 2005: una società dell’informazione per tutti – Piano d’azione da presentare per il Consiglio europeo di Siviglia 21 e 22 giugno 2002*, COM(2002) 263 def., 28 maggio 2002.

<sup>5</sup> Comunicazione della Commissione, *Europa2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010) 2020 def., 3 marzo 2020.

<sup>6</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Un’agenda digitale europea*, COM(2010) 245 def., 19 maggio 2010.

<sup>7</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *L’Atto per il mercato unico II. Insieme per una nuova crescita*, COM(2012) 573 def., 3 ottobre 2012. Tale obiettivo era stato anticipato con enfasi nel “Rapporto Monti” del 2010 (*A New Strategy for the Single Market at the Service of Europe’s Economy and Society. Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso*, 9 maggio 2010, spec. punto 2.3).

<sup>8</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM(2015) 192 def., del 6 maggio 2015. Sul tema, si veda M. BASSINI, *Il mercato unico digitale*, in R. TORINO, C. DI MAIO (a cura di), *Diritto e politiche dell’Unione europea*, Milano-Padova 2020, 435-460.

<sup>9</sup> Per informazioni generali è possibile consultare i seguenti link: <https://www.europarl>.

alla proposizione di regolamenti e direttive in settori quali la tutela dei dati (personali e non) e della *privacy*, la proprietà intellettuale, industriale e commerciale, il commercio elettronico e gli intermediari *online* (anche piattaforme), i servizi media audiovisivi, la protezione dei consumatori, la criminalità *online* e la sicurezza di reti e sistemi informativi, i sistemi di intelligenza artificiale (IA). L'Unione sta intervenendo anche per favorire l'apporto della digitalizzazione in altre aree: a mero titolo di esempio, giustizia, sanità, tutela dell'ambiente, politiche migratorie.

La seconda peculiarità dell'ultimo (fino ad ora) stadio della trasformazione digitale europea è la sussistenza di intrecci sempre più saldi e frequenti tra discipline di settore ed elementi puramente costituzionali dell'Unione. La transizione in corso non è più una esclusiva componente del mercato interno, né è da intendersi unicamente come una specifica mutazione dello stesso. Si tratta, invece, di un cambiamento più generale, che coinvolge anche l'essenza dell'Unione in quanto tale. La portata potenzialmente travolgente di una simile metamorfosi ha giustificato la progressiva affermazione di quello che in dottrina viene chiamato "costituzionalismo digitale europeo"<sup>10</sup>.

Diviene allora inevitabile ragionare sulle interconnessioni tra gli strumenti con i quali l'Unione dà corpo alla trasformazione digitale europea e alcune categorie propriamente costituzionali dell'ordinamento UE: principi, diritti e valori.

Tuttavia, l'indagine da compiere si scontra inevitabilmente con la mancanza di confini netti e, talvolta, con la parziale sovrapposizione concettuale tra le predette categorie<sup>11</sup>.

---

[europa.eu/news/it/headlines/priorities/mercato-unico-digitale; https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age\\_it](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_it).

<sup>10</sup>Tra le opere che si occupano in via principale di questo modello si segnalano: O. POLLICINO, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet: A Road Towards Digital Constitutionalism?*, Oxford 2021; G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe: Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge 2022; E. CELESTE, *Digital Constitutionalism: The Role of Internet Bills of Rights*, New York 2023.

<sup>11</sup>Non mancano critiche in dottrina riguardo all'uso della terminologia di riferimento: per tutti, L. PECH, 'A Union Founded on the Rule of Law': *Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law*, in *European Constitutional Law Review*, 6, 2010, 366-367. Si aggiunge poi che studi recenti in parte accostano ulteriori concetti a tali categorie: emblematico è l'esempio delle "clausole generali" (in una prospettiva di diritto dell'Unione): F. MUNARI, *Il ruolo delle clausole generali nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. Un. europea*, 4, 2020, 873-890; C. AMALFITANO, F. CROCI, *Identificazione e ruolo delle clausole generali nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Dir. Un. europea*, 1, 2021, 9-42.

I principi generali dell'Unione<sup>12</sup> figurano in un assetto variegato e difficile da decodificare con precisione, dipendendo in buona parte – e anche in relazione alla genesi – dall'attività della Corte di giustizia. In dottrina si è affermato che nell'ordinamento dell'Unione europea «la categoria dei principi è stata considerata quale fonte specifica del sistema, ricostruita non a partire da frammenti normativi 'sottostanti', ma piuttosto muovendo da complessi ordinamenti eteronomi rispetto al sistema e ad esso in qualche modo giustapposti, con la precipua funzione di condizionarne l'evoluzione e il modo di essere»<sup>13</sup>. La Corte ha quindi fatto ricorso ai principi generali in funzione di un autonomo processo di elaborazione, peraltro alimentato senza che fosse delineato un criterio di differenziazione interno<sup>14</sup>. Tale processo, però, è stato così incisivo da condurre pur sempre alla ricostruzione di principi «propri» dell'Unione, in quanto «di per sé inerenti al sistema giuridico dell'Unione intesa come comunità di diritto»<sup>15</sup>.

La tutela dei diritti fondamentali rientra anch'essa tra i principi generali dell'Unione<sup>16</sup>. Le esigenze di tutela dei diritti fondamentali sono state sviluppate primariamente grazie alla Corte e trovano oggi la più concreta manifestazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta), che si pone gioco-forza in relazione con altri strumenti regionali o nazionali aventi analoga funzione<sup>17</sup>: su tutti, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e le Costituzioni nazionali. Pur risentendo di alcuni limiti in punto di attuazione<sup>18</sup>, con

---

<sup>12</sup> Per approfondimenti sui principi dell'Unione si rinvia, senza la minima pretesa di esaustività, a T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford 2006; A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford-München 2009; K.S. ZIEGLER, P.J. NEUVONEN, V. MORENO-LAX (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law: Constructing Legal Orders in Europe*, Cheltenham-Northampton 2022.

<sup>13</sup> M. CONDINANZI, *Diritti, principi e principi generali nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. Saitta (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino 2016, 73.

<sup>14</sup> A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 1994, 521-578 (spec. 525).

<sup>15</sup> R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, 3<sup>a</sup> ed., Torino 2020, 152.

<sup>16</sup> V. *amplius* C. AMALFITANO, *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham-Northampton 2018.

<sup>17</sup> Per spunti di vario tipo sui molteplici profili discendenti da queste relazioni si rinvia a L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *La Carta dei diritti*, cit.; G. LATTANZI, G. GRASSO, S. LEMBO, M. CONDINANZI, C. AMALFITANO (a cura di), *I diritti fondamentali tra Carte e Corti nazionali ed europee*, Roma 2022.

<sup>18</sup> N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: i limiti di applicazione*, Milano 2018.

l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la Carta è divenuta strumento vincolante avente lo stesso valore giuridico dei Trattati istitutivi<sup>19</sup> ed è a ragion veduta da considerarsi «l'ombra del diritto UE»<sup>20</sup>.

I valori sono invece enunciati dall'art. 2 TUE, in base al quale «[l']Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle minoranze»; lo stesso articolo aggiunge che «[q]uesti valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini». Nonostante l'introduzione del concetto di valori sia un'innovazione della riforma di Lisbona, è bene ricordare che i contenuti dell'attuale art. 2 TUE (inclusi i diritti fondamentali<sup>21</sup>) erano parti integranti dell'ordinamento giuridico UE anche in precedenza, in quanto venivano presentati come principi. Qui basta solo precisare che le varie incognite a tutt'oggi esistenti intorno all'origine, al contenuto, alla natura e alla portata dei valori<sup>22</sup> non dovrebbero far dimenticare che proprio i valori «definiscono l'identità stessa dell'U-

---

<sup>19</sup> Si veda, in proposito, L.S. ROSSI, *'Stesso valore giuridico dei Trattati'? Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. Un. europea*, 2, 2016, 329-356. Per recenti aggiornamenti su vari profili evolutivi della Carta dei diritti fondamentali v. i contributi in C. AMALFITANO, M. D'AMICO, S. LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela: atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a venti anni dalla sua proclamazione*, Torino 2022.

<sup>20</sup> K. LENAERTS, *The EU Charter of Fundamental Rights: Scope of Application and Methods of Interpretation*, in V. KRONENBERGER, M.T. D'ALESSIO, V. PLACCO (sous la direction de), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins: mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles 2013, 117.

<sup>21</sup> Sui principali profili di distinzione giuridica tra diritti fondamentali e valori si veda, in particolare, E. CANNIZZARO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea*, in AA.VV. (a cura di), *Liber amicorum Antonio Tizzano: de la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino 2018, 159; R. BARATTA, *Droits fondamentaux et «valeurs» dans le processus d'intégration européenne*, in *Studi sull'integrazione europea*, 16, 2019, 295.

<sup>22</sup> Per molteplici spunti in tal senso, v. M. CONDINANZI, *L'integrazione differenziata nell'ambito dell'Unione europea*, in M. VELLANO (a cura di), *Il futuro delle organizzazioni internazionali: prospettive giuridiche: 19. Convegno, Courmayeur, 26-28 giugno 2014 / SIDI, Società italiana di diritto internazionale*, Napoli 2015, 407; O. PORCHIA, *Common Constitutional Values and the Rule of Law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 992; V.M. KLAMERT, D. KOCHENOV, *Article 2 TEU*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford 2019, 25; L.S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *Federalismi.it*, 19, 2020, xxii-xxvi.

nione quale ordinamento giuridico comune»<sup>23</sup> e sicuramente non dovrebbero essere intesi come «mere decorum of the Union architecture»<sup>24</sup>.

Ora, in ambito digitale espressioni come principi, diritti e valori tendono ad essere ulteriormente declinate, al punto che è possibile arrivare a intravedere sfaccettature ancora meno nitide nel portato del rispettivo utilizzo. Un esempio illustrativo è la recente Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali<sup>25</sup>. Benché proclamata “solennemente” da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione al pari della Carta di Nizza nel 2000, tale dichiarazione non ha natura giuridicamente vincolante. Quanto ai contenuti, essa ripropone numerose fattispecie esistenti, (ri)elaborate anche dal legislatore dell’Unione e dalla Corte di giustizia, ma aggiunge altresì riferimenti a nuove declinazioni di alcuni di questi diritti, nonché a “principi etici”. Si intuisce che il giurista si trova ora a dovere affrontare (anche) interrogativi sostanziali e metodologici sull’applicabilità di questo strumento nell’ordinamento giuridico UE, considerato pure in una prospettiva *de iure condendo*.

Alla luce di queste prime considerazioni, l’obiettivo del presente scritto è cercare di chiarire *ratio* e principali effetti dei legami tra la trasformazione digitale europea e lo strumentario di derivazione UE comprendente (alcuni) principi generali, diritti e valori fondanti. Per usare una metafora, si tenterà di mettere a sistema più nodi “costituzionali” di diritto UE facenti parte di una rete che coinvolge anche gli Stati membri e che viene tessuta per toccare, almeno in una qualche misura, gli ordinamenti di Paesi terzi.

## 2. Principi generali

### 2.1. Principi relativi alla formazione della legislazione dell’Unione

L’analisi da compiere muove da riflessioni su taluni principi che caratterizzano in maniera particolare l’ordinamento giuridico dell’Unione europea.

---

<sup>23</sup> CGUE, C-157/21, *Polonia e Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio*, sentenza del 16 febbraio 2022, ECLI:EU:C:2022:98, 145.

<sup>24</sup> M. SAFJAN, *The Rule of Law and the Future of Europe*, in *Dir. Un. europea*, 3, 2019, 437.

<sup>25</sup> Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale (2023/C 23/01). Per considerazioni di rilievo si veda anche P. DE PASQUALE, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell’Unione europea?*, in *Dir. Un. europea – Osservatorio europeo*, 17 marzo 2022, 1-15.



Conviene soffermarsi dapprima sulla fase di formazione del diritto derivato dell'Unione, riferendosi segnatamente agli atti legislativi, vale a dire ai regolamenti, alle direttive e alle decisioni adottate con procedura legislativa ordinaria o speciale (artt. 288 e 289 TFUE). Al riguardo, rilevano i principi che governano il sistema delle competenze dell'Unione, dal momento che l'obiettivo di sviluppare la transizione digitale impone di indagare la funzione trainante o servente dei livelli sovranazionale e nazionali.

Il primo principio da enunciare è allora l'attribuzione delle competenze, che di fatto costituisce l'architrave dell'ordinamento UE e che viene richiamato sin dalla prima disposizione del primo articolo del TUE. In forza di questo principio l'Unione può agire esclusivamente entro limiti prestabiliti dagli Stati membri, eccezion fatta per deroghe o temperamenti previsti dai Trattati<sup>26</sup>.

Pur nell'assenza di riferimenti espliciti al digitale nel testo del TUE e del TFUE, non vi è dubbio che la materia possa essere oggetto di regolamentazione da parte dell'Unione e che eventuali restrizioni invocate in nome dell'attribuzione delle competenze non potrebbero sortire alcun effetto. Invero, il digitale intercetta numerose politiche dell'Unione, stante la trasversalità che lo contraddistingue come obiettivo e, per certi versi, come mezzo. Di conseguenza, è potenzialmente vasto l'"arsenale" di basi giuridiche al quale il legislatore dell'Unione può affidarsi per introdurre obblighi funzionali all'accelerazione e al completamento della trasformazione digitale. Semmai, la prassi dimostra che la tendenza dominante è di ricondurre la legislazione sul digitale al mercato interno mediante atti di armonizzazione basati sull'art. 114 TFUE<sup>27</sup>. Tuttavia, la circostanza non è sorprendente in un contesto nel quale transizione digitale e mercato unico digitale tendono in (buona) parte a sovrapporsi.

È bene poi tenere a mente che in più occasioni la legislazione dell'Unione direttamente riconducibile al digitale non è stata costruita con il solo intento di aggiornare discipline preesistenti che correvano il rischio di di-

---

<sup>26</sup> In particolare, ci si riferisce alla cosiddetta "clausola di flessibilità", prevista all'art. 352 TFUE. Il primo paragrafo di tale articolo stabilisce che «[s]e un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate».

<sup>27</sup> Si rinvia all'analisi di G. CAGGIANO, *Il quadro normativo del Mercato unico digitale*, in *Eurojus – Numero speciale "Mercato unico digitale, dati personali e diritti fondamentali"*, a cura di F. ROSSI DAL POZZO, 2020, 13-49.

ventare obsolete, ma sta producendo una sorta di effetto “*tabula rasa*”, nel senso che prevede fattispecie che prima non esistevano in alcuna forma: è per tale motivo che, in certe ipotesi, in dottrina si è parlato persino di «EU law brutality»<sup>28</sup>.

A quanto appena illustrato fa da corollario la compressione delle sfere di responsabilità esclusiva che gli Stati membri mantengono su certe materie alquanto sensibili ai fini dell’oggetto del presente volume: su tutte, si cita la sicurezza nazionale, in considerazione di quanto disposto dall’art. 4, par. 2, TUE. La sicurezza nazionale è in effetti una tematica degna di attenzione, principalmente perché è suscettibile di essere messa a repentaglio da minacce che proprio nell’ecosistema digitale traggono la loro origine. Nonostante la riserva di competenza a favore dei livelli nazionali disposta dall’art. 4, par. 2, TUE, è però pacifico che esista un obbligo generale secondo cui gli Stati membri devono esercitare le loro prerogative nel campo della sicurezza nazionale tenendo in debito conto il diritto dell’Unione europea<sup>29</sup>. Per giunta, in diverse pronunce della Corte di giustizia determinate esigenze di sicurezza nazionale sono state subordinate alla necessità di garantire che le disposizioni di atti legislativi UE strumentali alla transizione digitale siano interpretate in modo da soddisfare altre priorità, come alcuni diritti fondamentali: la “saga” giurisprudenziale sulla *data retention* offre indicazioni interessanti in proposito<sup>30</sup>.

Rilievi analoghi possono essere effettuati in merito all’esercizio delle competenze dell’Unione nel campo del digitale, dunque ai principi di sus-

<sup>28</sup> V. PAPAKONSTANTINOU, P. DE HERT, *The Regulation of Digital Technologies In The EU: The Law-Making Phenomena of “Act-ification”, “GDPR Mimesis” and “EU Law Brutality”*, in *Technology and Regulation*, 2022, 48-60.

<sup>29</sup> Per riflessioni analitiche in merito, si vedano B. DE WITTE, *Les compétences exclusives des états membres existent-elles?*, in AA.VV. (a cura di), *Liber amicorum per Antonio Tizzano*, cit., 301-315.; G. DI FEDERICO, *L’identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell’Unione europea: natura e portata dell’art. 4, par. 2, TUE*, Napoli 2017, 156-159; F. FERRARO, *Brevi note sulla competenza esclusiva degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale*, in AA.VV. (a cura di), *Temi e questioni di diritto dell’Unione europea. Scritti offerti a Caludia Morviducci*, Bari 2019, 27-42; F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea: studio sulla partecipazione all’Unione al tempo delle crisi*, Napoli 2020, 203-210.

<sup>30</sup> CGUE, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland*, sentenza dell’8 aprile 2014, ECLI:EU:C:2014:238; C-362/14, *Schrems I*, sentenza del 6 ottobre 2015, ECLI:EU:C:2015:650; C-203/15, *Tele2 Sverige*, sentenza del 21 dicembre 2016, ECLI:EU:C:2016:970; C-623/17, *Privacy International*, sentenza del 6 ottobre 2020, ECLI:EU:C:2020:790; cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18, *La Quadrature du Net e a.*, sentenza del 6 ottobre 2020, ECLI:EU:C:2020:791; C-746/18, *H.K. v. Prokuratuur*, sentenza del 2 marzo 2021, ECLI:EU:C:2021:152. Per approfondimenti si rinvia a G. FORMICI, *La disciplina della data retention tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali. Un’analisi comparata*, Torino 2021.

sidiarietà e proporzionalità sanciti ai parr. 3 e 4 dell'art. 5 TUE.

Il principio di sussidiarietà impone all'Unione di valutare anticipatamente, nei settori per i quali non ha competenza esclusiva, se gli Stati membri siano in grado di raggiungere in maniera sufficiente l'obiettivo prefigurato e, in caso negativo, se detto obiettivo possa essere conseguito meglio a livello sovranazionale. Il principio di proporzionalità, da osservare invece anche quando la competenza sia esclusivamente dell'UE, stabilisce che il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione debbano limitarsi a quanto necessario per il conseguimento delle finalità da perseguire.

L'osservanza di questi due principi serve a tutelare la sfera degli Stati membri ed è condizione necessaria per la validità dell'atto. In più, il rispetto del principio di sussidiarietà dovrebbe essere oggi rafforzato da obblighi procedurali da assolvere già durante l'*iter* di formazione della normativa e che prevedono un controllo anticipato dei Parlamenti nazionali sulla proposta della Commissione europea. Malgrado ciò, la giurisprudenza della Corte di giustizia tradizionalmente restringe le ipotesi di annullabilità dell'atto per violazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità a errori manifesti di valutazione, lasciando alle istituzioni competenti un margine di manovra decisamente molto ampio<sup>31</sup>. In aggiunta, i poteri accordati ai Parlamenti nazionali per fare sì che il rispetto del principio di sussidiarietà sia garantito *ab originem* si sono rivelati molto tenui<sup>32</sup>: questo sia perché il meccanismo di controllo solo raramente ha portato all'attivazione di "allarmi", sia perché, in fin dei conti, anche in presenza di simili conseguenze non vi sarebbero i presupposti giuridici per costringere la Commissione europea a riformulare la proposta scrutinata.

È quindi logico attendersi che entrambi i principi in commento non possano costituire un freno alla produzione di atti legislativi UE – anche particolarmente stringenti – in materia di digitale. L'Unione resta sostanzialmente libera di scegliere se e come intervenire, soprattutto in considerazione dell'importanza dell'obiettivo di cui trattasi e della complessità degli aspetti materiali da affrontare. A riprova di quanto si afferma, si rileva

---

<sup>31</sup>V. segnatamente CGUE, C-491/01, *British American Tobacco*, sentenza del 10 dicembre 2002, ECLI:EU:C:2002:741, punti 123 e 177-185. In particolare, con riferimento al rispetto del principio di sussidiarietà, in dottrina si è messo in rilievo che il sindacato della Corte è improntato ad un tradizionale *self restraint*: P. DE PASQUALE, *Sharing is caring: i primi trent'anni del principio di sussidiarietà nell'Unione europea*, in *Dir. Un. europea*, 2021, spec. 442.

<sup>32</sup>Per una recente analisi sul tema, si veda L. CECCHETTI, *Il controllo dei Parlamenti nazionali sul rispetto del principio di sussidiarietà*, in G. DI FEDERICO (a cura di), *Alla (ri)scoperta del Parlamento europeo 1979-2019*, Torino 2021, 191-203.

che la prassi non contempla ipotesi di “blocchi” *ex ante* o *ex post* alla legislazione digitale dell’Unione per contrasti con i suddetti principi. Ma anche da un rapido sguardo alle caratteristiche strutturali di molti atti si possono desumere indicatori che confermano questa tesi. Ad esempio, nei *considerando* più pertinenti le spiegazioni inerenti al rispetto di entrambi i principi sono estremamente succinte, quasi didascaliche. E negli ultimi tempi si sta assistendo all’adozione o alla predisposizione di numerosi regolamenti, ossia atti che tendono ad esercitare una particolare pressione *sul test* di necessità della misura individuata, in quanto dotati di portata generale e diretta applicabilità, oltre che obbligatori in ogni loro elemento.

## 2.2. Principi rilevanti (anche) ai fini dell’attuazione del diritto dell’Unione

Occorre ora dirigere l’attenzione verso la fase discendente, soffermandosi su alcuni principi dell’Unione che sovrintendono all’attuazione del diritto sovranazionale ad opera degli Stati membri.

In questa prospettiva, il punto nevralgico dei rapporti multilivello è rappresentato dalla dimensione verticale del principio di leale cooperazione, enunciato all’art. 4, par. 3, TUE. La dottrina che più si è occupata di questa relazione sostiene a ragion veduta che la leale cooperazione sia un principio dalla straordinaria forza attrattiva e funzionalmente integrato con gli altri principi “strutturali” dell’Unione; tuttavia, un’enfasi accentuata è riposta su tre principi: primato del diritto dell’Unione, efficacia diretta ed effetto utile<sup>33</sup>. È allora su questi principi che ci si intende soffermare di seguito.

Il principio del primato è tipico dell’ordinamento giuridico dell’Unione. Il primato del diritto comunitario è stato affermato dalla Corte di giustizia con la celebre sentenza *Costa/ENEL* del 1964<sup>34</sup>, che a sua volta completava la teoria sulle specificità dell’ordinamento dell’allora Comunità, elaborata un anno prima nella pronuncia *Van Gend en Loos*<sup>35</sup>. Sebbene il progressivo allineamento del diritto interno alla dottrina del primato non sia coinciso con una concreta accettazione della stessa nella sua integralità, è innegabile che gli Stati membri saranno tenuti (quasi sempre) a rispettare il di-

---

<sup>33</sup> F. CASOLARI, *Leale cooperazione*, cit., 251-252.

<sup>34</sup> CGCE, C-6/64, *Costa/ENEL*, sentenza del 15 luglio 1964, ECLI:EU:C:1964:66.

<sup>35</sup> CGCE, 26/62, *Van Gend en Loos*, sentenza del 5 febbraio 1963, ECLI:EU:C:1963:1.

ritto UE. Ciò vale sia in caso di obblighi sanciti attraverso il diritto positivo sia con riferimento alle pronunce della Corte di giustizia; e tale conformità deve essere assicurata dall'interprete, quando attua il diritto UE, e dal decisore politico, quando formula norme scritte. Va da sé che la produzione, sul piano sovranazionale, di regimi giuridici sempre più pervasivi e stringenti nel campo del digitale è destinata a incidere su quei delicati rapporti multilivello che il principio del primato inevitabilmente plasma.

Da un lato vi è l'esigenza per le autorità competenti degli Stati membri – a cominciare dai giudici interni – di adeguarsi alle conclusioni di volta in volta raggiunte dalla Corte di giustizia, specialmente in esito a rinvii pregiudiziali che comportano l'interpretazione di disposizioni pensate per operare in un ambiente analogico e che ora vengono invocate in un contesto molto diverso. Emblematico è il caso del “diritto all'oblio” (in senso più tecnico, “diritto alla deindicizzazione”), che la Corte di giustizia nella sentenza *Google Spain* del 2014<sup>36</sup> ha “estrapolato” interpretando la direttiva 95/46/CE<sup>37</sup>. Da questo punto di vista, il giudice nazionale ha anche la possibilità di esercitare una funzione proattiva, in quanto l'esigenza di osservare il principio del primato lo incentiva a chiedere alla Corte di giustizia indicazioni la cui importanza, in termini di impatto, può certamente sconfinare oltre il perimetro del caso di specie.

Per altro verso, gli organi interni titolari del potere normativo devono riformare il diritto esistente o produrre nuovo diritto per adeguare l'ordinamento interno agli obblighi che la legislazione UE sul digitale aggiunge nel corso del tempo. Come si può facilmente intuire, tali trasformazioni si rivelano onerose per ragioni di carattere materiale e temporale. A ciò si aggiunge che le regole rimodulate dall'Unione potrebbero a loro volta mutare a stretto giro, alla luce della rapida evoluzione della realtà pratica: basti pensare ai ripetuti cambiamenti che hanno interessato il diritto UE applicabile alla cbersicurezza<sup>38</sup>, o alle potenziali complessità di coordinamento

---

<sup>36</sup> CGUE, C-131/12, *Google Spain*, sentenza del 13 maggio 2014, ECLI:EU:C:2014:317.

<sup>37</sup> Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in GUCE L 281/31 del 23 novembre 1995. Si veda anche O. POLLICINO, *Interpretazione o manipolazione? La Corte di giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in *Federalismi.it*, 3, 2014, 1-29.

<sup>38</sup> 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, in GUUE L 194/1 del 19 luglio 2016 (da recepire entro il 10 maggio 2018, art. 25), e direttiva (UE) 2022/2555 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 rela-

tra il GDPR e l'attuale proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale<sup>39</sup> (c.d. AIA) – in attesa di evoluzioni nell'arco della procedura legislativa<sup>40</sup>. Parimenti, non è da escludere che a volte la sussistenza di disposizioni controverse nella legislazione UE possa dare luogo a paradossi in sede di recepimento da parte degli Stati membri: sul punto, a seguito delle precisazioni rese dalla Corte di giustizia con la sentenza *Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio*<sup>41</sup>, paiono significative le criticità derivanti dalla complessa interpretazione degli obblighi che la nuova direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d'autore e i diritti connessi<sup>42</sup> fissa circa l'utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online*<sup>43</sup>.

Al principio del primato è legato il principio dell'efficacia diretta (rinominato anche come principio dell'“effetto diretto” o degli “effetti diretti”) del diritto UE<sup>44</sup>. Si premette che la teoria degli effetti diretti è stata elaborata dalla Corte di giustizia a partire dall'inizio degli anni '60<sup>45</sup> e che, di regola, tale attribuzione spetta alle norme che assegnano diritti e che so-

---

tiva a misure per un livello comune elevato di cybersicurezza nell'Unione, recante modifica del regolamento (UE) n. 910/2014 e della direttiva (UE) 2018/1972 e che abroga la direttiva (UE) 2016/1148, in GUUE L 333/80 del 27 dicembre 2022.

<sup>39</sup> 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 def., del 21 aprile 2021.

<sup>40</sup> Su questi delicati incroci tematici si veda G. CONTALDI, *Intelligenza artificiale e dati personali*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 8, 2021, 1193-1213.

<sup>41</sup> CGUE, C-401/19, *Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, sentenza del 26 aprile 2022, ECLI:EU:C:2022:297.

<sup>42</sup> 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, in CGUE L 130/92 del 17 maggio 2019.

<sup>43</sup> Si è messo in rilievo che la pronuncia avrebbe determinato un effetto indesiderato in punto di certezza del diritto. Pur avendo “salvaguardato” l'art. 17 della direttiva, la Corte ne ha riconfigurato alcuni profili sul piano interpretativo, cosicché in vari Stati membri – inclusa l'Italia – le normative di attuazione della norma sarebbero divenute di dubbia legittimità. Ciò anche se (o forse proprio perché) le norme interne di attuazione riprendevano il contenuto del suddetto art. 17. In pratica, sarebbe ora necessario che gli Stati membri qualificassero in maniera più nitida le misure a tutela del divieto di blocco eccessivo dei contenuti che l'art. 17 della direttiva (per come costruito) rischia di favorire (v. F. REDA, *CJEU Upholds Article 17, but not in the Form (Most) Member States Imagined*, in *Kluwer Copyright Blog*, 28 aprile 2022).

<sup>44</sup> Si veda, in particolare, D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali: evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano 2018.

<sup>45</sup> Ci si riferisce alla già citata sentenza *Van Gend en Loos*, (*supra*, n. 35), 22-24.

no chiare, precise e incondizionate<sup>46</sup>: stanti questi elementi, il singolo può invocare la situazione soggettiva prevista dalla norma UE (dotata delle caratteristiche di cui sopra) innanzi agli organi nazionali, per vederne riconosciuta la titolarità. Senonché, anche il principio dell'efficacia diretta si presta a ulteriori considerazioni in virtù dell'incessante progressione del diritto dell'Unione in ambito digitale.

È appena il caso di anticipare (e lo si vedrà meglio nelle prossime pagine) che la legislazione UE sul digitale propone una correlazione più stretta tra obblighi e diritti (fondamentali). Qui preme soltanto sottolineare che, a prescindere da ciò, non è affatto automatico che la disposizione di volta in volta presa in esame abbia efficacia diretta, né sarà sempre agevole – soprattutto per il giudice interno – appurare una simile circostanza. Inoltre, la tutela dei diritti fondamentali ravviva il dibattito intorno al tema degli effetti diretti nei rapporti tra privati<sup>47</sup>. La questione è di interesse anche perché non mancano opinioni di Autori che vedono in alcuni *landmark cases* della Corte di giustizia sui diritti fondamentali di “*privacy digitale*” l'applicazione della formula degli effetti diretti anche ai rapporti *inter privatos*. In particolare, la dottrina cui ci si sta rifacendo ritiene che nella sentenza *Google Spain* la Corte avrebbe presupposto un'efficacia diretta orizzontale degli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali, che tutelano, rispettivamente, la vita privata e i dati personali<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Ma vi è chi ritiene che tale teoria sia stata interpretata e applicata estensivamente in alcune recenti e importanti sentenze della Corte di giustizia. Si rinvia a A. RASI, *Gli effetti diretti e il primato del diritto dell'Unione: una correlazione a geometria variabile*, in *Dir. Un. europea*, 2018, 555-594.

<sup>47</sup> Di recente, F. COSTAMAGNA, *Diritti fondamentali e rapporti tra privati nell'ordinamento dell'Unione europea*, Torino 2022. Sul punto, vale la pena rappresentare che l'affermazione dell'efficacia diretta della Carta è da ritenersi quale logica conseguenza dei principali fondamenti della sentenza *Van Gend en Loos*, nella quale la Corte aveva – tra l'altro – dichiarato che il diritto comunitario attribuiva diritti soggettivi ai singoli, ma imponeva loro anche obblighi: v. M. CONDINANZI, *L'invocabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nei rapporti orizzontali*, in C. AMALFITANO, M. D'AMICO, S. LEONE (a cura di), *La Carta*, cit., 132.

<sup>48</sup> O. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *MediaLaws*, 2, 2018, 162. È bene ricordare, comunque, che il tema dell'efficacia diretta della Carta nei rapporti tra privati ha in realtà portata più ampia, come dimostra la recente giurisprudenza della Corte di giustizia in relazione a fattispecie quali il diritto alle ferie annuali retribuite (art. 31, par. 2, della Carta: v., in particolare, CGUE, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer e al.*, sentenza del 6 novembre 2018, ECLI:EU:C:2018:871, e C-684/16, *Max-Planck*, sentenza del 6 novembre 2018, ECLI:EU:C:2018:874); il divieto di discriminazione fondata sulla religione (art. 21, par. 1, della Carta, su cui CGUE, C-414/16, *Egenberger*, sentenza del 17 aprile 2018, ECLI:EU:C:2018:257, e C-193/17, *Cresco Investigation*, sentenza del 22 gennaio 2019,

Più in generale, però, i risvolti della vicenda *Google Spain* conducono a una constatazione ormai ineluttabile, che fa da cerniera tra questa prima parte dell'analisi e il prosieguo del lavoro. La trasformazione digitale europea dipende dalle attività di soggetti privati che vantano una posizione di forza eccessiva nel campo delle tecnologie digitali. Dal canto loro, questi attori economici esercitano quotidianamente poteri talmente intensi e diffusi che nei rapporti da essi promossi o favoriti promanano innumerevoli situazioni giuridiche di profondo squilibrio.

Infine, il principio dell'effetto utile non nasce come tratto distintivo dell'ordinamento giuridico dell'Unione, ma in dottrina si è posto l'accento sulle peculiarità riconducibili alle modalità con cui la Corte di giustizia ricorre all'effetto utile per perseguire un'interpretazione più o meno ampia del diritto UE, utilizzandolo come strumento flessibile per valorizzare gli obiettivi indicati nei Trattati istitutivi<sup>49</sup>.

Proprio la giurisprudenza della Corte permette di apprezzare lo spessore del principio dell'effetto utile per l'analisi che si sta compiendo. Lo si ricava in specie quando sorge l'esigenza di interpretare una disposizione risalente in un ambito operativo ormai rivoluzionato dal progresso tecnologico.

Così, è anche in ossequio al principio dell'effetto utile che la Corte ha concluso che gli Stati membri possono autorizzare le biblioteche accessibili al pubblico a digitalizzare le opere contenute nelle proprie collezioni, poiché in caso contrario verrebbe sostanzialmente svuotato di contenuto il diritto (principale) di comunicazione di opere che la direttiva 2001/29/CE, su diritto d'autore e diritti connessi<sup>50</sup> (direttiva Infosoc), riconosce anche a queste istituzioni<sup>51</sup>. Ancora, dall'interpretazione di una delle disposizioni

---

ECLI:EU:C:2019:43); il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva (art. 47 della Carta, si veda ancora la sentenza *Egenberger*). Per commenti sul tema v. M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare (?) gli orizzonti dell'effetto diretto. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie"*, in *Federalismi.it*, 22 maggio 2019, 1-17; F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, *ivi*, 1-25; L.S. ROSSI, *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*, *ivi*, 1-12.

<sup>49</sup>Per approfondimenti, v. I. INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari 2017.

<sup>50</sup>Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, in GUCE L 167/10 del 22 giugno 2001.

<sup>51</sup>CGUE, C-117/13, *Eugen Ulmer*, sentenza dell'11 settembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2196, punti 42-49. Il riferimento va all'art. 5, par. 3, lett. n), letto assieme all'art. 5, par. 2, lett. c), della direttiva 2001/29/CE.



più dibattute dell'ultraventennale direttiva 2002/58/CE<sup>52</sup> (direttiva sulla *privacy*) emerge che solo in presenza di circostanze del tutto eccezionali è consentito derogare al divieto di conservazione generalizzata e indifferenziata, ai fini della lotta alla criminalità grave, di dati relativi al traffico e all'ubicazione<sup>53</sup>; sennonché, l'effetto utile è stato utilizzato dalla Corte come argomento per negare che le autorità nazionali competenti in materia di indagini penali possano comunque accedere a quei dati nell'ambito di azioni penali anche quando le predette modalità di conservazione siano eccezionalmente giustificate<sup>54</sup>.

Volgendo poi lo sguardo a uno strumento di recente adozione, come il regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR)<sup>55</sup>, il principio dell'effetto utile è stato avanzato per preservare un sistema di tutele in ipotesi di legittimo esercizio di poteri nazionali. Non è trascurabile che la Corte abbia richiamato l'effetto utile dei diritti in esso garantiti per circoscrivere la portata dell'autonomia processuale degli Stati membri, orientando il contenuto delle disposizioni procedurali nazionali di attuazione dei mezzi di ricorso previsti dal regolamento<sup>56</sup>. Similmente, la Corte ha fatto leva sull'effetto utile del meccanismo dello "sportello unico", applicabile ai trattamenti transfrontalieri di dati, per rappresentare l'esigenza di una cooperazione stretta tra autorità di controllo capofila e altre autorità di controllo interessate<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> Art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), in GUUE L 201/37, del 31 luglio 2002.

<sup>53</sup> CGUE, *La Quadrature du Net e a.*, punto 168.

<sup>54</sup> CGUE, C-140/20, *Commissioner of An Garda Síochána*, sentenza del 5 aprile 2022, ECLI:EU:C:2022:258, punto 100.

<sup>55</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE, in GUUE L 119/1 del 4 maggio 2016.

<sup>56</sup> CGUE, C-132/21, *Budapesti Elektromos Művek*, sentenza del 12 gennaio 2023, ECLI:EU:C:2023:2, punti 45-48.

<sup>57</sup> CGUE, C-645/19, *Facebook Ireland e a.*, sentenza del 15 giugno 2021, ECLI:EU:C:2021:483, punto 65. Il principio dello "sportello unico" sovrintende alla cooperazione tra l'autorità di controllo capofila e altre autorità di controllo interessate.

### 3. Diritti fondamentali

#### 3.1. L'impatto della giurisprudenza della Corte di giustizia

La transizione digitale europea porta il giurista a esplorare dinamiche evolutive riguardanti non soltanto i principi che meglio esprimono le specificità dell'ordinamento dell'Unione, ma anche quel sistema di tutela e promozione dei diritti fondamentali che l'Unione stessa propone da tempo come proprio elemento essenziale. Per ragionare intorno ai principali spunti di riflessione che derivano dal legame tra diritti fondamentali e transizione digitale in ambito UE è opportuno considerare dapprima l'opera della Corte di giustizia e solo in un secondo momento l'approccio del legislatore dell'Unione.

Nell'introduzione al Capitolo è stato ricordato che la centralità dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione è l'effetto dell'incessante lavoro della Corte di giustizia. Come prevedibile, l'azione della Corte a tutela dei diritti fondamentali è particolarmente apprezzabile anche all'interno del cosiddetto "ecosistema digitale", dove la Carta sovente trova applicazione. D'altronde, proprio nel preambolo della Carta viene enfatizzata la necessità di rendere più visibili i diritti fondamentali per rafforzarne la tutela «alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici». Tale elaborazione giurisprudenziale, nel suo complesso, permette di apprezzare molteplici effetti.

Anzitutto, se da un lato pare corretto ritenere che la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digitale abbracci un numero limitato di fattispecie, dall'altro lato non sfugge come questi diritti in molte pronunce siano stati "attualizzati". In concreto, l'ampia gamma di sentenze che riguardano diritti fondamentali in ambito digitale si riferisce per lo più al rispetto della vita privata (art. 7 della Carta), alla tutela dei dati personali (art. 8), alla libertà di espressione – e informazione – (art. 11), alla libertà di impresa (art. 16) e alla tutela della proprietà intellettuale (art. 17). Oltre a ciò, vengono in rilievo quei diritti procedurali riconducibili al titolo sulla "giustizia", soprattutto al diritto a un ricorso effettivo (art. 47). Rimane il fatto che tutti questi diritti sono stati resi operativi nel contesto digitale principalmente grazie alla Corte; d'altro canto, la legislazione dell'Unione a lungo ha riconosciuto e garantito – per altro prima ancora che la Carta fosse stata resa giuridicamente vincolante – situazioni soggettive "decontestualizzate" rispetto a una realtà pratica sempre più

digitalizzata. Qualche esempio consente di comprendere il senso di quanto si sta affermando.

Fino al 2016, e per più di 20 anni, la protezione e la circolazione dei dati personali sono state disciplinate dalla direttiva 95/46/CE<sup>58</sup>, che era stata predisposta quando il passaggio dall'analogico al digitale ancora doveva prendere abbrivio. Tuttavia, a livello UE si è progressivamente cercato di rendere operativi i diritti *ex artt.* 7 e 8 della Carta in "appoggio" a prerogative sancite dalla direttiva del 1995<sup>59</sup>. Ciò ha alimentato filoni giurisprudenziali dal forte impatto per la qualificazione e l'attuazione dei diritti fondamentali di *privacy* digitale.

Quanto appena riassunto vale in una certa misura anche per l'area della proprietà intellettuale, soprattutto per il settore del *copyright*. Vari atti legislativi erano stati adottati tra la fine degli anni '90 e i primi anni 2000: qui si ricordano, oltre alla già menzionata direttiva 2001/29/CE su diritto d'autore e diritti connessi<sup>60</sup>, la direttiva 96/9/CE sulla tutela giuridica delle banche dati<sup>61</sup> e la direttiva 2004/48/CE sui diritti di proprietà intellettuale<sup>62</sup>. Nonostante all'epoca i diritti legati al *copyright* non potessero corrispondere alle fattispecie invocabili al giorno d'oggi in rapporti che si concretizzano nella sfera digitale, la Corte non ha esitato ad applicare l'art. 17 della Carta in molte pronunce aventi per oggetto le suddette direttive<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> V. *supra*, nota 37.

<sup>59</sup> Ad esempio, Y. POULLET, *The Directive 95/46/EC: Ten Years after*, in *Computer Law and Security Report*, 33, 2006, 206-217.

<sup>60</sup> V. *supra*, nota 50.

<sup>61</sup> Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati, in GUCLE L 77/20 del 27 marzo 1996.

<sup>62</sup> Direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, in GUUE L 195/16 del 2 giugno 2004.

<sup>63</sup> Alcuni esempi: CGUE, C-275/06, *Promusicae*, sentenza del 29 gennaio 2008, ECLI:EU:C:2008:54, spec. punti 61-70; C-277/10, *Luksan*, sentenza del 9 febbraio 2012, ECLI:EU:C:2012:65, punto 71; C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, ECLI:EU:C:2014:192, in part. punti 47 e 61; C-580/13, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2015:485, in part. punto 31; C-149/17, *Bastei Lübbe*, sentenza del 18 ottobre 2018, ECLI:EU:C:2018:841, punti 43-49; C-469/17, *Funke Medien*, sentenza del 29 luglio 2019, ECLI:EU:C:2019:623, *passim*; C-476/17, *Pelham*, sentenza del 29 luglio 2019, ECLI:EU:C:2019:624, spec. punti 32-33; C-516/17, *Spiegel Online*, sentenza del 29 luglio 2019, ECLI:EU:C:2019:625, *passim*. V. anche J. GRIFFITHS, L. McDONAGH, *Fundamental rights and European IP Law – The Case of Art. 17(2) of the EU Charter*, in C. GEIGER (ed.), *Constructing European Intellectual Property: Achievements and New Perspectives*, Cheltenham-Northampton 2013, 75-93; P. OLIVER, C. STOTHERS, *Intellectual Property Under the Charter: Are the Court's Scales Properly Calibrated?*, in *Common Market Law Review*, 54, 2017, 517-566; M. HUSOVEC, *The Essence of Intellectual Property Rights Under Article 17(2) of the EU Charter*, in *German Law Journal*, 20, 2019, 840-863.

Simili considerazioni sono replicabili con riguardo alla libertà di espressione e informazione o alla libertà di impresa, giacché tali situazioni giuridiche soggettive previste dalla Carta hanno trovato concretizzazione in disposizioni di atti di diritto derivato adottati molto tempo addietro, incluse le direttive passate in rassegna poc' anzi<sup>64</sup>.

La giurisprudenza UE su diritti fondamentali e digitale rileva anche per l'attitudine a portare all'estremo gli effetti di più forme di tutela previste dal diritto UE a favore degli individui. Alcune sentenze sono infatti passate alla storia perché non si limitano a instillare nel diritto derivato l'essenza dei diritti fondamentali di *privacy* digitale, ma tramite l'attuazione della Carta hanno prodotto conseguenze dirompenti nelle relazioni verticali che collegano l'individuo allo Stato membro e/o all'Unione. Vale la pena riprendere le pronunce *Digital Rights Ireland*<sup>65</sup> e *Schrems I*<sup>66</sup>, che come già accennato costituiscono i pilastri dell'approccio della Corte in tema di *data retention*. Ambedue le decisioni, adottate nell'ambito di rinvii pregiudiziali, dichiarano l'illegittimità integrale di altrettanti atti di diritto derivato dell'Unione per violazione degli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali.

Con la sentenza *Digital Rights Ireland* la Corte ha dichiarato l'invalidità integrale di un atto legislativo, ossia la direttiva 2006/24/CE<sup>67</sup> sulla conservazione dei dati. La direttiva è stata giudicata viziata perché incideva in misura sproporzionata sui diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati di carattere personale, comportando serie inge-  
genze. Questo perché l'atto effettivamente imponeva agli Stati membri la conservazione di dati che, nel loro insieme, avrebbero potuto fornire indicazioni molto accurate sulla vita privata dei soggetti interessati<sup>68</sup>. Inoltre,

---

<sup>64</sup> Anche in questo caso l'elenco che si riporta di seguito è meramente esemplificativo: CGUE, C-73/07, *Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia*, sentenza del 16 dicembre 2008, ECLI:EU:C:2008:727, punto 56; C-70/10, *Scarlet Extended*, sentenza del 24 novembre 2011, ECLI:EU:C:2011:771 punti 42-49; C-360/10, *SABAM*, sentenza del 16 febbraio 2012, ECLI:EU:C:2012:85, punti 41-48; C-201/13, *Deckmyn*, sentenza del 3 settembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2132, punti 25-27; C-160/15, *GS Media*, sentenza dell'8 settembre 2016, ECLI:EU:C:2016:644, punto 31; C-345/17, *Buividis*, sentenza del 14 febbraio 2019, ECLI:EU:C:2019:122, in part. punto 65.

<sup>65</sup> *Supra*, v. nota 30.

<sup>66</sup> *Supra*, *ibidem*.

<sup>67</sup> Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006 riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, in GUUE L 105/54 del 13 aprile 2006.

<sup>68</sup> La Corte ha sottolineato che i dati da conservare consentivano, in particolare, di: conosce-

veniva consentito alle autorità nazionali competenti l'accesso a tali dati ed il rispettivo utilizzo senza che la persona in questione dovesse essere informata della circostanza. Per la Corte, il legislatore avrebbe dovuto limitare la propria libertà di azione in vista della sensibilità dei diritti toccati dalla direttiva, predisponendo idonee garanzie sostanziali e procedurali che nella direttiva contestata mancavano.

L'eco di *Schrems I*, invece, risuona ancora non solo in virtù del fatto che la Corte di giustizia ha ivi nuovamente dichiarato l'integrale invalidità di un atto dell'Unione (questa volta non legislativo), ma anche per la tipologia del vizio constatato. Va detto che il caso di specie ruotava attorno a profili di rischio particolarmente elevati, essendo in discussione il trasferimento di dati personali dall'Unione ad uno Stato terzo: l'atto sottoposto all'attenzione della Corte era infatti una decisione con cui la Commissione attestava che gli Stati Uniti sarebbero stati in grado di garantire un adeguato livello di protezione dei dati personali provenienti dagli Stati membri<sup>69</sup>. La sentenza *Schrems I* è allora divenuta a pieno titolo uno dei “*grands arrêts*” della giurisprudenza UE, poiché la Corte, giungendo a conclusioni diametralmente opposte rispetto alla posizione assunta dalla Commissione, ha dichiarato che la decisione era in contrasto con il «contenuto essenziale» del diritto fondamentale al rispetto della vita privata<sup>70</sup>. Si tratta, insomma, di una pronuncia che certifica una violazione di massima gravità<sup>71</sup>, in aper-

---

re destinatario e mezzo della comunicazione dell'interessato, determinare il momento della comunicazione e il luogo da cui questa ha avuto origine e, stabilire la frequenza delle comunicazioni dell'interessato o con determinate persone in uno specifico periodo.

<sup>69</sup> Decisione 2000/520/CE della Commissione, del 26 luglio 2000, a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'adeguatezza della protezione offerta dai principi di approdo sicuro e dalle relative «Domande più frequenti» (FAQ) in materia di riservatezza pubblicate dal Dipartimento del commercio degli Stati Uniti, in GUUE L 215/1 del 25 agosto 2000.

<sup>70</sup> Su questo argomento, applicato in particolare al caso di specie, si vedano, tra gli altri, T. OJANEN, *Making the Essence of Fundamental Rights Real: The Court of Justice of the European Union Clarifies the Structure of Fundamental Rights under the Charter*. ECJ 6 October 2015, Case C-362/14, *Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner*, in *European Constitutional Law Review*, 12, 2016, 318-329; M. BRKAN, *The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection: Finding the Way Through the Maze of the CJEU's Constitutional Reasoning*, in *German Law Journal*, 20, 2019, 864-883.

<sup>71</sup> In sintesi, secondo la Corte la Commissione aveva adottato la decisione omettendo di effettuare una reale verifica sulle garanzie che gli Stati Uniti, in considerazione della loro legislazione nazionale o dei loro impegni internazionali, avrebbero potuto offrire per assicurare un livello di protezione dei diritti fondamentali sostanzialmente equivalente a quello garantito nell'Unione. In particolare, la Corte ha ritenuto che il regime statunitense (contraddistinto dal cosiddetto “principio dell'approdo sicuro”) avrebbe reso possibili ingerenze intollerabili da

to contrasto con il dettato dell'art. 52, par. 1, della Carta, in quanto ha rilevato che un atto dell'Unione era suscettibile di alterare il nucleo intangibile di un diritto fondamentale. Per giunta, si rappresenta che la Corte ha reso tale statuizione sebbene non fosse stata investita di un rinvio pregiudiziale di validità, a differenza di quanto avvenuto in *Digital Rights Ireland*. È stata dunque la Corte stessa a spingersi oltre il perimetro dei quesiti pregiudiziali di (mera) interpretazione, considerando necessario il sindacato di validità della decisione controversa<sup>72</sup>.

In ogni caso, ad oggi il valore aggiunto dell'azione della Corte di giustizia per la tutela dei diritti fondamentali più esposti alla transizione digitale può essere colto anche in merito alla definizione di rapporti diversi da quelli che vedono l'individuo contrapporsi a poteri statali. È sempre più diffusa la tendenza di privati e giudici nazionali a sussumere prerogative derivanti dal diritto derivato in fattispecie contenute nella Carta dei diritti fondamentali, cosa che a sua volta ravviva esigenze di tutela integrata<sup>73</sup>. Ne deriva che il ricorso diffuso e incalzante ai diritti fondamentali nelle controversie localizzate in ambiente digitale amplifica oltremodo il prodursi di conflitti orizzontali sotto l'egida del diritto primario dell'Unione: in altre parole, conflitti tra due o più diritti fondamentali invocati da privati che avanzano pretese contrastanti. Verosimilmente, è questa la nuova frontiera della giurisprudenza UE (ma non solo, a dire il vero): sempre più spesso la Corte di giustizia sarà chiamata a bilanciare diritti fondamentali nel rispetto dei criteri individuati dall'art. 52, par. 1, della Carta<sup>74</sup>.

Il compito affidato alla Corte è però arduo, visto che l'attività di bilanciamento è oggettivamente condizionata dall'applicazione del principio di proporzionalità. Il rischio è che l'ineluttabilità della ricerca di soluzioni caso per caso si traduca nell'assenza di criteri oggettivi per acclarare i presupposti del bilanciamento e del successivo contemperamento tra situazioni soggettive. Tale incertezza è destinata ad aumentare se poi le norme di

---

parte delle autorità pubbliche nazionali nei diritti fondamentali delle persone coinvolte. Di fatto, la decisione della Commissione autorizzava la conservazione generalizzata ad opera di autorità statunitensi di tutti i dati personali trasferiti, senza che fosse prevista alcuna differenziazione, limitazione o eccezione, e senza che le autorità degli Stati membri potessero eseguire alcun controllo in merito.

<sup>72</sup> *Schrems I*, punto 67.

<sup>73</sup> Su questo aspetto, si veda B. NASCIBENE, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in *European Papers*, 6, 2021, 81-99.

<sup>74</sup> L.S. ROSSI, *Brevi osservazioni sulle recenti tendenze evolutive della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea sulla protezione dei dati personali*, in *Eurojus – Numero speciale "Mercato unico digitale, dati personali e diritti fondamentali"*, cit., 52.

diritto derivato da interpretare alla luce della Carta sono prive di qualsivoglia indicazione utile e magari anche inadatte a governare fattispecie che ora si realizzano in un contesto molto diverso da quello originario.

Ecco che allora l'analisi di varie sentenze nelle quali la Corte, solitamente a conclusione di rinvii pregiudiziali, ha bilanciato (o avrebbe potuto bilanciare) diritti fondamentali invocati in maniera antitetica nei procedimenti principali dischiude uno scenario piuttosto indecifrabile<sup>75</sup>. Ciò rende altresì altalenanti le prospettive di un efficace dialogo tra i giudici di Lussemburgo con la Corte europea dei diritti dell'uomo e/o le Corti costituzionali degli Stati membri<sup>76</sup>. Inutile dire che gli esiti di queste sentenze possono avere ripercussioni controverse sull'attuazione del diritto dell'Unione, specialmente se i giudici interni il più delle volte non ricevono le chiavi di lettura necessarie per prendere decisioni univoche. Per queste ragioni, diviene più che mai necessaria l'azione del legislatore dell'Unione, chiamato a dare corso alla trasformazione digitale europea attraverso l'adozione di atti che tengano in debito conto il collegamento tra fattispecie tutelate e diritti fondamentali.

### 3.2. Nuove (?) prospettive di tutela nel diritto derivato

L'esigenza testé messa in mostra induce pertanto a sondare le interconnessioni tra diritti fondamentali e nuovi scenari normativi di particolare rilevanza per la transizione digitale europea. È infatti imprescindibile che il diritto derivato dell'Unione venga arricchito con appositi strumenti di regolazione delle nuove tecnologie che consentano di garantire il rispetto dei diritti fondamentali sulla base di standard omogenei di protezione<sup>77</sup>.

L'aspetto più significativo da sottolineare è il crescente riferimento ai diritti fondamentali negli atti e nei documenti riguardanti in via diretta o

---

<sup>75</sup> Per maggiori dettagli, F. FERRI, *Il bilanciamento dei diritti fondamentali nel mercato unico digitale*, Torino 2022, 121-222.

<sup>76</sup> Ancora una volta, la giurisprudenza multilivello sulla *data retention* nel quadro dei diritti fondamentali si rivela un terreno di indagine che suscita reazioni ambivalenti: cfr. J. PODKOWIK, R. RYBSKI, M. ZUBIK, *Judicial Dialogue on Data Retention Laws: A Breakthrough for European Constitutional Courts?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 19, 2021, 1597-1631, e M. ROJSZCZAK, *National Security and Retention of Telecommunications Data in Light of Recent Case Law of the European Courts*, in *European Constitutional Law Review*, 17, 2021, 608-635.

<sup>77</sup> A. ADINOLFI, *Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: qualche considerazione sulle attuali strategie normative dell'Unione*, in *I Post di AISDUE*, 14 marzo 2023, 321-343 (spec. 342).

indiretta la legislazione dell'Unione nel campo del digitale.

Questa narrativa delle istituzioni politiche UE, più attenta all'esigenza di protezione e promozione dei diritti fondamentali, ha in realtà una portata generale, in corrispondenza all'obiettivo di visibilità indicato nel preambolo della Carta. In dottrina e nella prassi si parla di «fundamental rights mainstreaming»<sup>78</sup>, e si allude a un necessario cambio di paradigma dovuto alla posizione apicale che il Trattato di Lisbona ha assegnato alla Carta nella gerarchia delle fonti dell'Unione. Il rafforzamento di quella che a tutti gli effetti dovrebbe essere un'autentica «cultura dei diritti fondamentali» passa attraverso tutte le fasi di formazione degli atti legislativi<sup>79</sup>. Se ne ricava che già prima della redazione della proposta e dell'elaborazione delle posizioni di Parlamento europeo e Consiglio nell'*iter* legislativo occorre realizzare valutazioni di impatto che tengano conto delle possibili ricadute positive e negative che il modello di atto auspicato potrebbe produrre sui diritti fondamentali più pertinenti all'oggetto della disciplina da predisporre. Ecco perché determinate prospettive di tutela (o, se del caso, di episodica compressione) dei diritti fondamentali dovrebbero poter essere individuate sin dai documenti preparatori della Commissione, come i libri bianchi, le strategie settoriali o di ampio respiro, gli “*staff working documents*”.

È però evidente che la transizione digitale si presta in misura particolare a favorire la “presenza” della Carta nella legislazione UE, poiché il percorso che l'Unione deve affrontare implica al tempo stesso nuove opportunità per rendere efficaci i diritti fondamentali ma anche sfide e pericoli<sup>80</sup>. Al riguardo, non deve passare inosservato che la prima relazione annuale a carattere tematico sull'applicazione della Carta (la relazione del

---

<sup>78</sup> Cfr. Agenzia europea dei diritti fondamentali, *Mainstreaming Fundamental Rights: Turning Words Into Action*, 2016, spec. 12. Si vedano poi O. DE SCHUTTER, *Mainstreaming Fundamental Rights in the EU*, in P. ALSTON, O. DE SCHUTTER (eds.), *Monitoring Fundamental Rights in the EU: The Contribution of the Fundamental Rights Agency. Essays in European Law*, Oxford-Portland 2005, in part. 55-57; V. KOSTA, *Fundamental Rights Mainstreaming in the EU*, in F. IPPOLITO, M.E. BARTOLONI, M. CONDINANZI (eds.), *The EU and the Proliferation of Integration Principles under the Lisbon Treaty*, London-New York 2019, 14-44.

<sup>79</sup> Comunicazione della Commissione, *Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, COM(2010) 573 def., del 19 ottobre 2010, 7.V. anche Accordo interistituzionale «legiferare meglio» tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea, del 13 aprile 2016, in GUUE L 123/1, del 12 maggio 2016, punto 12.

<sup>80</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, COM(2020) 711 def., del 2 dicembre 2020, 2.



2021), è stata incentrata sulla tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale<sup>81</sup>.

Tanto premesso, in molti atti legislativi UE di recente adozione e strumentali alla trasformazione digitale europea i richiami ai diritti fondamentali – per lo meno ad alcuni di essi – sono particolarmente pronunciati e ricorrenti. Di converso, solo di rado l'enfasi posta sui diritti fondamentali nella parte motivazionale di questi atti trova ulteriore riscontro nell'articolato cogente. Non è certo questo lo spazio opportuno per realizzare un'indagine così complessa e per lunghi tratti settoriale; tuttavia, vale la pena illustrare taluni esempi, anche solo per sommi capi.

Un settore nel quale la centralità dei diritti fondamentali è manifesta è la tutela dei dati personali. Nel paragrafo precedente si è visto fino a che punto la Corte di giustizia è riuscita a interpretare disposizioni della direttiva 95/46/CE alla luce della Carta. Sulla scia di questi filoni giurisprudenziali, le riforme della normativa UE sui dati personali sono intrise di riferimenti alla Carta, in primo luogo all'art. 8 della stessa.

Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali del 2016 presenta una caratteristica fortemente innovativa, giacché si fonda sull'art. 16 TFUE, che assicura ad ogni persona il diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. Pur essendo a pieno titolo ascrivibile alla categoria degli atti che dovrebbero contribuire a realizzare il mercato unico digitale, il GDPR persegue finalità che vanno oltre le dinamiche di mercato sulle quali la direttiva abrogata tendeva ad appiattirsi; e già i primi *considerando* del regolamento fanno risaltare la doppia anima della riforma. La pervasività delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali nel GDPR è tale da stimolare due osservazioni aggiuntive. La prima è che nel corpo dell'atto possono rinvenirsi diritti che concretizzano appieno fattispecie previste all'interno della Carta, segnatamente la tutela dei dati personali e il rispetto della vita privata. La seconda considerazione, logica continuazione della precedente, è che il GDPR sembra essere stato costruito con l'intento di tutelare anche altri diritti fondamentali, tant'è che in dottrina è stato presentato come un atto alla costante ricerca di un bilanciamento tra diritti che nella pratica possono rivelarsi potenzialmente collidenti<sup>82</sup>.

Anche la direttiva (UE) 2016/680, sulla protezione dei dati personali

---

<sup>81</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale – Relazione annuale 2021 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, COM(2021) 819 def., del 10 dicembre 2021.

<sup>82</sup>J. AUSLOOS, *The Right to Erasure in EU Data Protection Law*, Oxford 2020, *passim*.

nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia<sup>83</sup>, pur non aprendosi ad articolate dinamiche di conflitto, si regge sulla stessa base giuridica del GDPR e contribuisce a rafforzare la tesi per cui il settore in analisi sia sempre più condizionato dall'esigenza di tutela degli individui e, per l'effetto, dei diritti fondamentali maggiormente rilevanti.

Più difficile giungere a conclusioni simili se si analizzano gli atti cardine della strategia europea per i dati imbastita dalla Commissione tempo dopo l'inizio del periodo di applicazione del GDPR. In teoria, la protezione dei diritti fondamentali è rilevante nella nuova strategia<sup>84</sup>, e non si può negare la presenza di accenni al rispetto dei diritti fondamentali nei primi passaggi delle parti motivazionali del regolamento (UE) 2022/868 sulla *governance* dei dati<sup>85</sup>, o nella "legge europea sui dati"<sup>86</sup>. Tuttavia, il grado di concretizzazione dei diritti fondamentali – inclusi i diritti *ex artt.* 8 e 7 della Carta – nei precetti di questi strumenti sembra piuttosto sfocato. Analogamente, neppure la proposta di regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari pare incidere più di tanto sull'attuazione dei diritti fondamentali, compreso il diritto alla salute tutelato dall'art. 35 della Carta. Vi è da attendersi che l'effetto considerato sia almeno in parte dipendente dalla base giuridica di questi strumenti: non più (o non solo, per quanto riguarda la proposta di regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari) l'art. 16 TFUE, ma l'art. 114 TFUE.

Ciò non significa automaticamente che detta base giuridica impedisca alla Carta dei diritti fondamentali di spiegare i propri effetti nella legislazione corrispondente: vi sono atti legislativi e proposte di primaria importanza per la trasformazione digitale europea che sono basati sull'art. 114 TFUE e che presentano forti collegamenti con la Carta.

---

<sup>83</sup> Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, in GUUE L 119/89, del 4 maggio 2016.

<sup>84</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Una strategia europea per i dati*, COM(2020) 66 def., del 19 febbraio 2020.

<sup>85</sup> Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724, GUUE L 152/1 del 3 giugno 2022.

<sup>86</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati), COM(2022) 68 def., del 23 febbraio 2022. Nel momento in cui si scrive il regolamento è stato formalmente adottato dal Consiglio ed è in attesa di pubblicazione.

Si pensi alla proposta di “legge europea per la libertà dei media”<sup>87</sup>, finalizzata all’adozione di un regolamento che ambisce a favorire il rispetto della libertà e il pluralismo dei media e a difendere la libertà di espressione e informazione. L’iniziativa della Commissione si distingue indubbiamente per la spiccata attenzione alle prerogative assorbite nella libertà fondamentale di espressione e informazione<sup>88</sup>. Inoltre, nel progetto di atto legislativo i vari diritti (e doveri) dei fornitori e dei destinatari dei servizi di media – che la proposta elenca agli artt. 3 ss. – trascendono i confini delle libertà di mercato, arrivando addirittura a ipotizzare possibili contrasti tra diritti fondamentali e interessi idonei a limitarne (almeno in astratto) la portata<sup>89</sup>.

E ancora, si consideri la direttiva (UE) 2019/790 su diritto d’autore e diritti connessi nel mercato unico digitale<sup>90</sup>, che si prefigge di modernizzare una materia chiave per la transizione digitale dell’Unione. Tra gli elementi più dibattuti della riforma realizzata con la direttiva del 2019 vi sono alcune fattispecie con le quali di fatto vengono declinati diritti fondamentali: ci si riferisce soprattutto ai nuovi rapporti tra diritti esclusivi e limitazioni o eccezioni (artt. 3 ss.), alla protezione delle pubblicazioni di carattere giornalistico in caso di utilizzo *online* (art. 15), all’utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* (art. 17). In aggiunta, è opinione ormai diffusa che la formulazione di questi articoli avrebbe altresì favorito l’insorgere di dinamiche di conflitto tra

<sup>87</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro comune per i servizi di media nell’ambito del mercato interno (legge europea per la libertà dei media) e modifica la direttiva 2010/13/UE, COM(2022) 457 def., del 16 settembre 2022.

<sup>88</sup> Inoltre, la proposta rappresenta il culmine di un approccio che si trova a fare i conti con un aspetto paradossale. Come osservato in dottrina, l’emersione e il repentino consolidamento delle piattaforme *online* sui mercati dei media digitali «ha reso impellente la necessità di un bilanciamento in seno alla medesima libertà di espressione e di informazione»; il terreno di riferimento propone dunque profili di contrasto interni allo stesso art. 11 della Carta. B. NASCIMBENE, *L’evoluzione dei diritti e delle libertà fondamentali nel settore dei media. Diritto dell’Unione europea, orientamenti giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Eurojus*, 10, 2023, 32.

<sup>89</sup> L’art. 4, par. 2, lett. c), della proposta di regolamento vieta l’uso di *spyware* in alcun dispositivo o macchinario utilizzato dai fornitori di servizi di media (o, se del caso, dai loro familiari, o dai loro dipendenti o dai relativi familiari, a meno che ciò non sia giustificato, caso per caso, da motivi di sicurezza nazionale o avvenga nell’ambito di indagini su reati gravi a carico di una delle persone di cui sopra. L’eventuale eccezione avrà effetto solo se conforme all’art. 52, par. 1, della Carta e ad altre normative dell’Unione.

<sup>90</sup> *Supra*, nota 42.

il diritto fondamentale alla tutela della proprietà intellettuale e quello relativo alla libertà di espressione e informazione<sup>91</sup>.

Ma l'approccio di cui si sta dando conto è lampante soprattutto nell'impostazione di due strumenti ulteriori: il regolamento (UE) 2022/2065<sup>92</sup>, noto come "legge europea sui servizi digitali" (DSA), e la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale<sup>93</sup>.

Il DSA aspira a modernizzare il quadro giuridico sinora appiattito sulla direttiva *e-commerce* del 2000. Si applica ai servizi *online*, categoria che comprende varie attività: dai siti *web* ai servizi di infrastruttura internet e alle piattaforme *online*. Il regolamento prevede obblighi di condotta proporzionati alla dimensione del destinatario, in particolare le piattaforme (di dimensioni molto grandi)<sup>94</sup>. È perciò da intendersi come misura propedeutica alla prevenzione di limitazioni eccessive per i diritti degli utenti dei servizi *online*, e si pone specificatamente a presidio della libertà di espressione e informazione di cui all'art. 11 della Carta. In particolare, la sensazione è che le esigenze sottese a questa libertà tendano a prevalere sugli interessi riconducibili alla libertà d'impresa.

L'AIA (in attesa di conoscere le sorti della proposta) ambisce invece a regolamentare alcuni profili dell'immissione sul mercato, della messa in servizio o dell'uso di sistemi di IA. Nell'economia dell'analisi che si sta

---

<sup>91</sup> In particolare, cfr. The European Copyright Society, *Comment of the European Copyright Society Selected Aspects of Implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market into National Law*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 11, 2020, 115-131.

<sup>92</sup> 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), in GUUE L 277/1 del 27 ottobre 2022.

<sup>93</sup> *Supra*, nota 39.

<sup>94</sup> Il DSA definisce la piattaforma *online* nei termini seguenti: «un servizio di memorizzazione di informazioni che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde informazioni al pubblico, tranne qualora tale attività sia una funzione minore e puramente accessoria di un altro servizio o funzionalità minore del servizio principale e, per ragioni oggettive e tecniche, non possa essere utilizzata senza tale altro servizio e a condizione che l'integrazione di tale funzione o funzionalità nell'altro servizio non sia un mezzo per eludere l'applicabilità del presente regolamento» (art. 3, lett. i). All'art. 33 sono invece indicati gli elementi che permettono di concludere se la piattaforma *online* è di dimensioni molto grandi o meno. A queste ultime vengono poi accostati i motori di ricerca. L'art. 3, lett. j), definisce il motore di ricerca come segue: «un servizio intermedio che consente all'utente di formulare domande al fine di effettuare ricerche, in linea di principio, su tutti i siti web, o su tutti i siti web in una lingua particolare, sulla base di un'interrogazione su qualsiasi tema sotto forma di parola chiave, richiesta vocale, frase o di altro input, e che restituisce i risultati in qualsiasi formato in cui possono essere trovate le informazioni relative al contenuto richiesto».

compiendo l'AIA è un'iniziativa di prim'ordine, in quanto punto di approdo di un approccio antropocentrico e basato sul rischio<sup>95</sup>. Una specificità dell'AIA è la finalità di garantire la difesa dei diritti fondamentali in via pressoché trasversale. Nel testo della proposta si legge che il regolamento immaginato dalla Commissione «migliorerà e promuoverà» la protezione di molti diritti tutelati dalla Carta: il diritto alla dignità umana, il rispetto della vita privata e della vita familiare, la protezione dei dati personali, la libertà di espressione e di informazione, la libertà di riunione e di associazione e la non discriminazione, la protezione dei consumatori, i diritti dei lavoratori, i diritti delle persone con disabilità, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, i diritti della difesa e la presunzione di innocenza e il diritto a una buona amministrazione; e sono altresì interessati i diritti dei minori, la salute e alla sicurezza delle persone, il diritto fondamentale a un livello elevato di protezione dell'ambiente<sup>96</sup>. Sono sufficienti queste indicazioni per intuire che la disciplina sull'IA è suscettibile di aprire, attraverso il prisma della transizione digitale, una fase ancora più avanzata del rapporto tra diritti fondamentali e mercato interno.

A questo punto, sorge spontanea una domanda. Cosa accomuna, nelle relazioni tra diritti fondamentali e legislazione UE all'epoca della trasformazione digitale europea, settori come quelli considerati in questo paragrafo (dati personali, diritto d'autore e diritti connessi, media, servizi digitali, intermediari *online*, intelligenza artificiale)? La risposta è: l'assoggettamento degli stessi ai cospicui poteri esercitati da (pochi) operatori privati capaci di raggiungere qualsiasi utente. Il rafforzamento, almeno presunto o tentato, dei meccanismi di tutela dei diritti fondamentali negli strumenti passati in rassegna poc'anzi risiede proprio nella necessità di contemperare esigenze di progresso tecnologico dell'Unione come attore su scala mondiale e di difesa degli individui dall'eccessiva libertà di azione di grandi piattaforme digitali. Tuttavia, non è solo una questione di tutela dei diritti fondamentali, essendo in discussione l'intero "nucleo identitario" dell'ordinamento UE.

---

<sup>95</sup> Si veda anche *Libro bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, COM(2020) 65 def., del 19 febbraio 2020. Per approfondimenti sull'approccio delle istituzioni UE all'IA prima dell'adozione della proposta si veda A. ADINOLFI, *L'Unione europea dinanzi allo sviluppo dell'intelligenza artificiale*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa 2020, 13-35.

<sup>96</sup> COM(2020) 206, cit., punto 3.5 e considerando 28.

#### 4. Valori fondanti

Il filo conduttore che lega i precedenti paragrafi conduce adesso a soffermarsi sui valori fondanti dell'Unione.

In premessa si è fatto cenno a varie incertezze tutt'ora sussistenti in merito a più aspetti dei valori fondanti dell'Unione. In aggiunta, alcuni studiosi lamentano una carenza di concretizzazione dei valori UE nel diritto derivato<sup>97</sup>.

Per quanto qui di interesse, non è affatto trascurabile che negli ultimi tempi le istituzioni politiche UE abbiano intensificato i collegamenti tra diritto applicabile alla macro-area del digitale e valori fondanti, con precipuo riferimento allo stato di diritto, tutela dei diritti fondamentali (qui intesa come valore) e democrazia<sup>98</sup>. Ciò nella consapevolezza che, in termini generali, lo stato di diritto è sempre più inteso come pre-requisito per il rispetto di diritti fondamentali e democrazia<sup>99</sup>.

Il discorso sui valori quali priorità da proteggere e promuovere nell'arco della transizione digitale segue una parabola che di recente ha iniziato a sperimentare un'evoluzione significativa. Quest'ultima sta avvenendo anche (*rectius*, soprattutto) per consentire all'Unione di progredire nel suo percorso di avvicinamento ad una agognata – ma al momento utopistica – sovranità digitale (o tecnologica). Essa a sua volta implica un confronto serrato con le capacità di taluni Stati terzi e, di conseguenza, con la forza di attori di provenienza extra-UE che tuttavia sono in grado di “appropriarsi” di ampie porzioni di mercato interno<sup>100</sup>; ma questa azione ad ampio raggio non si limita a finalità mercantilistiche, essendo concepi-

---

<sup>97</sup> Ci si riferisce in particolare a J. WOUTERS, *Revisiting Art. 2 TEU: A True Union of Values?*, in *European Papers*, 5, 2020, spec. 256-257.

<sup>98</sup> F. FERRI, *Transizione digitale e valori fondanti dell'Unione: riflessioni sulla costituzionalizzazione dello spazio digitale europeo*, in *Dir. Un. europea*, 2, 2022, in part. 293-326.

<sup>99</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, COM(2014) 158 def., dell'11 marzo 2014, 4. Per approfondimenti su questo legame si veda L. PESCH, *The Rule of Law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 14, 2022, 107-130.

<sup>100</sup> Per riflessioni di carattere giuridico sul posizionamento del concetto in parola nel diritto UE, si veda: Focus Speciale su *EU Strategic Autonomy and Technological Sovereignty*, a cura di C. BEAUCILLON, S. POLI, in *European Papers*, 8, 2023; S. POLI, *Il rafforzamento della sovranità tecnologica europea e il problema delle basi giuridiche*, in AA.VV. (a cura di), *Quaderno AISDUE serie speciale – Atti del Convegno “L'Unione europea dopo la pandemia” Bologna 4-5 novembre 2021*, Napoli 2022, 159-173.

ta come strumentale alla preservazione del DNA dell'UE nel suo insieme<sup>101</sup>.

Certamente, si possono individuare tracce di questo approccio in atti di carattere politico-programmatico. Al riguardo, l'istituzione più attiva è la Commissione europea, che ha inserito la transizione digitale tra gli obiettivi primari del proprio programma di azione per il quinquennio 2019-2024.

I valori dell'Unione sono al centro del «Decennio digitale europeo», che contiene una «bussola» nella quale figurano le ambizioni e gli obiettivi della politica digitale dell'Unione per il 2030<sup>102</sup>. Nel contesto del decennio digitale europeo si ricorda nuovamente che è stata adottata una Dichiarazione congiunta sui diritti e i principi digitali europei; al di là dei possibili equivoci terminologici accennati nell'introduzione del Capitolo, il documento rafforza le basi per un cambiamento di vaste proporzioni, che a sua volta dovrà essere plasmato dai valori europei. L'accento sui valori è posto già nei primi passaggi della parte motivazionale della Dichiarazione ed è visibile nell'obiettivo finale. Nel complesso, dal testo della Dichiarazione si comprende che anche i valori fondanti dell'Unione saranno utilizzati come canoni supremi per orientare la transizione digitale europea.

Anche la già citata strategia per il rafforzamento dell'applicazione della Carta del 2020 evoca a più riprese i valori fondanti dell'Unione. Il punto nodale è che le nuove sfide e i nuovi sviluppi, comprendenti tutto ciò che si lega alla transizione digitale, richiedono un rinnovato impegno multilivello per garantire che la Carta sia applicata «al massimo delle sue potenzialità», divenendo a tutti gli effetti «una realtà per tutti». Ma il presupposto di fondo è che la missione affidata alla strategia non può prescindere dall'interconnessione dei valori fondanti: oltre alla tutela dei diritti fondamentali spiccano, come anticipato poco sopra, la democrazia e lo Stato di diritto<sup>103</sup>.

Se poi si considera il Piano d'azione per la democrazia europea pubblicato dalla Commissione nel 2020<sup>104</sup>, si può facilmente constatare che il va-

---

<sup>101</sup> E. CELESTE, *Digital Sovereignty in the EU: Challenges and Future Perspectives*, in F. FABBRINI, E. CELESTE, J. QUINN (eds.), *Data Protection Beyond Borders: Transatlantic Perspectives on Extraterritoriality and Sovereignty*, Oxford-Portland 2021, 218-219. V. anche H. RROBERTS *et al.*, *Safeguarding European values with digital sovereignty: an analysis of statements and policies*, in *Internet Policy Review*, 10, 2021, 1-26.

<sup>102</sup> <https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/europes-digital-decade>.

<sup>103</sup> COM(2020) 711, cit., 1-2.

<sup>104</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *sul piano d'azione per la democrazia europea*, COM(2020) 790 def., del 3 dicembre 2020, 2-3.

lore in oggetto assume una duplice connotazione quando viene calato nell'“arena” del digitale. Da un lato, il digitale viene inteso come una leva per agevolare l'accesso dei cittadini alla partecipazione democratica; dall'altro, è proprio dal digitale che promanano molte minacce attuali per la tenuta democratica degli Stati membri e dell'Unione. E questi pericoli non sono solamente endogeni, ma anche esogeni, come dimostrano le attività destabilizzanti esercitate da operatori extra-UE nel contesto del conflitto tra Russia e Ucraina<sup>105</sup>.

Ma vi è di più. Negli ultimi tempi la dimensione valoriale del diritto derivato dell'Unione in materia di digitale inizia ad essere più evidente anche nella legislazione (completata o proposta). In fin dei conti, il motivo è sempre il medesimo: favorire lo sviluppo digitale dell'UE senza perdere di vista l'esigenza di arginare i poteri di grandi operatori privati che in campo tecnologico vantano una *leadership* senza pari. In particolare, il DSA e l'AIA offrono una visione più chiara del processo in corso.

Si è già detto che il DSA è un atto avente quale base giuridica l'art. 114 TFUE e al tempo stesso preposto alla tutela di alcuni diritti fondamentali, in via primaria la libertà di espressione e informazione. In realtà, sin dalle fasi iniziali della procedura legislativa che ha condotto all'adozione del DSA, questo regolamento è sempre stato immaginato come un atto a presidio dei valori costituzionali dell'Unione al cospetto di rischi derivanti da soggetti privati, tendenzialmente stabiliti in Stati terzi<sup>106</sup>. In effetti, la centralità della libertà di espressione sottintende una delicatissima operazione di contenimento delle interferenze di matrice governativa che oggi potrebbero essere realizzate più facilmente con i mezzi digitali; si tratta di una misura di prevenzione di rischi sistemici, cosa che inevitabilmente porta l'interprete a rivolgere l'attenzione all'impianto valoriale dell'Unione. Si è giustamente arrivati a sostenere che il DSA sia una iniziativa che contribuisce a tratteggiare l'identità dell'Unione europea anche dal punto di vista

---

<sup>105</sup> V. anche S. POLI, *La portata e i limiti delle misure restrittive dell'Unione europea nel conflitto tra Russia e Ucraina*, in SIDIBlog, 22 marzo 2022.

<sup>106</sup> Come osservato in dottrina, «the Digital Services Act can be taken as an example of the resilience of the European constitutional model reacting to the threats of platform power. This new phase [...] is more a reaction of European digital constitutionalism to the challenges for fundamental rights and democratic values in the algorithmic society. In effect, this framework underlines how constitutional law could play a critical role in limiting platform power, while promoting the protection of fundamental rights and freedoms» (G. De GREGORIO, O. POLLICINO, *The European Constitutional Road to Address Platform Power*, in *Verfassungsblog*, 31 agosto 2021).



assiologico<sup>107</sup>. In più, secondo alcune opinioni, anche l'iniziativa speculare al DSA, vale a dire la legge sui mercati digitali<sup>108</sup> (DMA), avrebbe l'effetto, per lo meno indiretto, di contrastare le incursioni che i cosiddetti *gatekeepers* possono realizzare financo nella sfera di valori come quelli sui quali ci si sta focalizzando<sup>109</sup>. D'altronde, il DSA e il DMA sono stati elaborati come strumenti complementari in tal senso, «the two pillars of digital regulation which respects European values and the European model, and will define a framework adapted to the economic and democratic footprint of digital giants»<sup>110</sup>.

È però con la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale che l'essenza costituzionale dell'ordinamento dell'Unione si manifesta maggiormente nel diritto derivato<sup>111</sup>. Preliminarmente, è utile indicare che il primo obiettivo specifico dell'AIA – da intendersi anche come un tentativo di «leadership by example» nella *governance* del settore a livello internazionale<sup>112</sup> – è «assicurare che i sistemi di IA immessi sul mercato dell'Unione e utilizzati siano sicuri e rispettino la normativa vigente in materia di diritti fondamentali e i valori dell'Unione». Per giunta, la tutela dei valori viene espressamente (e sorprendentemente) presentata come argomento rafforzativo per spiegare che la proposta rispetta il principio di sussidiarietà, stante il regime di competenze non esclusive dell'Unione desumibile dalle basi giuridiche selezionate. Dopodiché, è vero che l'AIA ha un campo d'azione abbastanza limitato, atteso che introduce divieti e limitazioni passibili di deroghe a tratti (molto?) intense; eppure, la proposta di regolamento innova laddove riconduce ai valori UE gli obblighi di tutela a fronte di quei rischi giudicati intollerabili. In altri termini, l'AIA vieta al-

---

<sup>107</sup> F. RESTA, *I poteri privati e gli àrbitri dei diritti*, in *MediaLaws*, 1 dicembre 2020.

<sup>108</sup> 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), in GUUE L 265/1 del 12 ottobre 2022.

<sup>109</sup> C. MASSA, *Ultimi sviluppi della riforma del digitale in Europa: il Digital Markets Act tra costituzionalismo europeo e concorrenza*, in AA.VV. (a cura di), *Quaderno AISDUE serie speciale*, cit., 302-307.

<sup>110</sup> <https://cdn.gelestatic.it/repubblica/blogautore/sites/408/2022/03/document.pdf>.

<sup>111</sup> Cfr. anche C. SCHEPISI, *Diritti fondamentali, principi democratici e rule of law: quale ruolo e quale responsabilità per gli Stati nella regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 17, 2022, 41-69.

<sup>112</sup> L. FLORIDI, *The European Legislation on AI: a Brief Analysis of its Philosophical Approach*, in *Philosophy & Technology*, 34, 2021, 217.

cune pratiche di IA<sup>113</sup> proprio perché ritenute contrarie ai valori<sup>114</sup>. In questo modo, l'orientamento (per quanto ancora *in nuce*) della Commissione rappresenta un punto di svolta, poiché nell'AIA è quanto mai visibile l'associazione tra valori fondanti e responsabilità di soggetti privati, prima ancora che di Stati membri.

## 5. Conclusioni

Alcuni Autori hanno saputo spiegare con efficacia quale nuova tipologia di potere sta ridelineando i contorni della teoria costituzionale: «[t]he advent of new digital technologies [...] provides an unprecedented means of limiting and directing human freedom that has appeared on the global stage; a way based on not an 'external' force [...] but rather an 'internal' force, able to affect and eventually substitute our self-determination 'from inside'»<sup>115</sup>. Ebbene, l'analisi sin qui condotta conferma che la trasformazione digitale ha implicazioni costituzionali di massima importanza anche nell'ordinamento giuridico UE; anzi, pare di poter dire che sia in corso un'accelerazione dell'evoluzione del costituzionalismo (digitale) europeo.

Si ritiene che la transizione in atto, anche in considerazione delle funzioni para-statali esercitate dai principali operatori di settore, possa favorire l'insorgere di prospettive per un progressivo riposizionamento degli equilibri tra le tre anime coniugate all'interno dell'Unione, e che trovano corrispondente rappresentatività nelle istituzioni politiche UE.

In nome della difesa e della promozione dei propri principi, diritti e valori, l'Unione sta oggi intervenendo più di quanto non abbia fatto in passato, quando l'impulso della giurisprudenza era la soluzione più accreditata per contrastare quei fisiologici disallineamenti tra diritto positivo e prassi derivanti dall'inerzia del legislatore sovranazionale. È anche per mezzo di queste leve costituzionali che si sta assistendo a un incremento in termini

---

<sup>113</sup> In particolare, sono previsti divieti (ancorché non assoluti) verso sistemi di IA utilizzabili per attuare tecniche subliminali o per l'assegnazione del punteggio sociale, o che sfruttano le vulnerabilità di un gruppo specifico di persone, o, ancora, per l'identificazione biometrica remota in tempo reale in spazi accessibili al pubblico da parte delle autorità di contrasto.

<sup>114</sup> COM(2021) 206, cit., punto 5.2.2.

<sup>115</sup> A. SIMONCINI, E. LONGO, *Constitutional Law in the Algorithmic Society*, in H.-W. MICKLITZ et al. (eds.), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge 2022, 32.

di estensione e profondità della portata della legislazione UE in ambito digitale. Tale attivismo (nel limite del possibile) si protende anche al di fuori dell'Unione, specialmente nel tentativo di limitare, o almeno orientare, le incursioni potenzialmente incontrollate dei giganti del *web*. Sostanzialmente, sembra che l'Unione sia alla ricerca di una *leadership* normativa "rafforzata" per ridurre il divario tecnologico che la separa da Stati terzi (come Stati Uniti e Cina) e da colossi privati sempre più simili a Stati.

In questo scenario gli Stati membri sono posti più che mai di fronte all'esigenza di rispettare obblighi che lasciano intravedere in filigrana i predetti elementi costituzionali dell'Unione; e la propensione dell'Unione all'armonizzazione e all'adozione di regolamenti pare funzionale alla graduale compressione del margine di manovra dei livelli nazionali, tra l'altro in vista di obiettivi che vanno oltre la riduzione del grado di frammentazione del mercato interno. Non è da escludere che ciò possa culminare con tensioni tra regole UE e diritto costituzionale interno, da risolvere pur sempre in ossequio al principio del primato del diritto dell'Unione. In un'ottica circolare, però, la posizione degli Stati membri diverrà strategica anche in fase ascendente. La trasformazione digitale dell'Unione dipenderà in buona parte dall'unità di intenti degli Stati membri in Consiglio, quando cioè le procedure di adozione degli atti legislativi UE entrano nel vivo.

Da ultimo, l'approccio dell'Unione alla trasformazione digitale europea annovera tra i propri pilastri – almeno in teoria – il potenziamento della funzione di "schermo" che il diritto derivato può e deve esercitare in maniera efficace a favore degli individui, segnatamente i cittadini dell'Unione. L'ancoraggio della legislazione UE sul digitale ai diritti fondamentali (e a quei principi e valori che dovrebbero massimizzare i benefici degli individui quali soggetti dell'ordinamento giuridico sovranazionale) potrebbe, in ultima analisi, contribuire a rinsaldare i connotati democratici dell'Unione, che rappresentano sì uno dei tratti maggiormente distintivi di questa organizzazione nel panorama internazionale, ma che nei fatti troppo spesso vengono percepiti come evanescenti.

Gianpaolo Fontana

*Sfera pubblica digitale e democrazia nell'Unione europea. Prime considerazioni intorno alla dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali*

*Digital public sphere and democracy in the European Union. First reflections on the European Declaration on Digital Rights and Principles*

**Abstract**

*Il contributo esamina criticamente la Dichiarazione europea sui principi e sui diritti digitali, soffermandosi sulla natura giuridica della stessa e sulle implicazioni riguardanti la sfera pubblica dell'UE.*

*The essay analyses the European Declaration on Digital Rights and Principles, focusing on its legal nature and its implications for the public sphere of the EU legal system.*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: la sfera pubblica e il costituzionalismo di fronte alle sfide della digitalizzazione. – 2. Le nuove forme della politica nello spazio digitale: alla ricerca di una sfera pubblica europea. – 3. La dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali. – 3.1. Gli aspetti sostanziali: verso l'umanesimo digitale. – 3.2. Gli aspetti formali: la natura giuridica ed il valore della Dichiarazione.

## 1. Considerazioni introduttive: la sfera pubblica e il costituzionalismo di fronte alle sfide della digitalizzazione

Viviamo tempi nei quali l'innovazione tecnologica incide profondamente non solo sul vissuto quotidiano<sup>1</sup> di ciascuno di noi ma anche sul modo in cui la *sfera pubblica*<sup>2</sup> si costituisce e viene percepita. I mutamenti indotti dal fattore tecno-scientifico sulla società, del resto, non da oggi, sono al centro di un serrato dibattito pubblico nel quale si confrontano (e, talvolta, scontrano) posizioni assai diverse e distanti che vanno dal totale e cieco affidamento alle ragioni ed alle virtù miracolistiche della tecnica per arrivare, all'estremo opposto, ad atteggiamenti antimoderni di misoneismo tecnofobico<sup>3</sup>. Con senso della misura e dell'equilibrio bisognerebbe forse prendere atto dell'ambivalenza del fattore tecnologico per giungere alla serena consapevolezza che l'evoluzione «della tecnologia [è] da sempre prodiga di promesse, ma anche, deve dirsi, di insidie»<sup>4</sup>.

E, tuttavia, l'indiscutibile accelerazione, in particolare, della tecnologia digitale, delle diverse forme di intelligenza artificiale<sup>5</sup> e delle numerose

<sup>1</sup>«Technology companies control a substantial component of the everyday life of an unprecedented number of people» così E. CELESTE, *Digital Constitutionalism. The Role of Internet Bills of Rights*, New York 2023, 16.

<sup>2</sup>Sulla genesi del concetto di “sfera pubblica” obbligato il riferimento a J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari 2006; «la sfera pubblica, nella lettura habermasiana, può essere quindi definita come l'insieme dei processi comunicativi attraverso cui le opinioni si confrontano e progrediscono in un confronto dialogico, in cui si trova il fondamento delle decisioni politiche e in cui avvenne il passaggio da una concezione della legittimità del potere basata sulla trasmissione per via tradizionale o per investitura divina a una per consenso democratico dei cittadini» così G. GIACOMINI, *Habermas 2.0. Un approccio filosofico alla neointermediazione e al ritorno (potenziato) dell'agire strategico*, in *Ragion prat.*, 1/2020, 33; di recente sul tema cfr. L. CEPPEA, *Habermas, La nuova sfera pubblica digitale*, in *leparoleelecose.it*, 3/2022.

<sup>3</sup>Sul tema, in via generale, L. GALLINO, *Tecnologia e democrazia*, Torino 2007; P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, Convegno annuale AIC, Salerno, 23-24 novembre 2012 “*Costituzionalismo e globalizzazione*”, in *associazioneidecostituzionalisti.it*; sulle trasformazioni indotte dall'evoluzione tecnologica non solo sui diritti civili e politici ma anche sui poteri pubblici e sui rapporti personali e sociali cfr. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna 2021.

<sup>4</sup>Così F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e “neointermediazione” politica: i rischi del cittadino telematico*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 24 febbraio 2020, 8.

<sup>5</sup>Sulla varietà dei modelli e di forme nonché per una sintetica storia della nozione di IA cfr. P. TRAVERSO, *Breve introduzione tecnica all'Intelligenza Artificiale*, in *Dir. pubbl. comp. eu. online*, 1/2022, 155 ss.; di particolare interesse la Risoluzione del Parlamento europeo del 3 maggio 2022 *sull'intelligenza artificiale in un'era digitale* (in GUUE del 6 dicembre 2022).

applicazioni della stessa nell'ambito delle ICT (*Information and Communications Technologies*) pone interrogativi nuovi, tanto da aver indotto ad affermare che «ci troviamo indubbiamente all'alba di una nuova era, quella dell'integrazione tra uomini e macchine intelligenti»<sup>6</sup> e della necessità di un costituzionalismo digitale<sup>7</sup>.

Non a caso si è sostenuto che «la sfida che nel Ventunesimo secolo attende il costituzionalismo è, prevalentemente, quella riferita alla tecnologia ovvero come dare forza e protezione ai diritti di libertà dell'individuo in un contesto sociale profondamente mutato dall'innovazione tecnologica»<sup>8</sup>.

Le implicazioni di natura giuridico-costituzionale derivanti dall'uso della tecnologia digitale ed in particolare, dei nuovi strumenti di comunicazione e di informazione sono numerosissime. La tutela della riservatezza e la *cybersicurezza*, la garanzia della dignità, delle libertà e dell'eguaglianza nell'ambiente digitale nonché l'incidenza sulla formazione delle opinioni e sugli orientamenti politici di *fake news* e *hate speech* sono solo i profili più rilevanti tra i moltissimi altri<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Così A. SIMONCINI, *Il linguaggio dell'intelligenza artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*, in *www.rivistaaic*, 2/2023, 38.

<sup>7</sup> La nozione di *costituzionalismo digitale* (come quella di *costituzionalismo globale*) deve misurarsi con il fatto che il costituzionalismo ha storicamente preso le mosse dalle vicende storico-politiche sviluppatesi entro i confini territoriali degli Stati; da qui un intenso dibattito sulla configurabilità stessa e sulla esatta consistenza del concetto traslato a livello digitale e globale. In argomento, più di recente, O. POLLICINO, voce *Potere digitale*, in *Enc. dir., Tematici*, V, Milano 2023, spec. 430 ss.; E. LONGO, A. PIN, *Oltre il costituzionalismo? Nuovi principi e regole costituzionali per l'era digitale*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 1/2023, 103 ss.; M. SANTANIELLO, *Sovranità digitale e diritti fondamentali: un modello europeo di Internet governance*, in *Riv.it. dir. inf.*, 1/2022, spec. 48 ss.; O. CARAMASCHI, *Tra deterritorializzazione del potere e mondializzazione giuridica: quali spazi per un costituzionalismo "tecnologico" (o "digitale")?* in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *consulta-online.it*, 29 giugno 2020, spec. 7 ss. Per un tentativo di definizione di "costituzionalismo digitale" cfr. G. VERSCHRAEGEN, *Hybrid constitutionalism, fundamental rights and the state*, in *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 3/ 2011, 216 ss. In senso critico si è fatto osservare che «costituzionalismo digitale è un abuso di denominazione: una formula vaga seppure alla moda, che viene fatta "roteare" senza interrogarsi sulle sue implicazioni, prima fra tutte la carica svalutativa nei confronti delle Costituzioni statali, di cui si presuppone una inadeguatezza che però ci si guarda bene dal dimostrare» così M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2/2021, 188.

<sup>8</sup> T.E. FROSINI, *Liberté égalité internet*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli 2019, 189-190

<sup>9</sup> Sul punto cfr. A. D'ATENA, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 583 ss.; sul punto la letteratura è ormai consistente, ci si limita a segnalare, più di recente, G. MARCHETTI, *Le fake news e il rafforzamento degli strumenti per contrastarne la diffusione*, in AA.VV., *Informazione e media nell'era digitale*, a cura di G. AVANZINI, G. MATUCCI, L. MUSSELLI, 2<sup>a</sup> ed., Milano 2023, 461 ss.

In particolare la disinformazione<sup>10</sup> e le incitazioni all'odio di varia matrice (politica, razziale, sessuale, religiosa, etc.) hanno un impatto sulla libertà di informazione, sulla democraticità del processo di formazione delle idee nonché sulla tutela dei diritti fondamentali troppo importante per non essere tenuto presente<sup>11</sup>.

A ciò si aggiunga come l'uso di massa dei *social media* e l'inedita concentrazione di potere in capo alle società di Big Tech che ne consegue, rinviano *ex se* alle ragioni costitutive ed originarie del costituzionalismo come teoria e tecnica di limitazione, regolazione e razionalizzazione del potere (pubblico e/o privato).

La circostanza che il potere digitale<sup>12</sup> viene gestito ed organizzato nel cyberspazio da soggetti privati che non rispondono più alla tradizionale logica vestfaliana di soggezione al potere pubblico statale e di rispetto della legalità su base territoriale, rappresenta con tutta evidenza una sfida per gli ordinamenti democratico-costituzionali nel nuovo scenario della globalizzazione<sup>13</sup>. In detto contesto, peraltro, le strettissime connessioni tra poteri (pubblici e privati), da un lato, e conoscenza (attraverso l'accesso alle informazioni) dall'altro, sono di tutta evidenza e si dipanano proprio grazie alle tecnologie telematiche, in larghissima parte, senza limiti geografici o politici<sup>14</sup>.

Le potenzialità offensive ed i rischi per la tutela dei diritti fondamentali derivanti da un uso non governato ed eticamente irresponsabile, in particolare, della IA non sono sfuggiti al Parlamento europeo il quale nella Risoluzione del 12 febbraio 2019 avente ad oggetto *una politica industriale*

<sup>10</sup> Sulla disinformazione on-line e sui possibili rimedi cfr. S. SASSI, *Disinformazione contro Costituzionalismo*, Napoli 2021, spec. 169 ss.

<sup>11</sup> Preoccupazione ben tenuta presente nella Dichiarazione di Berlino dell'8 dicembre 2020 nella quale si legge, tra l'altro, «promoting the validity of fundamental rights in the digital sphere and adopting measures to strengthen compliance with fundamental rights and values; enhancing our efforts to ensure that the public opinion-forming and democratic decision-making processes are not manipulated by improper or malicious use of new technologies»; in particolare sulla straordinaria diffusività delle campagne virtuali di disinformazione e denigrazione cfr. A. SPADARO, voce *Potere globale*, in *Enc. dir., I Tematici*, V, cit., 745.

<sup>12</sup> Sul potere digitale e delle grandi piattaforme telematiche, più di recente, cfr. O. POLLICINO, voce *Potere digitale*, cit., 411 ss.; F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Napoli 2022.

<sup>13</sup> Che la globalizzazione abbia comportato «un vuoto di diritto pubblico colmato, da un pieno di diritto privato» è sostenuto da L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena 2017, 16.

<sup>14</sup> In tal senso cfr. A. SPADARO, voce *Potere globale*, cit., 743.

europa globale in materia di robotica e intelligenza artificiale<sup>15</sup> afferma «che un utilizzo doloso o negligente dell'intelligenza artificiale potrebbe minacciare la sicurezza digitale e la sicurezza fisica e pubblica, in quanto essa potrebbe essere utilizzata per condurre attacchi su larga scala, mirati ed altamente efficaci, ai servizi della società dell'informazione e ai macchinari connessi, nonché per le campagne di disinformazione e, in generale, per ridurre il diritto dei singoli all'autodeterminazione» e, ancora, «che l'utilizzo doloso o colposo dell'intelligenza artificiale potrebbe costituire un rischio per la democrazia e i diritti fondamentali»<sup>16</sup>.

Sotto altro ed opposto profilo non vanno sottovalutate le opportunità ed i benefici che la rete e la società digitalizzata sono in grado di apportare alla sfera pubblica, alla partecipazione ai processi decisionali ed alla qualità dei regimi democratici<sup>17</sup>.

Le potenzialità inclusive, partecipative ed emancipative incoraggiate dalla rete hanno animato la discussione pubblica sul rapporto tra tecnologia, diritti fondamentali e democrazia a partire dall'inizio del nuovo millennio; ed ancora di recente non mancano studiosi che mettono in evidenza il rilevante contributo dei *social networks* all'ampliamento di uno spazio pubblico partecipato e di tipo orizzontale<sup>18</sup> o, almeno, alle potenzialità di controllo e di monitoraggio sull'azione di governo, tipiche della c.d. contro-democrazia<sup>19</sup>. Basti pensare, a tale ultimo proposito, a quanto i siti web istituzionali degli organi democratico-rappresentativi (Parlamento e Governo) e di garanzia (Presidenza della Repubblica, Corte costituzionale, Consiglio Superiore della Magistratura) rendano prossimo l'ideale democratico, immaginato da Norberto Bobbio, del *potere pubblico in pubblico*<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/%20IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019IP0081&from=IT>.

<sup>16</sup> Così risoluzione Parlamento UE 12 febbraio 2019 in tema di *una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale*, punto n. 9.

<sup>17</sup> «La democrazia, e la sua forma, si prospetta in una forma diversa da quella che era nei secoli precedenti: mutano i significati di rappresentanza e di sovranità, avanza una nuova democrazia di massa, che rompe le cerchie chiuse delle *élites* al potere, obbligando per così dire i rappresentanti della volontà popolare a scendere sulla piazza telematica e a confrontarsi direttamente con i rappresentanti, nelle nuove forme assunte dalla tecnopolitica» così T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, in *Dir. inf.*, 2020, 480.

<sup>18</sup> In tal senso S. BENTIVEGNA, *A colpi di tweet. La politica in prima persona*, Bologna 2015, spec. 31 ss.

<sup>19</sup> P. RONSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, Roma 2011, *passim*.

<sup>20</sup> N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino 1984, 76.



Sul terreno del controllo democratico, della partecipazione e dell'*accountability*, la tecnologia informatica e le reti telematiche potrebbero svolgere un ruolo rilevantissimo, se solo il coinvolgimento ai vari momenti della vita politica ed istituzionale non avesse conosciuto la grave crisi dei tempi recenti; la partecipazione alle varie consultazioni elettorali ed alla vita interna dei partiti politici hanno, infatti, registrato minimi storici che non possono non preoccupare per la qualità della democrazia italiana (ma non solo)<sup>21</sup>.

A ben vedere, peraltro, lo sforzo di trasparenza e di pubblicità messo in atto dalle istituzioni parlamentari pare grandemente ridimensionato proprio dall'arena mediatica e dai *social media* sui quali, per ragioni di immediatezza, finisce per trasferirsi parte significativa del dibattito politico, alimentato come vedremo meglio oltre, dagli stessi *leaders* politici, finendo per svilire i luoghi istituzionali della rappresentanza politica e per dare vita ad uno snaturamento dei meccanismi di responsabilizzazione politica<sup>22</sup>.

La pandemia da Sars-Cov 2, del resto, ha finito per accelerare in maniera esponenziale il processo di digitalizzazione, raggiungendo e coinvolgendo intensamente (si pensi solo alla didattica a distanza ed allo *smart working*) fasce di popolazione assai estese, dimostrando l'utilità della rete e degli strumenti telematici in un frangente nel quale larga parte delle consuete attività professionali, formative e relazionali sarebbero state impossibili per ragioni di sicurezza e di prevenzione sanitaria.

Ora, il tema dell'incessante evoluzione tecno-scientifica conosce dalla prospettiva del diritto costituzionale almeno due versanti problematici, distinti ma intimamente connessi; da un lato la tutela dei diritti fondamentali rispetto alle nuove possibili minacce provenienti proprio dall'affinamento dei dispositivi tecnologici e dalle nuove tecniche di comunicazione; la protezione della privacy, le possibili aggressioni o manipolazioni delle identità digitali e, più in generale, il tema della *cybersicurezza* rappresentano solo alcuni dei più significativi esempi in tale direzione.

D'altro lato, ad essere minacciata dalla disinformazione, dall'odio e da atteggiamenti, a vario titolo, ingannevoli che percorrono la rete sono la razionalità e la discorsività del dibattito pubblico e, dunque, la stessa vita democratica.

---

<sup>21</sup> Alle elezioni politiche nazionali del 2022 ha partecipato al voto il 64% degli aventi diritto; l'affluenza alle urne nelle consultazioni regionali e comunali è generalmente ancora inferiore; si tratta, peraltro, di una tendenza non solo italiana ma diffusa in larga parte dei regimi democratici.

<sup>22</sup> Sul punto cfr. C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Napoli 2018, 540-541.

Lo scandalo *Cambridge Analytica*<sup>23</sup> pare un esempio illuminante di come le due diverse tipologie di minacce (ai diritti fondamentali della persona ed alla natura democratica degli ordinamenti) possano cumularsi, integrare ed amplificare il proprio potenziale offensivo<sup>24</sup>.

Quanto le tecnologie digitali ed in particolare i *social media* abbiano travolto, e talora stravolto, a livello globale la vita politica e le scelte democratiche nell'ultimo decennio<sup>25</sup> è provato da almeno quattro grandi eventi politici: il referendum sulla c.d. Brexit nel giugno 2016<sup>26</sup>, la campagna elettorale Presidenziale che portò Donald Trump alla Casa Bianca nel 2017<sup>27</sup>, gli assalti, prima, a Capitol Hill nel gennaio del 2021 e, più di recente nel dicembre 2022, al Parlamento ed alla Corte costituzionale brasiliani. Accadimenti certamente diversi ma nei quali ora la radicalizzazione delle opinioni, ora la disinformazione, ora il vero incitamento alla violenza politica, veicolati proprio attraverso i *social*, hanno avuto un ruolo decisivo.

---

<sup>23</sup> Come si ricorderà *Cambridge Analytica* era una società nel settore della comunicazione politica che fu travolta da uno scandalo che ne decretò il fallimento per aver orientato, tramite una tecnica di profilazione realizzata attraverso l'uso illecito e manipolato di dati personali, gli elettori sia nella campagna presidenziale negli USA del 2016, sia nella campagna referendaria che decretò l'uscita della Gran Bretagna dall'Unione europea.

<sup>24</sup> Sull'*affaire* Cambridge Analytica cfr. M. FASAN, *I principi costituzionali nella disciplina dell'Intelligenza Artificiale. Nuove prospettive interpretative*, in *Dir. pubbl. comp. eu. online*, 1/2022; G. GIACOMINI, *Habermas 2.0. Un approccio filosofico alla neointermediazione e al ritorno (potenziato) dell'agire strategico*, cit., 45 ss.; M. MARTINI, *Regulating Algorithms: How to Demystify the Alchemy of Code?*, in M. EBERS, S. NAVAS (eds.), *Algorithms and Law*, Cambridge 2020, 108. F. PALLANTE, *Contro la democrazia diretta*, Torino 2020, 96 ss.

<sup>25</sup> «Gli scandali accaduti durante le elezioni presidenziali americane del 2016 e il voto per la Brexit suggellati dalla vicenda *Cambridge Analytica* hanno dimostrato che gli sviluppi più recenti del web si prestano a realizzare formidabili e subdole forme di distorsione della comunicazione che impediscono lo scambio di informazioni secondo gli standard della democrazia deliberativa» così E. LONGO, *Rivoluzione digitale e sviluppi della partecipazione democratica nell'Unione Europea*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 3/2021, 1318.

<sup>26</sup> Sulla *Brexit* cfr. P. BODINI, *Dalla democrazia all'epistocrazia e ritorno. Significato e itinerari normativi di un concetto emergente*, in *Ragion prat.*, 1/2023, 291 ss.

<sup>27</sup> «Brexit e Trump sono solo due esempi, peraltro differenti, di come il popolo decisore stenti a familiarizzare con alcuni punti fermi della discussione politica e finisca facilmente preda di disinformazione e demagogia» così P. BODINI, *Dalla democrazia all'epistocrazia e ritorno. Significato e itinerari normativi di un concetto emergente*, in *Ragion pratica*, 1/2023, 292. Ancor più di recente anche l'aggressione della Russia ai danni dell'Ucraina avrebbe fatto abbondante ricorso a mirate strategie di comunicazione e disinformazione, tanto da aver dato vita, secondo alcuni, ad una *guerra ibrida*; sul punto cfr. C. GIUNTA, *La propaganda politica online tra ricerca del consenso e manipolazione*, in AA.VV., «*e-Constitution*»: *la metamorfosi dei diritti nell'era digitale*, a cura di C. Giunta, Napoli 2022, 235.

A ciò si aggiunga come il c.d. “capitalismo della sorveglianza”<sup>28</sup>, basato sulla raccolta, scambio e sfruttamento commerciale dei dati, ad opera di pochi *Big Players* globali, rappresenti una concentrazione di potere economico e tecnologico senza precedenti<sup>29</sup> ed una minaccia per le libertà delle persone e la loro capacità di autodeterminazione, tanto più insidiosa in quanto incentrata su strategie commerciali e condizionamenti consumeristici, per lo più, agenti a livello inconscio: «il desiderio di presenza (o di esistenza stessa) che spontaneamente nasce nell’utente, mosso da un’illusoria sensazione di protagonismo e di dominio, entro questo ambiente virtuale finisce con il renderlo sempre più manipolabile, opera una sorta di ipnosi che lo isola e al contempo lo connette con una miriade di altri individui nella sua stessa condizione, rendendolo altresì permeabile a ogni possibile sollecitazione subliminale, sia essa di natura commerciale, etico-relazionale o politica»<sup>30</sup>.

Ad essere messi in discussione, allora, non sono solo i diritti fondamentali degli utenti ma con essi anche le procedure politico-costituzionali e la stessa qualità della vita democratica.

La polarizzazione e radicalizzazione del confronto democratico, a ben vedere, è la risultante più significativa delle tecniche di profilazione politica degli utenti della rete, le quali sfruttando la possibilità di indirizzare verso destinatari ben individuati messaggi e comunicazioni e notizie appositamente selezionate e spesso manipolate, sarebbero in grado di realizzare<sup>31</sup> effetti di condizionamento dei comportamenti politici e delle preferenze elettorali<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell’umanità nell’era dei nuovi poteri*, Roma 2019; sul punto si veda G. ZICCARDI, *Diritti digitali. Informatica giuridica per le nuove professioni*, Milano 2022, 63 ss.

<sup>29</sup> «Le grandi aziende del digitale esplicano una sovranità digitale in uno spazio nuovo colonizzato solo da loro. Le “compagnie del digitale”, potremmo definirle così, hanno un potere politico di fatto che nessuno ha mai avuto: creano opinioni, hanno una funzione regolatrice della vita dei privati e degli Stati, rendono servizi indispensabili e per questo condizionano la qualità dell’attività privata e pubblica. Se decidessero di staccare la spina, il mondo smetterebbe di funzionare» così L. VIOLANTE, *Diritto e potere nell’era digitale. Cybersociety, cybercommunity, cyberstate, cyberspace: tredici tesi*, in *BioLaw Journal*, 1/2022, 148; sulla concentrazione di potere economico e politico nella disponibilità delle nuove oligarchie tecnologiche e finanziarie si veda anche C. PINELLI, voce *Decisione politica e dislocazione del potere*, in *Enc. dir., I Tematici*, V, cit., 53.

<sup>30</sup> Così F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e “neointermediazione” politica: i rischi del cittadino telematico*, cit., 8.

<sup>31</sup> Si veda, in proposito, il divieto di profilazione sancito dagli artt. 9 e 42 del GDPR – regolamento (UE) 2016/679.

<sup>32</sup> In tal senso C. CASONATO, *L’intelligenza artificiale e il diritto pubblico comparato ed europeo*, in *Dir. pubbl. comp. eu. online*, 1/2022, 175.

Proprio dall'applicazione di simili tecniche di *marketing* trae origine quella che è stata definita la *bubble democracy*<sup>33</sup> nella quale larghe fasce di elettori, spinte ad interagire pressoché esclusivamente con quanti si riconoscono nelle stesse idee politiche e negli stessi *leaders*, concorrono ad impoverire il confronto democratico ed a rendere impossibile il dialogo tra posizioni diverse, dando vita a forme di polarizzazione estrema<sup>34</sup> e financo di *tribalizzazione* della vita politica (attraverso le c.d. *echo-chambers*<sup>35</sup>), le quali rappresentano uno degli aspetti più preoccupanti nel funzionamento di democrazie un tempo ritenute mature. Tali fenomeni di canalizzazione informativa e comunicativa finiscono spesso per svalutare (se non per negare) la verità dei fatti, in ragione dell'avvenuta selezione e ricezione pressoché esclusiva delle notizie e delle opinioni con le quali si concorda a priori.

Da qui l'attestarsi su posizioni irriducibilmente antagoniste, ostili ad ogni forma di mediazione e di compromesso, agevolate spesso da atteggiamenti di autentica demonizzazione dell'avversario politico. Inutile dire che risultano più esposti verso queste forme di auto-isolamento quei settori dell'opinione pubblica meno istruiti o attrezzati culturalmente e quindi più agevolmente preda di varie forme di propaganda e di manipolazione informativa<sup>36</sup>.

Da qui la denuncia di un nuovo e concentratissimo potere globale, inerte (e spesso complice) di fronte all'abuso delle informazioni ed alla manipolazione delle opinioni (realizzati in modo spesso occulto o strisciante) le quali potrebbero favorire involuzioni autoritarie se non totalitarie<sup>37</sup>.

A questa specifica forma di inquinamento informativo se ne aggiunge un'altra che deriva dal sovraccarico di informazioni<sup>38</sup> il quale rende spesso difficile orientarsi e selezionare la veridicità di quelle, in particolare, reperibili nella Rete<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> Il concetto si deve a E. PARISER, *The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You*, London 2011, è stato poi ripreso ed approfondito da D. PALANO, *Bubble Democracy. La fine del pubblico e la nuova polarizzazione*, Brescia 2020.

<sup>34</sup> Sugli effetti negativi della polarizzazione insiste C. R. SUNSTEIN, *#republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, Bologna 2017, spec. 79 ss.

<sup>35</sup> Cfr. C.R. SUNSTEIN, *#republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, cit., 19 ss.

<sup>36</sup> Sul tema cfr. C. GIUNTA, *La propaganda politica online tra ricerca del consenso e manipolazione*, cit., 233 ss.

<sup>37</sup> In tal senso A. SPADARO, voce *Potere globale*, cit., 747.

<sup>38</sup> Si pensi alla recente infodemia scaturita dalla pandemia dal *virus Sars-CoV-2*.

<sup>39</sup> La velocità e la massificazione dei dati nell'ambiente digitale finiscono per produrre un sovraccarico informativo tale da essere difficilmente metabolizzato e produrre forme esasperate

Rileva in proposito, come poc' anzi anticipato, la questione nodale delle relazioni tra democrazia, istruzione e sfera pubblica. Ora, appare inutile negare che all'avvento di Internet abbia fatto seguito non solo una disintermediazione politica ma anche una relativa alle competenze intellettuali e professionali, agevolando l'illusione che grazie alla rete si possa fare a meno degli esperti.

La contestazione populistica degli esperti e delle competenze<sup>40</sup>, sospinta proprio dall'assioma *uno vale uno*, unitamente ad un generale *décalage* culturale (ed all'emergenza educativa e scolastica, da decenni diffusa nel nostro Paese) hanno determinato una regressione culturale ed emotiva la quale si è manifestata con forza, da ultimo, durante l'emergenza pandemica mediante implausibili visioni complottiste e forme irrazionali di ribellismo iper-individualistico<sup>41</sup>. C'è da pensare che siano proprio il sovraccarico di informazioni, il difetto generalizzato di attenzione, la diminuita capacità di concentrazione e la necessità di comunicazioni semplificate, quale effetto della diffusione della tecnologia digitale anche sul piano della informazione, ad aver concorso alla realizzazione di un significativo declino culturale e relazionale che colpisce soprattutto le giovani generazioni (precocissimamente abituate ad usare ed abusare dei dispositivi digitali tanto da subire spesso gli effetti patologici sulla propria integrità psico-fisica) ma ormai la generalità della popolazione.

Quando nella sfera pubblica si realizzano simili forme di corruzione epistemica, il problema per la democrazia diventa evidente: «l'infimo livello informativo della cittadinanza riflette infatti un disimpegno della gente ad assolvere il ruolo che la democrazia prevede ed istituzionalizza. La crisi epistemica tradisce, così, una crisi più profonda, normativa, che rivela la debolezza e la ritrosia del popolo ad essere decisore. L'ignoranza politica delle persone non è una crisi nel modello democratico, ma una crisi *del* modello democratico»<sup>42</sup>.

---

di semplificazione se non di involuzione cerebrale; sul punto le considerazioni e le indicazioni bibliografiche di C. PINELLI, *L'uomo della strada, lo sviluppo della tecnica e il costituzionalismo del Novecento*, in *Riv. it. sc. giur.*, 9/2018, 204-205.

<sup>40</sup> In argomento cfr. T. NICHOLS, *La conoscenza ed i suoi nemici. L'era della incompetenza e i rischi per la democrazia*, Roma 2019, *passim*.

<sup>41</sup> Si intende precisare che il riferimento non è alla critica fondata sulla asserita mancanza di proporzionalità e di ragionevolezza delle restrizioni alle libertà costituzionali e degli obblighi di prevenzione sanitaria quanto ad atteggiamenti complottisti, anti-solidali e di contestazione pregiudiziale degli stessi.

<sup>42</sup> Così P. BODINI, *Dalla democrazia all'epistocrazia e ritorno. Significato e itinerari normativi di un concetto emergente*, cit., 292.

Se è vero che la tecnologia digitale è divenuto elemento costitutivo ed imprescindibile delle relazioni politiche e della comunicazione nella sfera pubblica (tanto da averne strutturato essenza e *modus operandi* delle stesse) risulta, allora, evidente come il rapporto tra politica e tecnologia digitale non possa continuare ad essere concepito e descritto esclusivamente in termini strumentali, come se la seconda abbia solo la funzione di mettere a disposizione della prima i mezzi di cui la prima si serve, senza pensare di vedere regolate e modificate le proprie caratteristiche costitutive<sup>43</sup>.

Evidente (ma anche urgente) appare, allora, la necessità di superare quella concezione di autosufficienza normativa (su base prevalentemente tecnica) che ha contrassegnato l'avvento della Rete (la c.d. *lex informatica*) e, dunque, immaginare la riappropriazione di spazi di regolazione eteronoma anche nell'ambiente digitale, al fine di scongiurare oligarchiche forme di dominio economico-finanziario e di ripristinare le regole dello Stato costituzionale di diritto<sup>44</sup>.

Non solo, infatti, le competizioni politico-elettorali, nazionali ed europee, si svolgono in modo sempre più significativo nell'arena digitale ma all'interno di questa si costituiscono nuovi soggetti politici che finiscono per occupare i tradizionali spazi di rappresentanza e di decisione istituzionale.

Lo spazio digitale, dunque, non è più solo luogo di dispiegamento della competizione partitica e delle dinamiche politiche ma anche luogo da cui prendono le mosse nuovi soggetti politici<sup>45</sup>, i *digital party*, appunto, i quali fanno ricorso alla rete come luogo prevalente di organizzazione interna oltreché di comunicazione politica verso l'esterno<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> In tal senso già S. RODOTÀ, voce *Tecnopolitica*, in *XXI Secolo – Norme e idee*, Roma 2009, 65.

<sup>44</sup> Sulla nozione, più di recente, cfr. M. LUCIANI, *Lo Stato di diritto. Una prospettiva di diritto comparato Italia*, in *Servizio Ricerca del Parlamento europeo. Unità Biblioteca di diritto comparato*, PE, Bruxelles 2023, spec. 18 ss. (reperibile sul sito internet: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS\\_STU\(2023\)745682](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU(2023)745682)).

<sup>45</sup> Si pensi alla stessa genesi del M5S in Italia, all'esperienza di Podemos in Spagna, di Volt (Europa) e dei partiti Pirati in diversi Paesi europei; sul punto cfr. A. DE PETRIS, T. POGUNTKE, *Anti-Party Parties in Germany and Italy. Protest Movements and Parliamentary Democracy*, Roma 2015, spec. 125 ss.; sulla nascita del M5S cfr. F. PACINI, *La rete internet e il diritto: un altro mondo oltre quello reale?* in G. ALLEGRI, A. STERPA, N. VICECONTE (a cura di), *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Napoli 2019, spec. 71 ss.; che tanto Podemos quanto il M5S, sfruttando le piattaforme digitali come luoghi di partecipazione e decisione, abbiano abbracciato il *populismo allo stato puro* è sostenuto, tra gli altri, da M. TARCHI, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Bologna 2018, *passim*.

<sup>46</sup> Sul tema P. GERBAUDO, *The Digital Party*, London 2019.

La tecnologia digitale ed in particolare i *social media*, del resto, hanno finito per amplificare il generale indebolimento dei partiti politici come soggetti e luoghi protagonisti delle dinamiche pluralistiche e di integrazione sociale; tendenza, questa, già avviata (nella scena politica italiana ma anche europea) dal contesto post-ideologico determinato dalla fine delle c.d. grandi narrazioni del Novecento. Ne è derivato l'affermarsi di un paradigma competitivo di ispirazione schumpeteriana nelle relazioni tra politica e società civile, vale a dire la trasformazione dei partiti politici in strumenti pressoché esclusivamente dedicati alla raccolta ed alla costruzione del consenso elettorale, rendendo obsoleta la strutturazione dei partiti con sedi fisiche ed iscritti e residuale la funzione di elaborazione di proposte politiche, di rappresentanza e di mediazione delle istanze emergenti dal corpo sociale<sup>47</sup>.

Proprio l'immediatezza (nel duplice senso di repentinità e di assenza di mediazioni) che connota la comunicazione in rete, del resto, pare dominata da ipersoggettivismo, irriflessività ed istantaneità; atteggiamenti e posture per nulla compatibili con i riti collettivi e le procedure organizzate tipiche della tradizionale forma-partito ma anche del modello di democrazia discorsiva e partecipativa. Immediatezza che si correla, a ben vedere, alle dinamiche di funzionamento del mercato digitale e, più in generale, del c.d. turbo-capitalismo<sup>48</sup> le quali, trasposte sul piano della politica e delle istituzioni, finiscono per esaltare gli istituti di democrazia diretta a tutto detrimento di quelli della democrazia parlamentare e rappresentativa<sup>49</sup>; va da sé che in tale contesto le forme di democrazia plebi-

---

<sup>47</sup> In tal senso G. DI COSIMO, *Personale e digitale: le metamorfosi del partito*, in *forumcostituzionale.it*, 17 gennaio 2019, 1 ss.; sulla persistente necessità funzionale dei partiti politici al fine di evitare la degenerazione verso «la vuota competizione tra organizzazioni oligarchiche e tendenzialmente autocratiche, tutte basate sul rapporto diretto tra masse e capi» insiste L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, in AA.VV. *Democrazia, oggi*, Atti del XXXII Convegno annuale AIC – Annuario 2017, Napoli 2018, 64.

<sup>48</sup> «La stessa democrazia [...] dev'essere riletta alla luce delle nuove forme di comunicazione: purtroppo, non è più realmente praticabile (ammesso che lo sia mai stato), soprattutto in prospettiva, il paradigma discorsivo-deliberativo di tipo habermasiano, cui si oppongono, oltre alle forti tensioni provocate dalla crescente radicalizzazione culturale (alimentate anche dal fattore del fondamentalismo religioso, sempre più plausibile anche in Europa a seguito dei flussi immigratori), le esigenze di rapidità decisionale prodotte dall'ormai piena – e forse irreversibile – interpenetrazione sistemica tra sottosistemi politici ed economico-finanziari» così F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e "neointermediazione" politica: i rischi del cittadino telematico*, cit., 13; in proposito si veda anche ID., *Governabilità e mercati: brevi considerazioni sul futuro della democrazia italiana*, in *Dir. soc.*, 1/2020, spec. 42 ss.

<sup>49</sup> In argomento v. F. PALLANTE, *Contro la democrazia diretta*, cit., spec. 92 ss.

scitaria ed irreflessiva sono destinate a prevalere su quelle della c.d. democrazia critica<sup>50</sup>.

Sotto il profilo strettamente costituzionalistico, poi, la partecipazione politica ed il godimento dei diritti fondamentali in ambiente digitale evocano immediatamente il principio di eguaglianza, declinato non solo in termini di pari opportunità di accesso alle dotazioni ed alle reti informatiche (*digital divide* infrastrutturale) ma anche come capacità di ricezione critica, utilizzo efficiente e consapevole delle nuove tecniche di informazione e di comunicazione digitale (il c.d. *digital divide* cognitivo)<sup>51</sup>.

Le nuove forme della comunicazione politica, dunque, finiscono per esaltare i processi di personalizzazione delle leadership<sup>52</sup> e di verticalizzazione delle organizzazioni politiche, le pratiche di direttismo politico<sup>53</sup> e di delegittimazione della tradizionale funzione di intermediazione sociale<sup>54</sup> assolta dai vecchi partiti di massa novecenteschi<sup>55</sup>.

Inutile negare che le difficoltà, antiche e recenti, della democrazia rappresentativa, la crisi delle istituzioni parlamentari e la prolungata delegit-

---

<sup>50</sup> Sulla democrazia critica cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il «crucifige» e la democrazia*, Torino 1995, spec. 115-118.

<sup>51</sup> In relazione al *digital divide cognitivo* particolarmente apprezzabile la consapevolezza mostrata dal legislatore di introdurre, nel primo e nel secondo ciclo di istruzione, l'insegnamento trasversale dell'educazione civica ed, in particolare, dell'educazione alla cittadinanza digitale (cfr. art. 5 legge n. 92/2019).

<sup>52</sup> Più di recente sul tema cfr. M. LADU, *Rappresentanza e partecipazione politica nell'era digitale*, Bari 2023, 115 ss.

<sup>53</sup> Ritiene che il direttismo politico, quale espressione della prevalenza in ambito politico delle istanze decisorie su quelle rappresentative, sia conseguenza della disintermediazione, indotta dai processi di globalizzazione in ambito economico, poi traslata a livello politico cfr. O. MASSARI, *Dal partito di massa alla partitocrazia senza partiti, in nomos-leattualitadeldiritto.it*, 3/2018, 15 ss.

<sup>54</sup> Che la comunicazione digitale sia all'origine di autentici fenomeni di disintermediazione è, peraltro, messo in dubbio da quanti preferiscono discorrere di neointermediazione proprio grazie ai soggetti gestori delle reti, facendo rilevare che «la comunicazione in rete non è priva di mediazione, e che la partecipazione diretta che, sul piano politico, si pretenderebbe derivarne è invece affatto illusoria» così F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e «neointermediazione» politica: i rischi del cittadino telematico*, cit., spec. 11; nello stesso senso si è osservato che «l'usura del ruolo dei mediatori «storici» della politica democratica, giornali, partiti e Parlamento, non produce certo la fine di qualsiasi mediazione, semmai mediazioni di tipo nuovo, che vanno esaminate anche nei loro effetti di coinvolgimento emotivo. Proprio a questo, del resto, serve una nuova nozione: quella di neo – o re-intermediazione» così M. BARBERIS, G. GIACOMINI, *La neo-intermediazione populista. Popolo, istituzioni, media*, in *Teoria Politica*, X, 2020, 325.

<sup>55</sup> In argomento cfr. L. FASANO, M. PANARARI, M. SORICE, *Mass media e sfera pubblica. Verso la fine della rappresentanza?*, Milano 2016, *passim*.



timazione (politica e morale) dei partiti tradizionali hanno spinto molti a ritenere che l'implementazione del ricorso alla democrazia diretta, anche nelle forme della c.d. *e-democracy*, potesse rappresentare la medicina giusta per curare il malessere diffuso in larga parte dei regimi democratici<sup>56</sup>. Le più rilevanti tra le riforme costituzionali approvate e quelle proposte, del resto, si muovono tutte in una direzione, più o meno esplicitamente, anti-parlamentare se non persino anti-politica<sup>57</sup>. E, tuttavia, il disagio e la disaffezione nei confronti dell'agire democratico appaiono così radicati e profondi da ritenere più proficuo, come autorevolmente suggerito, indagare le ragioni della crisi della rappresentanza, più dal lato del rappresentato che non da quello del rappresentante<sup>58</sup>.

Le vere ragioni di crisi della democrazia rappresentativa, in altri termini, andrebbero individuate nella difficoltà del rappresentato di *autorappresentarsi come soggetto*<sup>59</sup> alla luce del fatto che «la perdita delle identità collettive (e addirittura) individuali; lo smarrimento del senso del legame sociale; la volatilità dei ruoli sociali, tutto rende problematica la stessa identificazione del soggetto (dei soggetti) da rappresentare»<sup>60</sup>. Ora, se ciò è vero,

---

<sup>56</sup>In senso contrario si è ritenuto: «Tutti i “vizi” che la politica postmoderna ha contratto nell'era dei media elettronici, non solo non vengono corretti, ma appaiono, se possibile, ulteriormente esasperati dalla rapida diffusione della comunicazione mediata dal computer, con una evidente, forte accelerazione a partire dallo sviluppo delle cosiddette tecnologie del Web 2.0 nel primo decennio del XXI secolo» così C. FORMENTI, *Sfera pubblica e nuovi media*, in *Pol. dir.*, 3/2010, 492-493.

<sup>57</sup>Il riferimento va, in particolare, alla legge cost. n. 1/2020 che ha sensibilmente ridotto il numero dei parlamentari eleggibili (portandoli a 400 deputati e 200 senatori) ma anche alle proposte di revisione costituzionale presentate nella XVIII legislatura sull'introduzione del vincolo del mandato imperativo (cfr. A.C. n. 3297), sull'iniziativa legislativa popolare indiretta e sul referendum propositivo (A.C. n. 1173); il divieto di mandato imperativo rappresenta «un naturale oggetto di contestazione da parte dei populistici» così G. MARTINICO, voce *Populismo*, in *Enc. dir.*, I *Tematici*, V, cit., 403.

<sup>58</sup>In tal senso M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in AA.VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza*, a cura di N. ZANON, F. BIONDI, Milano 2001, 114; di recente sulla crisi della rappresentanza politica cfr. C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, cit., *passim*.

<sup>59</sup>Cfr. P. CARNEVALE, *I rischi dell'utopia della c.d. democrazia diretta. Per una rilettura critica e della storia e della cronaca dei rapporti tra democrazia partecipativa e rappresentativa*, in AA.VV. *Crisi dello Stato costituzionale e involuzione dei processi democratici*, a cura di C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO, Napoli 2020, 52.

<sup>60</sup>Così M. LUCIANI, *Art. 75. La formazione delle leggi. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, I.2, Bologna-Roma 2005, 70.

va da sé che le modalità telematiche volte ad agevolare, in varia misura, la partecipazione politica tramite le iniziative referendarie o legislative popolari e persino (in prospettiva) l'espressione del voto *online* (il c.d. *e-voting*), non possano apparire soluzioni adeguate rispetto a problematiche che paiono non risolvibili sul piano della mera tecnica. Anzi, come anticipato, la tecnologia digitale finisce per esaltare quelle forme di isolamento e di chiusura del singolo in recinti polarizzati e autoreferenziali nei quali lo scambio costruttivo di opinioni, il confronto critico, la ricerca di soluzioni meditate e mediate appaiono più difficili nel mondo virtuale che non in quello reale<sup>61</sup>. Il potenziale democratico derivante dall'uso della tecnologia digitale, peraltro, non pare aver avuto effetti positivi sulla partecipazione democratica, essendo l'astensionismo e l'apatia degli elettori fenomeni scarsamente incisi dall'innovazione tecnologica<sup>62</sup>.

Sotto tale profilo la disinvoltura con la quale si è provveduto a liquidare la tradizionale forma-partito ha finito per ingenerare l'illusione di una efficiente democrazia senza partiti, fatalmente destinata a rimanere facile preda di ogni sorta di semplificazione nella comprensione delle problematiche politico-sociali e di suggestioni populistiche ed anti-politiche soprattutto di provenienza digitale<sup>63</sup>. Non a caso è stata messa in evidenza l'intima connessione tra pulsioni populiste e società digitale: "lo sposalizio tra ambizione populista e sfera digitale era nell'ordine delle cose [...] non per mero slancio antropologico-negativo quanto perché, appare evidente, la promessa di una performatività senza limite, di un miglioramento continuo, di una partecipazione all'esercizio del potere sovrano senza diaframma mediano,

---

<sup>61</sup> «L'espansione globale dei (possibili) interlocutori di un messaggio convive, in realtà, con l'isolamento del suo autore, e quindi con la negazione – finché si rimane nell'ambito virtuale – di una vera e propria dimensione partecipativa» così M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in AA.VV. *Democrazia, oggi*, cit., 25; sull'autoisolamento cfr. C.R. SUNSTEIN, *#repubblic. La democrazia nell'epoca dei social media*, cit., 315 ss.

<sup>62</sup> Basti pensare alle modifiche normative che hanno consentito sul finire della scorsa legislatura la c.d. sottoscrizione digitale, in particolare, delle richieste di referendum abrogativo; nella consultazione referendaria svoltasi il 12 giugno 2022, nessuno dei 5 referendum abrogativi ammessi ha raggiunto il quorum costitutivo, registrandosi altresì la più bassa affluenza in una consultazione referendaria. Per una valutazione critica della sottoscrizione digitale cfr. P. CARNEVALE, *La richiesta di referendum abrogativo dinanzi alle risorse della digitalizzazione. Qualche prima considerazione sulla sottoscrizione per via telematica*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3/2021.

<sup>63</sup> Sul punto sia consentito rinviare a G. FONTANA, *Riforme costituzionali (in nome) del popolo sovrano*, in AA.VV., *Dalla costituzione inattuata alla Costituzione inattuata*, a cura di G. BRUNELLI, Milano 2014, spec. 196 ss.

elementi che costituiscono in certa misura il portato della tecnologia informatica»<sup>64</sup>.

La trasformazione digitale, peraltro, è pervasiva e trasversale; non solo larga parte della popolazione, anche nei Paesi di democrazia avanzata, forma le proprie opinioni attraverso la rete ma gli stessi *leaders* politici, a livello globale, hanno ormai l'abitudine di esternare opinioni, giudizi, ma anche di anticipare scelte politiche e persino decisioni giuridico-amministrative<sup>65</sup> attraverso i *social media*<sup>66</sup>.

L'uso diretto da parte dei singoli *leaders* politici trasforma la comunicazione politica conferendole quei tratti di immediatezza e di istantaneità sconosciuti al sistema delle relazioni e delle comunicazioni politiche tradizionalmente intese: «la sfera pubblica digitalizzata deforma, confonde e privatizza la percezione di quella separatezza funzionale di pubblico e privato che stava alla base della sfera pubblica classica»<sup>67</sup>. Non a caso è stato proposto di vietare l'uso dei *social networks* ai governanti o titolari di delicate funzioni istituzionali<sup>68</sup>.

In siffatta prospettiva la comunicazione politica quando si salda con l'approccio iper-emozionale, nevrotico e non di rado rabbioso tipico dei social media è destinata a perdere progressivamente (qualora già non le avesse

<sup>64</sup> Così A. VENANZONI, *La sovranità tra ordine costituzionale, digitale e poteri privati*, in A. VENANZONI, M. PROIETTI, *La sovranità digitale tra sicurezza nazionale e ordine costituzionale*, Pisa 2023, 18.

<sup>65</sup> Il caso originato da un messaggio del Ministro dei Beni e delle attività e del turismo editato sul social network *Twitter*, relativo alla richiesta di sospensione dei lavori di ristrutturazione di una piazza storica nel Comune di La Spezia ha condotto, infine, alla pronuncia del Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2015, n. 769 sulla quale si veda il commento di G. SGUEO, *La comunicazione di un Ministro attraverso un social network integra gli estremi di un atto amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2015, 523 ss.

<sup>66</sup> «Il web si è affiancato alla televisione. Facebook, Twitter e tutti gli altri social network sono oggi gli strumenti con cui i leader politici creano una relazione diretta e personale con i loro follower» così O. MASSARI, *Dal partito di massa alla partitocrazia senza partiti*, cit., 21.

<sup>67</sup> Così L. CEPPEA, *Habermas: la nuova sfera pubblica digitale*, in [www.leparoleelecose.it](http://www.leparoleelecose.it), 3 novembre 2022; nel medesimo senso «le piattaforme digitali favoriscono la rapida espansione di un rapporto diretto – o disintermediato – tra leader e seguaci, accrescendo il ruolo della leadership rispetto all'organizzazione del partito» così F. NUNZIATA, *Platform leader*, cit., 129.

<sup>68</sup> «Ora, non è ammissibile che chi fa il Presidente degli Stati Uniti, il Presidente di una Banca centrale o il Ministro degli Interni possa usare i social come un teenager ubriaco. O preferiamo continuare così, con le stragi nelle scuole, il crollo delle borse, l'aumento continuo dell'insicurezza percepita? A chi ricopre poteri delicati come questi i social devono essere vietati, punto. Il free speech dei governanti deve venire sospeso: non possono avere sia la pagina Fb sia il potere, devono scegliere fra l'una e l'altro» così M. BARBERIS, *Dal populismo digitale si guarisce? Tre possibili rimedi*, in *Ragion pratica*, 1/2020, 26.

perse), con buona pace di Habermas, quelle connotazioni di riflessività, razionalità e discorsività le quali restano componenti essenziali ed insurrogabili della democrazia pluralisticamente intesa<sup>69</sup>.

Appare allora condivisibile l'opinione di chi ha affermato che «la democrazia sul web non ha permesso la costruzione di un nuovo spazio pubblico condiviso che si sostituisce a quello reale. Le tecnologie digitali sono potenzialmente democratizzanti, ma devono incontrare un contesto culturale e sociale che avverta il bisogno di arricchire il processo democratico attraverso l'interattività elettronica»<sup>70</sup>.

Necessarie e probabilmente urgenti appaiono, allora, le forme di disciplinamento degli spazi e delle modalità di informazione e di comunicazione digitale; la consapevolezza, ad un tempo, delle opportunità e dei rischi che ne conseguono, anche nella strutturazione di uno spazio pubblico all'interno dell'ordinamento della UE, ha portato di recente all'approvazione della *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali* (d'ora in avanti *Dichiarazione*) sulla quale ci soffermeremo oltre.

## 2. Le nuove forme della politica nello spazio digitale: alla ricerca di una sfera pubblica europea

Appare, allora, davvero impossibile ignorare l'influenza che le nuove forme di comunicazione e di informazione digitale esercitano sulla sfera pubblica, nazionale ed europea.

A rischiare di essere messa in discussione, infatti, è la stessa tenuta degli ordinamenti democratici, sempre più di frequente esposti a manipolazione o alterazione delle informazioni, provenienti tanto dall'interno quanto dall'esterno degli stessi. E l'approccio più adeguato non poteva essere che

---

<sup>69</sup> Sull'approccio nevrotico alla comunicazione digitale e sulla svalutazione delle competenze nonché la perdita di fiducia negli esperti che ne consegue v. W. DAVIES, *Stati nervosi. Come l'emotività ha conquistato il mondo*, Torino 2019, *passim*; in proposito è stato fatto osservare come «la dimensione del 'politico' rientra ormai in una realtà virtuale, e anche i politici – che sono ben reali – sono trascinati in una dimensione ludico-digitale in cui il vorticare di messaggi, la possibilità di un (apparente) dialogo diretto tra loro stessi e con i potenziali elettori, nonché il complessivo eccesso di informazioni (vere e false) da cui si è tutti travolti ottunde qualsiasi ponderata comprensione della direzione verso cui si procede» così F. RIMOLI, *op. cit.*, 13.

<sup>70</sup> E. LONGO, *Rivoluzione digitale e sviluppi della partecipazione democratica nell'Unione Europea*, cit., 1320.

di provenienza europea, atteso che la sfiducia nei confronti delle procedure democratiche e la generale insoddisfazione per il rendimento delle stesse, sono diffusi e trasversali a tutti gli ordinamenti degli Stati membri<sup>71</sup>; sentimenti apertamente anti-europeistici si alimentano, del resto, proprio attraverso la Rete mediante un uso poco responsabile dei *media digitali*.

A ben vedere, del resto, siffatto disagio finisce per investire anche le ragioni costitutive del processo di integrazione europea il quale, nel torno di un decennio, è stato costretto a misurarsi non solo con una serie di emergenze e crisi (quella economico-finanziaria derivante dalla crisi dei debiti sovrani, quella migratoria, quella pandemica, quella bellica derivante dal conflitto russo-ucraino ed, infine, quella energetica) ma soprattutto con il progressivo indebolimento dello slancio politico ed ideale europeistico, messo in evidenza dall'affiorare di forme di contestazione nazionalistica e populistica di varia matrice che hanno trovato un relevantissimo supporto proprio nella sfera digitale.

Problema centrale è e resta quello della realizzazione di un'autentica e compiuta sfera pubblica europea; impresa assai ardua in ragione della mancanza di un *demos* europeo omogeneo che si percepisca e riconosca come tale<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Ripercorre la letteratura, soprattutto politologica (Crouch, Manin, Rosanvallon, etc.) sul tema del rapporto tra democrazia e sfiducia in epoca post-ideologica F.M. DI SCIULLO, *La democrazia della sfiducia. La rappresentanza nell'età del paradosso, 2001-2020*, Napoli 2022.

<sup>72</sup> In via generale sul tema cfr. M. CAMICI, *La questione della sfera pubblica europea*, in *filosofiamovimento.it* (28 settembre 2017). A ridimensionare l'argomento della mancanza di un popolo europeo (la c.d. no *demos thesis*) è lo stesso Habermas il quale individua nella costruzione di relazioni di solidarietà tra cittadini europei la vera essenza di legami sovranazionali, idonei a produrre nuove forme di aggregazione e di unità politica che non si arrestino ai confini degli Stati nazionali; in tal senso J. HABERMAS, *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione*, in AA.VV., *Diritto e Costituzione nell'Unione Europea*, a cura di G. Zagrebelsky, Roma-Bari 2005, spec.106-107. In verità non sono mancate nella dottrina costituzionalistica autorevoli opinioni volte a ridimensionare il ruolo del popolo nell'ambito del patrimonio costituzionale europeo e nella costruzione istituzionale dell'UE; in tal senso v. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna 2002, 178-179; con specifico riferimento alle relazioni tra popolo e costituzione, L. Ferrajoli contesta l'impostazione identitaria e nazionalista di ispirazione schmittiana, in ragione della quale l'esistenza di un popolo omogeneo e culturalmente coeso è presupposto indefettibile di legittimità delle costituzioni, atteso che le costituzioni, come patti di convivenza, sono tanto più necessarie in contesti con profonde differenziazioni soggettive e culturali tra i governati; in tal senso cfr. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena 2017, 65; ID., *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Milano 2022, spec. 52 e 66; in senso analogo si è fatto rilevare che «quello di sovranità popolare è concetto tipico dello Stato nazionale, ed è in tale contesto che esso nasce e si sviluppa. La sua coerenza con il diverso contesto di un processo di integrazione sopranazionale è più che discutibile, così come è discutibile la sua declinazione come concetto che rinvia ad un'idea di potere unitario, dal punto di vista oggettivo e soggettivo, figura a ben vedere attualmente inesi-

Ora, com'è noto, il dibattito sulla *sfera pubblica europea* è risalente, particolarmente ricco ed articolato<sup>73</sup>, tanto che pare persino difficile darne una definizione generalmente accettata. Volendo tralasciare le posizioni di tipo più marcatamente identitario, le più radicali contestazioni dell'idea stessa di poter proficuamente utilizzare siffatta nozione fanno leva sulla mancanza di una lingua comune e di mezzi di comunicazione condivisi su base transnazionale<sup>74</sup>. Tali posizioni meritano di essere riconsiderate proprio alla luce delle nuove opportunità offerte dalla tecnologia digitale; la possibilità di creare ed utilizzare spazi politici virtuali, di dare vita a forme di interazione e di interconnessione digitale, tra individui e gruppi, per motivazioni e finalità politiche, senza limitazioni geografiche, è un dato non nuovo ma le cui potenzialità, in senso positivo e negativo, non sono state probabilmente ancora del tutto esplorate.

Proprio in Europa sta lentamente emergendo una sfera pubblica<sup>75</sup> rispetto alla quale forse ciò che più conta non è tanto la lingua (o meglio lo spiccato pluralismo linguistico che caratterizza anche la vita istituzionale della UE) quanto lo scambio delle informazioni, l'interazione comunicativa e l'europeizzazione dell'agenda politica. Ciò che davvero conta è la discussione intorno alle medesime tematiche, nello stesso tempo, con pari attenzione e coinvolgimento non solo degli attori istituzionali ma anche dei cittadini, delle associazioni, della società civile e dell'opinione pubblica dell'Unione europea.

Lo stesso Habermas, del resto, ha avuto modo di precisare che «per questo abbiamo certamente bisogno di una opinione pubblica europea, ma non di una nuova opinione pubblica. Anzi, per l'istituzione di una comunicazione a livello europeo è sufficiente l'infrastruttura già esistente delle già esistenti opinioni pubbliche nazionali. Queste devono soltanto aprirsi in modo sufficientemente ampio l'una all'altra. Bisogna che i principali media politici esistenti assumano su di sé un complesso compito di traduzione: essi debbono

---

stente, financo all'interno dello Stato nazionale» così di F. BALAGUER CALLEJÓN, *La democrazia rappresentativa e l'Unione europea*, in *federalismi.it*, numero speciale 1/2017, 7.

<sup>73</sup> Sul punto ci si limita ad indicare P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino 2010, spec. 31-49; M. CAMICI, *La questione della sfera pubblica europea*, cit.

<sup>74</sup> Il riferimento è al confronto tra D. Grimm e J. Habermas in AA.VV., *Il futuro della costituzione*, a cura di G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER, Torino 1996; più di recente sul tema cfr. D. GRIMM, *Sovranità. Origine e futuro di un concetto chiave*, Roma-Bari 2023.

<sup>75</sup> Sul punto cfr. G. SCALISE, *Il mercato non basta. Attori, istituzioni e identità dell'Europa in tempo di crisi*, Firenze 2017, 3; J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano 2000, *passim*.

riferire reciprocamente anche le discussioni che si svolgono nei rispettivi paesi su temi che riguardano collettivamente tutti i cittadini dell'Unione»<sup>76</sup>.

La mancanza di mezzi di comunicazione di massa europei<sup>77</sup>, allora, non pare essere argomento decisivo per negare l'esistenza di una sfera pubblica europea. Nel bene e nel male il processo di costruzione di una sfera pubblica europea appare irreversibilmente avviato, stante la diffusa consapevolezza del carattere globale ed interdipendente delle grandi questioni politiche, sociali ed ambientali che si prospettano, spesso drammaticamente, innanzi a noi.

Da questo punto di vista la lunga vicenda pandemica originata dal Covid-19 ma soprattutto le iniziative a scopo di solidarietà e coesione sociale messe in campo dalle istituzioni europee per fronteggiarla (*Recovery Plan*) hanno dimostrato l'emergere di una strategia condivisa e di una fattiva cooperazione non solo per contrastare gli effetti della diffusione del *virus* e le conseguenze economico sociali che ne sarebbero derivate ma anche per impostare politiche di lungo periodo, raccogliere sfide epocali come la transizione ecologica ed il contrasto al *climate change*<sup>78</sup>.

Su altri fronti la solidarietà all'interno della UE fatica a trovare una sua esatta dimensione<sup>79</sup>; si pensi alle politiche sui flussi migratori dal Sud verso il Nord del mondo. Anche in tale ambito, tuttavia, atteso il carattere planetario ed interdipendente del fenomeno, appare sempre più evidente la inconsistenza ed il carattere velleitario di risposte sovraniste incentrate, in via esclusiva, sulle politiche dei singoli Stati.

Pur non essendo ancora compiutamente realizzata una sfera pubblica

<sup>76</sup> Così J. HABERMAS, *Perché è necessaria e com'è possibile la trasformazione dell'Unione Europea in una democrazia sovranazionale*, in *Phenomenology and Mind*, 8/2015, 33.

<sup>77</sup> Sulla cui importanza insiste D. GRIMM, in *Europa sovrana? Intervista a Dieter Grimm*, a cura di M. BOZZON, in *pandorarivista.it*, 13 luglio 2023, 6.

<sup>78</sup> «L'esposizione a media internazionali, l'uso di internet e social media e di siti web istituzionali, la partecipazione alla sfera pubblica e ad organizzazioni della società civile su scala europea e transnazionale facilitano la formazione di reti composte da persone di nazionalità diversa che condividono idee, opinioni, valori e narrazioni di Europa, fattori che hanno un'importante peso su atteggiamenti europeisti e sulla capacità di creare solidarietà oltre i confini nazionali» così G. SCALISE, *op. cit.* XIX; lo stesso Habermas ebbe a sostenere «sarebbe quindi ancor più importante se l'Europa vedesse nello shock del coronavirus un'ultima possibilità e si mobilitasse per agire in modo solidale» così J. HABERMAS, *L'unica cura è la solidarietà*, intervista a cura di N. TRUONG, edita su *la Repubblica*, 12 aprile 2020; sul tema si veda anche J. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, 2ª ed., Roma-Bari 2021.

<sup>79</sup> In via generale sul tema cfr. AA.VV., *La solidarietà al tempo della pandemia*, a cura di C. COLAPIETRO, S. BARBARESCHI, A. GIUBILEI, Napoli 2022.

europea, appare chiara l'avvenuta costituzione di una sfera pubblica europeizzata.

Resta il tema assai più spinoso dei soggetti che dovrebbero organizzare e rappresentare, se non ancora il *demos europeo*, i cittadini della UE. È il tema dei partiti politici in Europa, le cui dinamiche organizzative e decisionali restano, per lo più, ancorate ad interessi di pertinenza esclusivamente nazionale<sup>80</sup>. Come fatto rilevare, «la rappresentanza politica “europea” manifesta ancora oggi taluni grossi limiti, tra cui, anzitutto, la mancanza di un autentico sistema di partiti europei, che operino a livello sovranazionale la sintesi politica, contribuendo a formare nei cittadini una “coscienza politica europea”»<sup>81</sup>.

Non mancano, invero, gli strumenti in grado di concorrere, almeno, ad europeizzare il dibattito pubblico. Nel corredo istituzionale emergente dai Trattati, infatti, spicca l'art. 11 TUE il quale rivela una certa consapevolezza circa l'importanza di una sfera pubblica europea, in grado di interagire ed arricchire l'impianto rappresentativo delle istituzioni europee con strumenti e moduli di tipo partecipativo<sup>82</sup>.

L'art. 11, par. 1, TUE prevede, infatti, che «le istituzioni danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione». E, ancora, al par. 2, si legge «le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile». Senza mettere in discussione il principio sancito dall'art. 10, par. 1, TUE – secondo cui «il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa» – l'art. 11, par. 4, TUE, prevede il diritto di iniziativa dei cittadini europei<sup>83</sup>, quale

---

<sup>80</sup> «Sarebbe urgente europeizzare le elezioni europee in modo che fin dall'inizio si candidino solo partiti europei, offrendo agli elettori programmi europei, sui quali poter decidere. Questa proposta non richiede alcuna modifica dei Trattati, in quanto tutti i presupposti sono già fissati in essi. È quindi più facile da realizzare rispetto alla prima» così D. GRIMM, in *Europa sovrana? Intervista a Dieter Grimm*, cit., 6.

<sup>81</sup> A. CIANCIO, *C'è ancora bisogno di una Costituzione europea?* in *Dir. pubbl. comp. eu. online*, 1/2021, 125.

<sup>82</sup> Sugli strumenti di democrazia partecipativa cfr. N. LAZZERINI, *Sulla possibilità di presentare un'iniziativa dei cittadini dell'Unione relativa a una “proposta complessa” e l'obbligo della Commissione europea di motivare in modo dettagliato il rifiuto di registrarla: brevi considerazioni sulla sentenza Minority SafePack*, in *osservatoriosullefonti.it*, 1/2017. C. PESCE, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nell'Unione europea*, Napoli 2016; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Il primo scoglio del diritto di iniziativa dei cittadini europei*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3/2013,

<sup>83</sup> L'iniziativa dei cittadini europei, tuttavia, non rappresenta una iniziativa in senso tecnico,



strumento volto al rafforzamento della democrazia partecipativa nell'Unione<sup>84</sup>.

Come è stato in proposito osservato «la parlamentarizzazione ha rappresentato invero un passaggio decisivo nella democratizzazione del processo di integrazione europea ed è, in ogni caso, una strada senza ritorno, ma forse non del tutto sufficiente ad esaurire la complessità di una democrazia che deve dispiegarsi con la realtà sociale europea dei molteplici demoi che in essa convivono e con la realtà istituzionale del peso ancora ineludibile della statualità»<sup>85</sup>.

Accanto al diritto di iniziativa figura, peraltro, il diritto di petizione<sup>86</sup> il quale si propone di offrire ai cittadini dell'UE (ma anche a coloro che vi hanno la sola residenza) uno strumento per rivolgersi alle istituzioni dell'UE al fine di rappresentare esigenze, presentare denunce o richieste di intervento<sup>87</sup>.

Ora va da sé che questi strumenti di democrazia partecipativa possano ricevere notevole impulso proprio dai nuovi mezzi di comunicazione ed informazione digitale i quali consentono non solo la trattazione e discussione di tematiche di rilievo europeo ma anche forme di auto-organizzazione e di proposta di soggetti del pluralismo civile e sociale europeo. Resta la difficoltà rappresentata dal fatto che l'attivazione diretta da parte

paragonabile a quella prevista dall'art. 71 della Costituzione italiana, ma una richiesta alla Commissione di presentare un'iniziativa; sul punto cfr. P. VIPIANA, *L'iniziativa dei cittadini europei e l'iniziativa legislativa popolare nell'ordinamento italiano: due istituti a confronto*, in AA.VV., *L'Europa dei tre disincanti. Liber amicorum per Giovanni Cocco*, a cura di P. CARNEVALE, E. CASTORINA, G. GRASSO, R. MANFRELLOTTI, Napoli 2021, 815 ss.

<sup>84</sup> La disciplina di dettaglio di tale istituto è intervenuta con il regolamento (UE) 211/2011, successivamente abrogato dal nuovo regolamento (UE) 2019/788, applicabile dal 1° gennaio 2020. Sino al momento attuale numerose sono state le iniziative intraprese ma solo nove hanno raggiunto il numero di firme prescritto e sono state presentate alla Commissione: *Right2Water* (Diritto all'acqua), *One of Us* (Uno di noi), *Stop Vivisection* (Basta con la vivisezione), *Ban Glyphosate* (Vietare il glifosato), *Minority SafePack* (Un milione di firme per la diversità in Europa), *End the Cage Age* (Basta animali in gabbia), *Save bees and farmers* (Salviamo api e agricoltori), *Stop finning – stop the trade* (Stop all'asportazione e al commercio delle pinne di squalo) e, infine, *Save cruelty-free cosmetics* (Salvare i cosmetici cruelty-free).

<sup>85</sup> Così P. RIDOLA, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione Europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *associazione deicostituzionalisti.it*, 27 gennaio 2005.

<sup>86</sup> Sul quale cfr. artt. 20, 24 e 227 TFUE e art. 44 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

<sup>87</sup> «Se si guarda poi alle istituzioni europee, lo sviluppo di strumenti di democrazia elettronica è stato dopo tutto modesto» così E. LONGO, *Rivoluzione digitale e sviluppi della partecipazione democratica nell'Unione Europea*, cit., 1322.

dei cittadini europei, oltre a consentire il rafforzamento di un sentimento di cittadinanza e di appartenenza comune ed a correggere quel *deficit* di democrazia delle istituzioni europee, non del tutto risolto con le innovazioni istituzionali del Trattato di Lisbona, possa interferire con la possibilità da parte dei governi dei Paesi membri di raggiungere accordi sugli interessi comuni. Si riscontrano qui i rischi e le opportunità di una piena politicizzazione delle scelte della UE la quale, se capace di attenuare l'impronta tecnocratica delle istituzioni europee, si espone, di contro, ai rischi di amplificazione delle varie forme di euroscetticismo e di sovranismo nazionalista in funzione antieuropea<sup>88</sup>.

Sotto altra prospettiva la necessità di una maggiore politicizzazione anche in chiave critica dei temi europei potrebbe risultare utile a contrastare quel senso di sfiducia e di distanza dei cittadini europei verso le istituzioni della UE, ritenute poco sensibili nei riguardi delle dinamiche democratiche interne dei Paesi membri, portatrici di una concezione economicistica votata alla sovra-tutela degli interessi del mercato ed alla tendenziale imposizione di politiche di ispirazione neo-liberista, a detrimento dei sistemi di protezione sociale nazionali. Da qui la denuncia del persistente *deficit* democratico della UE, in ragione della rigidità del sistema delle fonti del diritto UE, per come consacrato dalla giurisprudenza della CGUE, destinato a prevalere sulle fonti legislative interne ed incurante dei processi di legittimazione democratica maturati negli ordinamenti nazionali<sup>89</sup>.

Anche rispetto ai partiti politici (ai quali l'art. 10, par. 4, TUE affida il compito di contribuire a formare una coscienza politica europea) la costruzione di una sfera pubblica europea resta una preconditione per la realizzazione di una democrazia discorsivamente concepita, nella quale cioè sia possibile prendere atto delle ragioni e degli argomenti altrui e della necessità di assumere decisioni necessarie ad una pacifica convivenza. Tale approccio sarebbe utile, peraltro, a sdrammatizzare o neutralizzare concezioni identitarie ed atteggiamenti risolutamente antagonisti sull'idea di Europa, agevolando la costruzione di uno spazio discorsivo che renda possibile il confronto pluralistico tra diversi e quella *unità nella diversità* che resta un saldo e nobile ancoraggio europeista.

La possibilità che si realizzi in concreto una sfera pubblica europea, allora, si riconnette con ogni evidenza alla tenuta assiologica ed alla perdu-

---

<sup>88</sup> Su tali aspetti si sofferma M. CAMICI, *La questione della sfera pubblica europea*, cit.

<sup>89</sup> In questo senso le critiche di D. GRIMM, in *Europa sovrana? Intervista a Dieter Grimm*, cit., 5-6.

rante attualità del processo di integrazione europeo<sup>90</sup>; obiettivi essenziali che potranno essere perseguiti e realizzati solo in un contesto di agibilità democratica e di tutela dei diritti fondamentali anche nello spazio digitale europeo. La Dichiarazione europea sui diritti e sui principi digitali, come vedremo, pare puntare esattamente in questa direzione.

### 3. La dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali

Alla luce di quanto sommariamente richiamato appare, allora, in tutta la sua importanza e rilevanza strategica la *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale*<sup>91</sup> adottata al più alto livello politico, dal Parlamento, dal Consiglio e dalla Commissione dell'Unione europea il 15 dicembre 2022.

Si tratta, a ben vedere, solo del punto di approdo più recente, ma probabilmente il più importante per organicità e generalità dei contenuti, di un percorso europeo avviato da tempo sulla riflessione e sulla regolamentazione delle tecnologie digitali<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Evidenzia la mancata «costruzione di una sfera pubblica europea, in grado di supplire all'indebolimento delle sfere pubbliche nazionali nella garanzia dei diritti fondamentali» L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, cit., 16.

<sup>91</sup> La dichiarazione è stata pubblicata sulla GUUE del 23 gennaio 2023 ed è reperibile al seguente indirizzo [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123(01)); la stessa è stata preceduta dalla proposta del 26 gennaio 2022 (COM.2022.0027); per un primo commento si veda L. CIANCI, *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali: quid pluris?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2022, 381 ss.; F. ZORZI GIUSTINIANI, *La Dichiarazione europea sui diritti e principi digitali, il Trans-Atlantic Data Privacy Framework e l'Unione Federale dei consumatori tedeschi contro Meta Platforms Ireland*, in *nomos-leattualitadediritto.it*, 1/2022; E. CELESTE, *Towards a European Declaration on Digital Rights and Principles: Guidelines for the Digital Decade*, in *dcubrexitinstitute.eu*, 7 Febbraio 2022; P. DE PASQUALE, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell'Unione europea?* in [www.dirittounioneeuropa.eu/Tool/Evidenza/Single/view\\_html?id\\_evidenza=1355](http://www.dirittounioneeuropa.eu/Tool/Evidenza/Single/view_html?id_evidenza=1355).

<sup>92</sup> Ci si limita a ricordare, tra le numerosissime altre: la Dichiarazione di Tallinn sull'e-government e la digitalizzazione della PA del 6 ottobre 2017; la (già citata) risoluzione del Parlamento UE del 12 febbraio 2019 sulla IA; la (già citata) dichiarazione di Berlino del dicembre 2020 sulla società digitale e su un governo digitale fondato sui valori; la decisione del Parlamento e del Consiglio UE avente ad oggetto la dichiarazione di Lisbona del giugno 2021 istitutiva del programma strategico per il 2030 "Percorso per il decennio digitale"; la relazione che nel maggio 2021 il Parlamento europeo ha approvato per plasmare il futuro digitale dell'Europa ed attraverso la quale invita la Commissione europea ad affrontare le sfide poste dalla transizione digitale e, in particolare, a sfruttare le opportunità del mercato unico digitale, migliorare l'uso

Trova così conferma, al più alto livello istituzionale della UE, una strategia già formalizzata con la Dichiarazione di Berlino *sulla società digitale e su un governo digitale fondato sui valori*, adottata nel 2020 da tutti gli Stati membri, nella quale viene sancita la necessità di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali e dei valori democratici anche nella sfera digitale: «It reiterates that the digital world is not a lawless space: existing fundamental rights are as valid online as they are offline»<sup>93</sup>.

Si tratta di un documento di speciale importanza il quale si presta ad una serie di considerazioni sotto il profilo tanto sostanziale, quanto formale, anche al fine di valutare approcci innovativi nella tutela euro-unitaria dei diritti fondamentali e di verificare le eventuali relazioni con strumenti normativi già disponibili quali, in particolare, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Va, peraltro, ricordato come non sono mancati anche in Italia tentativi di “codificare” diritti e principi riguardanti l'uso della Rete<sup>94</sup>, recependo autorevoli auspici formulati in dottrina<sup>95</sup>, i quali possono essere annoverati tra i prodromi nazionali della più recente iniziativa europea.

Sotto un profilo generale, è stato messo in luce come dai contenuti della Dichiarazione emerge una tensione dialettica «tra l'intento di espandere la capacità dell'Unione nell'attività di ricerca e di diffusione delle tecnologie innovative e [...] l'esigenza di garantire il contenimento e la *governance* degli sviluppi tecnologici»<sup>96</sup>. Da qui l'ambizione di inaugurare una via eu-

---

dell'intelligenza artificiale e a sostenere l'innovazione e le competenze digitali; ancor più di recente la regolamentazione della IA in relazione alla quale il Parlamento europeo, dopo la risoluzione del 3 maggio 2022 sull'intelligenza artificiale in un'era digitale, il 14 giugno 2023 ha formulato la propria posizione negoziale, da sottoporre ora ai Paesi dell'UE in Consiglio, in vista della elaborazione del testo finale della legge; la c.d. Direttiva NIS 2 (*Network and Information Security*) vale a dire la direttiva UE 2022/2555 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 sulla sicurezza delle reti e delle informazioni.

<sup>93</sup> Così E. CELESTE, *Towards a European Declaration on Digital Rights and Principles: Guidelines for the Digital Decade*, cit.

<sup>94</sup> Il riferimento va all'iniziativa promossa dalla Presidente della Camera Laura Boldrini nella XVII legislatura di istituire una *Commissione di studio per l'elaborazione di principi in tema di diritti e doveri relativi ad Internet* la quale, all'esito di una consultazione pubblica e dell'audizione di una serie di esperti, nella seduta del 28 luglio 2015, ha approvato la Carta dei diritti in Internet; in argomento cfr. A. VENANZONI, *La sovranità tra ordine costituzionale, digitale e poteri privati*, cit., spec. 122, nota.16.

<sup>95</sup> Il riferimento è a S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?*, in *Pol. dir.*, 3/2010, 337 ss.; ID., voce *Tecnopolitica*, cit., 69.

<sup>96</sup> Cfr. A. ADINOLFI, *Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: qualche considerazione sulle attuali strategie normative dell'Unione*, in *I Post di AISDUE*, V, 2023, 324.

ropea allo sviluppo tecnologico, nella consapevolezza del ruolo che esso riveste nella competizione economico-globale ma anche della necessità di assicurare un quadro normativo e valoriale che ne accompagni gli svolgimenti.

In tale documento vengono raccolti e ribaditi, come vedremo, i principi normativi più rilevanti per la tutela dei diritti fondamentali online (e già accolti in discipline normative di settore) tra i quali spiccano, in particolare, quello sulla necessità del controllo umano (*human oversight*), quello sulla trasparenza algoritmica e quello sulla correttezza nell'uso dei dati personali (*data justice*)<sup>97</sup>.

### 3.1. *Gli aspetti sostanziali: verso l'umanesimo digitale*

In relazione al profilo contenutistico la Dichiarazione risulta strutturata in un denso Preambolo al quale fanno seguito sei distinti capitoli intitolati rispettivamente: I. Mettere le persone al centro della trasformazione digitale; II. Solidarietà ed inclusione; III. Libertà di scelta; IV. Partecipazione allo spazio pubblico digitale; V. Sicurezza protezione e conferimento di maggiore autonomia e responsabilità; VI Sostenibilità.

Resta impossibile in questa sede soffermarsi analiticamente sui contenuti e su ciascuno dei diritti richiamati dalla Dichiarazione. Ci limiteremo, pertanto, ad una ricognizione degli aspetti sostanziali e dei principi in materia digitale che ci paiono più rilevanti, soprattutto in relazione al tema dello spazio pubblico digitale, oggetto specifico delle considerazioni svolte nel presente lavoro.

L'ambizioso obiettivo perseguito dalla Dichiarazione ed esplicitato al termine del preambolo consiste nel «promuovere un modello europeo per la trasformazione digitale, che metta al centro le persone, sia basato sui valori europei e sui diritti fondamentali dell'UE, riaffermi i diritti umani universali e apporti benefici a tutte le persone, alle imprese e alla società nel suo complesso». Il Preambolo<sup>98</sup> si apre richiamando esplicitamente i valori ed i principi della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani così come

---

<sup>97</sup> Vengono considerati tre meta principi irrinunciabili in tema di tutela dei diritti digitali da E. LONGO, A. PIN, *Oltre il costituzionalismo? Nuovi principi e regole costituzionali per l'era digitale*, cit., 112 ss.

<sup>98</sup> Cfr. punto 1 del Preambolo della Dichiarazione.

affermati dall'art. 2 TUE<sup>99</sup>, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE ma anche dagli obblighi internazionali.

Essa mira a fornire ai responsabili politici delle istituzioni europee (ma anche al sistema delle imprese ed all'insieme dei cittadini europei) le coordinate assiologiche alle quali attenersi nel processo di trasformazione digitale. Particolarmente significativo è il punto 6 del Preambolo nel quale si afferma: «il modello dell'UE per la trasformazione digitale delle nostre società e della nostra economia comprende in particolare la sovranità digitale in modo aperto, il rispetto dei diritti fondamentali, lo Stato di diritto e la democrazia, l'inclusione, l'accessibilità, l'uguaglianza, la sostenibilità, la resilienza, la sicurezza, il miglioramento della qualità della vita, la disponibilità di servizi e il rispetto dei diritti e delle aspirazioni di ognuno». Il riferimento alla sovranità digitale appare particolarmente pregnante<sup>100</sup>; essa esprime la consapevolezza europea circa l'importanza del fattore tecnologico nella competizione economica globale e nello scenario geopolitico. La sicurezza delle reti e del software, l'accesso sia alle infrastrutture sia alle risorse naturali e umane necessarie alla tecnologia digitale, rappresentano un fattore strategico decisivo, la cui debolezza comporta il perdurare di una condizione di subalternità rispetto a quei Paesi (USA, Cina, India) che occupano nel settore tecnologico posizioni di *leadership* nello scenario mondiale<sup>101</sup>.

Emerge con grande evidenza ed insistenza una visione antropocentrica nell'uso delle moderne tecnologie e la centralità della persona nell'approccio agli strumenti digitali<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup>L'art. 2 TUE afferma: «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

<sup>100</sup>La sovranità digitale esprime la preoccupazione di raggiungere obiettivi di autosufficienza non solo nello sviluppo delle tecnologie ma anche nel controllo e nella sicurezza delle infrastrutture, delle reti informatiche e dei dati in ambito europeo; più di recente sul tema v. S. MANGIAMELI, *La sovranità digitale*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 3/2023, 279 ss.; A. VENANZONI, M. PROIETTI, *La sovranità digitale tra sicurezza nazionale e ordine costituzionale*, cit.; G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, in *Dir. pubbl.*, 3/2022, 826 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Intorno alla decisione nel caso Schrems: la sovranità digitale e il governo internazionale delle reti di telecomunicazione*, in *Dir. inf.*, 2015, 683 ss.

<sup>101</sup>In tale quadro si inserisce l'iniziativa preannunciata dalla Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen, in occasione del Discorso sullo stato dell'Unione europea (SO-TEU 2022), di creare un nuovo fondo per la sovranità digitale europea.

<sup>102</sup>In tal senso L. CIANCI, *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali: quid pluris?*, cit., 382.

Quello di *mettere le persone al centro della trasformazione digitale*, infatti, è tema ricorrente della Dichiarazione, evocato più volte nel preambolo ed oggetto specifico del Capitolo I. Ne emerge una visione del rapporto tra tecnologie e persone incentrato sulle seconde, rispetto alle quali le prime restano meri strumenti: «la tecnologia dovrebbe essere al servizio e andare a beneficio di tutte le persone che vivono nell'UE, mettendole nelle condizioni di perseguire le loro aspirazioni, in tutta sicurezza e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali»<sup>103</sup>. Questa esibita e reiterata preoccupazione antropocentrica rappresenta il vero motivo conduttore della Dichiarazione tanto che tutti i principi ed i diritti riferiti al contesto digitale appaiono chiaramente riconducibili e questa concezione di *umanesimo digitale*<sup>104</sup>.

Gli ambiti del lavoro, della istruzione e dei servizi pubblici digitali *online* sono esplicitamente presi in considerazione all'interno del Capitolo II dedicato alla solidarietà ed alla inclusione<sup>105</sup>. A tale proposito i rischi di invadenza e di sovrapposizione alle tecnologie digitali ed alla connessione sono oggetto di precise indicazioni, soprattutto in riferimento alle condizioni di lavoro (diritto alla disconnessione, tutela della sicurezza e della salute psico-fisica dei lavoratori nell'ambiente *online*, diritto alla sorveglianza umana nell'utilizzo dell'intelligenza artificiale, garanzia dell'equilibrio tra vita privata e vita professionale nell'ambiente digitale).

In riferimento all'ambito dell'istruzione la Dichiarazione si preoccupa di sostenere l'alfabetizzazione digitale dei docenti e dei discenti ed a colmare il divario digitale di genere. Apprezzabile il, seppur fugace, riferimento alla necessità di acquisire e condividere il pensiero critico nell'ambito dell'istruzione<sup>106</sup>. Bene avrebbe fatto la Dichiarazione ad accennare,

<sup>103</sup> Cfr. Capitolo I, 1.

<sup>104</sup> «This principle champions a human-centric vision that has been the trademark of EU policies in the digital field over the past few years, in sectors such as data protection and AI regulation. Drawing a comparison with the humanist movement that emerged in the Renaissance, which advocated for an increasing centrality of human beings in the cosmos, we could call this more recent trend observed in EU digital policies 'digital humanism'» così E. CELESTE, *Towards a European Declaration on Digital Rights and Principles: Guidelines for the Digital Decade*, cit.; sull'umanesimo digitale si veda anche A. SORO, *Libertà, algoritmi, umanesimo digitale. Democrazia e potere dei dati*, Milano 2019.

<sup>105</sup> Sul principio di solidarietà digitale cfr. G. SCOTTI, *Alla ricerca di un nuovo costituzionalismo globale e digitale: il principio di solidarietà "digitale"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2021, reperibile in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it).

<sup>106</sup> Cfr. Capitolo II, 4, b).

almeno, alla questione dei rischi e degli eccessi della iperconnessione soprattutto nei confronti dei giovani e degli studenti.

In riferimento ai servizi pubblici digitali *online* viene sottolineata l'importanza di garantire una identità digitale accessibile, volontaria, sicura ed affidabile.

Chiaramente riferibile alla impostazione antropocentrica è la parte dedicata alla libertà di scelta alla quale è, come anticipato, dedicato il Capitolo III. L'uso degli algoritmi viene subordinato al rispetto dei diritti fondamentali e del diritto eurounitario pertinente. Garantire scelte autonome ed informate agli utenti, l'uso affidabile, trasparente, non discriminatorio ed eticamente responsabile delle forme di intelligenza artificiale sono precisi impegni emergenti dalla Dichiarazione.

Il Capitolo IV è dedicato alla *Partecipazione allo spazio pubblico digitale*.

Al punto n. 12 si legge «l'accesso a contenuti diversificati contribuisce a un dibattito pubblico pluralistico e alla partecipazione effettiva alla democrazia in modo non discriminatorio». Pare evidente come la preoccupazione retrostante sia quella relativa agli effetti negativi della *bubble democracy*<sup>107</sup>. Viene, poi, sottolineato «il diritto alla libertà di espressione e di informazione, nonché alla libertà di riunione e di associazione nell'ambiente digitale»<sup>108</sup>.

Rileva a tal proposito (ma anche in relazione al successivo punto n. 15) il delicato tema della c.d. censura privata<sup>109</sup> da parte dei gestori dei *social media* e del possibile abuso derivante dall'applicazione di clausole contrattuali vessatorie e lesive della libertà di manifestazione del pensiero degli utenti.

Al punto n. 14 si legge che «ogni persona dovrebbe poter accedere alle informazioni su chi possiede e controlla i servizi mediatici che utilizza» mentre il punto n. 15 è dedicato soprattutto ai Big Tech del mondo digitale: «le piattaforme online, in particolare le piattaforme online di dimensioni molto grandi, dovrebbero sostenere il libero dibattito democratico online. Visto il ruolo svolto dai loro servizi nel plasmare l'opinione pubblica e il dibattito pubblico, le piattaforme online di dimensioni molto grandi dovrebbero attenuare i rischi derivanti dal funzionamento e dall'uso dei loro

---

<sup>107</sup> Sul tema cfr. E. PARISER, *The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You*, London 2011, *passim*.

<sup>108</sup> Cfr. Capitolo IV, 13.

<sup>109</sup> Sui rischi della censura privata cfr. M. MANETTI, *Regolare Internet*, in *Medialaws*, 2/2020, 46 ss.



servizi, anche in relazione alle campagne di disinformazione e cattiva informazione, e tutelare la libertà di espressione»<sup>110</sup>.

Da qui l'elenco di una serie di impegni volti: alla salvaguardia «di tutti i diritti fondamentali online», con particolare riferimento alle libertà e al pluralismo dei media; al coinvolgimento delle persone ed alla partecipazione democratica; al contrasto di contenuti illegali ma nel pieno rispetto dei diritti fondamentali (compresi il diritto alla libertà di espressione e di informazione) e «senza imporre obblighi generali di sorveglianza o forme di censura»; a proteggere dalla «disinformazione, dalla manipolazione delle informazioni e da altre forme di contenuti dannosi, comprese le molestie e la violenza di genere»; a sostenere «l'accesso effettivo a contenuti digitali che rispecchino la diversità culturale e linguistica nell'UE» ed infine a «conferire alle persone maggiore autonomia e responsabilità affinché compiano scelte liberamente determinate e specifiche e limitare lo sfruttamento delle vulnerabilità e dei pregiudizi, in particolare attraverso la pubblicità mirata».

Si tratta, invero, di principi, non nuovi in quanto ricavabili oltreché da varie fonti normative (anche di *soft law*<sup>111</sup>) dell'UE, dalle disposizioni del TUE e, soprattutto, della Carta dei diritti fondamentali. E, tuttavia, la raccolta in un unico documento di impegni che rappresentano una precisa declinazione nell'ambito del settore digitale, di principi e valori dell'ordinamento UE appare un dato per nulla trascurabile; detta raccolta è destinata a svolgere non solo una funzione direttiva nei confronti degli organi incaricati della produzione normativa ma anche una sicura funzione di ausilio interpretativo nei riguardi degli organi (amministrativi e giurisdizionali) di applicazione del diritto.

Il Capitolo V intitolato «Sicurezza, protezione e conferimento di mag-

---

<sup>110</sup> Merita almeno un cenno, a tal proposito, il lavoro avviato dall'agenzia europea EUvsDisinfo in tema di *debunking* e lotta alle *fake news*.

<sup>111</sup> Cfr. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, del 19 febbraio 2020, COM(2020) 67 final, nel quale (p. 11) si legge: «In un mondo in cui gran parte del dibattito pubblico e della propaganda politica si sono spostati online, dobbiamo anche essere pronti ad agire per difendere con forza le nostre democrazie. I cittadini vogliono risposte significative ai tentativi di manipolazione dello spazio dell'informazione, che spesso prendono la forma di campagne di disinformazione mirate e coordinate. L'Europa ha bisogno di maggiore trasparenza sul modo in cui le informazioni vengono condivise e gestite su Internet. Media affidabili e di qualità sono fondamentali per la democrazia e per la diversità culturale. In quest'ottica la Commissione presenterà un piano d'azione per la democrazia europea e un piano d'azione specifico per il settore audiovisivo e dei media».

giore autonomia» mette in evidenza la necessità di tutelare la riservatezza, la integrità, la disponibilità e l'autenticità delle informazioni e dei servizi digitali. Da qui l'impegno a garantire la *cybersicurezza*, a contrastare la criminalità informatica ed a promuovere, in via generale, la sicurezza nell'ambiente digitale con particolare attenzione ai minori.

Impegni abbastanza puntuali e specifici vengono affermati a tutela della vita privata e del controllo individuale dei dati, mediante divieti di forme illecite di tracciamento, di sorveglianza e di intercettazione; un fugace riferimento è dedicato anche alla eredità digitale la quale dovrebbe essere oggetto di una precisa scelta operata da ciascun individuo.

Il sesto ed ultimo Capitolo è dedicato alla sostenibilità: «al fine di promuovere l'economia circolare, i prodotti e i servizi digitali dovrebbero essere progettati, prodotti, utilizzati, riparati, riciclati e smaltiti in modo da attenuare il loro impatto negativo sull'ambiente e sulla società ed evitare l'obsolescenza prematura».

Ogni persona dovrebbe avere accesso a informazioni precise e di facile comprensione sull'impatto ambientale e sul consumo energetico dei prodotti e dei servizi digitali, nonché sulla loro riparabilità e sul loro ciclo di vita, in modo da essere in grado di compiere scelte responsabili. Da qui una serie di impegni volti a favorire le tecnologie digitali eco-compatibili ed a incentivare scelte di consumo e modelli aziendali sostenibili e responsabili sotto il profilo ambientale, anche in relazione alla transizione verde ed alla necessità di contrastare il cambiamento climatico. A tale riguardo, invero, non pare esservi stata particolare consapevolezza circa le relazioni conflittuali derivanti dalla doppia transizione, digitale ed ecologica<sup>112</sup>. Siamo indotti spesso a credere che le tecnologie e gli strumenti digitali abbiano un basso impatto ambientale, in ragione della loro capacità di introdurci in un mondo virtuale ed immateriale. In verità il digitale è parte costitutiva di un modello di sviluppo che implica costi ambientali, sociali ed energetici non più sostenibili.

In conclusione si deve alla Dichiarazione il merito di aver operato la ricognizione dei principi e dei diritti (già presenti nell'ordinamento UE) che fanno specifico riferimento alle tecnologie digitali e dai quali scaturiscono una serie di impegni programmatici, seppur dal tenore spesso generico ed indefinito, che tracciano un percorso piuttosto chiaro che risponde a quella visione di umanesimo digitale già richiamata.

---

<sup>112</sup> Su tali aspetti utile la lettura di G. PITRON, *Inferno digitale. Perché internet, smartphone e social network stanno distruggendo il nostro pianeta*, Roma 2022.

Ad una primissima analisi almeno due paiono essere le più rilevanti indicazioni sostanziali e di contenuto emergenti dalla Dichiarazione.

In primo luogo, in stretta connessione con la già evidenziata visione antropocentrica maturata dalle istituzioni UE, emerge con forza la necessità di un governo eticamente, socialmente ed ecologicamente responsabile dell'uso delle tecnologie digitali<sup>113</sup>, la cui neutralità ed intrinseca affidabilità paiono oggetto di un atteggiamento di sospetto.

Pare, infatti, farsi strada la consapevolezza circa i pericoli e i rischi derivanti da un uso distorto e non sorvegliato delle tecnologie digitali, le quali possono trasformarsi in fattori di insicurezza, di discriminazione e di aggressione nei confronti dei diritti fondamentali e della stessa tenuta democratica degli ordinamenti. Da qui la necessità di rivedere l'atteggiamento ora di aprioristica fiducia, ora di rassegnata inerzia nei confronti dell'auto-sufficienza regolatoria del mondo digitale e della originaria privatizzazione dello stesso.

La Dichiarazione, sotto tale profilo, si pone in piena sintonia con altri orientamenti e scelte normative delle UE volte a regolare ed a sottoporre a forme di controllo democratico talune attività riguardanti *Big Tech* privati, gestori delle principali piattaforme informatiche.

A ben vedere, del resto, il regolamento generale sulla protezione dei dati (il GDPR di cui al regolamento (UE) n. 2016/679), la disciplina sui servizi digitali (il *Digital Services Act* di cui al regolamento (UE) n. 2022/2065) e quella sul mercato digitale (il *Digital Market Act* di cui al regolamento (UE) 2022/1925<sup>114</sup>) rappresentano un chiaro esempio di regolazione mediante *hard law* di attività economiche e contrattuali particolarmente sensibili e correlate alla tutela dei diritti fondamentali, in uno scenario nel quale il cyberspazio ed i (pochi) soggetti privati che ne sono proprietari e protagonisti a livello planetario, esercitano forme di potere (privato) e di condizionamento della sfera pubblica assai più incisive di quelle che, su base meramente nazionale, il costituzionalismo aveva la pretesa di arginare e regolare.

Ancor più di recente va segnalata la proposta di legge europea sul-

---

<sup>113</sup> «Si tratta di arrestare la divaricazione progressiva tra controllo politico e avanzamento tecnologico: che è quanto ribadire che la tecnologia va governata, cercando di ribaltare il processo per cui gli svolgimenti della *governance* globale stanno affievolendo le strutture del *government* tradizionale, anche sul piano intergovernativo ed internazionalistico» così P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, cit., 27.

<sup>114</sup> Per un'analisi del *Digital Services Act* e del *Digital Markets Act* cfr. O. POLLICINO, voce *Potere digitale*, cit., 439 ss.

l'Intelligenza Artificiale la quale si muove esattamente lungo la direzione di marcia appena indicata, mirando a definire e modulare diversi livelli di rischio in ragione dell'impatto che i sistemi di intelligenza artificiale possono avere sulla vita delle persone e sui loro diritti fondamentali<sup>115</sup>.

Si tratta solo di alcuni esempi di regolazione, ai quali, sotto il versante giurisdizionale, si potrebbero aggiungere alcune importanti decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>116</sup>, che dimostrano l'esigenza da parte delle istituzioni euro-unitarie di riappropriarsi di spazi decisionali assai rilevanti<sup>117</sup>, non solo sul piano della tutela dei diritti fondamentali ma anche su quello delle garanzie politico-democratiche.

In secondo luogo l'originaria connotazione economicistica della UE (o meglio degli ordinamenti e dei Trattati che ne hanno preceduto la istituzione) appare chiaramente indebolita<sup>118</sup>. I riferimenti alle libertà economiche, alla tutela dei mercati e della concorrenza appaiono non centrali<sup>119</sup>, mentre gli impegni assunti nella Dichiarazione sono chiaramente imperniati sulla tutela dei diritti fondamentali e sulla protezione della natura democratica degli ordinamenti statuali e di quello euro-unitario, rispetto alle possibili aggressioni provenienti da forme di abuso e di pre-potere, rese possibili dall'evoluzione non vigilata delle tecnologie digitali<sup>120</sup>.

---

<sup>115</sup> Sul punto G. ZICCARDI, *Diritti digitali. Informatica giuridica per le nuove professioni*, cit., 153 ss.

<sup>116</sup> Basti pensare alle note sentt. rese a proposito dei casi *Google Spain* (CGUE, 13 maggio 2014, c. 131/12) o *Schrems I e II* (rispettivamente CGUE 6 ottobre 2015, c. 362/14 e 16 luglio 2020, c. 311/18) e, ancora più di recente, la sent. del Tribunale UE, 14 settembre 2022, *Google e Alphabet/Commissione*, nella causa T-604/18.

<sup>117</sup> In tal senso G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, cit., spec. 821 ss.

<sup>118</sup> Si tratta, invero, di trasformazioni che hanno assunto evidenza a partire dal Trattato di Lisbona nel quale tra gli obiettivi da raggiungere non figurano più quelli (indicati nei prevenienti artt. 2, 3 e 4 TCE) d'instaurare un mercato comune ed un regime di libera concorrenza ma quelli (cfr. art. 3 TUE) dello *sviluppo sostenibile* e di un' *economia sociale di mercato fortemente competitiva*; su tali aspetti, più di recente, cfr. L. MORONI, *Concorrenza e diritti sociali nella dimensione multilivello*, Napoli 2023, spec. 119 ss.

<sup>119</sup> Emerge dalla Dichiarazione, beninteso, la volontà di rafforzare le tecnologie digitali anche al fine di colmare il *gap* competitivo con Stati Uniti e Cina; non a caso nel Preambolo (al punto 8) si legge: «la presente dichiarazione dovrebbe anche fungere da punto di riferimento per le imprese e altri soggetti interessati nello sviluppo e nella diffusione di nuove tecnologie. A tale riguardo è importante promuovere la ricerca e l'innovazione. Si dovrebbe rivolgere particolare attenzione anche alle PMI e alle start-up».

<sup>120</sup> Si tratta di un approccio regolatorio innovativo che «non si limita a rimuovere le frizioni atte ad ostacolare il libero funzionamento del mercato e l'accesso inclusivo ad esso, ma prima ancora mira alla definizione di un modello di innovazione tecnologica, che non si uniformi alla

Anche qui, come per il profilo precedente, emerge chiaramente la pretesa e la scommessa europea di promuovere un modello di relazioni tra economia di mercato e tutela dei diritti che si distingua tanto da quello ispirato alla *private self-regulation* sostenuto dagli Stati Uniti quanto da quello illiberale e stalinistico praticato nei regimi autoritari<sup>121</sup>.

### 3.2. *Gli aspetti formali: la natura giuridica ed il valore della Dichiarazione*

Restano ora da verificare la natura ed il valore giuridico della Dichiarazione, al fine di immaginare quale possa essere in concreto l'impatto normativo della stessa sul sistema delle fonti della UE.

Alcune prime indicazioni ci vengono fornite dal Preambolo stesso della Dichiarazione; al punto n. 10, infatti, si legge: «la dichiarazione si basa segnatamente sul diritto primario dell'UE, in particolare sul trattato sull'Unione europea, sul Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nonché sul diritto derivato e sulla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. [...] *Ha natura dichiarativa e, in quanto tale, non incide sul contenuto delle norme giuridiche o sulla loro applicazione* (nostro il corsivo)».

E, ancora, il punto n. 12 afferma: «la promozione e l'attuazione della dichiarazione rappresentano un *impegno politico e una responsabilità* [corsivo nostro] che condividono l'UE e gli Stati membri nell'ambito delle rispettive competenze e nel pieno rispetto del diritto dell'Unione. La Commissione riferirà periodicamente al Parlamento e al Consiglio in merito ai progressi compiuti. Gli Stati membri e la Commissione dovrebbero tenere conto dei principi e dei diritti digitali sanciti nella presente dichiarazione quando cooperano per conseguire le finalità generali stabilite nella decisione sul programma strategico per il 2030 "Percorso per il decennio digitale"».

---

stretta logica dell'autoregolazione capitalistica» così G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in *Enc. dir., I Tematici*, V, cit., 1030.

<sup>121</sup> In tal senso cfr. M. SANTANIELLO, *Sovranità digitale e diritti fondamentali: un modello europeo di Internet governance*, cit., 50; in senso analogo è stato affermato «la strategia normativa europea potrebbe contribuire al c.d. Brussels effect, ponendosi come riferimento obbligato per qualunque disciplina extra-UE che voglia, comunque, aprirsi al mercato europeo» così C. CASONATO, *L'intelligenza artificiale e il diritto pubblico comparato ed europeo*, cit., 179; sul tema ora disponibile la traduzione in italiano del volume A. BRADFORD, *Effetto Bruxelles. Come l'Unione Europea regola il mondo*, Milano 2021.

Ora, stando alla sua autoqualificazione si tratta di atto che rientra nella tipologia delle “dichiarazioni comuni” del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione europea. Certo è che l'autorevolezza, la solennità<sup>122</sup> e la natura tutta politica (e non tecnica) dei soggetti dichiaranti è aspetto che conferisce alla Dichiarazione una particolare pregnanza rispetto ad altri atti di *soft law*, provenienti da autorità di settore e da organi non politici.

Ciononostante la natura di *soft law*<sup>123</sup> della Dichiarazione non pare revocabile in dubbio; come visto essa vanta un'efficacia meramente dichiarativa (non già prescrittiva), non è destinata ad incidere sul contenuto e sulla applicazione delle norme giuridiche dell'UE. Né, ancora, la Dichiarazione, prevede meccanismi di *enforcement*<sup>124</sup> ovvero di applicazione diretta dei suoi enunciati i quali, peraltro, in ragione di una formulazione testuale alquanto generica ed esortativa (se non, talvolta, evocativa) appaiono, con tutta evidenza, incompatibili con ogni effetto diretto<sup>125</sup>. Va, peraltro, messa in evidenza una certa opacità e varietà dei contenuti della Dichiarazione, la stessa facendo spesso riferimento non solo a generici impegni politici e valori etici ma anche a diritti già codificati e riconosciuti nell'ordinamento europeo<sup>126</sup>.

---

<sup>122</sup> Subito dopo il Preambolo, infatti, si legge: «Il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione proclamano *solennemente [corsivo nostro]* la seguente dichiarazione comune sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale».

<sup>123</sup> È noto come la nozione “*soft law*” sia di matrice dottrinale e che persistano notevoli difficoltà nella esatta definizione ed identificazione degli atti riconducibili a tale categoria: «the difficulty with soft law is the very fluidity of the notion. Paradoxically, soft law is an oft-used concept, which is still given very different meanings as no consensus has emerged in scholarship» così F. TERPAN, *Soft Law in the European Union: The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal*, 1/ 2015, 70. In via generale sugli atti di *soft law* dell'UE, ci si limita, più di recente, a segnalare: P.L. LÁNCOS, N. XANTHOULIS, L. ARROYO JIMÉNEZ, *The Legal Effects of EU Soft Law*, Cheltenham 2023; J. ALBERTI, F. CROCI, *L'impatto del soft law dell'Unione europea nei giudizi interni: un'analisi sul campo*, in *Dir. Un. eu.*, 2/2020; C. ANDONE, F. COMAN-KUND, *Persuasive rather than 'binding' EU soft law? An argumentative perspective on the European Commission's soft law instruments in times of crisis*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 2022, 22-47; A. ADINOLFI, C. MORVIDUCCI, *Elementi di diritto dell'Unione Europea*, Torino 2020, 144-145; R. BARATTA, *Il sistema istituzionale dell'Unione Europea*, Milano 2022, 238-239; L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford 2004.

<sup>124</sup> Così E. CELESTE, *Towards a European Declaration on Digital Rights and Principles: Guidelines for the Digital Decade*, cit.

<sup>125</sup> «Benché proclamata “solennemente” da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione al pari della Carta di Nizza nel 2000, tale dichiarazione non ha natura giuridicamente vincolante» così C. AMALFITANO, F. FERRI, *Transizione digitale e dimensione costituzionale dell'Unione europea: tra principi, diritti e valori*, edito nel presente volume, 7.

<sup>126</sup> «The text presents a hybrid nature: half solemn declaration, adopting a constitutional

La Dichiarazione, dunque, ad una prima valutazione, appare rappresentativa di un, pur autorevole, impegno politico e programmatico<sup>127</sup>.

Ciò posto occorre, dunque, interrogarsi: a) sulle ragioni politico-normative che hanno indotto Parlamento, Commissione e Consiglio della UE a preferire un atto non vincolante e di *soft law*, piuttosto che preferire l'emanazione di una (nuova) Carta dei diritti e dei principi digitali ovvero di integrare la (vecchia) Carta dei diritti fondamentali della UE, alla luce delle novità poste dallo sviluppo della tecnologia digitale; b) sulla natura esclusivamente programmatica e ricognitiva dei contenuti della Dichiarazione.

In ordine al primo quesito va detto che il ricorso ad un atto di *soft law* in un ambito così esteso e complesso, che percorre trasversalmente molti settori disciplinari (e, quindi, diverse competenze normative), appare probabilmente una scelta obbligata, la sola in grado di assicurare quelle prestazioni di adattabilità, generalmente estranee agli atti normativi vincolanti. Scelta obbligata, dunque, non solo, perché la tematica digitale, in ragione proprio della sua trasversalità, incrocia diverse competenze<sup>128</sup> (non tutte agevolmente riconducibili nell'alveo della potestà normativa delle istituzioni UE), ma soprattutto perché l'inarrestabile ed imprevedibile evoluzione della tecnologia digitale procede con una velocità tale che gli atti di *hard law* farebbero non poca fatica a tenere il passo: «gli sviluppi costanti e non prevedibili delle applicazioni tecnologiche rendono, come è evidente, assai difficile immaginare in modo esaustivo le “interferenze” che queste

---

tone, and half policy document, articulating general rights and principles in a more granular form» così E. CELESTE, *Towards a European Declaration on Digital Rights and Principles: Guidelines for the Digital Decade*, cit.

<sup>127</sup> «Le disposizioni ivi contenute, per riconoscimento della stessa dichiarazione, hanno natura programmatica ed esortativa. Pertanto, allo stato dei fatti, non sembrerebbe potersi riconoscere valore normativo *stricto sensu* all'articolato in parola, ma solo la funzione di strumento programmatico di *soft law* che possa illustrare le intenzioni politiche comuni, fungendo da punto di riferimento per le imprese e per tutti i soggetti coinvolti dallo sviluppo tecnologico» così S. CIANCI, *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali: quid pluris*, cit., 385; in senso analogo è stato rilevato che «se si guarda al contenuto della Dichiarazione, questa enuncia principi di natura essenzialmente programmatica piuttosto che formulare nuovi diritti» così A. ADINOLFI, *Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: qualche considerazione sulle attuali strategie normative dell'Unione*, cit., 331.

<sup>128</sup> In senso contrario è stato sostenuto «Pur nell'assenza di riferimenti espliciti al digitale nel testo del TUE e del TFUE, non vi è dubbio che la materia possa essere oggetto di regolamentazione da parte dell'Unione e che eventuali restrizioni invocate in nome dell'attribuzione delle competenze non potrebbero sortire alcun effetto» così C. AMALFITANO, F. FERRI, *Transizione digitale e dimensione costituzionale dell'Unione europea: tra principi, diritti e valori*, cit., 66.

possono comportare in relazione al rispetto di tali diritti»<sup>129</sup>. Gli interventi di *soft law*, a ben vedere, dunque, altro non sarebbero che un tentativo di rimediare (o almeno attenuare) il ritardo che generalmente connota le relazioni del diritto con la scienza e la tecnica.

In senso analogo è stato osservato che resta «fondamentale resistere alla tentazione, per fronteggiare il consolidarsi del potere digitale privato, di affidarsi ad una ipertrofia normativa, anche a livello costituzionale, che non può che essere destinata, nei casi peggiori, ad una obsolescenza immediata e, in quelli migliori, alla pietrificazione di un processo tecnologico che fa del dinamismo e dalla attitudine al cambiamento le sue doti più significative»<sup>130</sup>.

A ben vedere, del resto, larga parte dei contenuti della Dichiarazione possono essere considerati come l'evoluzione e l'aggiornamento di diritti esistenti (e codificati nella Carta fondamentale dei diritti della UE) ma declinati alla luce delle sopravvenute tecnologie digitali. In effetti la preoccupazione di «rafforzare la tutela dei diritti fondamentali alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici» era già esplicitamente avvertita nel Preambolo della Carta di Nizza. A conferma del fatto che i diritti correlati alla dimensione digitale siano in buona parte ricavabili dai principi e dai diritti già riconosciuti dal diritto europeo, si è fatto osservare che, ad esempio, il diritto alla disconnessione risulta desumibile da principi relativi alla salute e alla tutela dei lavoratori o, ancora, il diritto di accesso all'algoritmo si correla funzionalmente al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva<sup>131</sup>.

Più in generale, i principi della Carta dei diritti fondamentali della UE (dignità, libertà, solidarietà ed eguaglianza) sono i medesimi, pur nella loro considerevole latitudine interpretativa, ai quali si richiama la Dichiarazione. Da qui la possibile estensione ermeneutica di tali principi alle problematiche emergenti dal successivo sviluppo tecnologico.

In ordine al secondo quesito abbiamo già messo in evidenza il carattere programmatico e non formalmente prescrittivo della Dichiarazione. Sarebbe, tuttavia, affrettato ritenere che tale atto resti del tutto privo di concreti effetti giuridici. È esperienza acquisita che molti atti di *soft law*, pur

---

<sup>129</sup> A. ADINOLFI, *Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: qualche considerazione sulle attuali strategie normative dell'Unione*, cit., 329.

<sup>130</sup> In tal senso O. POLLICINO, voce *Potere digitale*, cit., 443.

<sup>131</sup> In tal senso A. ADINOLFI, *Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: qualche considerazione sulle attuali strategie normative dell'Unione*, cit., 331.



formalmente non vincolanti, nella concretezza della esperienza giuridica si dimostrano capaci di indirizzare o condizionare le scelte delle amministrazioni, delle imprese e dei giudici<sup>132</sup>.

Con specifico riferimento agli organi di indirizzo politico e di produzione normativa, europei e nazionali, non solo appare improbabile una palese violazione dei contenuti affermati nella Dichiarazione ma essa vale a ribadire un preciso indirizzo politico della massima importanza; al punto n. 7 del Preambolo, in particolare, viene affermato: «la presente dichiarazione specifica le intenzioni e gli impegni politici comuni e ricorda i diritti più pertinenti nel contesto della trasformazione digitale. La dichiarazione dovrebbe inoltre guidare i responsabili politici nella riflessione sulla loro visione della trasformazione digitale».

Al di là ed oltre gli effetti politici, torna utile ricordare la vicenda storica della Carta di Nizza, prima che alla stessa, ad opera dell'art. 6 TUE, venisse riconosciuta la stessa forza giuridica dei Trattati<sup>133</sup>.

Come si fece osservare all'indomani della proclamazione della Carta di Nizza la questione dell'alternativa tra valore politico o giuridico è mal posta, giacché «ciò che nasce con prevalenti intenti ricognitivi, com'è il caso proprio della nostra Carta, pur rimanendo lontano da vere e proprie pretese di carattere costituente ed instaurativo, in realtà non opera mai ad effetto zero, poiché la tradizione da riconoscere chiede sempre di essere interpretata e selezionata, con un risultato finale che è dunque sempre in qualche misura novativo»<sup>134</sup>.

La Corte costituzionale italiana in diverse occasioni, del resto, ebbe a sottolineare che «la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ancorché priva di efficacia giuridica, ha un carattere espressivo dei principi comuni agli ordinamenti europei»<sup>135</sup>.

Al pari di quanto avvenne in relazione alla Carta di Nizza, anche dalla Dichiarazione emerge un rilievo interpretativo che non può essere sottovalutato; essa concorre a ricostruire e ricomporre diritti fondamentali che già

---

<sup>132</sup> J. ALBERTI, F. CROCI, *L'impatto del soft law dell'Unione europea nei giudizi interni: un'analisi sul campo*, cit., 271.

<sup>133</sup> Ripercorre la genesi storica della Carta dei diritti fondamentali dell'UE B. NASCIBENE, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in [www.europeanpapers.eu](http://www.europeanpapers.eu), 1, 2021, 82 ss.

<sup>134</sup> Così M. FIORAVANTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Istituzioni, mercato e democrazia, Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, a cura di S. AMOROSINO, G. MORBIDELLI, M. MORISI, Torino 2002, 260.

<sup>135</sup> Così Corte costituzionale sent. n. 135/2002 ma anche sent. n. 393/2006.

sono parte integrante dell'ordinamento UE o, comunque, rientranti nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri e quindi annoverabili tra i principi generali del diritto eurounitario in virtù dell'art. 6, par. 3, TUE<sup>136</sup>.

Certo è che la Dichiarazione, nonostante la sua natura programmatica, svolge un'importante funzione di ausilio e di consolidamento interpretativo verso gli organi di applicazione del diritto (nazionali ed europei), in un'ottica di attualizzazione dei vecchi diritti alle nuove esigenze di tutela, provvedendo, ad un tempo, a stabilizzare gli orientamenti interpretativi già maturati<sup>137</sup> e ad evitare bruschi *revirement* giurisprudenziali; essa concorre, di certo, alla garanzia della certezza del diritto<sup>138</sup> ed alla limitazione della discrezionalità amministrativa, scoraggiando interventi normativi nuovi e per nulla agevoli dal punto di vista tecnico-operativo e sistematico<sup>139</sup>.

Nulla esclude, peraltro, che la Dichiarazione possa in prospettiva assumere valore vincolante esattamente come è accaduto per la carta di Nizza<sup>140</sup>.

---

<sup>136</sup> In tal senso P. DE PASQUALE, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell'Unione europea?*, cit.

<sup>137</sup> «Quanto al suo contenuto, il progetto di dichiarazione compendia in un unico testo i principi e i valori della UE rilevanti nel campo digitale, a partire da quelli affermati dalla Corte di Giustizia nella sua giurisprudenza recente» così F. ZORZI GIUSTINIANI, *La Dichiarazione europea sui diritti e principi digitali, il Trans-Atlantic Data Privacy Framework e l'Unione Federale dei consumatori tedeschi contro Meta Platforms Ireland*, cit., 2.

<sup>138</sup> In tal senso cfr. R. BARATTA, *Il sistema istituzionale dell'Unione Europea*, cit., 239.

<sup>139</sup> In senso contrario è stato ritenuto che «l'adozione della recente Comunicazione relativa alla definizione di una Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali pone in dubbio l'idoneità della sola CDFUE a coprire l'universo (in espansione e per molti versi sconosciuto) di tali diritti» così P. DE PASQUALE, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell'Unione europea?*, cit.

<sup>140</sup> A. ADINOLFI, *Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: qualche considerazione sulle attuali strategie normative dell'Unione*, cit., 331.



Fulvio Maria Palombino, Alessandro Stiano  
*Era digitale e diritti umani: luci ed ombre\**

*Digital age and human rights: lights and shadows*

**Abstract**

*La Comunità internazionale si è più volte espressa nel senso dell'applicabilità del quadro giuridico internazionale preesistente alla c.d. rivoluzione digitale alle attività svolte online, sottolineando l'inopportunità di creare norme o regole ad hoc. Per quanto tale assunto sia condivisibile è innegabile che le nuove tecnologie abbiano finito per influenzare il mondo dei diritti umani sia in merito alle modalità attraverso cui concretamente tali diritti vengono tutelati sia rispetto alla possibile emersione di nuovi e autonomi diritti, come l'accesso a internet. Su questi presupposti, nel presente lavoro si intendono indagare gli aspetti positivi e negativi derivanti dalla costante tensione tra era digitale e diritti umani, mettendo in luce come trattasi di due vasi comunicanti, legati da un rapporto di reciproca influenza.*

*The international community has repeatedly expressed itself in the sense of the applicability of the international legal framework that existed before the so-called digital revolution to activities carried out online, underlining the inadequacy of creating ad hoc norms or rules. As much as this assumption can be shared, it is undeniable that new technologies have ended up influencing the world of human rights, both regarding how these rights are concretely protected and concerning the possible emergence of new and autonomous rights, such as access to the Internet. Based on these assumptions, this paper intends to investigate the positive and negative aspects arising from the constant tension between the digital era and human rights, highlighting how these is a relationship of mutual influence.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Diritto alla libertà di espressione nell'era digitale: la c.d. neutralità tecnologica. – 3. Il diritto alla *privacy* nell'era digitale: l'utilizzo improprio

---

\* Sebbene il presente contributo sia il frutto di un lavoro comune degli autori, il § 1 va attribuito al Prof. Palombino e i §§ 2, 3, 4, 5 e 6 al Dott. Stiano.

delle nuove tecnologie da parte degli Stati. – 4. Internet come (possibile) strumento per il godimento dei diritti economici, sociali e culturali. – 5. Emergenza di nuovi diritti: il diritto di accesso a internet. – 6. Osservazioni conclusive.

## 1. Introduzione

La Comunità internazionale, per lo meno a partire dal 2003 e per il tramite di una dichiarazione di principi, si è chiaramente espressa nel senso dell'applicabilità del regime giuridico dei diritti umani alle attività compiute *online*<sup>1</sup>. Da allora è piuttosto diffusa la convinzione per cui questo novero di diritti debba godere delle medesime tutele e garanzie indipendentemente dal fatto che gli individui agiscano nel mondo “reale” ovvero che le attività di cui si discute vengano realizzate attraverso l'utilizzo di internet<sup>2</sup>. Si tratta di un approccio non condiviso da tutti<sup>3</sup>, ma che riflette una idea piuttosto chiara: il quadro giuridico internazionale preesistente alla c.d. rivoluzione digitale sarebbe in grado di tutelare i valori fondamentali senza che vi sia la necessità di creare delle norme o delle regole *ad hoc*.

Senonché, per quanto in principio l'approccio sia condivisibile, non c'è dubbio che l'era digitale abbia finito per influenzare il mondo dei diritti umani almeno sotto un duplice aspetto.

In primo luogo, le nuove tecnologie – e in particolare internet – incidono sulla *modalità* attraverso cui concretamente i diritti umani vengono tutelati. Se per un verso, infatti, le funzionalità che le comunicazioni digitali offrono sono in grado di amplificare, in un certo qual modo, l'esercizio di alcuni diritti – si pensi ad esempio alla libertà di espressione e di opinione oppure ai diritti economici, sociali e culturali, permettendo anche la realizzazione di diritti ad essi collegati – ; dall'altro lato è innegabile che il loro

---

<sup>1</sup> Cfr. World Summit on the Information Society (WSIS), *Declaration of principle*, WSIS-03/Geneve/DOC/4-3, 12 dicembre 2003, 1.

<sup>2</sup> Emblematica in tal senso è la risoluzione adottata dal Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite nel settembre 2019, in cui viene più volte ribadito che i medesimi diritti garantiti nel mondo reale devono essere garantiti anche per le attività svolte *online*. Cfr. Human Rights Council, *The Right to Privacy in the Digital Age*, 7 ottobre 2019, A/HRC/RES/42/15.

<sup>3</sup> Si v., ad esempio, A. DEEKS, *An International Legal Framework for Surveillance*, in *Virginia Journal of International Law*, 2015, 291 s.

utilizzo espone gli individui a minacce e (possibili) interferenze nella loro sfera privata in modo differente da quanto accade normalmente.

In secondo luogo, l'evoluzione tecnologica ha posto la questione ulteriore di stabilire se la stessa sia all'origine di nuovi diritti altrettanto meritevoli di tutela; e tra i quali il diritto di accesso a internet occupa senz'altro un ruolo di primo piano.

Su questi presupposti, ciò che si intende indagare è il rapporto intercorrente tra era digitale e diritti umani, mettendo in luce come trattasi di due vasi comunicanti, legati da un rapporto di reciproca influenza. A questo fine, ci occuperemo dapprima di analizzare alcune fonti internazionali a tutela dei diritti umani, in particolare il diritto alla libertà di espressione (§ 2), il diritto alla *privacy* (§ 3) e i diritti economici, sociali e culturali (§ 4). Verificheremo poi in che misura l'utilizzo di strumenti nati dall'era digitale, come internet, possano determinare la nascita e il riconoscimento di nuovi diritti umani (§ 5). Infine, proveremo ad offrire alcune considerazioni conclusive (§ 6).

## 2. *Diritto alla libertà di espressione nell'era digitale: la c.d. neutralità tecnologica*

Il diritto internazionale contemporaneo conosce numerose disposizioni funzionali a garantire la libertà di opinione ed espressione. Alcune di queste sono incluse in veri e propri trattati internazionali e come tali vincolanti per gli Stati ratificanti; altre invece sono frutto di iniziative sviluppatesi in seno alle Nazioni Unite, confluite poi in dei Principi Guida e che appartengono alla categoria degli atti di *soft law*<sup>4</sup>. In questo scritto verranno prese in considerazione soltanto quelle norme di carattere universale e vincolante e saranno escluse, invece, quelle contenute in convenzioni regionali<sup>5</sup>. Pertanto, si esamineranno gli artt. 19 e 20 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (d'ora in poi, anche, Patto)<sup>6</sup>, unitamente agli emen-

<sup>4</sup> In generale sull'interazione tra atti di *soft law* e diritto internazionale si v., tra gli altri, D. GRECO, "Soft Law" e diritto internazionale generale, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2021, 51 ss.

<sup>5</sup> Saranno quindi escluse dalla trattazione quelle disposizioni che tutelano la libertà di espressione su scala regionale come, ad esempio, l'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

<sup>6</sup> General Assembly, *The International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR), 16 dicembre 1966, art. 19, par. 2.

damenti previsti dal Commento Generale n. 34<sup>7</sup> e dal Piano d'azione di Rabat (d'ora in poi, anche, Piano d'azione)<sup>8</sup>.

Segnatamente, la libertà di espressione a livello universale è tutelata dall'art. 19 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, ossia, com'è noto, un trattato internazionale adottato in seno all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1966 e ratificato da 173 Stati<sup>9</sup>.

La lettera dell'art. 19 garantisce che ad ogni individuo venga riconosciuto, da un lato, il diritto a non essere molestato per le proprie opinioni<sup>10</sup> e, dall'altro lato, il diritto alla libertà di espressione. Quest'ultimo comprende «la libertà di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni genere, senza riguardo a frontiere, oralmente, per iscritto, attraverso la stampa, in forma artistica o attraverso qualsiasi altro mezzo»<sup>11</sup>. Il riferimento a “qualsiasi altro mezzo” include, come specificato dal Commento Generale n. 34, tutte le forme di espressione audiovisive, elettroniche e basate su internet<sup>12</sup>.

Al terzo paragrafo, poi, è previsto che tali libertà possano essere limitate nel caso in cui vada salvaguardata la reputazione altrui oppure per ragioni legate alla sicurezza nazionale, all'ordine pubblico, alla sanità e alla morale pubblica, purché però tali limitazioni siano espressamente stabilite dalla legge e appaiano strettamente necessarie<sup>13</sup>. In altre parole, affinché la libertà di espressione possa essere limitata è necessario che cumulativamente vengano soddisfatti tre requisiti: *i*) le restrizioni devono essere previste in una legge chiara, trasparente ed accessibile (c.d. legalità); *ii*) le limitazioni devono essere previste per motivi legati alla reputazione di altri soggetti o

<sup>7</sup> UNHRC, *General Comment No. 34. Article 19: Freedoms of Opinion and Expression*, CCPR, C/GC/34, 12 settembre 2011.

<sup>8</sup> Human Rights Council, *Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence*, A/HRC/22/17/Add.4, 11 gennaio 2013, 6 ss.

<sup>9</sup> Cfr. <https://indicators.ohchr.org/>. L'Italia, in particolare, ha ratificato il Trattato il 15 settembre 1978.

<sup>10</sup> ICCPR, art. 19, par. 1.

<sup>11</sup> *Ivi*, art. 19, par. 2.

<sup>12</sup> UNHRC, *General Comment No. 34*, cit., 12 settembre 2011, 3.

<sup>13</sup> Più nel dettaglio il comma 3 dell'art. 19 stabilisce che «[l]'esercizio delle libertà previste al par. 2 del presente articolo comporta doveri e responsabilità speciali. Esso può essere pertanto sottoposto a talune restrizioni che però devono essere espressamente stabilite dalla legge ed essere necessarie: a) al rispetto dei diritti o della reputazione altrui; b) alla salvaguardia della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della sanità o della morale pubbliche».

alla sicurezza nazionale, ordine pubblico, salute o morale (c.d. legittimità); *iii*) le misure devono essere necessarie e proporzionate (cc.dd. necessità e proporzionalità)<sup>14</sup>. Circa la portata di questi elementi, talune precisazioni sono state fornite dal Relatore speciale sulla libertà di espressione nel, già richiamato, Commento Generale n. 34. Nel documento viene specificato che, affinché possa dirsi integrato il requisito della «legalità», è necessario che le limitazioni siano previste in leggi precise, pubbliche e trasparenti tali da evitare di fornire alle autorità statali una discrezionalità illimitata<sup>15</sup>. Potrà dirsi rispettato, invece, il requisito della «necessità» e della «proporzionalità» nel momento cui lo Stato riesca a dimostrare che si tratti di una limitazione necessaria per tutelare un suo legittimo interesse e che allo stesso tempo sia stato scelto il mezzo meno intrusivo per raggiungere tale scopo<sup>16</sup>.

Una ulteriore disposizione del Patto internazionale che merita di essere considerata è quella prevista dall'art. 20, il quale al primo paragrafo dispone che «[q]ualsiasi propaganda a favore della guerra deve essere vietata dalla legge»<sup>17</sup>. Al secondo aggiunge «[q]ualsiasi appello all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisce incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza deve essere vietata dalla legge»<sup>18</sup>. La formulazione letterale dell'articolo, sin dal momento delle negoziazioni<sup>19</sup>, ha suscitato più di una perplessità. Non è chiaro, infatti, cosa si intenda né con la locuzione «propaganda a favore della guerra» né tantomeno appelli «che costituiscono incitamento»<sup>20</sup>. In ragione di queste difficoltà interpretative, vi sono

---

<sup>14</sup> *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, par. 6.

<sup>15</sup> *Ivi*, par. 6 (a).

<sup>16</sup> *Ivi*, par. 6 (c).

<sup>17</sup> ICCPR, art. 20, par. 1

<sup>18</sup> *Ivi*, art. 20, par. 2

<sup>19</sup> Durante le negoziazioni infatti la delegazione statunitense, unitamente ad altri Stati, ha sottolineato la vaghezza dei termini adoperati e il rischio di un loro uso distorto. Nonostante ciò, l'allora Unione Sovietica è riuscita a raccogliere un numero sufficiente di voti per approvare il testo dell'articolo. Va sottolineato che gli Stati Uniti hanno formulato una riserva all'art. 20, secondo la quale l'articolo «does not authorize or require legislation or other action by the United States that would restrict the right of free speech and association protected by the Constitution and laws of the United States». Per una ricostruzione accurata della discussione in fase di negoziazione del Patto si veda, tra tutti, E. ASWAD, *To Ban or Not to Ban Blasphemous Videos*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2013, 1320 ss.

<sup>20</sup> Cfr. E. ASWAD, *The Future of Freedom of Expression Online*, in *Duke Law and Technology Review*, 2018, 37; J. TEMPERMAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights and the "Right to be Protected against Incitement"*, in *Journal of Law, Religion and State*, 2019, 90 ss.



state diverse iniziative volte a chiarirne il significato. In particolare, quella più rilevante, anche perché iniziata sotto l'impulso dell'Alto Commissario per i diritti umani, si è concretizzata con l'adozione del Piano d'azione di Rabat. L'intento precipuo del Piano è quello di chiarire il significato dell'art. 20 par. 2. A tal fine, viene anzitutto specificato che per «odio» e «ostilità» si intendono delle emozioni intense e irrazionali di inimicizia e detestazione verso uno specifico gruppo; una ulteriore specificazione poi viene fatta rispetto ai termini «appello» e «incitamento». Con il primo dovrebbe intendersi l'intenzione di promuovere pubblicamente l'odio verso uno determinato gruppo, mentre il secondo va interpretato alla stregua di dichiarazioni su gruppi nazionali, razziali o religiosi che creano un rischio imminente alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza contro le persone appartenenti a tali gruppi<sup>21</sup>. Ebbene, è evidente che le precisazioni fornite dal Piano risultano essere poco incisive e talvolta tautologiche, non riuscendo a chiarire del tutto il significato dei termini utilizzati dalla norma in questione.

Senonché, il Piano preserva una certa utilità nella parte in cui vengono indicati gli ulteriori elementi prendere in considerazione al fine di per verificare se il diritto alla libertà di espressione possa essere limitato<sup>22</sup>. Più nel dettaglio, questi sono: il contesto, lo *status* del relatore, l'intento, il contenuto e la forma, l'estensione della comunicazione e la probabilità<sup>23</sup>.

Nel Piano poi si precisa che il «contesto» è di grande importanza quando si valuta se particolari affermazioni possano incitare alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza contro uno specifico gruppo e può avere un impatto diretto sia sull'intento che sul nesso di causalità. L'analisi del contesto serve a collocare l'atto linguistico all'interno del perimetro sociale e politico prevalente nel momento in cui quel discorso è stato promulgato<sup>24</sup>. Va considerato inoltre lo *status* del «relatore» all'interno della società e in particolare la sua posizione rispetto al pubblico nei cui confronti è rivolta quella determinata comunicazione.

L'«intento», invece, è desumibile dallo stesso art. 20 dal momento che non è sufficiente la semplice diffusione o condivisione di un determinato materiale, ma piuttosto è necessario un vero e proprio appello o incitamento, tale da configurare una relazione trilaterale tra il contenuto della comunicazione, il soggetto che la promana e il pubblico destinatario.

---

<sup>21</sup> *Rabat Plan of Action, passim.*

<sup>22</sup> *Ivi*, par. 29.

<sup>23</sup> *Ibidem.*

<sup>24</sup> *Ivi*, par. 29 (a).

Il «contenuto» e la «forma», poi, vanno intesi nel senso dell'analisi concreta della comunicazione, di quanto è stata provocatoria e diretta nonché dello stile e della natura degli argomenti impiegati nel discorso oppure dell'equilibrio stabilito tra i diversi argomenti utilizzati<sup>25</sup>.

Per quanto riguarda «l'estensione della comunicazione», invece, devono essere considerate la portata della comunicazione, e cioè individuarne i destinatari a seconda che sia circoscritta a un numero esiguo di soggetti oppure sia stata promulgata in pubblico, nonché la frequenza e la quantità. A tal fine è chiaro che il mezzo di comunicazione utilizzato rivesta un ruolo determinante<sup>26</sup>.

Infine, la «probabilità» indica il livello di rischio che potrebbe derivare da quella specifica comunicazione. Bisogna accertare, dunque, con ragionevole probabilità che quella stessa comunicazione sia stata capace di contribuire al verificarsi di determinate azioni avverso uno specifico gruppo di soggetti, dimostrando l'esistenza di un nesso di causalità tra il discorso e l'evento criminoso<sup>27</sup>.

Ebbene, le disposizioni qui esaminate appaiono rispettose di quello che in dottrina è stato definito *principio di neutralità tecnologica*<sup>28</sup>. Si tratta di un concetto per cui le norme giuridiche risultano “neutrali” rispetto al contesto per cui sono state elaborate, trovando in questo modo applicazione indipendentemente, nel nostro caso, dal mezzo di comunicazione utilizzato. Nonostante tale principio si sia sviluppato nell'ambito del diritto della proprietà intellettuale, ci sembra che esso possa trovare concreta applicazione anche rispetto alla libertà di espressione e di opinione. D'altro canto, non paiono condivisibili quelle critiche di una parte della dottrina secondo cui tali norme generali abbisognerebbero di frequenti aggiornamenti dal momento che non tengono in considerazione gli aspetti specifici del contesto digitale e non sarebbero in grado di adattarsi all'evoluzione della società<sup>29</sup>. Sul punto è facilmente obiettabile, infatti, che trattandosi di norme di carattere generale, esse più di altre godono di un certo grado di flessibilità che, seppur con alcune specificazioni, riescono ad essere applli-

---

<sup>25</sup> *Ivi*, par. 29 (d).

<sup>26</sup> *Ivi*, par. 29 (e).

<sup>27</sup> *Ivi*, par. 29 (f).

<sup>28</sup> Si v., *ex multis*, da ultimo G.M. RUOTOLO, *Scritti di diritto internazionale ed europeo dei dati*, Bari 2021, 238.

<sup>29</sup> Su tutti si v. B.A. GREENBERG, *Rethinking Technology Neutrality*, in *Minnesota Law Review*, 2016, 1495 s.

cate anche in quei contesti, come quello digitale, non espressamente considerati né immaginabili al momento della loro adozione. Sintomatico di quanto si sta dicendo è il richiamo effettuato dall'*Independent Oversight Board* di Facebook alle norme qui analizzate in occasione della vicenda relativa al *ban* dal *social network* dell'ex Presidente degli Stati Uniti Donald Trump<sup>30</sup>.

### 3. *Il diritto alla privacy nell'era digitale: l'utilizzo improprio delle nuove tecnologie da parte degli Stati*

Al pari del diritto alla libertà di espressione, anche il diritto alla *privacy* è tutelato in differenti fonti internazionali.

Un suo iniziale riconoscimento è rinvenibile nell'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti umani, secondo cui «[n]essun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesione del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto a essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni»<sup>31</sup>.

Una forma di tutela simile, anche se inserita in uno strumento vincolante, è poi rintracciabile nel Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, il cui art. 17 stabilisce che «1. Nessuno può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa o nella sua corrispondenza, né a illegittime offese al suo onore e alla sua reputazione. 2. Ogni individuo ha diritto a essere tutelato dalla legge contro tali interferenze od offese»<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Sul punto sia consentito rimandare ad A. STIANO, *Facebook e diritto alla libertà di espressione: il "caso Trump" tra istanze personalistiche, auto-regolamentazione e diritto internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 1035 s.

<sup>31</sup> Cfr. *Dichiarazione universale dei diritti umani*, UN Doc. A/RES/217 (III) del 10 dicembre 1948. Per un esame di tale disposizione si veda, tra gli altri, L.A. REHOF, «Article 12», in G. ALFREDSSON *et al.* (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, The Hague 1999, 251 s.; ID., «Article 12», in A. EIDE *et al.* (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Oslo 1992, 187 s.

<sup>32</sup> Cfr. Patto sui diritti civili e politici, 16 dicembre 1966, art. 17. Per una approfondita e puntuale analisi si rimanda a A. BONFANTI, *Il diritto alla protezione dei dati personali nel Patto internazionale sui diritti civili e politici e nella Convenzione europea dei diritti umani: similitudini e difformità di contenuti*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2011, 454 s.; vedi anche M. NOWAK, *UN Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*<sup>2</sup>, Kehl 2005, 385 ss.

Oltre alle fonti appena citate, anche l'Assemblea generale, dopo un periodo di iniziale inerzia, ha iniziato a porre l'attenzione sul tema *de qua* e nel dicembre del 2013 ha adottato per consenso la risoluzione «sulla protezione del diritto alla *privacy* nell'era digitale»<sup>33</sup>, la cui importanza, anche solo perché trattasi della prima risoluzione adottata dalle Nazioni Unite in materia, ci impone di esaminarne le principali caratteristiche e novità, nonché alcune delle sue principali criticità<sup>34</sup>. In particolare, per quanto riguarda gli aspetti positivi, la risoluzione mira all'applicazione degli *standards* di tutela previsti in materia di diritti umani anche alle attività di intercettazione delle comunicazioni e di archiviazione dei dati personali. Il documento ha avuto inoltre il pregio di svolgere un ruolo catalizzatore attraverso il coinvolgimento dell'Alto Commissario per i diritti umani, al quale è stato richiesto di presentare un rapporto sulla protezione e sulla promozione del diritto alla *privacy* in relazione alla sorveglianza di massa sia nella sua dimensione meramente interna che in quella extraterritoriale, nonché con riferimento alle intercettazioni delle comunicazioni e alla raccolta dei dati digitali<sup>35</sup>.

D'altra parte, nonostante i suoi aspetti indubbiamente positivi, la risoluzione palesa anche diversi punti controversi. Così, oltre ad indicare l'applicabilità dei principi in materia di diritti umani alla *privacy* in rete, la risoluzione avrebbe potuto accennare alle caratteristiche che le legislazioni nazionali regolanti l'acquisizione delle informazioni di carattere personale su internet avrebbero dovuto assumere, individuando altresì i presupposti alla base della possibile applicazione di dette normative<sup>36</sup>. Un riferimento

---

<sup>33</sup> Assemblea generale delle Nazioni Unite, *The Right to Privacy in the Digital Age*, UN Doc. A/RES/68/167, 13 December 2013.

<sup>34</sup> Secondo D. JOYCE (*Privacy in the Digital Era: Human Rights Online*, in *Melbourne Journal of Int. Law*, 2015, 2) «[r]esolution 68/167 represents an important development in the move to protect privacy in the digital era and at the international level».

<sup>35</sup> A/RES/68/167, cit., par. 5. Brevemente, nel rapporto presentato dall'Alto Commissario si asserisce che finanche la mera possibilità che una comunicazione venga intercettata possa integrare una interferenza con il diritto alla *privacy*, non essendo necessario che detta comunicazione sia stata effettivamente sottoposta a intercettazioni. Il rapporto sottolinea inoltre come la perdurante differenza tra il contenuto delle comunicazioni e i *metadata* deve ritenersi ormai superata in quanto del tutto anacronistica e irrilevante rispetto all'attuale contesto in cui si sviluppano le comunicazioni. Questa affermazione ha non poca rilevanza se si considera che la caratteristica intrinseca dei *metadata* è proprio quella di non rivelare il contenuto delle comunicazioni. Cfr. High Commissioner for Human Rights, *The Right to Privacy in the Digital Age*, UN Doc. A/HRC/27/37, 2014.

<sup>36</sup> Così si veda M. NINO, *La risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite sulla*

alla natura, alla durata, alle finalità delle misure di sorveglianza delle comunicazioni, nonché l'indicazione dei modi di conservazione, della durata dell'archiviazione dei dati già acquisiti, avrebbe infatti agevolato gli Stati nella concreta regolamentazione delle attività di sorveglianza delle comunicazioni in rete<sup>37</sup>. A ciò va aggiunto che alcuni aspetti particolarmente problematici, come quello relativo alla responsabilità dei fornitori di servizi di comunicazioni<sup>38</sup>, non sono stati nemmeno accennati nella risoluzione. Anche in questo caso sarebbe stato probabilmente opportuno che dalla risoluzione emergesse *almeno* l'esigenza di regolamentazione di queste situazioni, in modo tale da promuovere lo sviluppo delle legislazioni statali.

Le preoccupazioni evidenziate dall'Alto commissario nella risoluzione appena citata non sono state superate, anzi sembrano essere in continuo aumento e di ciò ne è dimostrazione il più recente *report* sul tema. La risoluzione adottata nel 2022<sup>39</sup>, infatti, mette ancora una volta in luce come le attività di molti Stati – sia nel caso di impiego di strumenti per la sorveglianza di dispositivi personali sia nel caso di sorveglianza generalizzata – continuano ad essere incompatibili con il diritto internazionale. Inoltre, proprio in virtù dell'accesso alle più recenti invenzioni tecnologiche, come il dispiegamento di un capillare sistema di riconoscimento facciale, gli Stati sono capaci di interferire in modo ancora più incisivo nella sfera privata delle persone. Per questi motivi, l'Alto commissario raccomanda ancora una volta agli Stati di adottare un quadro normativo chiaro per disciplinare la raccolta, l'analisi e la condivisione di informazioni, nonché di definire in maniera palese i motivi consentiti, i prerequisiti, le procedure di autorizzazione e gli adeguati meccanismi di supervisione. A ciò, inoltre, si aggiunge la necessità di assicurare alle vittime di abusi l'accesso a rimedi effettivi<sup>40</sup>.

In definitiva, la breve analisi, sin qui condotta, evidenzia la crescente attenzione della comunità internazionale verso la tutela della *privacy*, e spiega anche le crescenti sollecitazioni degli studiosi volte ad estendere alle più

---

*tutela della privacy nell'era digitale: importanti luci, ma non poche ombre*, in *Dir. comm. int.*, 2014, 778.

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

<sup>38</sup> Il problema è di non poco peso se si considera che molte legislazioni nazionali sulla sorveglianza delle comunicazioni obbligano i fornitori di servizi, pena il mancato rilascio della licenza di esercizio, a riconoscere alle agenzie governative l'accesso ai dati delle comunicazioni dei loro clienti.

<sup>39</sup> Cfr. Human Rights Council, *The right to privacy in the digital age. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, A/HRC/51/17, 2022.

<sup>40</sup> *Ivi*, 16.

innovative tecniche di sorveglianza, di intercettazioni e di collezione dei dati le norme internazionali in materia di diritti umani includendovi il diritto alla *privacy*<sup>41</sup>. Esistono, tuttavia, ancora legislazioni che disciplinano la materia in maniera inadeguata e talvolta illegittima<sup>42</sup>. Sarebbe necessario, dunque, che i legislatori nazionali adottassero una normativa che non consenta agli operatori scelte eccessivamente discrezionali: tocca alla legge ammettere misure di sorveglianza solo quando queste siano strettamente necessarie<sup>43</sup> ed in ipotesi predeterminabili. Ciò, d'altronde, è quanto emerge dal sistema di regole previsto in seno all'Unione europea che ha come perno il Regolamento generale per la protezione dei dati personali 2016/679 del 27 aprile 2016 (d'ora in poi GDPR), entrato in vigore nel 2018. Il Regolamento prevede infatti che i dati personali debbano essere trattati in modo lecito, corretto e trasparente; la loro raccolta, inoltre, ai sensi dell'art. 5, rubricato «principi applicabili al trattamento dei dati personali», è possibile solo per finalità determinate, esplicite e legittime<sup>44</sup>, ossia allorquando ricorra una delle condizioni previste dal successivo art. 6, tra cui figura «l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso

---

<sup>41</sup> Si veda G. DELLA MORTE, *Big data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti*, Napoli 2018, 177 s.

<sup>42</sup> Gli esempi in tal senso sono diversi. Si va dai casi in cui i Governi hanno minacciato di bloccare alcuni servizi di telecomunicazione privati qualora non fosse consentito al Governo l'accesso ai dati relativi al traffico in rete, ai casi dell'uso della sorveglianza delle comunicazioni per individuare gli oppositori o i dissidenti politici e dell'intercettazione di tutte le comunicazioni telefoniche effettuate e ricevute in un dato territorio, fino al caso più grave in cui è stato inserito all'interno di tutti i computers in vendita un *software* in grado di filtrare e conservare – per fini di sorveglianza – alcune informazioni.

<sup>43</sup> Per qualificare le misure come necessarie, l'Alto Commissario per i diritti umani richiama il commento generale n. 27 all'art. 12 della Patto internazionale sui diritti politici e civili. A tal proposito viene indicato che «the restrictions must not impair the essence of the right [...] the relation between right and restriction, between norm and exception, must not be reversed». A ciò viene aggiunto che «it is not sufficient that the restrictions serve the permissible purposes; they must also be necessary to protect them. [...] In other words, it will not be enough that the measures are targeted to find certain needles in a haystack; the proper measure is the impact of the measures on the haystack, relative to the harm threatened; namely, whether the measure is necessary and proportionate». Cfr. *The Right to Privacy in the Digital Age*, cit., 8 s.

<sup>44</sup> Secondo l'art. 5 del GDPR, «1. I dati personali sono: a) trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato («liceità, correttezza e trasparenza»); b) raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità; un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è, conformemente all'art. 89, par. 1, considerato incompatibile con le finalità iniziali («limitazione della finalità») [...]».

all'esercizio di pubblici poteri»<sup>45</sup>. In altre parole, la portata e le modalità attraverso cui gli Stati esercitano il loro potere devono essere indicate – in una legge o in linee guida vincolanti e pubbliche – con adeguata chiarezza. A tal fine non è sufficiente che la legge sia semplicemente accessibile, ma è necessario che anche le conseguenze che discendono da una sua violazione siano conoscibili<sup>46</sup>. Allo stesso tempo, allorché ci si trovi dinanzi a ipotesi di sorveglianza segreta, che possono determinare maggiori rischi di arbitrarietà e discrezionalità, sarà necessaria una ancor maggiore precisione della norma disciplinante – e quindi una tassatività delle ipotesi in cui tali misure possono essere adottate – accompagnata da una supervisione *ex post* più incisiva<sup>47</sup>.

#### 4. *Internet come (possibile) strumento per il godimento dei diritti economici, sociali e culturali*

La tutela dei diritti umani include altresì quelli di natura economica, sociale e culturale come previsto del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (d'ora in poi, anche, ICESCR), adottato, com'è noto, nel 1966<sup>48</sup>. Il Patto impone agli Stati parte di assicurare progressivamente, e con gli strumenti di cui dispongono, la piena attuazione dei diritti in esso garantiti. A tal fine è previsto un sistema di controllo a carattere essenzialmente politico svolto dal Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite<sup>49</sup>, che

---

<sup>45</sup> *Ivi*, art. 6. A tal proposito basti pensare alla recente questione relativa all'uso di tecniche di sorveglianza di massa, adoperate a seguito all'emergenza sanitaria scaturita dalla diffusione del *virus* Covid-19, e le deroghe alla protezione dei dati personali. In particolare, in merito alle limitazioni che uno Stato membro può apportare ai diversi principi e regole l'art. 23 del GDPR prevede che tali limitazioni sono possibili se si tratta misure necessarie e proporzionate in una società democratica al fine di salvaguardare, tra l'altro, «importanti obiettivi di interesse pubblico [...] anche in materia di sanità pubblica e sicurezza sociale». Su questi aspetti, non essendo questo il luogo adeguato per un approfondimento, si rimanda a G. DELLA MORTE, *La tempesta perfetta Covid-19, deroghe alla protezione dei dati personali ed esigenze di sorveglianza di massa*, in *Sidi Blog*, 30 marzo 2020, [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org).

<sup>46</sup> *The Right to Privacy in the Digital Age*, cit., 10.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, adottato dall'Assemblea Generale della Nazioni Unite il 16 dicembre 1966.

<sup>49</sup> B.G. RAMCHARAN, *Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *Netherlands International Law Review*, 1976, 151 s.

nel 1985 ha istituito un organo ausiliario di carattere tecnico, il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali.

Dal punto di vista generale, l'ICESCR individua in capo agli Stati tre categorie di obblighi: un dovere di rispettare, uno di proteggere e uno di adempiere<sup>50</sup>. Quanto al primo, esso si configura come un obbligo negativo, imponendo allo Stato di astenersi dal limitare il godimento dei diritti economici, sociali e culturali; in forza del dovere di proteggere, invece, allo Stato viene chiesto di garantire che terzi, come ad esempio le imprese, non minaccino l'accesso di un individuo alle risorse o ai servizi necessari per il raggiungimento dei diritti sanciti dal Patto; infine l'obbligo di adempimento implica in capo allo Stato un dovere proattivo che si sostanzia nel fornire tutti i beni o servizi essenziali per il godimento dei diritti alle persone che non possono accedervi o non possono permetterselo<sup>51</sup>. Questi doveri comprendono obblighi immediati e incondizionati, volti a garantire che le azioni governative non siano discriminatorie, riservando così agli Stati un margine di discrezionalità nella definizione delle priorità nel caso in cui le risorse a loro disposizione siano limitate. Questa discrezionalità, tuttavia, non si applica agli "obblighi fondamentali minimi" per i quali lo Stato deve garantire "livelli minimi essenziali di ciascun diritto", indipendentemente dal suo livello di sviluppo economico e dalle risorse finanziarie a sua disposizione<sup>52</sup>. Le uniche eccezioni possono essere giustificate sulla base di quanto disposto dall'art. 4 del Patto, secondo cui gli Stati possono stabilire dei limiti per legge, soltanto nella misura in cui ciò sia compatibile con la natura di tali diritti e allo scopo di promuovere il benessere generale in una società democratica<sup>53</sup>.

Per l'effettiva realizzazione progressiva dei diritti sanciti nel Patto un ruolo rilevante è assunto proprio dall'evoluzione tecnologica e in particolare dall'utilizzo di internet. La crescente interdipendenza tra accesso alle informazioni e utilizzo di tale mezzo di comunicazione, infatti, ha reso quest'ultimo uno strumento particolarmente rilevante per veicolare la realizzazione dei diritti sanciti nel Patto<sup>54</sup>. Solo per limitarci ad un esempio basti

---

<sup>50</sup> D.P. FIDLER, *Cyberspace and Human Rights*, in N. TSAGOURIAS, R. BUCHAN (eds.), *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, Cheltenham-Northampton 2021, 140.

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

<sup>52</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No 3 on the Nature of State Parties Obligations* (art 2, para 1), Report of the Fifth Session, Supp No 3, Annex III, para 10, UN Doc E/1991/23, 14 December 1990.

<sup>53</sup> Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, art. 4.

<sup>54</sup> G. RONA, L. AARONS, *State Responsibility to Respect, Protect and Fulfill Human Rights Obligations in Cyberspace*, in *Journal of National Security Law and Policy*, 2016, 522.



pensare al diritto alla salute. In questo caso, infatti, gli Stati devono anzitutto astenersi dal limitare o dal negare l'accesso a informazioni e servizi sanitari *online* validi. In secondo luogo, poi, i governi sono obbligati a prevenire l'uso fraudolento, da parte di terzi, delle informazioni sanitarie, dei beni e dei servizi (ad esempio la vendita *online* di farmaci falsificati). Infine, gli Stati dovrebbero consentire o estendere l'accesso a internet al fine di ottenere le informazioni e servizi che gli operatori sanitari e gli individui possono utilizzare per migliorare la salute<sup>55</sup>.

Ebbene, da questi elementi è possibile analizzare la questione in una prospettiva parzialmente diversa e cioè chiedersi se il diritto di accesso a internet possa essere considerato come un *nuovo* diritto umano oppure se esso vada considerato come un diritto strumentale per garantire altri diritti, tra cui la libertà di espressione e i diritti sociali e culturali.

## 5. *Emersione di nuovi diritti: il diritto di accesso a internet*

Nell'ordinamento internazionale sono stati adottati diversi *report* che fanno esplicito riferimento ad internet come diritto umano e alla necessità per gli Stati di garantirne l'accesso. Un primo esempio in tal senso si rinviene nel Rapporto del Relatore speciale sulla promozione e protezione del diritto alla libertà di opinione ed espressione del 2011<sup>56</sup>, in cui viene specificato che internet è diventato uno strumento indispensabile per realizzare una serie di diritti umani, combattere le disuguaglianze e accelerare lo sviluppo e il progresso umano, di conseguenza garantirne l'accesso universale dovrebbe essere una priorità per tutti gli Stati. Questi ultimi, quindi, dovrebbero sviluppare una politica concreta ed efficace, in consultazione con gli individui di tutti i settori della società, compreso il settore privato e i ministeri governativi competenti, per rendere internet ampiamente disponibile, accessibile e conveniente per tutta la popolazione<sup>57</sup>. A ciò si aggiunge anche la necessità di realizzare delle iniziative volte a garantire che le informazioni *online* siano accessibili in modo significativo a tutti i settori

---

<sup>55</sup> In questo senso si v. D.P. FIDLER, *Cyberspace and Human Rights*, cit., 141.

<sup>56</sup> F. LA RUE, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, United Nations General Assembly, 16 maggio 2011.

<sup>57</sup> *Ivi*, par. 85.

della popolazione, comprese le persone con disabilità e quelle appartenenti a minoranze linguistiche<sup>58</sup>.

Nel medesimo senso depone anche l'approccio adottato dalla Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE), la quale in un documento del 2011 afferma come tutti dovrebbero avere il diritto di partecipare alla società dell'informazione e che gli Stati hanno la responsabilità di garantire l'accesso dei cittadini a internet<sup>59</sup>.

Ancora, e in modo più incisivo, una certa prassi interna sembra convergere per il riconoscimento di un diritto umano di accesso a internet. Si pensi ad esempio alle costituzioni di Grecia<sup>60</sup>, Portogallo<sup>61</sup> ed Ecuador<sup>62</sup>, le quali prevedono espressamente un diritto di accesso a internet come diritto autonomo e indipendente rispetto ad altri diritti. Ulteriori Stati invece hanno tentato – ed è tuttora in corso – di costituzionalizzare tale diritto. Sintomatico di questa tendenza è il caso dell'Italia, ove già a partire dal 2010 è stata prospettata la possibilità di inserire uno specifico riferimento all'interno della costituzione al diritto *de quo*<sup>63</sup>, seppur ad oggi non si è giunti ad un epilogo positivo.

---

<sup>58</sup> *Ivi*, par. 89.

<sup>59</sup> D. MIJATOVIĆ, *Freedom of Expression on the Internet – A study of legal provisions and practices related to freedom of expression, the free flow of information and media pluralism on the Internet in OSCE participating States, Report of Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE)*, 2011.

<sup>60</sup> La Costituzione greca all'art. 5 (2) prevede espressamente che «All persons have the right to participate in the Information Society. Facilitation of access to electronically transmitted information, as well as of the production, exchange and diffusion thereof, constitutes an obligation of the State».

<sup>61</sup> L'art. 35 della Costituzione portoghese specifica che «1. Every citizen shall possess the right to access to all computerised data that concern him, to require that they be corrected and updated, and to be informed of the purpose for which they are intended, all as laid down by law ... 6. Everyone shall be guaranteed free access to public-use computer networks, and the law shall define both the rules that shall apply to cross-border data flows and the appropriate means for protecting personal data and such other data as may justifiably be safeguarded in the national interest».

<sup>62</sup> Ai sensi dell'art. 16 della Costituzione «All persons, individually or collectively, have the right to: 1. Free, intercultural, inclusive, diverse and participatory communication in all spheres of social interaction, by any means or form, in their own language and with their own symbols. 2. Universal access to information and communication technologies. 3. The creation of media and access, under equal conditions, to use of radio spectrum frequencies for the management of public, private and community radio and television stations and to free bands for the use of wireless networks. 4. Access and use of all forms of visual, auditory, sensory and other communication that make it possible to include persons with disabilities. 5. Become part of participation spaces as provided for by the Constitution in the field of communication».

<sup>63</sup> S. RODOTÀ, *Una Costituzione per internet?*, in *Pol. dir.*, 2010, 337 s.; ID, *Il diritto di ave-*

Nonostante questa prassi, considerare l'accesso a internet alla stregua di un diritto umano autonomo non è così scontato per diversi ordini di ragioni. Anzitutto, per quanto oggi internet possa essere considerato uno strumento necessario per le persone, questo non giustifica di per sé la qualificazione come diritto autonomo. Diversamente, affinché un individuo abbia diritto a qualcosa l'oggetto del diritto proposto dovrebbe essere così rilevante da obbligare gli altri soggetti (e in particolare gli Stati) a garantirlo (cioè proteggerlo e/o fornirlo)<sup>64</sup>.

Inoltre, l'idea dell'accesso a internet come diritto umano è stata fortemente criticata in quanto incoerente con il sistema dei diritti in generale. È stato sostenuto, ad esempio, che l'accesso a internet non può essere un diritto umano dal momento che la tecnologia è un fattore abilitante dei diritti ma non un diritto in sé. In questa prospettiva, solo le cose immediatamente rilevanti per la salute (ad esempio, acqua, cibo, libertà di parola, libertà di coscienza) possono essere oggetto di un diritto umano<sup>65</sup>.

Dagli esempi citati, si può dedurre come ad oggi vi sia la tendenza a considerare l'accesso a internet non come un "nuovo diritto" autonomo, ma piuttosto come un diritto alla partecipazione di tutti i cittadini alla società dell'informazione<sup>66</sup>. Ciò implica un intervento attivo da parte delle autorità pubbliche, le quali non dovrebbero solo astenersi per non ostacolarne il godimento ma dovrebbero anche adottare delle scelte di politica attiva al fine di garantirne concretamente l'accesso. In questo modo il contenuto materiale dell'obbligo sarebbe duplice<sup>67</sup>. Da un lato, l'attività statale dovrebbe essere volta ad assicurare, anche a coloro che non versano in condizioni agevoli, l'accesso alle infrastrutture e ai mezzi per poter poi utilizzare internet. Questo vorrebbe dire imporre in capo agli Stati un vero e proprio obbligo di *facere* il cui mancato rispetto darebbe vita ad un illecito. Dall'altro lato, l'accesso a internet dovrebbe essere garantito in modo significativo ed effettivo, e cioè senza che esso sia limitato solo a specifiche

---

*re diritti*, Roma-Bari 2012; per una recente ricostruzione del dibattito circa i profili costituzionali si v. M.R. ALLEGRI, *Il diritto di accesso a Internet: profili costituzionali*, in *MediaLaws*, 2021, 52 s.

<sup>64</sup> In questo senso si v. J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford 1986, 166.

<sup>65</sup> V. G. CERF, *Internet Access is not a Human Right*, in *New York Times*, 4 gennaio 2012.

<sup>66</sup> Cfr. O. POLLICINO, *The Right to Internet Access. Quid Iuris?*, in A. VON ARNAULD *et al.* (eds.), *The Cambridge Handbook of New human Rights*, Cambridge 2020, 265.

<sup>67</sup> Cfr. B. ÇALI, *The Case for the Right to Meaningful Access to the Internet as a Human Right in International Law*, in A. VON ARNAULD *et al.* (eds.), *The Cambridge Handbook of New human Rights*, cit., 280 s.

aeree oppure essere soggetto a forme di censura oppure, ancora, a ulteriori violazioni di altri diritti umani<sup>68</sup>.

Alla luce di quanto detto, l'impressione però è che internet ad oggi si configuri ancora come uno strumento funzionale alla realizzazione tanto dei diritti individuali, quanto dei diritti sociali e che l'accesso a questo strumento non è di per sé qualificabile come un diritto fondamentale autonomo, ma piuttosto come un diritto sociale in via di cristallizzazione<sup>69</sup>. In altre parole, l'accesso a internet continua ad essere qualificabile come un diritto finalizzato alla realizzazione di altri diritti fondamentali<sup>70</sup>.

## 6. Osservazioni conclusive

Dall'analisi sin qui condotta è possibile trarre alcune brevi considerazioni conclusive.

I diritti umani e le nuove tecnologie, in particolare internet, si influenzano reciprocamente dando vita a differenti scenari.

In primo luogo, vi sono alcune norme a tutela dei diritti fondamentali come quelle relative alla libertà di espressione e di opinione che godono della c.d. neutralità tecnologica per cui, indipendentemente dallo strumento utilizzato, esse risultano applicabili a qualsiasi contesto e quindi anche a quello venutosi a creare successivamente alla rivoluzione digitale. In questo caso internet potrebbe finanche essere considerato come uno strumento capace di ampliare la portata dei diritti prescritti dalle norme internazionali.

A ciò, però, si contrappone una esigenza di maggiori e più adeguate tutele da parte degli Stati soprattutto quando l'utilizzo di internet determina per gli individui la possibilità che i diritti umani vengono violati, specie

---

<sup>68</sup> Significativo in tal senso è il caso della Russia che, nonostante sia dotata di infrastrutture adeguate e abbia incrementato l'accesso a internet, adotta misure che limitano fortemente l'esercizio di diritti fondamentali come la libertà di espressione oppure l'accesso alle informazioni. Cfr. Human Rights Watch, *Russia: Growing internet isolation, control, censorship*, 18 June 2020.

<sup>69</sup> In questo senso si v. F. BORGIA, *L'accesso ad internet come diritto umano*, in *La Comunità internazionale*, 2010, 411.

<sup>70</sup> D'altronde questa impostazione è stata confermata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in occasione della pronuncia relativa al caso *Jankovskis v. Lituania* nel 2017, in cui i giudici di Strasburgo hanno messo in relazione il diritto di accesso a internet, qualificato come funzionale e strumentale, non solo al diritto di espressione e informazione, ma anche al diritto di istruzione.

quelli che attengono alla sfera privata come la *privacy*. In questa prospettiva sono emblematiche le risoluzioni dell'Alto commissario per i diritti umani, le quali continuano a mettere in luce come i Paesi utilizzino arbitrariamente la tecnologia a danno della *privacy* dei loro cittadini. In questo caso, dunque, l'avvento dell'era digitale ha determinato, da un lato, per gli Stati la possibilità di avvalersi degli strumenti tecnologici per garantire la loro sicurezza nazionale e dall'altro lato un detrimento – almeno potenziale – della vita privata degli individui.

Inoltre, le nuove tecnologie impattano sul novero dei diritti (umani) portando alla possibile emersione di nuovi diritti, tra cui quello di accesso a internet. Quest'ultimo, nonostante trovi una esplicita affermazione sia in alcune risoluzioni internazionali sia nella prassi costituzionale di alcuni Stati, ad oggi non sembra essersi ancora cristallizzato in un vero e proprio diritto autonomo. Esso piuttosto continua a configurarsi come un diritto strumentale alla realizzazione di altri diritti fondamentali.

Concludendo, e ragionando in termini prospettici, l'auspicio è che questa costante tensione tra diritti e nuove tecnologie possa condurre «al Regno dei diritti umani anziché al Regno del Grande Fratello»<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Così N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990, 249.

Giovanni D'Alessandro, Francesco Cirillo

*Neurodiritti: prospettive critiche  
e questioni dogmatiche\**

*Neurorights: critical perspectives  
and dogmatic issues*

**Abstract**

*Il contributo esplora il tema dei neurodiritti, evidenziando le intersezioni tra neuroscienze e diritto. Si concentra sull'impatto delle neurotecnologie sulla libertà e l'integrità psichica e discute delle nuove forme di tutela, confrontandosi con le proposte tese a definire un catalogo di neurodiritti. La definizione di un quadro di nuovi diritti che contrastino i rischi delle neurotecnologie coinvolge necessariamente una riflessione sulla dogmatica del diritto soggettivo, sulle sue strategie fondative e sui suoi meccanismi di affermazione e riconoscimento. In particolare, l'indebolimento del dogma del libero arbitrio investe le ricostruzioni delle ragioni giustificative del diritto e determina uno slittamento della libertà del volere dalla dimensione fondativa del diritto soggettivo al regno dei beni oggetto di tutela. Da ultimo, la carenza di un quadro teorico adeguato induce a privilegiare il più ampio e polisemico concetto di neuroprivacy.*

*The contribution explores the topic of neurorights, highlighting the intersections between neuroscience and law. It focuses on the impact of neurotechnologies on freedom and mental integrity and discusses new forms of protection, engaging with proposals aimed at defining a catalogue of neurorights. Establishing a new rights framework to counter the risks of neurotechnologies necessarily involves reflecting on the doctrine of subjective right, its foundational strategies and its mechanisms of affirmation and*

---

\* Il presente contributo è il frutto della riflessione congiunta dei due autori, all'esito di un percorso di ricerca intrapreso nell'ambito del Dottorato di ricerca in *Law and Cognitive Neuroscience* attivato presso l'Università "Niccolò Cusano" – Telematica Roma. Solo la materiale redazione del testo è da attribuirsi a Giovanni D'Alessandro per i §§ 1 e 4 e a Francesco Cirillo per i §§ 2, 3 e 5.

*recognition. The weakening of the canon of free will affects the reconstruction of justificatory reasons for individual rights. It shifts free will from the foundational dimension of subjective right to the realm of protected values. Finally, the lack of an adequate theoretical framework leads to a preference for the broader and polysemic concept of neuroprivacy.*

SOMMARIO: 1. La questione dei neurodiritti. – 2. Neuroscienze e categorie giuridiche. – 3. Neurotecnologie: prassi e rischi. – 4. Nuovi neurodiritti? – 5. La prospettiva della *neuroprivacy*.

## 1. La questione dei neurodiritti

Il consolidamento del programma scientifico delle neuroscienze, nel più ampio quadro delle scienze cognitive<sup>1</sup>, l'emersione di neurotecnologie sempre più efficaci e l'aspettativa di futuri progressi e nuove possibili applicazioni in questo campo<sup>2</sup> inducono da un lato a prospettare rischi inediti per i diritti fondamentali della persona<sup>3</sup>, dall'altro a ricercare sullo stesso terreno le possibili soluzioni teorico-giuridiche che rispondano a nuove esigenze di tutela<sup>4</sup>. Una scienza nuova (nel metodo e nei risultati) avrebbe elaborato, dunque, tecnologie sempre più pervasive, le quali realizzano e preannunciano rischi per l'individuo un tempo ignoti; donde la

<sup>1</sup> E.R. KANDEL, *The Brain and Behavior*, in ID. (a cura di), *Principles of Neural Science*, 5<sup>a</sup> ed., New York 2012, 5. Ci si potrebbe riferire alla scienza cognitiva al singolare, se si accolgono le intuizioni di D. MARCONI, *Filosofia e scienza cognitiva*, Bari 2001, 12 ss.

<sup>2</sup> Basti il riferimento ai progressi nelle *brain computer interfaces* (BCI) e dei *deep brain stimulators* (DBS) che mostrano un significativo impatto, negativo o positivo, sulla dimensione privata: per esempio, cfr. S. GOERING *et al.*, *Recommendations for Responsible Development and Application of Neurotechnologies*, in *Neuroethics*, 14, 2021, 365 ss. Tra le iniziative di maggiore notorietà, negli Stati Uniti quella relativa alla *Brain Research through Advancing Innovative Neurotechnologies* (BRAIN) del 2013 o all'europeo *Human Brain Project*, che si è distinto per ambizioni e criticità (Y. FRÉGNAC, G. LAURENT, *Neuroscience: Where is the Brain in the Human Brain Project?*, in *Nature*, 513, 2014, 27 ss.).

<sup>3</sup> R. YUSTE, S. GOERING *et al.*, *Four Ethical Priorities for Neurotechnologies and AI*, in *Nature*, 551, 2017, 159 ss.

<sup>4</sup> Per un quadro sintetico S. FUSELLI, *Neurodiritto. Per una introduzione*, in ID. (a cura di), *Neurodiritto. Prospettive epistemologiche, antropologiche e giuridiche*, Milano 2016, 7 ss.; A. D'ALOIA, *Law Challenged. Reasoning About Neuroscience and Law*, in A. D'ALOIA, M.C. ER-RIGO, *Neuroscience and Law. Complicated Crossings and New Perspectives*, Cham 2020.

necessità di disegnare possibili forme di tutela, se non anche di definire un catalogo di nuovi diritti<sup>5</sup>. Una simile concatenazione di constatazioni appare tanto più necessaria quanto più s'indulge al fascino delle novità e si trascurano le possibili fallacie dei singoli passaggi. Così, in maniera opposta, è possibile affermare che le neuroscienze non abbiano apportato alcun risultato definitivo su questioni centrali quali la libertà e la coscienza<sup>6</sup>; che le neurotecnologie non realizzerebbero un rischio qualitativamente diverso dalle altre tradizionali pratiche sociali e psicologiche d'interferenza nella dimensione intima della persona; che le esigenze di tutela non avrebbero alcun carattere di novità, poiché esse sono del tutto ricomprese nei diritti già riconosciuti<sup>7</sup> o, persino, perché nessuna di esse soddisfa quei requisiti minimi necessari affinché si configuri un diritto (soggettivo) propriamente inteso<sup>8</sup>.

Ciò nonostante, l'affermazione di un catalogo di neurodiritti o, quanto meno, di forme più intense di protezione dell'integrità della mente e della "libertà cognitiva" vanta il sostegno di una parte sempre più consistente della letteratura scientifica, nonché dei più diversi attori istituzionali: dell'UNESCO<sup>9</sup>, dell'OCSE<sup>10</sup>, del Consiglio d'Europa<sup>11</sup>, delle istituzioni eu-

---

<sup>5</sup> Per tutti M. IENCA, R. ANDORNO, *Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology*, in *Life Sciences, Society and Policy*, 13, 2017, 1 ss., i quali hanno delineato quattro dimensioni di tutela, segnatamente quattro *neuro-specific human rights* (libertà cognitiva, *privacy* della mente, integrità della mente e continuità psicologica).

<sup>6</sup> Sull'attuale dibattito in tema di libero arbitrio v. M. DE CARO, A. LAVAZZA, *La libertà nell'era della scienza*, in M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI (a cura di), *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Torino 2019, VII ss. Quanto al problema della mente e della coscienza, restano insuperate le pagine di J. SEARLE, *La riscoperta della mente* (1992), trad. it. di S. Ravaioli, Torino 1994, soprattutto con riferimento alla *pars destruens* destinata alle aporie dei diversi approcci materialistici (43 ss.).

<sup>7</sup> «La buona notizia è che le fondamenta giuridiche dei neurodiritti potrebbero essere già presenti (quasi profeticamente) nelle Carte esistenti» (O. POLLICINO, *Costituzionalismo, privacy e neurodiritti*, in *MediaLaws*, 2, 2021, 12).

<sup>8</sup> Il giudizio *tranchant* è in J.C. BUBLITZ, *Novel Neurorights: From Nonsense to Substance*, in *Neuroethics*, 17, 2022, 12, che parla apertamente di *nonsense*.

<sup>9</sup> «On the basis of constitutionally recognized human rights, IBC encourages Member States to guarantee neurorights» (UNESCO, *Report of the International Bioethics Committee of UNESCO (IBC) on ethical issues of neurotechnology*, SHS/BIO/IBC-28/2021/3, § 190).

<sup>10</sup> OCSE, *Recommendation on Responsible Innovation in Neurotechnology*, 11 dicembre 2019, in part. § III.

<sup>11</sup> M. IENCA, *Common Human Rights Challenges Raised by Different Applications of Neurotechnologies in the Biomedical Field*, Report commissionato dal Comitato di Bioetica del Consiglio d'Europa, ottobre 2021.



rounitarie<sup>12</sup>, delle autorità di controllo per la protezione dei dati personali<sup>13</sup>, dei Parlamenti e dei Governi di differenti Stati<sup>14</sup>.

Emblematica, in tal senso, appare l'introduzione nella Costituzione cilena di un novellato art. 19, il quale, nel riconoscere un ampio «*respeto a la vida y a la integridad física y psíquica*», delinea un'esplicita riserva: quanto allo sviluppo scientifico e tecnologico, «*[l]a ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella*»<sup>15</sup>.

È del tutto singolare, per contro, che l'affermazione dei neurodiritti, siano essi implicitamente ricompresi in quelli già riconosciuti o bisognosi di un'autonoma positivizzazione, provenga da esperti del campo neuroscientifico e bioetico, senza affidarsi, almeno per ora, a forze trasversali della società civile, a forme di attivismo diffuso, e senza il sostegno di un confronto nel dibattito pubblico. Ma tale trazione eminentemente accademica sarebbe giustificata proprio dalla preveggenza degli esperti del campo, i quali s'intesterebbero così un vero e proprio ruolo d'avanguardia rispetto alla più ampia cittadinanza, asseritamente ignara dei rischi e degli scenari futuri delle neurotecnologie.

Allora, questo contributo mira ad affrontare i diversi piani del dibattito, condividendo tanto le ragioni che inducono a denunciare il rischio suscitato dalle neurotecnologie, quanto le perplessità circa l'introduzione alquanto disinvolta di un catalogo di nuovi diritti umani, la cui incontrollata inflazione e la cui poco chiara definizione rischiano di appartenere più al regno dei problemi che a quello delle soluzioni.

Per rispondere a quest'intento sarà necessario, innanzitutto (§ 2), verificare quale sia la portata del progresso degli studi neuroscientifici e a quali condizioni esso possa o debba determinare una revisione delle categorie giuridiche; poi, (§ 3) definire a quali pratiche ci si riferisce e quali rischi concreti, attuali o futuri, possano ipotizzarsi; dunque, (§ 4) se e a quali

<sup>12</sup> P. e., Risoluzione del Parlamento europeo sulla «Artificial Intelligence in a Digital Age» (2020/2266(INI), 3 maggio 2022, § 247.

<sup>13</sup> Si pensi al Convegno organizzato dal Garante *privacy* italiano *Privacy e neurodiritti: la persona al tempo delle neuroscienze*, 28 gennaio 2021, i cui Atti sono pubblicati sul sito del Garante stesso, con interventi di P. STANZIONE, P. BENANTI, M. IENCA, G. MARRAMAO, O. POLLICINO, P. PERLINGIERI.

<sup>14</sup> Un esempio nella *Carta de Derechos Digitales* adottata dal Governo spagnolo il 14 luglio 2021, che individua (§ XXVI) alcuni *Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías*.

<sup>15</sup> Su cui P. LÓPEZ SILVA, R. MADRID, *Acerca de la protección constitucional de los neuroderechos: la innovación chilena*, in *Prudentia Iuris*, 94, 2022, 39 ss.

condizioni possano profilarsi nuove forme di tutela, eventualmente anche qualificabili come “neurodiritti”, per poi (§ 5) giungere ad alcune osservazioni conclusive. In particolare, la tesi che ci si propone d’illustrare è che la questione dei neurodiritti coinvolge una riflessione sulla dogmatica dei diritti soggettivi e sulle categorie teorico-generalì del diritto, da un lato, perché l’eventuale indebolimento dell’assunto della libera volontà pone in crisi numerose ipotesi dogmatiche e strategie fondative del concetto di diritto soggettivo; dall’altro lato, e di conseguenza, perché l’autonomia cognitiva – perdendo il suo carattere di ragione giustificativa del diritto soggettivo – migra piuttosto verso il regno dei beni oggetto di tutela.

## 2. *Neuroscienze e categorie giuridiche*

Il rapporto tra diritto e neuroscienze è stato soprattutto incentrato «sul problema dell’opportunità o meno di introdurre modifiche, più o meno ampie, nei contenuti normativi»<sup>16</sup>, con ogni conseguenza in ordine alle criticità di un tale ruolo politico-giuridico attribuito alla scienza e, più in generale, in relazione all’eventuale subordinazione del diritto ai modelli di razionalità propri della tecnica e della scienza stessa. Ci s’interroga, in tal senso, sulla revisione delle categorie giuridiche e su un aggiornamento, se non su una sostituzione, delle medesime con altre categorie più in sintonia con il paradigma riduzionistico delle scienze naturali. Si tratterebbe, allora, di una «assolutizzazione indebita» delle istanze scientifiche, contro cui si opporrebbe la stessa natura del diritto, qui inteso proprio quale «giusto limite alle pretese di assolutezza»<sup>17</sup>.

A tale visione scientifica assolutista sfuggirebbe, seguendo la prospettiva più scettica, che tanto il libero arbitrio quanto la coscienza sono fenomeni di «livello superiore», non collocabili «a livello della fisica fondamentale», ma situati a “livello” della psicologia e degli agenti intenzionali. Volendo intendere che la prospettiva riduzionista perda la dimensione di “profonda” complessità dei fenomeni mentali<sup>18</sup>. Del pari, questa perdita di

---

<sup>16</sup> C. SARRA, *Questioni pregiudiziali*, in S. FUSELLI (a cura di), *Neurodiritto*, cit., 78.

<sup>17</sup> *Ivi*, 103. Similmente A. PIROZZOLI, *La libertà di coscienza e le neuroscienze cognitive*, in *Consulta OnLine, Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 16 marzo 2020, 6.

<sup>18</sup> C. LIST, *Il libero arbitrio. Una realtà contestata* (2019), trad. it. di V. Santarcangelo, Torino 2020, 6.

complessità del fenomeno inquinerebbe – da ultimo – lo stesso discorso giuridico, il quale rischierebbe così di abbracciare in modo acritico istanze meramente scientifiche<sup>19</sup>.

Da un lato, cioè, si registra una «critica rispetto ad ogni tentativo di naturalizzazione del diritto», che voglia, cioè, individuare dei valori giuridicamente rilevanti nelle acquisizioni della biologia e delle neuroscienze sull'essere umano; e, tuttavia, non si potrebbe perciò affermare, dall'altro lato, che la normatività sia «un mero costrutto artificiale», che essa possa del tutto prescindere da ogni cognizione (o convinzione) sulla natura umana<sup>20</sup>. Quasi a dire, come nella legge di Hume<sup>21</sup>, che non si possano trarre conseguenze prescrittive da proposizioni descrittive e che, d'altra parte, sia impossibile delineare una dimensione normativa del tutto indipendente dalla descrizione dei fenomeni naturali e da una certa visione antropologica.

In altri termini, sia pur volendo riconoscere che la domanda sull'antropologia presupposta al diritto «dimentica che l'universo delle pratiche [...] che chiamiamo diritto, in modo controversiale e dialettico, non appare facilmente rappresentabile in un'unica "teoria"»<sup>22</sup>, è pur vero che in certi ordinamenti, e soprattutto in quelli contemporanei, che derivano la propria legittimità (anche) dall'esistenza di una costituzione propriamente intesa, si mostri un nesso evidente tra i valori fondamentali adottati e le prospettive antropologiche, morali, scientifiche, filosofiche o religiose dei legislatori (o dei costituenti) che ne hanno determinato la presenza.

Così, se rischia di apparire «indebita» l'assolutizzazione dell'approccio, lo stesso giudizio dovrebbe riservarsi per le altre pretese di assolutezza che dominano le scelte valoriali di un certo ordinamento, dalla filosofia morale alla religione<sup>23</sup>. Infatti, a meno di non voler cedere all'immagine savignyana di un diritto intimamente e spontaneamente connesso al *Volksgeist*<sup>24</sup>,

<sup>19</sup> Quanto al limite di una delega alla scienza delle questioni etico-giuridiche, si osserva che «se la scienza può descrivere in maniera oggettiva un processo e talvolta intervenire su di esso seguendo procedure standard e verificate, essa non abbia al proprio interno criteri altrettanto "scientifici" per definire lo stesso oggetto della sua attività, né per porne i limiti» (C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, 5).

<sup>20</sup> S. FUSELLI, *Dalla neurobiologia al diritto: natura facit saltus*, in ID., *Neurodiritto*, cit., 133.

<sup>21</sup> Espressa in D. HUME, *Opere filosofiche. Vol. I. Trattato sulla natura umana* (1739), trad. it. di E. Lecaldano, Bari 2008, 496-497.

<sup>22</sup> C. SARRA, *Questioni pregiudiziali*, cit., 97.

<sup>23</sup> Un noto riferimento, sul tema, è la critica del *Punktualismus* del pensare per valori nel saggio di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori* (1960), a cura di G. GURISATTI, Milano 2008, 53 ss.

<sup>24</sup> Secondo una delle formulazioni, «[d]as Recht hat sein Daseyn in dem gemeinsamen Volksgeist» (F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin 1840, 24).

potranno – e forse dovranno – essere valutate le scelte ordinamentali anche alla luce del progresso delle conoscenze scientifiche, tanto più se dovesse appannarsi la convinzione diffusa nella “valenza pratica” di alcuni assunti, come nel caso del libero arbitrio.

Perciò, un interrogativo circa le premesse degli assetti valoriali di un certo ordinamento può essere legittimamente posto e non c'è motivo – almeno in astratto – di temere che un determinato postulato sia rivisto o sostituito (anche) in ragione di un quadro mutato di conoscenze<sup>25</sup>, eventualmente ammettendo che le risultanze scientifiche sostituiscano o integrino postulati etici di origine teologica o filosofica. E, nel caso, ciò non implicherebbe un'automatica naturalizzazione del diritto o la sua definitiva sconfitta per opera della tecnica<sup>26</sup>.

In particolare, potrebbe ipotizzarsi che la libertà, qui variamente intesa, sembrerebbe costituire l'architrave degli ordinamenti giuridici moderni nell'organizzazione della comunità politica, come motore dei rapporti privati, fondamento della responsabilità penale o principio limite dell'autorità. Quale preconditione logica dell'attuale assetto categoriale del diritto<sup>27</sup> essa parrebbe sottrarsi a ogni domanda sul suo senso e sul suo contenuto, atteggiandosi a dogma dell'odierna “teologia politica”<sup>28</sup>. Nella prospettiva del diritto la libertà sarebbe uno di quei presupposti (“religiosi” o “teolo-

<sup>25</sup> Cfr., sul rapporto evolutivo tra Costituzione e scienza, A. RUGGERI, *Diritti fondamentali e scienza: un rapporto complesso*, in *Consulta OnLine*, I, 2022, 251 ss. Una prima riflessione su questi temi è nel collettaneo di L. CAPRARO, V. CUZZOCREA, E. PICOZZA, D. TERRACINA, *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino 2014.

<sup>26</sup> *Contra*, si afferma che «[l]'antico rapporto tra diritto e natura è ormai sostituito dal rapporto tra diritto e tecnica», nel senso di una sostituzione del tradizionale appello alla natura come fonte del diritto con un paradigma in cui diritto positivo e tecnica si accosterebbero «come forme della “volontà di potenza” o, se si preferisce, forme della tecnica (in senso più lato e comprensivo)» (N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari 2013, 33 e 52).

<sup>27</sup> L'agire libero e razionale sarebbe il fondamento della stessa giustizia sociale: «i principi di giustizia per la struttura di base della società sono oggetto dell'accordo originario. Questi sono i principi che persone libere e razionali, preoccupate di perseguire i propri interessi, accetterebbero in una posizione iniziale di uguaglianza per definire i termini fondamentali della loro associazione» [J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (1971), trad. it. di S. Maffettone, 7<sup>a</sup> ed., Milano 2022, 32].

<sup>28</sup> Cioè, riconoscendo che «anche lo Stato liberale si fonda su premesse etiche, ideologiche, persino religiose, e che non può farne a meno, in quanto essenziali per garantire quel *minimum* di unità politica» (A. CAVALIERE, *Teologia politica e governo liberale*, in *Politica & Società*, 1, 2013, 159). «Tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati» (C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 61). Per tutti, recentemente, G. PRETEROSSI, *Teologia politica e diritto*, Bari-Roma 2022, *passim*.

gici”) di cui vive lo Stato liberale, presupposto che esso stesso non può garantire<sup>29</sup>.

Occorre precisare che qui non si vuol sostenere che l'affermazione di una libertà primigenia della persona corrisponda a una determinata teoria politica o religiosa, che essa sia un mero dogma teologico: il riferimento al dibattito in Assemblea costituente, per esempio, dimostra che la primazia della persona rispetto allo Stato non volesse affatto implicare l'adesione a «modelli prefigurati da un'ideologia politica o religiosa»<sup>30</sup>. Per quanto le costituzioni contemporanee tendano a presupporre una nozione implicita, è chiaro, soprattutto per il più ampio concetto di libertà personale, che oltre al catalogo delle specifiche libertà-facoltà si contemplino libertà-situazione, «quelle in cui la garanzia copre tutte le indefinibili facoltà che si possono esercitare in quanto ci si trovi in una situazione di libertà»<sup>31</sup>. Ciò iscrive il giudizio sull'esistenza della libertà dell'azione tra le “prese di posizione” sulla situazione di vita dell'essere umano<sup>32</sup>, che si tradurrebbero in norme-principio in cui «l'assenza di fattispecie, ossia di una benché minima rappresentazione di una condotta tipizzata, è funzionale al loro carattere quali “essenze”»<sup>33</sup>. L'essenza in parola, allora, sarebbe «la libera coscienza individuale, la quale rappresenta il fattore essenziale e determinante, pur se tanto difficile da definire, dei diritti umani», così come concepiti dall'«antropologia rinascimentale», dal pensiero moderno, dall'Illuminismo e sino ai nostri giorni<sup>34</sup>. Allora, «[i]n sintesi, tutti i diritti dell'uomo che appartengono a questa tradizione non sono che manifestazioni particolari di questa generale pretesa, la pretesa di poter agire nel senso voluto»<sup>35</sup>. La quale pretesa, per ampiezza e generalità, non può ricondursi a coordinate filosofiche o religiose ben determinate.

Nondimeno, una simile presa di posizione sull'antropologia dell'essere

<sup>29</sup> E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in E. FORSTHOFF (hrsg. von), *Säkularisation und Utopie: Ebracher Studien*, Stuttgart 1967, 60 ss.

<sup>30</sup> A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova 2003, 4, che riporta in sintesi l'incontro tra Dossetti e Togliatti sul punto.

<sup>31</sup> Così sul «problema della nozione» G. AMATO, *Art. 13*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Bologna 1977, 2.

<sup>32</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., 10.

<sup>33</sup> A. BALDASSARRE, *Filosofie dei valori ed ermeneutica dei valori (a proposito del “pensare per valori”)*, ne *Lo Stato*, 1, 2012, 20.

<sup>34</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino 1992, 104.

<sup>35</sup> *Ivi*, 105.

umano, e sulla sua presunta ed essenziale diversità rispetto alla natura, convoca necessariamente le neuroscienze e le neurotecnologie, ponendo due interrogativi di matrice distinta. In primo luogo, in che modo e con quali risultati le acquisizioni teoriche delle neuroscienze possono incidere sulla visione antropologica della libertà su cui si si fonderebbero – in ipotesi – i diritti umani? In secondo luogo, sul piano dei fatti, la constatazione di un’interferenza sempre più efficace delle neurotecnologie sull’attività mentale può – e nel caso deve – indurre a delineare nuove forme di protezione, se non veri e propri diritti presidiati da specifiche garanzie (cioè, in ogni caso, prescindendo dalla visione antropologica o etico-religiosa)?

Quanto al primo genere di quesiti, la riflessione contemporanea delle scienze cognitive è erede di un dibattito notorio e risalente, che però frequenta secondo categorie concettuali progressivamente diverse e, per questa via, incontra problemi sempre nuovi<sup>36</sup>. In ogni caso, la ricerca scientifica è «ancora ben lungi dal dirimere la questione del libero arbitrio», anche se non è «previsione azzardata che nei prossimi anni una gran messe di dati neuroscientifici porterà nuova luce sui nostri processi decisionali»<sup>37</sup>. Lo stesso potrebbe dirsi per altri temi fondamentali, quali l’apprendimento, la memoria<sup>38</sup>, o la coscienza<sup>39</sup>. Ciò, almeno allo stato dell’arte, impedisce d’individuare risultanze così stabili da determinare un’acquisizione anche da parte del diritto di scoperte nuove e definitive sulla natura umana; e questo, pertanto, induce alcuni autori ad escludere di risolvere in modo ri-

---

<sup>36</sup> Infatti, alcune questioni si sono tramandate attraverso i secoli; «[c]i sono però anche casi in cui i filosofi contemporanei si trovano di fronte a problemi sostanzialmente nuovi oppure, pur discutendo di problemi ereditati dalla tradizione, li pongono in contesti concettuali radicalmente innovativi, modificando nel senso e valore», in M. DE CARO, *La moralità è ridicibile alle emozioni?*, in M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI (a cura di), *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Torino 2019, 129.

<sup>37</sup> M. DE CARO, *Analisi attuale e scienza: il dibattito contemporaneo sul libero arbitrio*, in M. DE CARO, M. MORI, E. SPINELLI (a cura di), *Il libero arbitrio. Storia di una controversia filosofica*, Roma 2014, 380.

<sup>38</sup> Sulla trama di rapporti tra memoria e diritto v. M. LUCIANI, *Itinerari costituzionali della memoria*, in *Rivista AIC*, 4, 2022, 80 ss. La manualistica attesta tuttora la complessità e la vitalità della ricerca sul “mistero” della memoria umana: per esempio, R.A. BJORK, *Foreword*, in H. OTANI, B.L. SCHWARTZ (a cura di), *Handbook of Research Methods in Human Memory*, New York-London 2019, xiii, si riferisce a «the complexities and mysteries of how our memories work».

<sup>39</sup> Che resterebbe «the most profound of mysteries», in una recente rassegna delle teorie della coscienza e dei loro risvolti nella ricerca applicata (A.K. SETH, T. BAYNE, *Theories of Consciousness*, in *Nature Reviews Neuroscience*, 23, 2022, 439).

gidamente deterministico o strettamente riduzionistico le questioni filosofico-giuridiche ancora aperte<sup>40</sup>.

Malgrado ciò, se pure sembra impossibile una presa di posizione sia in senso deterministico sia libertario sulla natura dell'attività mentale umana, una risoluzione definitiva su simili questioni potrebbe non essere necessaria ai fini della nostra indagine.

Infatti, il programma di studi neuroscientifici "scommette" (ma non si fonda in modo dogmatico o fideistico) su ipotesi riduzionistiche, nel senso che mira a eludere una prospettiva incentrata sull'irriducibile specialità dell'esperienza mentale umana rispetto alla "natura" e agli altri animali e, perciò, ambisce a ricondurre progressivamente ogni possibile spiegazione a un paradigma naturalistico<sup>41</sup>. In quest'ottica, la possibilità di spiegare le determinazioni causali dell'attività mentale non è tanto un risultato acquisito, quanto un'ipotesi generale che trova progressive (e parziali) conferme, e induce a ritenere che siamo molto meno liberi di quanto assumiamo di essere<sup>42</sup>.

Tale considerazione apre al secondo genere di questioni, quelle relative all'interferenza delle neurotecnologie, perché indipendentemente dalla soluzione definitiva dei possibili dilemmi sul libero arbitrio, sulla coscienza o sulla mente, la dimensione delle prassi attesta un'efficacia sempre maggiore degli strumenti idonei a leggere la mente e a manipolarne i processi.

Più in generale si può concludere che la visione antropologica che le scienze cognitive prospettano possa incidere sugli assunti valoriali del diritto e sulle sue categorie teoriche, senza che questo influsso possa ritenersi perciò necessario o automatico, e senza poter considerare scontati e pacifici gli effetti e le possibili modalità di una revisione dei dogmi tradizionali del diritto.

---

<sup>40</sup> L. EUSEBI, *Neuroscienze e diritto penale: un ruolo diverso del riferimento alla libertà*, in L. PALAZZANI, R. ZANNOTTI (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze. Non "siamo" i nostri cervelli*, Torino 2013, 121 ss.

<sup>41</sup> Diffusamente, per tutti, v. G. VALLORTIGARA, *Pensieri della mosca con la testa storta*, Milano 2021, *passim*.

<sup>42</sup> A. PIROZZOLI, *La libertà di coscienza e le neuroscienze cognitive*, cit., 2.

### 3. Neurotecnologie: prassi e rischi

Occorre ora approssimarsi alle prassi delle neurotecnologie, intendendo per esse la proiezione applicativa delle neuroscienze e, cioè, quell'insieme di metodi e dispositivi che s'interfacciano con il sistema nervoso per monitorarne e modularne l'attività<sup>43</sup>.

La categoria, come sarà subito illustrato, è alquanto generica e onnicomprensiva, per via del fatto che non si fa riferimento a un insieme omogeneo di pratiche, ma a un quadro articolato di tecnologie e metodiche, invasive o meno. Si potrebbe discutere, più in generale, qui come nel caso dell'uso del termine 'neuroscienze', di un riferimento abusivo alla priorità del livello neurale (l'abuso del prefisso 'neuro-')<sup>44</sup>: alcuni autori, infatti, contestano questa forma di "neuroessenzialismo", di "neurohype"<sup>45</sup>, o di "spietato riduzionismo" che tenderebbe a ricomprendere metodiche, dispositivi e acquisizioni scientifiche in un'unica categoria riconducibile al solo sistema nervoso, e non anche allo studio della psiche, del comportamento, etc.<sup>46</sup>. Ciò nonostante, l'uso disinvolto di questo riferimento ha il pregio di collocare questioni diverse ma affini in un unico orizzonte di discussione.

Un primo emblematico riferimento potrebbe farsi alle tecniche di *lie detection*, le quali sin da subito hanno suscitato un dibattito acceso sui rischi e le implicazioni etiche, se non anche giuridiche. Già nel 1875 il medico torinese Angelo Mosso, a seguito di un perfezionamento a Lipsia dove fu allievo del fisiologo Carl Ludwig, introdusse in Italia il pletismografo, una macchina che si riteneva idonea a «scrivere anche quelle emozioni che non si dipingono sul volto o si rivelano troppo debolmente con i battiti del cuore e con l'affanno della respirazione»<sup>47</sup>. Una simile macchina, variamente implementata o modificata, è tuttora impiegata in molti degli Stati

---

<sup>43</sup> Un quadro sintetico di alcune delle principali metodiche e delle applicazioni in P.R. ROELFSEMA, D. DENYS, P.C. KLINK, *Mind Reading and Writing: The Future of Neurotechnology*, in *Trends in Cognitive Sciences*, 7, 2018, 598 ss.

<sup>44</sup> J.C. BUBLITZ, *Novel Neurorights*, cit., 7.

<sup>45</sup> A. WEXLER, *Separating Neuroethics from Neurohype*, in *Nature Biotechnology*, 9 agosto 2019, 988 ss.

<sup>46</sup> «Neuroessentialism is the position that, for all intents and purposes, we are our brains» (B.P. REINER, *The Rise of Neuroessentialism*, in J. ILLES, B. SAHAKIAN (a cura di), *The Oxford Handbook of Neuroethics*, Oxford 2011, 1. Di *ruthless reductionism* tratta diffusamente J. BICKLE, *Philosophy and Neuroscience: A Ruthlessly Reductive Account*, Alphen aan den Rijn 2003.

<sup>47</sup> A. MOSSO, *Sopra un nuovo metodo per scrivere i movimenti dei vasi sanguigni nell'uomo*, in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, IX, 1875, 37.



americani, sino a stimarsi che ogni anno siano somministrati circa due milioni e mezzo di *test* della verità<sup>48</sup>.

Si tratta, allora, di una vicenda dalle origini antiche, in parte trascurata dalla cultura continentale e, tuttavia, oggi risvegliata dalle nuove possibilità tecnologiche offerte nel contesto delle neuroscienze<sup>49</sup>.

Sul fronte della neuromodulazione, potrebbe citarsi il noto caso di un esperimento pubblico tenuto da José Delgado nel 1963, che dimostrò nel corso di una corrida di poter indurre reazioni di terrore in un toro attraverso la stimolazione elettrica prodotta dallo *stimoceiver*, un dispositivo impiantato nel cervello dell'animale e azionabile tramite un telecomando. Gli effetti delle ricerche, però, non sarebbero stati destinati alla sola tauromachia: Delgado stesso prospettò forme di stimolazione per intervenire sull'aggressività umana e sulle tendenze criminali, sino a concepire un'umanità futura "psico-civilizzata" in quanto rimodulata attraverso simili tecniche<sup>50</sup>.

Le tinte fantascientifiche e distopiche di queste iniziative tendono a sfumarsi, se si osservano, per esempio, i progressi attuali nel campo dell'optogenetica per regolare l'attività neurale<sup>51</sup> e, più in generale, gli sviluppi della stimolazione cerebrale profonda e di quella magnetica transcranica, anche in connessione con tecniche d'interfaccia neurale, tutte inizialmente destinate al solo settore terapeutico. Quest'orizzonte completa e integra il quadro degli avanzamenti in neurofarmacologia, in relazione alla quale è già da tempo attestato uno sconfinamento dall'ambito sanitario al settore penale o a quello propriamente penitenziario<sup>52</sup>.

Tramite psicofarmaci, infatti, vari agenti di controllo sociale possono interferire nell'attività cognitiva individuale, raccomandando o addirittura

<sup>48</sup> La stima è in M. HARRIS, *The Lie Generator: Inside the Black Mirror World of Polygraph Job Screenings*, in *Wired*, 1° ottobre 2018.

<sup>49</sup> E del *machine learning* (sui rapporti tra *lie detector* e le odierne aspettative che si ripongono nell'intelligenza artificiale per simili impieghi, cfr. M. OSWALD, *Technologies in the Twilight Zone: Early Lie Detectors, Machine Learning and Reformist Legal Realism*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2, 2020, 214 ss.).

<sup>50</sup> J.M.R. DELGADO, *Physical Control of the Mind. Toward a Psychocivilized Society*, New York-London 1971, 230 ss.

<sup>51</sup> Diversi esperimenti nei roditori: *ex multis*, J.G. GRAJALES-REYES, B.A. COPITS, F. LIE, *et al.*, *Surgical Implantation of Wireless, Battery-Free Optoelectronic Epidural Implants for Optogenetic Manipulation of Spinal Cord Circuits in Mice*, in *Nature Protocols*, 16, 2021, 3072 ss.

<sup>52</sup> Sull'impiego di neurocorrettivi farmacologici e della neurostimolazione in ambito penale v. S. FUSELLI, *Neurocorrezioni. L'impiego di neurodispositivi tra pena e trattamento*, in *Journal of Ethics and Legal Technologies*, 2, 2020, 99 ss.

imponendo trattamenti sanitari psico-farmaceutici. Il caso più emblematico è la diagnosi di disturbo da *deficit* di attenzione e iperattività (ADHD) e il conseguente trattamento con Ritalin o altri stimolanti<sup>53</sup>. In alcuni casi le istituzioni prevedono l'assunzione obbligatoria di farmaci psicotropi, come accade per gli individui a vario titolo detenuti in strutture penitenziarie (o affini)<sup>54</sup>.

Si pensi, similmente, ai trattamenti clinici della pedofilia, eventualmente nel contesto dell'esecuzione della pena<sup>55</sup>; cui si oppongono – quasi specularmente – casi di «comportamento sessuale aberrante», quale effetto collaterale registrato in persone sottoposte a terapie di neuromodulazione<sup>56</sup>; quasi che l'intervento neurotecnologico possa figurare sia come causa materiale che come conseguenza sanzionatoria di alcune condotte illecite.

Di significativo interesse, ancorché oggetto di studi in corso, sono alcune evidenze dell'uso di tecniche di neuromodulazione sulla memoria, sia nel senso del rafforzamento della memoria stessa che dell'interruzione del suo consolidamento, se non anche della sua estinzione<sup>57</sup>; applicazioni sorte ancora una volta nel contesto terapeutico, che però prospettano usi (e abusi) nei settori più disparati, e soprattutto nell'ambito del potenziamento cognitivo.

Quanto alla neurochirurgia, le caratteristiche operative ne assicurano una più stabile permanenza nel perimetro dell'intervento sanitario, il quale è presidiato da un più consolidato quadro normativo. Eppure, qui come in ogni settore coinvolto dall'automazione, il crescente impiego di *robot* pone nuove questioni in ordine alla responsabilità sanitaria e al controllo della qualità dell'intervento<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> C. FORLINI, E. RACINE, *Autonomy and Coercion in Academic Cognitive Enhancement Using Methylphenidate: Perspectives of Key Stakeholders*, in *Neuroethics*, 2, 2009, 163 ss.

<sup>54</sup> A.B. SHNIDERMAN, L.B. SOLBERG, *Cosmetic Psychopharmacology for Prisoners: Reducing Crime and Recidivism Through Cognitive Intervention*, in *Neuroethics*, 3, 2015, 315 ss.

<sup>55</sup> Una *systematic review* in P. MERRY, N. NURUL, T.A. WIHASTUTI, *Cognitive-Behavioral Therapy in Preventing Residivism in Pedophilia: A Systematic Review*, in *International Journal of Science and Society*, 2, 2020, 86 ss.

<sup>56</sup> La notizia è in P. ZAWADZKI, *Is Punishment Backward? On Neurointerventions and Forward-Looking Moral Responsibility*, in *Bioethics*, 37, 2023, 183 ss.

<sup>57</sup> Due esempi: C.H. POON, Y.-S. CHAN, M.L. FUNG, L.W. LIM, *Memory and Neuromodulation: A Perspective of DNA Methylation*, in *Neuroscience & Biobehavioral Reviews*, 111, 2020, 57 ss.; L.R. TAXIER, K.S. GROSS, K.M. FRICK, *Oestradiol As a Neuromodulator of Learning and Memory*, in *Nature Reviews Neuroscience*, 21, 2020, 535 ss.

<sup>58</sup> Questi gli aspetti più significativi riportati in G.C. VILANILAM, E.H. VENKAT, *Ethical Nuances and Medicolegal Vulnerabilities in Robotic Neurosurgery*, in *Neurosurgical Focus*, 1, 2022,

Sul fronte delle tecniche d'interfaccia neurale (*Brain Computer Interface* o BCI), è sempre più possibile trasferire segnali cerebrali in comandi di *output* per eseguire determinati compiti, fornendo una comunicazione diretta tra cervello e dispositivo esterno, talora anche nel senso opposto dell'introiezione di *input* dall'esterno: una tecnologia che può servire non solo in campo medico, ma anche in altri settori come il *gaming*, l'istruzione o il *marketing*<sup>59</sup>, ponendo questioni di *cyberbiosecurity*, un fronte in cui la sicurezza informatica si coniuga con problemi più tradizionali della bioetica<sup>60</sup>.

Quanto all'*imaging* cerebrale, il quadro si presenta almeno in apparenza meno problematico, sia per la finalità (di monitoraggio e non sempre di neuromodulazione) che per la minore invasività delle tecniche. Eppure, anche il *brain imaging* e il *brain monitoring* aprono la questione della "privacy della mente", con diverse applicazioni che possono giungere a offrirci una visione – quantomeno – del funzionamento del cervello, se non anche possibili inferenze sugli stati mentali<sup>61</sup>. Infatti, le neurotecnologie non possono già "leggere le menti", ma consentono di compiere inferenze sempre più accurate sugli stati mentali, sui pensieri, sui processi cognitivi ed emotivi. Il *brain imaging*, allora, con riferimento (non esaustivo) alla risonanza magnetica funzionale (fMRI), alla tomografia a emissione di positroni (PET), all'elettroencefalogramma (EEG) o al magnetoencefalogramma, solleva diverse domande sull'intimità e la riservatezza dell'attività cognitiva (neurale, cerebrale, psichica, etc.) e altre più ampie questioni etiche, che presentano ricadute anche sul piano del diritto<sup>62</sup>.

Anche in questo caso, l'EEG, tra i vari, può essere utilizzato nella ricer-

---

E2, e in M. AMMIRATI *et al.*, *Ethical Aspects of Innovation in Neurosurgery*, in S. HONEYBUL (a cura di), *Ethics in Neurosurgical Practice*, Cambridge-New York 2020, 205 ss. Su questi temi va segnalato il recente dibattito civilistico intorno alla soggettività giuridica (parziale) degli agenti artificiali, su cui diffusamente, p.e., G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali. Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, Napoli 2019. Una sintesi efficace dei problemi è in P. FEMIA, *Introduzione* del volume, 8 ss.

<sup>59</sup>S.K. MUDGAL, S.K. SHARMA, J. CHATURVEDI, A. SHARMA, *Brain Computer Interface Advancement in Neurosciences: Applications and Issues*, in *Interdisciplinary Neurosurgery*, 20, 2020, 100694.

<sup>60</sup>D. GREENBAUM, *Cyberbiosecurity: An Emerging Field that Has Ethical Implications for Clinical Neuroscience*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 4, 2021, 66 ss.

<sup>61</sup>P. ROOT WOLPE, *Neuroprivacy and Cognitive Liberty*, in L.S.M. JOHNSON, K.S. ROMMELFANGER (eds.), *The Routledge Handbook of Neuroethics*, New York-Abingdon 2018, 214 ss.

<sup>62</sup>K.D. DAVIS *et al.*, *Brain Imaging Tests for Chronic Pain: Medical, Legal and Ethical Issues and Recommendations*, in *Nature Reviews Neurology*, 10, 2017, 624 ss. Ampiamente, tra i tanti, M.S. GAZZANIGA, *The Ethical Brain*, New York 2005.

ca neuroscientifica sul consumo, indipendentemente dal fatto che non sia stata affermata la piena evidenza della sua efficacia<sup>63</sup>. Per contro, a causa degli alti costi, la fMRI non è (ancora) diffusamente usata in contesti extra-sanitari, ma comunque già risultano sporadiche applicazioni nella ricerca di area economica (per esempio, nel campo del *marketing*)<sup>64</sup>.

Alcuni dispositivi, in modo simile e però rivolgendo l'attenzione verso aspetti "esteriori", misurano determinate proprietà corporee per prevedere – tramite inferenze – i processi mentali. Si pensi al caso più noto della pupillometria<sup>65</sup>, che può essere impiegata per registrare l'attenzione dell'utente e potrebbe essere praticata – non è chiaro allo stato con quale efficacia – anche tramite gli *smartphone*.

Queste applicazioni sono riconducibili alle tecniche psicometriche in generale, che non hanno ancora dimostrato la stessa efficacia degli *imaging* funzionale o strutturale propriamente intesi, ma possono essere utilmente integrate in alcune ricerche con dati di *neuroimaging*, metanalisi e dati sul comportamento dei consumatori<sup>66</sup>.

Il quadro potrebbe poi completarsi con il progresso delle nanotecnologie e con il potenziamento anche biochimico delle funzioni cognitive, in uno stravolgimento dell'originario concetto di terapia che passa dalla *restitutio ad integrum* – l'eliminazione della patologia insorta – alla *transformatio ad optimum*<sup>67</sup>. Proprio nell'ambito del neuropotenziamento, si attesta una domanda sempre crescente di farmaci che intervengono sullo stile di vita, ambendo a migliorarne la qualità. Un riferimento a un tema di frontiera

---

<sup>63</sup> A. BAZZANI, S. RAVAIOLI, U. FARAGUNA, G. TURCHETTI, *Is EEG Suitable for Marketing Research? A Systematic Review*, in *Frontiers in Neuroscience*, 14, 2020, 1 ss.

<sup>64</sup> Come nel caso di uno studio che mostra una diversa risposta del comportamento dei consumatori in base al genere: M.Y.T. HSU, J.M.S. CHENG, *fMRI Neuromarketing and Consumer Learning Theory*, in *European Journal of Marketing*, 1, 2018, 199 ss.

<sup>65</sup> B. LAENG, D. ALNAES, *Pupillometry*, in C. KLEIN, U. ETTINGER, *Eye Movement Research: An Introduction to its Scientific Foundations and Applications*, Cham 2019, 449 ss.

<sup>66</sup> C.C. CAO, M. REIMANN, *Data Triangulation in Consumer Neuroscience: Integrating Functional Neuroimaging with Meta-Analyses, Psychometrics, and Behavioral Data*, in *Frontiers in Psychology*, 11, 2020, 1 ss.

<sup>67</sup> Così, ancora, in U. WIESING, *The History of Medical Enhancement: From Restitutio ad Integrum to Transformatio ad Optimum?*, in B. GORDIJN, R. CHADWICK (eds.), *Medical Enhancement and Posthumanity*, New York 2008, 9 ss.; più brevemente, nello stesso volume, B. GORDIJN, R. CHADWICK, *Introduction*, 1 ss. Sul fronte del potenziamento neurale, B.D. EARP, T. DOUGLAS, J. SAVULESCU, *Moral Neuroenhancement*, e A. CHATTERJEE, *Cosmetic Neurology and the Ethics of Enhancement*, entrambi in L.S. M. JOHNSON, K.S. ROMMELFANGER (eds.), *The Routledge Handbook of Neuroethics*, New York-Abingdon 2018, 166 ss. e 121 ss.

potrebbe farsi all'ingegneria reprogenetica, che mirerebbe appunto a intervenire sul genoma per operare un potenziamento fisico e anche cognitivo – «a morally disruptive innovation», secondo taluni<sup>68</sup>. In tal senso, si discute di un neuropotenziamento *morale*, cioè della possibilità d'indurre un "miglioramento morale" tramite le neurotecnologie<sup>69</sup>.

In questo settore ci s'interroga se il consenso della persona possa essere una base giuridica sufficiente per legittimare qualsiasi intervento o se le istituzioni debbano assumere (o mantenere) un ruolo protettivo della persona<sup>70</sup>.

Per concludere, il quadro delle tecnologie, del quale qui si è offerta solo una parziale e sintetica rassegna, si presenta piuttosto eterogeneo, perché sono distinte e molteplici le modalità di accesso alla dimensione intima dell'attività "mentale". Nondimeno, la ricomprensione di tecniche, dispositivi e metodiche d'intervento nella categoria delle neurotecnologie offre la possibilità di una valutazione complessiva dell'impatto e dei potenziali rischi, i quali – ancorché distinti per qualità o intensità – presentano aspetti comuni significativi che suggeriscono, a loro volta, una trattazione unitaria sul piano giuridico. Per tale ragione, il riferimento forse enfatico al solo livello neurale ha il pregio di ricomprensione questioni affini in un orizzonte che, per quanto riduttivo (o riduzionistico), si presenta sufficientemente ampio da ricomprensione le questioni etiche e giuridiche che sorgono nello scenario attuale.

#### 4. Nuovi neurodiritti?

Alla luce dell'indagine dei rapporti possibili tra neuroscienze e diritto, dell'osservazione dei rischi delle neurotecnologie verso un insieme indistinto e variamente nominato di diritti fondamentali, si avanzano – come anticipato – proposte tese alla definizione di un nuovo catalogo di "neurodiritti".

Secondo la proposta di Ienca e Andorno si potrebbero enucleare quat-

---

<sup>68</sup>J. RUEDA, J. PUGH, J. SAVULESCU, *The Morally Disruptive Future of Reproductive Enhancement Technologies*, in *Trends in Biotechnology*, 5, 2023, 592.

<sup>69</sup>B.D. EARP, T. DOUGLAS, J. SAVULESCU, *Moral Neuroenhancement*, cit., 168.

<sup>70</sup>Sulle opportunità e le criticità della regolamentazione v. M.C. ERRIGO, *Neuroenhancement and Law*, in A. D'ALOAIA, M.C. ERRIGO (eds.), *Neuroscience and Law*, Cham 2020, 209-210.

tro neurodiritti: libertà cognitiva, *privacy* della mente, integrità della mente e continuità psicologica<sup>71</sup>.

La tesi di Yuste, che sostanzia la *Neurorights Initiative* della Columbia University<sup>72</sup>, invece, ne individua cinque: *privacy* della mente, identità personale, libero arbitrio, accesso equo al potenziamento mentale; protezione dai *bias* algoritmici.

Sulla base di quest'ultima impostazione del novellato art. 19 della Costituzione cilena, il progetto di legge *sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías*<sup>73</sup> riprende – ampliandola – la proposta di Yuste: vietando l'interferenza neurotecnologica che danneggi la continuità psicologica e psichica della persona, l'identità personale, l'autonomia della volontà e della capacità di assumere decisioni liberamente, la protezione del sostrato mentale dell'identità personale (art. 4); elevando i dati neurali a speciale categoria di dati sanitari (art. 6), assoggettando la loro diffusione e trasmissione alla normativa sul trapianto di organi (*sic!*, art. 7); promuovendo l'accesso equitativo ai progressi delle neuroscienze e delle neurotecnologie (art. 10).

La citata *Carta de Derechos Digitales* del Governo spagnolo, nel definire i *Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías*, si prefigge (§ XXIV): di preservare l'identità individuale come coscienza di sé; garantire l'autodeterminazione individuale, la sovranità e la libertà nell'assunzione delle decisioni; assicurare la riservatezza e la sicurezza dei dati relativi ai processi cerebrali e il pieno controllo dei medesimi; vietare l'uso di sistemi interfaccia neurale capaci di danneggiare l'integrità fisica o psichica; assicurarsi che le neurotecnologie non siano affette da *bias*; garantire un equo accesso alle applicazioni terapeutiche, al potenziamento cognitivo e alla stimolazione o al potenziamento delle capacità individuali.

Per quanto sia evidente che le proposte mirino, appunto con intenti condivisibili, ad affrontare un quadro unitario di problemi, è altrettanto probabile che facciano ricorso a nozioni piuttosto ambigue: sia sul fronte teorico-giuridico, dove il concetto di diritto soggettivo è destinato a descrivere tanto aspettative e interessi di fatto, quanto diritti propriamente inte-

---

<sup>71</sup> Per esempio, ancora, in M. IENCA, R. ANDORNO, *Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology*, cit., *passim*.

<sup>72</sup> Cfr. il sito dell'iniziativa: <https://neurorightsfoundation.org/mission>.

<sup>73</sup> *Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Girardi, señora Goic, y señores Chabuán, Coloma y De Urresti, sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías*, boletín 13.828-19.

si<sup>74</sup>; sia quanto ai “beni” da tutelare, evocando la continuità psichica o psicologica, i processi cerebrali o i sostrati neuronali, il libero arbitrio, la coscienza o la libertà cognitiva – concetti non sempre compatibili con un'unica prospettiva teorica e difficilmente sussumibili in un indistinto insieme identificabile con il livello neurale (e con il prefisso ‘neuro-’)<sup>75</sup>. Inoltre, si palesa sullo sfondo una contraddizione: le neurotecnologie presentano nuovi rischi per i diritti della persona, ma forse i rischi sarebbero osservabili già sulla base dei valori presenti e, però, non potrebbero essere affrontati in modo adeguato perché mancherebbero meccanismi di garanzia.

Per queste ragioni occorre muovere dal terreno della teoria (generale) del diritto – o delle teorie (generali) –, osservando i diversi approcci al problema definitorio del diritto soggettivo, cioè in relazione alla sua giustificazione argomentativa<sup>76</sup>, alla sua struttura<sup>77</sup> e al suo contenuto<sup>78</sup>, per poi sondare le possibili coniugazioni con le aspettative che s'intendono tutelare nel campo in questione.

Quanto alla giustificazione del diritto soggettivo si può operare una distinzione tra *choice theories* e *interest theories*, volendo ora seguire una diffusa classificazione anglofona<sup>79</sup>: le prime ancorano il fondamento del diritto alla libertà di scelta del suo titolare, le seconde alla protezione di un interesse rilevante. Le due classi di teorie, a ben vedere, corrispondono a due prospettive distinte della cultura giuridica, nella cui opposizione

<sup>74</sup>D'altronde è noto che «linguaggio dei diritti soggettivi non è di esclusiva pertinenza del fenomeno giuridico (cioè del diritto oggettivo)» [G. PINO, *Diritti soggettivi*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino 2013, 221].

<sup>75</sup>Una tendenza che renderebbe la riflessione «unmoored from reality, endlessly bobbing in a sea of speculation» (A. WEXLER, *Separating Neuroethics from Neurohype*, in *Nature Biotechnology*, 9 August 2019, 3).

<sup>76</sup>G. PINO, *Diritti soggettivi. Lineamenti di un'analisi teorica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2009, 13-14.

<sup>77</sup>È chiaro che la prospettiva strutturalistica e quella funzionalistica (che in parte interseca la questione della giustificazione del diritto soggettivo) connotano teorie del diritto antitetiche in cui si registrano prevalenze dell'una o dell'altra: per tutti, N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* (1977), Bari-Roma 2007, 48 ss. Una ricostruzione ampia è in A. CELOTTO, *Diritti (diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Milano 2017, 262 ss.

<sup>78</sup>Una possibile definizione di ‘contenuto del diritto’, in R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, 2ª ed., Torino 2011, 80 e 82.

<sup>79</sup>Il diritto soggettivo sarebbe «a legally respected choice» (H.L.A. HART, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, Oxford 1982, 189), aut tale che «the duty correlative to the right, when actual, normatively protects some aspects of X's situation» (M.H. KRAMER, *Some Doubts About Alternatives to the Interest Theory of Rights*, in *Ethics*, 2, 2013, 246).

emerge singolarmente la questione centrale – qui per altre ragioni – del libero arbitrio.

Da un lato, come anticipato, riappare in modo carsico una visione della libertà giuridica come ontologicamente connessa al libero arbitrio, che ne sarebbe il suo presupposto: «Si chiamò libertà, – affermava Constant – per poterle dare la larghezza di quel libero arbitrio filosofico che nel dominio immenso del pensiero, e del sentimento, altri limiti non ammette alla sua potenza che quelli dalla ragione stabiliti fra il bene ed il male»<sup>80</sup>. A questa stessa posizione possiamo ricondurre una parte significativa della cultura giuridica tedesca, che ha variamente posto al centro della costruzione sistematica la “signoria della volontà”, da Savigny<sup>81</sup> a Puchta<sup>82</sup>, da Jellinek<sup>83</sup> a Windscheid<sup>84</sup>, sino a influenzare trasversalmente le culture giuridiche di quasi tutto il vecchio continente nel corso del Novecento. Del pari, per vie affini, la concezione della libertà quale postulato aprioristico (e necessario) appartenne già alla metafisica kantiana.

Dall’altro lato, la libertà giuridica non sarebbe affatto «una questione astratta concernente la libertà metafisica e la necessità»<sup>85</sup>, e il suo ancora-

<sup>80</sup> B. CONSTANT, *Corso di politica costituzionale* (1836), I, trad. it. di V. Caleffi, Firenze 1849, 20.

<sup>81</sup> Il quale «crea un concetto astratto del rapporto giuridico come “signoria della volontà” e intraprende, con ciò, una classificazione logico-formale dei rapporti di diritto privato, secondo i concepibili “oggetti principali della signoria della volontà», nel giudizio di K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica* (1960), a cura di S. VENTURA, Milano 1966, 11. Sulla prospettiva di questo Autore, v. per tutti M. LA TORRE, *La lotta contro il diritto soggettivo. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Milano 1988, *passim*.

<sup>82</sup> Se è vero che, sia pure nel suo sistema chiuso, «l’a priori filosofico-giuridico [...] è, più precisamente il concetto kantiano di libertà» (*ivi*, 24): «Considerando l’uomo nei suoi rapporti giuridici, notiamo che egli incontra la possibilità di una volontà. Astraiamo dalle sue qualità e dalle condizioni individuali che sono decisive per la qualificazione morale di una volontà, o almeno diamo loro solo un’importanza subalterna, e mettiamo in primo piano quell’uguale potere o possibilità della volontà che sta al di sopra della differenza individuale» (G.F. PUCHTA, *Pandekten*, vol. I, 2ª ed., Leipzig 1872, 36, trad. nostra).

<sup>83</sup> «A seconda che si abbia una visione povera o ricca, oscura o chiara della natura umana, ciò determinerà un’origine dello Stato più superficiale o più profonda, più sfocata o più nitida. La volontà divina o la superiorità fisica, il libero arbitrio dei concittadini o lo sviluppo istintivo come ragioni fondative dello Stato sono solo diverse conseguenze delle diverse teorie sulla natura etica dell’uomo» (G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg 1887, 192).

<sup>84</sup> Che, «al posto di una derivazione etica di questo concetto [di libertà], ne dà una definizione intesa in senso psicologico» (K. LARENZ, *Op. ult. cit.*, 36).

<sup>85</sup> Così Edmund Burke, nella corrispondenza allo Sceriffo di Bristol, citato in F. DREYER, *The Genesis of Burke’s Reflections*, in *The Journal of Modern History*, 3, 1978, 467 (trad. nostra).



mento nell'ipotesi filosofica del libero arbitrio sarebbe, oltretutto superfluo, persino inopportuno: d'altronde, «la libertà della volontà, nel senso che la volontà può spontaneamente mettersi in moto senza alcuna ragione motrice, è come il Barone di Münchhausen, che si tira fuori dalla palude per il ciuffo»<sup>86</sup>. In quest'ottica, che s'intesse con la tradizionale concezione della *libertas a coactione* e con quella dello *habeas corpus*<sup>87</sup>, il diritto soggettivo si giustifica nella mera difesa di un interesse.

Non si tratta, però, di una diversità di approccio che riflette la prevalenza di istanze liberali, quanto alle teorie della libera scelta, o sociali, nel caso delle teorie del diritto soggettivo incentrate sull'interesse: anzi, basterebbe evocare il marcato determinismo di Hobbes, Locke, o Hume<sup>88</sup>, se non anche l'utilitarismo classico e, per tutti, l'esempio di Mill<sup>89</sup>, a testimonianza di una forte presenza dello scetticismo verso il libero arbitrio persino nelle matrici del pensiero liberale.

In ogni caso, l'opzione per l'una o l'altra prospettiva resta fortemente motivata da opinioni filosofiche o religiose "pre-giuridiche", né appare opportuno, in questa sede, abbozzare una soluzione della questione.

Nondimeno, poiché tutte le principali proposte sul tema trattano o di un diritto al libero arbitrio<sup>90</sup> o di una libertà cognitiva (intesa come libertà di agire in modo tale da assumere il controllo della propria vita mentale<sup>91</sup>) o di un diritto all'autonomia della volontà e alla capacità di assumere deci-

<sup>86</sup> R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, 2ª ed., Leipzig 1884, 3-4, trad. nostra.

<sup>87</sup> Per un'analisi dell'ancoramento della moderna libertà personale nello *habeas corpus*, sia pure con nuove accezioni, v. su tutti S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto*, Milano 2010, 176 ss. Sulla *libertas a coactione* nel pensiero deterministico moderno, v. N. BOBBIO, *Libertà*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma 1978, § 4.

<sup>88</sup> Anche brevemente in M. MORI, *Gli spiriti e le macchine. Il determinismo moderno*, in M. DE CARO, M. MORI, E. SPINELLI (a cura di), *Libero arbitrio. Storia di una controversia filosofica*, Roma 2014, 261 ss.

<sup>89</sup> Nel medesimo collettaneo, v. L. FONNESU, *Libertà e responsabilità: dell'utilitarismo classico al dibattito contemporaneo*, 337 ss.

<sup>90</sup> «The Right to Free-Will» nella iniziativa della *Neurorights Foundation* (<https://neurorightsfoundation.org/mission>).

<sup>91</sup> «Four neurorights conceptually derived from freedom of thought have been proposed in the literature. These are: cognitive liberty, the right to agency and free will, mental freedom, and freedom of thought itself» (M. IENCA, *On Neurorights*, in *Frontiers in Human Neuroscience*, 15, 2021, 6). *Similiter*, si definisce «cognitive liberty: the right to mental self-determination» nel documento dell'OCSE, *Recommendation of the Council on Responsible Innovation in Neurotechnology*, OECD/LEGAL/0457.

sioni liberamente<sup>92</sup>, è del tutto evidente che la ragione giustificativa di tale diritto non potrebbe coincidere – à la Münchhausen – col contenuto stesso del diritto. Non si può, cioè, essere giuridicamente liberi, in quanto soggetti dotati del libero arbitrio, e dunque perciò rivendicare tale arbitrio nel caso della sua “lesione” o mancanza.

Questa constatazione basterebbe a legittimare una scelta di metodo per le teorie che ricostruiscono il diritto soggettivo come protezione di un interesse, se non fosse che vengono in soccorso anche considerazioni di opportunità: «notoriamente, i principali limiti della *choice theory* sono l'impossibilità di rendere conto in maniera chiara di diritti attribuiti a soggetti che non sono in grado di esprimere una volontà»<sup>93</sup> (quali i minori o le persone con determinate disabilità psichiche). Limiti che renderebbero le teorie della libera scelta particolarmente inadeguate in un contesto in cui si assume – persino – che la libera scelta di tutti possa essere compromessa, e che la vulnerabilità sia la condizione “ordinaria” dell'essere umano di fronte alla pervasività delle tecnologie<sup>94</sup>. Ma, pur non volendo accedere a una simile prospettazione “pessimista”, ciò varrebbe in ogni caso sia per le condizioni di disabilità che le neurotecnologie intendono fronteggiare, che per la protezione dello «sviluppo fisico, mentale e morale» dei minori, su cui ad esempio insiste il *Digital Services Act*<sup>95</sup>; cioè, per classi di persone per cui certamente le teorie che fondano il diritto soggettivo nella “signoria della volontà” non sembrano del tutto adeguate e in relazione alle quali categorie di soggetti proprio le neurotecnologie promettono sempre più impieghi, dalla terapia al potenziamento.

L'adesione alla prospettiva della teoria dell'interesse implica, poi, conseguenze apprezzabili in ordine alla possibile definizione di nuovi neurodiritti. Se nell'ipotesi avversa era possibile affermare che, essendo il libero arbitrio il presupposto logico e la ragione giustificativa di tutti i diritti di libertà, allora, il riconoscimento di un suo rilievo primario nella costellazione dei valori fondamentali poteva dirsi implicito: «freedom of thought is the fundamental justification for related freedoms, such as freedom of choice, freedom of speech, freedom of press, and freedom of

---

<sup>92</sup> Il progetto di legge cileno tratta «*del derecho a la autonomía o libertad de decisión individual*» (*Proyecto de ley*, boletín 13.828-19).

<sup>93</sup> G. PINO, *I diritti soggettivi*, cit., 241.

<sup>94</sup> Per tutti, P. STANZIONE, *Tecnica, protezione dei dati e nuove vulnerabilità*, in *Iura & Legal Systems*, 4, 2021, 17 ss.

<sup>95</sup> Cons. 81 e 89, regolamento (UE)/2022/2065.

religion»<sup>96</sup>. Peraltro, l'apparente intuitività di tale inferenza è sconfessata da considerazioni alquanto evidenti: le scelte personali, la parola, o la coscienza religiosa non sono tutelate in quanto espressione di un pensiero libero e non determinato da interferenze esterne, ma anche (e, parrebbe, spesso) nei casi in cui esse mostrino segni evidenti di un condizionamento del contesto esteriore.

Diversamente, accedendo a una concezione della libertà giuridica *in concreto*, imperniata sul concetto di «persona sociale»<sup>97</sup> più che su un assunto metafisico, e a una prospettiva pluralista dell'assetto valoriale<sup>98</sup>, l'interesse per la protezione della sfera psichica dovrà seguire itinerari alternativi, senza ancorarsi a una visione antropologica rigida, se non anche teologicamente preordinata della libertà umana: valutando se l'interesse tutelato dai neurodiritti sia da ricondursi a valori costituzionali già riconosciuti; distinguendo, nel caso, tra la sufficiente ricomprensione dell'interesse protetto in tali valori o la necessaria definizione di ulteriori valori impliciti, connessi o strumentali; eventualmente, evidenziando l'esigenza di veri e propri nuovi diritti, irriducibilmente diversi da quelli già esistenti (e perciò bisognosi di un riconoscimento).

Giungendo poi all'analisi della possibile struttura dei nuovi neurodiritti, è utile soffermarsi sulle relazioni interindividuali che essi prefigurerebbero, anche adottando lo schema hohfeldiano che consente uno tra i più diffusi approcci teorici alla microfisica strutturale delle relazioni giuridiche sottese ai diritti soggettivi<sup>99</sup>. In via generale si può osservare che le proposte si riferiscono talora a specifiche relazioni hohfeldiane, talaltra a un aggregato di relazioni: innanzitutto, si delineano “pretese”, cioè relazioni che pongono un obbligo di non compiere determinate attività d'interferenza (si pensi

<sup>96</sup> M. IENCA, *On Neurorights*, cit., 7.

<sup>97</sup> Su tale accezione della libertà e sul radicamento anche sociale del principio personalista nella Costituzione v. F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, II ed., Torino 2018, 26 ss.

<sup>98</sup> Per tutti, in questo senso, P. RIDOLA, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, cit., 2018, XI ss. Su questa lettura della «multidimensionalità delle libertà costituzionali», secondo cui non bisognerebbe «(cercare di) dedurre i diritti “dalla intangibilità di un'immagine dell'uomo scolpita nella sua oggettività”», v. F. POLITI, “Principio libertà”, *dignità umana e multidimensionalità delle libertà costituzionali nelle democrazie pluralistiche. La riflessione di Paolo Ridola in tema di diritti fondamentali*, in *Riv. it. sc. giur.*, 10, 2019, 385.

<sup>99</sup> Come per altro fa S. RAINEY, *Neurorights as Hohfeldian Privileges*, in *Neuroethics*, 9, 2023, 1 ss., giungendo però a una soluzione rigida – i neurodiritti come mere facoltà – che trascura i profili su cui *infra*. Il riferimento è allo schema classico proposto da W.N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conception As Applied in Judicial Reasoning*, New Haven 1964, 36 ss.

alla libertà *da* interferenze *lato sensu* “cognitive”) o di compiere azioni (l’equo accesso al potenziamento è una pretesa attiva); poi, “libertà” che consistono nella possibilità della persona di fare qualcosa o di non farlo, senza che altri possa esercitare un diritto che si opponga a tale possibilità (il diritto al “libero arbitrio” o all’autonomia individuale); s’individuano anche “poteri”, allorquando si profili la possibilità d’intervenire sulla posizione giuridica propria o altrui (acconsentendo alla disposizione del diritto o revocando tale consenso, come accade nel contesto del trattamento dei dati); infine, “immunità” che consistono «nell’impossibilità, da parte di terzi, d’incidere su (*i.e.* istituire, modificare, estinguere) una posizione soggettiva del titolare dell’immunità stessa»<sup>100</sup> (ciò con riguardo alle diverse condizioni di indisponibilità che sono emerse, per esempio nel contesto processualpenalistico). Non si tratta, allora, d’identificare i singoli neurodiritti con determinate “micro-relazioni” giuridiche, quanto piuttosto di sezionare le proposte della letteratura in modo tale da ricondurre le singole relazioni giuridiche ipotizzate sotto l’«ombrello» di un diritto esplicitato dalle Carte (o da escluderne la riconducibilità)<sup>101</sup>.

Quanto al contenuto dei proposti neurodiritti – siano le singole relazioni qualificabili come pretese, libertà, poteri o immunità – deve essere poi analizzato il *quid* cui essi si riferiscono: se tale contenuto si rivolga al titolare stesso del diritto (si avrà allora un diritto “attivo”) o ad altri (un diritto “passivo”), nel caso implicando un’altrui azione positiva o un’omissione (diritti passivi “positivi” o “negativi”)<sup>102</sup>. Secondo questo schema la diatesi (*scil.* attiva o passiva) distingue le classi di relazioni rivolgendo l’attenzione all’autore della condotta (o dell’omissione) dedotta nel singolo diritto, evidenziando l’attività del soggetto portatore del diritto o la sua passività derivante dalla necessità che altri attuino condotte conformi. Per altro verso ben si potrebbe sovrapporre la classe dei diritti attivi alle libertà *di* (c.d. positive) e la classe dei diritti “passivi” omissivi alle libertà *da* (c.d. negative), dovendo però accostare un *tertium genus* di diritti positivi di carattere pretensivo (non si tratta solo dei diritti sociali, ma anche di diritti di credito intercorrenti tra privati).

Procedendo a un’analisi delle proposte, si può distinguere tra alcune principali classi di diritti da analizzare: una prima classe si rivolge all’integrità (psichica, psicologica, della mente, etc.); una seconda alla *privacy*

---

<sup>100</sup> G. PINO, *Diritti soggettivi*, cit., 233.

<sup>101</sup> R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018, 33 ss.

<sup>102</sup> Ancora G. PINO, *Op. ult. cit.*, 238-239.

(della mente, del cervello, dei neuroni, etc.); una terza alla libertà (della mente, psichica, cognitiva, al libero arbitrio, all'autonomia della scelta, etc.); una quarta all'identità e alla continuità (psichica, psicologica, etc.); una quinta all'accesso al potenziamento (neurale, cognitivo, psichico, etc.).

Quello dell'integrità (psichica, psicologica, della mente, etc.) rappresenta uno dei piani meno problematici, soprattutto perché l'art. 3 della Carta di Nizza esplicita che ognuno «*ha diritto alla propria integrità fisica e psichica*» e la giurisprudenza costituzionale individua tra i beni fondamentali «di primaria importanza per l'esistenza stessa dell'ordinamento [...] l'integrità fisica o psichica delle persone»<sup>103</sup>. Si tratterebbe, cioè, di proteggere l'interesse primario a escludere forme intense d'interferenza da parte di terzi o di autorità rivolte alla sfera inviolabile della libertà personale, così delineando possibili pretese aventi a oggetto altrui omissioni (diritti "passivi" negativi o libertà *da*) e un aggregato di poteri (nel caso, giudiziari) volti a rendere effettivo o maggiormente protetto questo spazio. Un simile diritto, la cui analisi è pertinente in una discussione sui possibili neurodiritti, non ha in realtà nulla d'innovativo, perché è nominalmente riconosciuto come integrità psichica nel diritto positivo, e anche diffusamente presidiato da garanzie secondarie: si consideri la tutela risarcitoria del danno psichico (proprio in quanto danno biologico<sup>104</sup>); o il divieto di tortura, costituzionalmente previsto<sup>105</sup> e oggi presidiato dall'art. 613 *bis* c.p., il quale implica la tortura psichica (sanzionando chiunque «*con violenze o minacce gravi ovvero agendo con crudeltà cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico*»). Quanto all'aggettivazione di tale integrità, sia essa mentale, psichica o psicologica, non c'è ragione di evocare il dibattito tra dualismo e riduzionismo biologico, perché la lesione dell'integrità psichica è già considerata (non *alla stregua* di quella corporea ma proprio) quale lesione di un'unica entità indistinta "psico-fisica", eventualmente accertabile secondo specificazioni differenziate (cioè, si darebbe un danno biologico, eventualmente accertato in virtù di consulenza psichiatrica).

Sul fronte della *privacy*, la *Neurorights Foundation* afferma che «any NeuroData obtained from measuring neural activity should be kept private. If stored, there should be a right to have it deleted at the subject's re-

<sup>103</sup> P.e. Corte cost., sentt. nn. 290/2001, 236/2020.

<sup>104</sup> Già da Cass. civ., sent. n. 13547/2009.

<sup>105</sup> Artt. 13 Cost., comma 3, secondo cui è «*punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà*», e 27, comma 3, per cui «*[l]e pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità*».

quest»; secondo altri «it should guarantee the systemic protection of brain information»<sup>106</sup>. Complessivamente, il rischio principale segnalato dalla letteratura è quello dell'estrazione informativa e del trattamento deregolato del flusso dei dati riferibili alla persona. L'interesse principale, quindi, è riconducibile alla riservatezza, rivolta indistintamente alle informazioni relative al sistema nervoso, ai processi cognitivi, alle emozioni, più in generale alla mente e ai pensieri della persona.

Le proposte qui si rivolgono principalmente al fronte della protezione dei dati, in ordine al quale è già possibile delineare, ancora una volta, una trama di pretese e poteri sulla base del diritto positivo<sup>107</sup>. Anche in questo caso non sembrerebbe opportuno trattare, perciò, di un nuovo neurodiritto, benché sia probabile che l'attuale regolamentazione non garantisca una tutela pienamente efficace della vita privata (artt. 8 CEDU e 7 CDFUE) e dello strumentale diritto alla protezione dei dati (art. 8 CDFUE)<sup>108</sup> nei confronti delle neurotecnologie. L'aspetto più problematico è quello dell'eventuale definizione di una categoria autonoma di (neuro-)dati da destinare a un regime rafforzato di tutele. Certamente, qui come altrove, l'enfasi sul livello neurale ha il difetto di trascurare la maggiore articolazione del quadro delle tipologie di trattamento di dati, non tutte rivolte alla sola attività neurale propriamente intesa. Nondimeno, *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*: non convince l'ipotesi di creare categorie di dati distinte per quanti sarebbero i livelli di riferimento (mentale, neurale, psichico, psicologico, cognitivo, etc.). Così, l'ingenuo riduzionismo implicito nella nozione di dati neurali (neuronal o neurodati) sembrerebbe da preferire a una scivolosa moltiplicazione delle categorie, la quale attrarrebbe

---

<sup>106</sup> Rispettivamente: <https://neurorightsfoundation.org/mission>; M. IENCA, *On Neurorights*, cit., 7.

<sup>107</sup> Come i diritti di cui agli artt. 15-22 GDPR, che abilitano un novero ampio di pretese e di poteri propriamente intesi nello schema hohfeldiano: il diritto di ottenere informazioni su quali dati sono trattati (diritto d'informazione); il diritto di chiedere e ottenere in forma intellegibile i dati (diritto di accesso); il diritto di ottenere l'aggiornamento o la rettifica dei dati conferiti; il diritto di ottenere la cancellazione dei dati; il diritto di esercitare l'opposizione al trattamento; il diritto di revocare il consenso; il diritto di opporsi ai trattamenti automatizzati e a non essere assoggettati a trattamenti basati esclusivamente su decisioni automatizzate compreso la profilazione; il diritto di ottenere il blocco o la limitazione dei dati trattati in violazione di legge e quelli dei quali non è più necessaria la conservazione in relazione agli scopi del trattamento; il diritto alla portabilità dei dati, etc.

<sup>108</sup> Anche la Corte costituzionale riconosce ormai da tempo «il diritto alla riservatezza dei dati personali, quale manifestazione del diritto fondamentale all'intangibilità della sfera privata» (sent. n. 20/2019, ma cfr. già sent. n. 366/1991).

in un regime di protezione rafforzata qualsiasi genere d'informazione mentale riferibile alla persona (ogni gusto, ricordo, o valutazione «*riguardante una persona fisica identificata o identificabile*», ex art. 1 GDPR). Soprattutto, si deve osservare che non è tanto la qualificazione del dato a determinare il rischio per i diritti fondamentali, quanto la tipologia di trattamento e il contesto (così, p.e., ex art. 25 GDPR), e che perciò la regolamentazione dovrebbe rivolgersi alle neurotecnologie anziché ai neurodati in sé.

I fautori della libertà cognitiva affermano la necessità di tutelare la libertà della persona di controllare i propri stati mentali<sup>109</sup>; una libertà che così intesa sembrerebbe riferirsi piuttosto a una pratica spirituale (come tale, peraltro tutelata dall'art. 19 Cost.). La nozione appare nebulosa, perché si assume che la persona sia un *quid* che preceda i suoi processi cognitivi, gli stati mentali, o la coscienza, e che quindi essa si attivi per rivendicarne il dominio o il controllo. In modo più prosaico parrebbe che qui si voglia escludere l'ingerenza, eventualmente manipolativa, di agenti esterni occulti o indesiderati. Se, cioè, nelle proposte relative alla *privacy* della mente emerge l'interesse verso le informazioni "in uscita", nel caso della libertà cognitiva si vuole escludere l'ingresso di informazioni o stimoli che possano subdolamente modulare le funzioni cognitive e ciò a prescindere dal fatto che si verificano lesioni percepibili o permanenti dell'integrità psichica. È ben evidente che tale interesse sia presidiato dal diritto alla vita privata (artt. 8 CEDU e 7 CDFUE), dalla trama di diritti riferibili al corpo nel contesto costituzionale (artt. 2, 13 e 32 Cost.) e che, per contro, sarebbe difficile immaginare che un ordinamento che reputi inviolabili la libertà personale, il domicilio e persino la corrispondenza, si mostri poi indifferente alle pratiche di neuromodulazione occulta. L'ipotesi di fondare tale libertà (mentale cognitiva, o un diritto al libero arbitrio) sulla base di «*evolutionary interpretations of the right to freedom of thought*»<sup>110</sup> non appare affatto parsimoniosa ed è persino imprudente: né il diritto alla libertà di espressione e la libertà di opinione di cui all'art. 11 CDFUE, né il «*diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero*» (art. 21 Cost.) si rivolgono al solo pensiero cosciente e au-

---

<sup>109</sup> Cioè, «the positive liberty of having the possibility of acting in such a way as to take control of one's mental life» e «freedom of thought as the normative foundation of a person's autonomous control over her mind» (M. IENCA, *On Neurorights*, cit., 6-7); «Individuals should have ultimate control over their own decision making», secondo la definizione di diritto al "libero arbitrio" della *Neurorights Initiative*.

<sup>110</sup> Così M. IENCA, *On Neurorights*, cit., 9.

tonomamente elaborato<sup>111</sup>, ma proteggono «naturalmente non il solo pensiero originale di chi lo manifesta» (Corte cost., sent. n. 59/1960) e, comunque, non solo il pensiero “libero” nel suo significato più alto. Tra l’altro, sarebbe più opportuno evocare la libertà di manifestazione del pensiero, nella sua declinazione negativa della libertà di non manifestazione del pensiero stesso, con riferimento alla classe di diritti riferibili alla *privacy* e al problema dell’estrazione informativa (poiché la libertà di non manifestare il pensiero implicherebbe che alcune informazioni non “fuoriescano” dalla sfera intima; che la “mente” non sia “letta” da dispositivi esterni).

La libertà cognitiva si presenterebbe, allora, come una pretesa di non-ingerenza attraverso tecnologie di neuromodulazione, eventualmente corredata da pretese informative circa i rischi delle tecnologie o da poteri che forniscano garanzie secondarie. L’ipotesi di una configurazione di un autonomo diritto al libero arbitrio o al controllo degli stati mentali sarebbe allora non necessaria. Molto più utile, invece, potrebbe risultare una migliore regolamentazione e una più diffusa previsione di obblighi informativi relativi all’intensità induttiva delle pratiche in questione, soprattutto con riferimento ai rischi eventualmente riferibili a categorie particolari di persone, per le quali è lecito supporre una debolezza dell’impegno cognitivo necessario ad acconsentire ai trattamenti.

Venendo, dunque, all’identità e alla conseguente continuità psichica (o psicologica), le proposte qui muovono da due necessari presupposti: che le persone siano connotate di un’identità (cioè, di un’essenza specifica e stabile); che tale identità si mantenga nel tempo attraverso una significativa continuità degli aspetti psicologici. Il concetto di continuità psicologica è sviluppato dalla riflessione – soprattutto filosofica e non psicologica – sul

---

<sup>111</sup> L’aggettivo ‘proprio’, infatti, implica secondo autorevole dottrina che «escluse dalla garanzia debbono dirsi pure diffusioni di pensieri e di notizie e di complessi di pensieri e di notizie che, secondo forma o sostanza, siano considerati giuridicamente altrui» [C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano* (1958), in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2, 2011, 34]; *contra* recentemente, M. OROFINO, *Art. 21 Cost.: le ragioni per un intervento di manutenzione ordinaria*, in *MediaLaws*, 2, 2019, 85-86, ripercorre e condivide un indirizzo secondo cui ‘proprio pensiero’ sottolineerebbe l’indipendenza di giudizio, ma soprattutto nell’ottica di non sottrarre la manifestazione del pensiero altrui alla copertura costituzionale. La bibliografia sul punto è sconfinata: v. A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano 1972, 33 ss.; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano 1974, 424 ss.; A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 2006.



tema dell'identità<sup>112</sup>. Su questo fronte, si fa riferimento a casi – tuttora eccezionali – in cui si è ipotizzata un'efficacia delle tecniche di neuromodulazione sui gusti personali. Si pensi alle tecnologie di neurostimolazione che indurrebbero cambiamenti nelle preferenze musicali, come sarebbe accaduto a un individuo sessantenne affetto da disturbo ossessivo-compulsivo e trattato con *deep brain stimulation*, sviluppando “perciò” un'improvvisa passione per Johnny Cash quale effetto collaterale<sup>113</sup>. Si assume, cioè, che le neurotecnologie possano modificare – eventualmente di proposito e non solo con riferimento ai gusti musicali o anche solo in modo collaterale<sup>114</sup> – alcuni tratti distintivi dell'identità personale.

Di conseguenza, si afferma la necessità di preservare l'identità personale e la continuità della vita psichica da alterazioni esterne<sup>115</sup> e di proibire alla tecnologia di distruggere il senso di sé o di compromettere il confine tra la coscienza di sé e gli *input* tecnologici esterni<sup>116</sup>. Potrebbe discutersi se un simile concetto strutturale ed essenzialista dell'identità possa costituire un valore e, nel caso, un valore così condiviso da fondare un autonomo diritto fondamentale<sup>117</sup>. Come potrebbe dubitarsi della possibilità in astratto che

<sup>112</sup>P. VAN INWAGEN, *Materialism and the Psychological-Continuity Account of Personal Identity Source*, in *Philosophical Perspectives*, 11, 1997, 305 ss.

<sup>113</sup>Caso richiamato in M. IENCA, *Neurodiritti: storia di un concetto e scenari futuri*, in *Privacy e neurodiritti. La persona al tempo delle neuroscienze*, cit., 50; M. MANTIONE, M. FIGEE, D. DENYS, *A Case of Musical Preference for Johnny Cash Following Deep Brain Stimulation of the Nucleus Accumbens*, in *Frontiers in Behavioral Neuroscience*, 8, 2014, 1 ss. Lo studio, invero, «may suggest an association between DBS and changed musical preference», perché ritiene improbabile un cambio così tardivo dei gusti musicali e, soprattutto, singolare che la persona non avesse nessuna spiccata preferenza musicale prima del trattamento clinico.

<sup>114</sup>Sul tema dei rapporti tra neurotecnologie e musica, potrebbero essere citati *a contrario* una serie di studi che attestano un uso della stimolazione musicale integrata alle tecniche di neuromodulazione: «[L]istening to modulated vocalizations/music is potentially an efficient strategy for neuromodulation of the autonomic nervous system» (così, tra i vari, in N. RAJABALEE *et al.*, *Neuromodulation Using Computer-Altered Music to Treat a Ten-Year-Old Child Unresponsive to Standard Interventions for Functional Neurological Disorder*, in *Harvard Review of Psychiatry*, 5, 2022, 311).

<sup>115</sup>M. IENCA, R. ANDORNO, *A New Category of Human Rights: Neurorights*, in *Research in Progress Blog*, 26 aprile 2017. Di continuità psicologica tratta anche l'art. 4 della proposta cilena: «*si puede dañar la continuidad psicológica y psíquica de la persona*».

<sup>116</sup>Dal sito della *Neurorights Foundations*: «Boundaries must be developed to prohibit technology from disrupting the sense of self. When neurotechnology connects individuals with digital networks, it could blur the line between a person's consciousness and external technological inputs». Il che sarebbe irragionevole proprio nel caso delle neuroprotesi impiantate per finalità terapeutiche.

<sup>117</sup>Si potrebbe richiamare la critica all'ossessione identitaria di F. REMOTTI, *Contro l'identità*, Bari-Roma 2001 o più recentemente ID., *L'ossessione identitaria*, Bari-Roma 2010.

l'identità personale possa essere preservata nel tempo dall'azione di forze esterne non desiderate.

Tuttavia, il diritto all'identità personale è già ampiamente riconosciuto nell'ordinamento europeo (dalla giurisprudenza CEDU, con riferimento all'art. 8) e nel contesto nazionale prima «come diritto ad una corretta proiezione sociale», poi come diritto al nome, al controllo delle informazioni personali, alla propria verità biologica, sino ad affermarsi come «diritto ad essere sé stessi»<sup>118</sup>, anche eventualmente in forte discontinuità con la propria storia individuale (basti citare, tra gli esempi più noti, il diritto all'oblio e il diritto alla modificazione dei caratteri sessuali)<sup>119</sup>. L'ingerenza esterna in un simile ambito, almeno al livello dei principi, è già totalmente preclusa da numerosi riferimenti positivi. Per quelle ipotesi che non siano già riconducibili alla tutela dell'integrità psichica e della libertà cognitiva, anche sul fronte della protezione dell'identità e della continuità psicologica, parrebbe trattarsi di un'ingerenza nella sfera privata dell'individuo, con ogni conseguenza in termini di pretese, libertà, e poteri, come già osservato *supra* per le altre classi di “diritti”.

Da ultimo, l'equo accesso al potenziamento cognitivo: lo scenario con cui qui ci si confronta è quello in cui il potenziamento cognitivo produca un'umanità a due velocità: l'una potenziata, perché economicamente e culturalmente abilitata all'accesso alle neurotecnologie; l'altra esclusa<sup>120</sup>. Questo scenario rischierebbe di apparire particolarmente distopico, se non si considerassero le diseguglianze culturali ed economiche che già producono una distribuzione della salute fortemente iniqua nella popolazione mondiale e nel contesto dei singoli Paesi. Emerge in modo sempre più nitido, infatti, un legame marcato fra reddito e salute, chiamato gradiente sociale, presente non solo nei Paesi in via di sviluppo, ma anche in quelli più ricchi<sup>121</sup>. Allora,

---

<sup>118</sup> G. PINO, *L'identità personale*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto*, Milano 2010, 301 ss.

<sup>119</sup> Del resto, si osserva che nella Costituzione «la stessa minima riconoscibilità dell'individuo non è più vista *ex parte principis*, bensì quale base di quella “vita di relazione”» (C. PINELLI, “Diritto di essere se stessi” e “pieno sviluppo della persona umana”, in *Rivista AIC*, 4, 2021, 313).

<sup>120</sup> «There should be established guidelines at both international and national levels regulating the use of mental enhancement neurotechnologies. These guidelines should be based on the principle of justice and guarantee equality of access» (*Neurorights Foundation*). Similmente, P. PERLINGIERI, *Note sul “potenziamento cognitivo”*, in *Privacy e neurodiritti. La persona al tempo delle neuroscienze*, cit., 87.

<sup>121</sup> Cfr. il documento *Closing the Gap in a Generation Health Equity Through Action on the Social Determinants of Health*, Report dell'OMS, 24 novembre 2011.

una simile aspettativa, presente peraltro solo nella proposta della *Neuro-rights Foundation*, sembrerebbe ascrivibile al più ampio *genus* del diritto (sociale) alle cure. La pretesa in questione sarebbe da intendersi come diritto (all'equo accesso) a una prestazione "sanitaria" (erogata o finanziata dall'attore pubblico) e riferita a trattamenti che – qualora non siano rivolti a intervenire su condizioni patologiche, ma a perseguire un miglioramento psico-fisico – sconfinano verso le forme di *enhancement: nihil novum sub sole* o, almeno, poco di nuovo sul fronte propriamente "neurale"<sup>122</sup>.

A considerazioni analoghe si perviene sul fronte della «protection from bias» che richiama la necessità di «countermeasures to combat bias» e «input from user groups to foundationally address bias» nel contesto delle neurotecnologie<sup>123</sup>. Quest'aspettativa può essere riconnessa a un più generale «diritto costituzionale ad una tecnologia "ragionevole"», che impedisca «"zone franche", in cui l'incomprensibilità di certi sistemi di IA renda di fatto non giustiziabili le decisioni prese sulla base di questi sistemi»<sup>124</sup>. Di quest'esigenza si rinvencono tracce nei settori più disparati: si pensi alla *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*<sup>125</sup>, i cui principi e «di qualità e sicurezza» e «di trasparenza, imparzialità ed equità» degli "algoritmi"<sup>126</sup> si riferiscono allo stesso ambito, senza che siano note sufficienti ragioni a favore di una specificità del rischio nel settore neurotecnologico. Si tratterebbe, allora, non già di un'autonoma classe di diritti, ma di una generica aspettativa verso la qualità della tecnologia, a protezione di interessi variegati (ora in ossequio al principio del *neminem laedere*, ora rivolta al contrasto delle disegualianze sociali, etc.)<sup>127</sup>.

---

<sup>122</sup> Sul transumanesimo, v. la definizione offerta in N. BOSTROM, *Intensive Seminar on Transhumanism*, New Haven 2003. Per una riflessione che lambisca la questione dei neurodiritti, cfr. l'intervento di G. MARRAMAO, *Quale futuro per il Post-umano? L'Umano*, in *Privacy e neurodiritti. La persona al tempo delle neuroscienze*, cit., 55 ss.; nonché P. BENANTI, *Postumano, troppo umano. Neurotecnologie e human enhancement*, Roma 2017, in part. 20 ss.

<sup>123</sup> Sempre dal sito della *Neurorights Foundation*.

<sup>124</sup> A. SIMONCINI, *Il linguaggio dell'intelligenza artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*, in *Rivista AIC*, 2, 2023, 38-39.

<sup>125</sup> Adottata dalla Commissione europea per l'efficienza della Giustizia, nel corso della sua 31° riunione plenaria, Strasburgo, 3-4 dicembre 2018.

<sup>126</sup> I principi nn. 3 e 4 della Carta in questione. Sui diversi settori in cui l'impatto dell'AI registra un rilievo giuridico, v. il quadro descritto in A. LONGO, G. SCORZA, *Intelligenza artificiale. L'impatto sulle nostre vite, diritti e libertà*, Milano 2020.

<sup>127</sup> Su questi profili della regolazione dell'AI v. A. CELOTTO, *Algoritmi e algoretica: quali re-*

Un giudizio di sintesi consente di affermare che tutti i nuovi neurodiritti si riferiscano a due fenomeni distinti e, in parte, connessi: l'estrazione informativa e l'interferenza manipolativa nei confronti della persona. Le esigenze di protezione da entrambe le forme di accesso, "in uscita" e "in entrata"<sup>128</sup>, potrebbero essere agevolmente ricondotte – al costo di superare qualche prudenza metodologica – a un unico *nomen* provvisorio: la *neuro-privacy*.

Da un lato, infatti, è stato osservato che il concetto di *privacy* sia «come un vero e proprio "buco nero" che inghiotte un po' tutti i diritti della persona, configurandosi come una sorta di generale diritto all'autodeterminazione»<sup>129</sup>, rispetto al quale la riservatezza propriamente intesa è solo una delle sue specificazioni, mentre la protezione dei dati si considera come un diritto autonomo e ad essa strumentale. E però è indubbio che la riconduzione di problemi differenti in quest'unica macrocategoria abbia prodotto una riflessione ampia e fertile, e che ciò sia vero *a fortiori* in questa fase iniziale delle ricerche<sup>130</sup>. In tal senso sarebbe utile ai nostri fini servirsi del potenziale di ambiguità e dell'ampiezza semantica del concetto di *privacy*.

Dall'altro lato, dovendo individuare un livello di riferimento per la protezione dell'intimità della persona (tra neuroni, processi neurali, processi cognitivi, mente, psiche, etc.)<sup>131</sup>, potrebbe accogliersi con favore quel generico riferimento (e forse abusivo) al livello neurale, in linea con il *neurohype* che caratterizza molte delle diverse discipline coinvolte. Quest'opzione "neuroessenzialista" consentirebbe di compiere una *reductio ad unum* di ordine metodologico, proprio perché colloca tutte le forme d'ingerenza su un piano laicamente corporeo (e senza il bisogno di evocare tutti i possibili livelli di riferimento).

---

*gole per l'intelligenza artificiale?*, in *Consulta OnLine, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione*, 1, 2020, 373 ss.

<sup>128</sup> «Questo tipo di doppia proiezione, in entrata e in uscita, è uno dei pericoli in questo momento più rilevanti», secondo O. POLLICINO, *Costituzionalismo, privacy e neurodiritti*, cit., 16.

<sup>129</sup> M. LUCIANI, *Il diritto al rispetto della vita privata: le sfide digitali, una prospettiva di diritto comparato*, Studi del Servizio Ricerca del Parlamento europeo, Bruxelles 2018, 1. Analogamente, v. A. CERRI, *Riservatezza (Diritto alla), Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma 1991. Ma un giudizio simile è già in un contributo di W.L. PROSSER, *Privacy*, in *California Law Review*, 3, 1960, 422. Sulla genesi e la vicenda evolutiva del concetto v., per tutti e diffusamente, A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma 1974.

<sup>130</sup> *Ivi*, 423.

<sup>131</sup> Donde ne verrebbero una «brain privacy»; una «privacy of mind» o «mental privacy»; una «neural privacy»; una «psychoprivacy»; una «cognitive privacy»; etc.

Quanto al fondamento della *neuroprivacy*, sia in relazione alle carte dei diritti sovranazionali che alla Carta costituzionale, non emerge l'esigenza di affermare diritti radicalmente nuovi, ma al più il bisogno di vagliare le garanzie di uno spazio la cui inviolabilità è già riconosciuta, mentre l'effettività delle tutele potrebbe – ma non dovrebbe – cedere di fronte alla pervasività delle tecnologie<sup>132</sup>.

### 5. La prospettiva della *neuroprivacy*

La questione dei neurodiritti appare tanto specifica quanto generale: essa si presenta, da un lato, come declinazione *sui generis* del problema sempre aperto dei “nuovi” diritti costituzionali<sup>133</sup>, se non anche dei “nuovi” diritti della personalità che ne sarebbero il *pendant* civilistico<sup>134</sup>; dall'altro lato, come un problema più ampio, che convoca il tema del rapporto tra diritto e scienza, della regolamentazione dell'ambiente digitale, della teoria (generale) del diritto, etc.

Quanto all'ipotesi di affermare o riconoscere nuovi “neurodiritti”, si è tentato di ricomprendere le aspettative definite dalle proposte sul tema nel più ampio quadro della «deduzione lineare o trasversale di diritti impliciti» a quelli costituzionalmente nominati o enucleati dalla giurisprudenza costituzionale<sup>135</sup>. La nostra constatazione di un'inesistenza di diritti radicalmente nuovi o di un'inadeguatezza del quadro teorico, però, non risponde alla finalità di contrastare le proposte enunciate nel campo bioetico e neuroscientifico (di cui si condividono in massima parte gli intenti), quanto piuttosto a un'esigenza di parsimonia nella moltiplicazione dei diritti e al

---

<sup>132</sup> Sul punto P. BENANTI, *La dignità della persona al centro dello sviluppo gentile*, in *Privacy e neurodiritti La persona al tempo delle neuroscienze*, cit., 30; M.C. ERRIGO, *Neuroscienze, tecnologia e diritti: problemi nuovi e ipotesi di tutela*, in *Dirittifondamentali.it*, 3, 2020, 244.

<sup>133</sup> Per l'enunciazione del problema e la sua trattazione, su tutti, F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, 1 ss.

<sup>134</sup> Un quadro sintetico sull'evoluzione e sui riferimenti positivi è offerto in G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino 2014, 73 ss. Basti il richiamo ad alcune voci enciclopediche che ne attestano l'affermazione diacronica: P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma 1991; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano 1983, 355 ss. Una prospettiva di critica dogmatica è in G. PINO, *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2003, 237 ss.

<sup>135</sup> F. MODUGNO, *Op. ult. cit.*, 107.

proposito d'inquadrare gli eventuali nuovi neurodiritti in una cornice teorico-giuridica che può già ricomprenderli.

Peraltro, è del tutto evidente che le novità tecnologiche giustificerebbero una revisione radicale delle categorie concettuali e così anche della dogmatica giuridica<sup>136</sup>; per contro, è improbabile che una simile revisione possa fondarsi, quanto al fronte teorico, sul mero accrescimento sconfinato del catalogo dei valori<sup>137</sup> e, quanto al fronte politico-giuridico, sul motore sociale e democratico che ha sempre caratterizzato l'affermazione dei nuovi diritti – al momento, del tutto distante da questo tema<sup>138</sup>. In altri termini, l'ipotesi dei nuovi neurodiritti difetterebbe (ancora) di una nuova teoria compiuta e di una nuova prassi della loro affermazione, anche se non possono escludersi sviluppi futuri. Ciò nonostante, l'esigenza di presidiare la sfera intima e inviolabile della persona nei confronti di nuove tecnologie pervasive può essere pienamente condivisa, così come appaiono giustificati i dubbi sull'effettività delle garanzie presenti: allora, anche «questa tesi teorica, evidentemente, è descrittiva del “dover essere” del diritto vigente, nel quale è ben possibile che manchi la predisposizione degli obblighi e dei divieti corrispondenti ai diritti stipulati; sicché, in tal caso, quel “dover essere” equivale all'obbligo di introdurli»<sup>139</sup>. È possibile, infatti, che alla moltiplicazione dei diritti vada preferita una strategia regolatoria più definita, limitata a interventi necessari a fronte di rischi attuali e concreti, sviluppando la – ovvero dando svolgimento alla – tutela dei diritti già riconosciuti.

Resta incerto, però, se anche l'emersione di nuove garanzie e di nuove tutele dei “vecchi diritti” possa legittimarsi soltanto «alla luce del “metaprinzipio” della massimizzazione della tutela»<sup>140</sup> o se la loro affermazio-

---

<sup>136</sup> Le tecnologie nel loro potenziale implicherebbero, nella prospettiva di H. Jonas, l'emergere di un nuovo “problema metafisico” [p. e. in H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità* (1985), trad. it. di P. Becchi, Torino 1997, 33 ss.].

<sup>137</sup> Perché all'aumento delle tutele corrisponde l'aumento dei conflitti tra diritti. Per esempio, la libertà personale potrebbe essere estesa in caso di estensione della *privacy*, ma «da un lato un'estensione della *privacy* potrebbe avvenire solo attraverso l'introduzione di nuovi obblighi, dall'altro lato avrebbe l'effetto di incidere negativamente sullo spazio di altri diritti» (A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in *Teoria politica*, 2, 2000, 10).

<sup>138</sup> Si contesta cioè che «certe organizzazioni d'interessi [...] preferiscono usare il diritto davanti agli organi giudiziari, piuttosto che battersi per produrlo attraverso i metodi della democrazia rappresentativa» (*ivi*, 83). Sui rischi della depoliticizzazione della tutela dei diritti, v. G. ROMEO, *What's Wrong with Depoliticization?*, in *European Law Open*, 1, 2022, in part. 11 ss.

<sup>139</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1, 2ª ed., Bari 2012, 35.

<sup>140</sup> A. RUGGERI, *Teoria delle fonti versus teoria dei diritti fondamentali? (Oscillazioni e aporie di una ricostruzione ordinamentale internamente sfilacciata)*, in *Consulta OnLine*, III, 2022, 1265.

ne debba seguire l'*iter* ordinariamente elaborato dai modelli di democrazia rappresentativa.

Questa considerazione ci colloca sul fronte più generale, quello del rapporto tra due modelli epistemologici, del diritto e della scienza, con punti di caduta sulla regolamentazione dei settori ad alta densità tecnologica. Qui si confrontano approcci più "apocalittici" e più "integrati"<sup>141</sup>: da un lato, affermando che «la tecnica si spinge dove neppure il più pervasivo dei poteri statuali è potuto giungere»<sup>142</sup> e che ciò, di conseguenza, trasfigura il diritto; dall'altro, minimizzando le potenzialità delle nuove tecnologie, anche in considerazione della forte discrasia tra le «magnifiche sorti e progressive» preannunciate e una realtà che stenta a offrire segnali evidenti di questo potere manipolativo. Anzi, la prospettazione di un rischio sconfinato e inattuale delle tecnologie potrebbe essere la migliore forma di pubblicità, forse inconsapevole, per un complesso di tecnologie che dimostra – allo stato – un'efficacia ancora marginale, e così anche dei rischi piuttosto modesti.

In ogni caso, per quanto sia generalmente condivisa l'obiezione della fallacia naturalistica, secondo cui dall'essere non derivi il dover essere, non v'è dubbio che le nuove tecnologie e le nuove acquisizioni scientifiche stiano pervadendo da tempo il discorso giuridico: «Il diritto è il campo dei miracoli dove qualsiasi trasformazione può compiersi, o almeno può essere tentata»<sup>143</sup>. Ma la convergenza tra diritto e tecnica – un fenomeno sul quale talora si pone un'enfasi forse eccessiva – non sarebbe solo un «abbaglio dei commentatori»<sup>144</sup>, perché i modelli regolatori dei settori tecnologici affidano agli operatori coinvolti il compito di definire le regole di cui sono

<sup>141</sup> Riprende da ultimo la coppia di U. ECO (*Apocalittici e integrati: comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*, Milano 1964) T.E. FROSINI, *Apocalittici o integrati. La dimensione costituzionale della società digitale*, Modena 2021, 1 ss. I due approcci possono caratterizzare anche un passaggio evolutivo della cultura tra fasi storiche distinte, se non anche il percorso intellettuale degli autori: cfr. i due volumi di M. BARBERIS, *Come Internet sta uccidendo la democrazia. Populismo digitale*, Milano 2020 (più "apocalittico"), e ID., *Ecologia della rete. Come usare internet e vivere felici*, Sesto San Giovanni 2021 (più "integrato").

<sup>142</sup> P. STANZIONE, *Relazione introduttiva*, in *Privacy e neurodiritti. La persona al tempo delle neuroscienze*, cit., 10. Potrebbe richiamarsi la lettura più radicale delle caratteristiche e delle potenzialità del nuovo "capitalismo della sorveglianza" (S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri* (2019), trad. it. di P. Bassotti, Roma 2019, in part. 511 ss.).

<sup>143</sup> Proprio con riferimento al «divieto di violare la "grande divisione" tra fatti e valori e incorrere nella "fallacia naturalistica"», R. BIN, *La normatività del fattuale*, Modena 2021, 7.

<sup>144</sup> *Ivi*, 59.

destinatari: in relazione all'ambito sanitario e alla ricerca scientifica, per via degli *standard* e delle linee guida; nell'ambito della protezione dei dati, attraverso l'autoregolamentazione e l'approccio *by design*; nell'ambito penale e processuale penale, dove si fa strada la tesi che le prova scientifica sia legittimamente ammissibile in quanto scientificamente supportata. Si potrà poi osservare che questi fenomeni non corrispondano a una vera e propria "normatività del fattuale", ma che siano singolari attribuzioni di un potere normativo diffuso a soggetti diversi da quelli istituzionalmente deputati e che questo nuovo modello di diritto consuetudinario sia pur sempre fondato su una base convenzionale<sup>145</sup>. Tali attribuzioni sarebbero singolari, proprio perché il potere normativo e il bilanciamento tra diritti e interessi sono demandati in primo luogo al legislatore e, quindi, agli altri attori istituzionali (nel caso del meta-bilanciamento della Corte costituzionale, delle operazioni di bilanciamento del giudice comune, dell'attività paranormativa delle autorità amministrative indipendenti, del potere regolamentare, etc.): del resto, l'art. 41 Cost., nel riconoscere la libertà dell'iniziativa economica, ribadisce il ruolo della sola legge nel controllo, nell'indirizzo e nel coordinamento della stessa ai fini sociali e ambientali. Ma la prassi e la regolamentazione dei settori tecnologici sovvertono questo schema<sup>146</sup>, coinvolgendo i destinatari delle norme nel bilanciamento tra diritti e interessi, nell'affermazione di nuove tutele e nel perseguimento dell'effettività dei diritti, secondo un'intensità implacabilmente diversa in ragione del rilievo che i destinatari assumono nella società e nel mercato<sup>147</sup>. E, pur dubitando che il coinvolgimento degli *stakeholder* tecnologici in questo compito possa davvero ispirarsi a un'etica *human centered*, o alla prospettiva irenica

---

<sup>145</sup> È stato autorevolmente argomentato che la consuetudine è pur sempre un accordo consapevole e deliberato dei consociati, anche se tacito o espresso, poiché il comportamento concorde dei consociati e il combinarsi delle aspettative reciproche è per sempre un accordo, una convenzione (B. CELANO, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Roma 2010, 173 ss.).

<sup>146</sup> Per «una riflessione sull'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche, in particolare, sul sistema delle fonti e sul processo costituzionale», cfr. ampiamente il volume di A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli 2018, *passim*.

<sup>147</sup> Non si tratterebbe solo di una singolare attribuzione normativa: «è la *soft law* in quanto tale, con la sua esistenza eteronoma rispetto ad un quadro di legittimazione democratica, a confliggere con il quadro costituzionali degli ordinamenti democratico-pluralistici» (A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino 2018, 193). Infatti, «[i]n molti casi la neutralità [*i. e.* della norma tecnica] è più apparente che reale in quanto, dietro le norme tecniche, si celano interessi di produttori economici di grandi dimensioni che riescono ad imporre i propri interessi privati sulla decisione politica» (A. MOSCARINI, *Fonti dei privati e globalizzazione*, Roma 2015, 91).



che affida all'ambiente digitale la soluzione dei conflitti umani e del rapporto con l'ambiente<sup>148</sup>, si dovrà constatare che il miglioramento tecnologico sia la via più salda per rispondere ai rischi che la stessa tecnologia pone. Una via che può essere stimolata, indirizzata e talora, quale *extrema ratio*, anche imposta dal diritto.

In questo spazio si colloca la questione dei neurodiritti, che nella nostra indagine sono stati analiticamente scomposti, quanto alla giustificazione, alla struttura e al contenuto; e poi ricomposti nel concetto unitario e polisemico di *neuroprivacy*, facendo leva da un lato sulle note ambiguità semantiche del concetto di *privacy*, dall'altro sulla (ingenua) prospettiva fiscalista di riferire tutti i problemi a livello neurale, ancorché nessuna scienza o tecnologia consenta oggi una simile riduzione. Tuttavia, il concetto di *neuroprivacy* ha il pregio di evitare l'irragionevole moltiplicazione dei diritti e di radicarsi interamente nei diritti fondamentali nominati dalle carte sovranazionali, dalla Costituzione e, persino, sul rango delle fonti primarie<sup>149</sup>. La *neuroprivacy* ricomprende lo spazio inviolabile della persona nei confronti di qualsiasi ingerenza indebita, sia essa un'estrazione informativa o un'interferenza attiva, richiamando il livello neurale in un approccio metodologicamente riduzionista, ancorché non per questo riduttivo: è la dimensione del corpo il punto di partenza e di arrivo dei diritti, delle libertà, dell'autodeterminazione, della dignità. Non sappiamo se la libertà connoti l'arbitrio, ma di sicuro essa si rivolge al corpo.

Infine, quest'approccio lascia aperte le questioni che non possiamo ancora risolvere, rimarcando i rischi di un'interferenza indebita e ammettendo, al contempo, nuovi equilibri con gli altri diritti e interessi coinvolti nella costruzione di un ambiente futuro in cui affermare e proteggere la libertà "cognitiva". Una conoscenza sempre migliore delle determinazioni cau-

---

<sup>148</sup> Quanto alla prospettiva "irenica" potrebbe citarsi ancora la *Carta etica sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi* della Commissione europea per l'efficienza della giustizia, il cui primo principio, appunto il «principio del rispetto dei diritti fondamentali» afferma la necessità di «assicurare l'elaborazione e l'attuazione di strumenti e servizi d'intelligenza artificiale siano compatibili con i diritti fondamentali», senza alcuna considerazione del problema del conflitto dei diritti. L'ipotesi che il mondo digitale possa contrastare la questione climatica, per tutti, è in L. FLORIDI, *Il verde e il blu. Idee ingenuie per migliorare la politica*, Milano 2020, in part. 255 ss.

<sup>149</sup> Possiamo anche assumere, quale definizione dei diritti fondamentali, quella secondo cui tali sono «i diritti di cui tutti sono titolari in quanto persone naturali, o in quanto cittadini oppure, ove si tratti di diritti potestativi, in quanto capaci di agire o in quanto cittadini capaci d'agire» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1, 2ª ed., Bari 2012, 727 e, più in generale, 724 ss.).

salì dei processi psichici, oltre ad aprire le porte della nostra dimensione più intima, è l'unica base possibile per indagare il senso, le condizioni e i limiti dell'autonomia della mente<sup>150</sup>.

Una prospettiva né apocalittica, né cautamente integrata: in fondo, se è vero che alcune tecnologie possono renderci schiavi, è certo che la scienza ci rende più liberi.

---

<sup>150</sup> Cfr. sul punto le condivisibili osservazioni conclusive di P. SOMMAGGIO, *Neurociviltà o libertà cognitiva?*, in S. FUSELLI (a cura di), *Neurodiritto. Prospettive epistemologiche, antropologiche e giuridiche*, Milano 2016, 150 ss.



Raffaele Torino

## *Social Platform e tutela dei diritti degli utenti*

### *Social Platforms and protection of user rights*

#### **Abstract**

*Il saggio esamina i connotati attuali del predominio giuridico delle Social Platform sugli utenti e si propone di verificare se l'intensa produzione regolatoria dell'Unione europea – politicamente espressa di recente nella Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale (ma composta da un insieme normativo che si è andato accumulando negli ultimi anni, preceduto e sostenuto da una non meno importante attività giurisdizionale della Corte di Giustizia dell'Unione europea) e per come attuata nel sistema giuridico italiano – abbia o comunque sia in grado di affievolire in futuro tale predominio giuridico, riequilibrando le posizioni giuridiche fra le Social Platform e le loro controparti deboli, ossia gli utenti delle medesime.*

*The essay examines the current characteristics of the legal dominance of Social Platforms over users and aims to verify whether the intense regulatory production of the European Union – politically expressed recently in the European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade (composed of a regulatory framework that has been accumulating in recent years, preceded and supported by no less important jurisdictional activity of the Court of Justice of the European Union) and as implemented in the Italian legal system – has the potential to weaken or, in any case, mitigate such legal dominance in the future, rebalancing the legal positions between Social Platforms and their weaker counterparts, namely the users of the same.*

SOMMARIO: 1. La Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale e le Social Platform nel contesto normativo europeo. – 2. Il potere di fatto delle Social Platform e il predominio giuridico sui loro utenti. – 3. Forme e modalità della tutela degli utenti rispetto al predominio contrattuale delle Social Platform. – 3.1. Clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette. Gli utenti delle Social Platform quali consumatori. – 3.2. Standard della Community e libertà di manifestazione del pensiero dell'utente. – 3.3. Dalla (limitata) responsabilità alla responsabilizzazione del-

le Social Platform per i rischi presenti nell'ambiente digitale. – 4. Le Social Platform fra autorità private e proceduralismo digitale.

### 1. *La Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale e le Social Platform nel contesto normativo europeo*

Il 15 dicembre 2022 la Presidente del Parlamento europeo (Roberta Metsola), il Presidente del Consiglio (Petr Fiala) e la Presidente della Commissione europea (Ursula von der Leyen) hanno firmato la 'Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale' (2023/C 23/01)<sup>1</sup>, proposta dalla Commissione europea nel gennaio 2022 ed enfaticamente definita il 'DNA digitale' dell'Unione europea.

Articolata in sei capitoli, la Dichiarazione affronta numerosi ed assai importanti profili connessi alla trasformazione digitale che stanno vivendo i cittadini e le imprese europee ed intende rappresentare una guida per i responsabili politici e le imprese che si occupano di nuove tecnologie, promuovendo «*un modello europeo per la trasformazione digitale, che metta al centro le persone, sia basato sui valori europei e sui diritti fondamentali dell'UE, riaffermi i diritti umani universali e apporti benefici a tutte le persone, alle imprese e alla società nel suo complesso*».

Rispetto ai numerosi principi a cui le nuove tecnologie digitali sono chiamate ad uniformarsi dalla Dichiarazione, nonché ai diritti delle persone fisiche che sempre con la Dichiarazione le istituzioni europee firmatarie si impegnano a garantire, promuovere e sviluppare, un ruolo centrale viene correttamente attribuito alle c.d. 'piattaforme', che sono destinatarie di specifica attenzione.

In particolare, nel Capitolo III (Libertà di scelta), con riferimento a un ambiente digitale equo, la Dichiarazione stabilisce un impegno a «*garantire un ambiente digitale sicuro e protetto, basato sulla concorrenza leale, in cui siano tutelati i diritti fondamentali, siano garantiti i diritti degli utenti e la protezione dei consumatori nel mercato unico digitale e siano ben definite le responsabilità delle piattaforme, in particolare dei grandi operatori e dei ga-*

---

<sup>1</sup> GUUE C 23/1 del 23 gennaio 2023. In argomento v. P. DE PASQUALE, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell'Unione europea?*, in *Dir. Un. europea – Osservatorio europeo*, 17 marzo 2022, 1.

*tekeeper»* (punto 11, a) e, nel Capitolo IV (Partecipazione allo spazio pubblico digitale), afferma il principio secondo il quale «[l]e piattaforme online, in particolare le piattaforme online di dimensioni molto grandi, dovrebbero sostenere il libero dibattito democratico online. Visto il ruolo svolto dai loro servizi nel plasmare l'opinione pubblica e il dibattito pubblico, le piattaforme online di dimensioni molto grandi dovrebbero attenuare i rischi derivanti dal funzionamento e dall'uso dei loro servizi, anche in relazione alle campagne di disinformazione e cattiva informazione, e tutelare la libertà di espressione» (punto 15).

I due espliciti richiami della Dichiarazione al ruolo svolto (e alle conseguenti responsabilità) dalle piattaforme online nell'ambiente digitale in cui noi tutti oramai ci muoviamo (circostanza che rende la nostra esperienza di vita quotidiana sempre più ibrida fra luoghi ed attività reali e luoghi ed attività virtuali, tanto da essere stata evocativamente ribattezzata nei termini di una vita *"onlife"*<sup>2</sup>), segna e conferma la fortissima centralità di questi operatori economici nel plasmare l'ambiente digitale, di cui le piattaforme appaiono essere padrone pressoché assolute, tanto da far definire la ibrida società attuale quale 'società delle piattaforme'<sup>3</sup>.

Del resto, anche i più recenti provvedimenti normativi europei si (pre)occupano delle piattaforme, sotto diversi punti di vista, dalla disciplina della prestazione dei servizi da esse offerti e delle loro conseguenti responsabilità a tutela dei diritti e degli interessi degli utenti (il riferimento è qui al *Digital Service Act* o 'DSA'<sup>4</sup>) alla regolazione dei mercati in cui esse operano al fine di assicurarne l'equità e la contendibilità (e qui il riferimento è al *Digital Markets Act* o 'DMA'<sup>5</sup>).

---

<sup>2</sup> Il riferimento è qui, ovviamente, al pensiero di Luciano Floridi, per come, fra l'altro, esposto nel volume L. FLORIDI (ed.), *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*, Cham, 2015.

<sup>3</sup> Sulla 'società delle piattaforme' e le sue numerose implicazioni giuridiche v. P. Stanzione, *Introduzione*, in P. STANZIONE (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino 2022, 1; v. anche J. VAN DIJCK, T. POELL, M. DE WAAL, *The Platform Society: Public Values in a Connective World*, New York 2018.

<sup>4</sup> 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). Sul DSA v., *ex multis*, G. DE GREGORIO, *The Digital Services Act: A Paradigmatic Example of European Digital Constitutionalism*, in *Diritti comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa*, 2021, 17 maggio, G. CAGGIANO, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell'Unione europea*, in *Annali AISDUE*, 2021.

<sup>5</sup> Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre

## 2. *Il potere di fatto delle Social Platform e il predominio giuridico sui loro utenti*

È un dato non suscettibile di smentita la circostanza che le Social Platform o Social Network (ossia quei servizi informatici on line che permettono la realizzazione di reti sociali virtuali, attraverso la possibilità concessa agli utenti di condividere contenuti testuali, immagini, video e audio e di interagire tra loro, quali, ad esempio, Facebook, Twitter, Instagram) siano soggetti dotati di un fortissimo potere di fatto, largamente dominanti il mondo digitale, sia rispetto alle altre imprese interessate a svolgere la propria attività economica in tale contesto (per il loro tramite o in concorrenza con esse), sia rispetto alle moltitudini di utenti persone fisiche che utilizzano le Social Platform e ne rendono possibile l'esistenza.

In particolare, restando al rapporto fra le Social Platform e gli utenti persone fisiche delle medesime<sup>6</sup>, da un lato, come sopra accennato, va riconosciuto che le Social Platform sono oramai giunte a costituire un elemento così importante nella vita quotidiana della stragrande maggioranza delle persone – non solo una occasione ludica, di intrattenimento «*ma anche un luogo, seppure virtuale, di proiezione della propria identità, di intessitura di rapporti personali, di espressione e comunicazione del proprio pensiero*»<sup>7</sup> – che quest'ultime non riescono più a rinunciarvi (ed anche ove fossero disposte a farlo si troverebbero a dover pagare un “prezzo” non trascu-

---

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). Sul DMA v., *ex multis*, C. MASSA, *Ultimi sviluppi del digitale in Europa: il Digital Markets Act tra costituzionalismo europeo e concorrenza*, in *Annali AISDUE*, 29 dicembre 2021, P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, in *Annali AISDUE*, 25 febbraio 2021.

<sup>6</sup>Non intendo in questo lavoro esaminare i profili, pur assai interessanti, connessi al possibile abuso della posizione di mercato delle Social Platform, che a buon titolo rientrano nei c.d. *gatekeeper* e che, proprio per questo motivo, possono rendersi protagonisti di pratiche di *self-preferencing*, condotte di esclusione, prezzi predatori ed altro. Per una analisi e valutazione sotto il profilo del diritto della concorrenza del ruolo e delle attività delle (anche Social) Platform v. V. BACHELET, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione “non dominante” delle piattaforme digitali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1/2023, 39, M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Dir. pubbl.*, 3/2021, 739, R. MORO VISCONTI, *Danno antitrust e piattaforme digitali*, in *Dir. ind.*, 1, 2021, 5, F. VESSIA, *Monopoli digitali e prospettive di regolazione antitrust*, in C. COSTA, A. MIRONE, R. PENNISI, P.M. SANFILIPPO, R. VIGO (a cura di), *Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo*, Torino 2021, 635, G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 3/2016, 425.

<sup>7</sup>Trib. Bologna, r.g. n. 5206/2020, ord. 10 marzo 2021, par. 7.

rabile<sup>8</sup>); dall'altro lato, va preso atto che le Social Platform offrono alle persone i loro servizi secondo un modello di business *take it or leave it*, con predisposizione unilaterale dei termini e delle condizioni di accesso ed utilizzazione della piattaforma, senza alcuna possibilità di negoziazione e modificazione di detti termini e condizioni<sup>9</sup>, nonché con una tendenziale assenza di obbligazioni contrattuali gravanti su di esse<sup>10</sup>.

Per altro verso, in relazione alla fornitura del loro servizio online alle persone, le Social Platform si muovono all'interno di un sistema normativo che stabilisce una loro tendenziale irresponsabilità anche di tipo extracontrattuale rispetto a quello che di illecito (a danno dei propri utenti o di altre persone) accade per il tramite del servizio da esse offerto<sup>11</sup>. Così, per stare alla disciplina europea che qui più interessa (ma finanche peggiore appare essere la situazione in altri ordinamenti, fra cui il centrale ordinamento statunitense, "patria" di tutte le maggiori Social Platform occidentali<sup>12</sup>), è noto che la direttiva 2000/31/CE (c.d. 'Direttiva sul commercio elettronico') aveva istituito un generale principio di irresponsabilità delle Social Platform rispetto ai contenuti veicolati per il loro tramite, salvo che queste, venute a conoscenza di un'attività illecita, non ne informino le autorità competenti ovvero non si attivino per la rimozione del contenuto illecito a seguito di segnalazione da parte delle autorità giudiziarie o amministrative competenti.

---

<sup>8</sup> In tal senso R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *Annali it. Dir. Autore AIDA*, 2011, 95, secondo il quale «il costo di recedere dal contratto può essere alto quando l'utente ha investito tempo ed energie nella messa a punto del proprio profilo e ha un'ampia rete di contatti».

<sup>9</sup> In argomento G. ALPA, *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, in *Contr. Impresa*, 3/2022, 721, E. BATTELLI, *Questioni aperte in materia di contrattazione nelle piattaforme online*, in *Contratti*, 5/2022, 563, C. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jus civile*, 4, 2021, 870.

<sup>10</sup> Sempre R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *Annali it. Dir. Autore AIDA*, 2011, 98, sottolinea che «non si va troppo lontano dal vero dicendo che il social network non si obbliga a nulla e tende anzi ad escludere o limitare fortemente la propria responsabilità».

<sup>11</sup> In argomento v. E. ROSATI, G. SARTOR, *Social networks e responsabilità del provider*, in *European University Institute Law*, 2012, (consultabile online: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/21114>).

<sup>12</sup> Sulla responsabilità delle Social Platform nell'ordinamento statunitense, in cui centrale è la Sec. 230 del Community Decency Act, v. M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in *MediaLaws*, 2/2021, R. PETRUSO, *Le responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a confronto*, Torino 2019, dove ampia bibliografia in argomento.



Infine, non può essere trascurato che la misura del potere esercitato dalle Social Platform verso le persone che ne costituiscono l'imprescindibile materiale umano, si manifesta in tutta la sua ampiezza e forza nel momento in cui la Social Platform decide di escludere – senza possibilità di contrasto (come è emblematicamente accaduto nel caso dell'ex Presidente degli Stati Uniti Donald Trump<sup>13</sup>) – dal servizio offerto la persona che a suo insindacabile giudizio abbia violato gli standard che la stessa Social Platform detta a tutti i propri utenti.

Lo status di predominio, oltre che di fatto, anche giuridico delle Social Platform nei confronti dei propri utenti appare ed è innegabile e si sostanzia nella costrizione degli utenti in un ordinamento para-giuridico autonomo, che riconosce diritti, individua divieti e regola la responsabilità degli utenti<sup>14</sup>, con l'applicazione di un proprio apparato sanzionatorio, più o meno preceduto da forme di confronto con gli utenti.

Mi propongo, pertanto, di esaminare i connotati attuali di tale predominio giuridico e di verificare se l'intensa produzione regolatoria dell'Unione europea – politicamente espressa nella Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale (ma composta da un insieme normativo che si è andato accumulando negli ultimi anni, preceduto e sostenuto da una non meno importante attività giurisdizionale della Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>15</sup>) e per come attuata nel sistema giuridico italiano – abbia o comunque sia in grado di affievolire in futuro tale predominio giuridico, riequilibrando le posizioni giuridiche fra le Social Platform e le loro controparti deboli, ossia gli utenti delle medesime.

---

<sup>13</sup> In argomento v. G. CASSANO, *Il caso Trump, la cacciata dai social media ed il diritto positivo. Brevi note in tema di ostracismo nell'era digitale*, in *Dir. internet*, 2/2021, 215.

<sup>14</sup> V. M.K. LAND, *The Problem of Platform Law: Pluralistic Legal Ordering on Social Media*, 2019, in SSRN: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3454222>.

<sup>15</sup> V. 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*, Torino 2020 49, I. SPEZIALE, *La Dir. 2019/2161/UE tra protezione dei consumatori e promozione della competitività sul mercato unico*, in *Corr. giur.*, 4, 2020, 441, F. FOLTRAN, *Professionisti, consumatori e piattaforme online: la tutela delle parti deboli nei nuovi equilibri negoziali*, in *Medialaws*, 3, 2019, 165.

### *3. Forme e modalità della tutela degli utenti rispetto al predominio contrattuale delle Social Platform*

Come accennato, la posizione di debolezza dell'utente delle Social Platform risulta evidente soprattutto rispetto a tre profili della relazione giuridica che il primo intrattiene con le seconde: a) l'eventuale imposizione di c.d. clausole vessatorie e la sottoposizione dell'utente a pratiche commerciali scorrette; b) la protezione della libertà di manifestazione del pensiero dell'utente; c) la protezione dell'utente da eventuali illeciti che possano essere compiuti ai suoi danni avvalendosi delle Social Platform.

#### *3.1. Clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette. Gli utenti delle Social Platform quali consumatori*

La giurisprudenza europea ed italiana, nonché l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato italiana (di seguito 'AGCM'), correttamente e senza dubbi di sorta ritengono che gli utenti ordinari delle Social Platform siano consumatori<sup>16</sup>, con la conseguente applicazione della relativa disciplina (essenzialmente di origine europea e, dunque, molto uniforme fra gli Stati membri dell'UE) a protezione dei loro diritti ed interessi. Ciò concede agli utenti delle Social Platform la possibilità di contrastare giuridicamente – con gli strumenti propri della protezione consumeristica – gli eventuali tentativi delle Social Platform di imporre loro determinate clausole contrattuali o di sottoporli a pratiche commerciali scorrette.

La qualificazione del rapporto Social Platform/utente come un rapporto di tipo consumeristico ha anzitutto comportato che l'utente-consumatore abbia potuto invocare l'applicazione della penetrante protezione offerta dal contrasto alle c.d. 'clausole vessatorie' nella relazione con la Social Platform.

In un recente caso italiano (Tribunale di Varese del luglio 2022), in cui la Social Platform (Facebook) aveva sospeso il servizio prestato all'utente-consumatrice per assunta violazione dei c.d. 'Standards della community',

---

<sup>16</sup> V. Trib. Varese, 2 agosto 2022, Trib. Trieste, ord. 27 novembre 2020, Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2021, Trib. Bologna, ord. 10 marzo 2021, TAR Lazio, sez. 1, 10 gennaio 2020, n. 260, AGCM, provv. 27432 del 29 novembre 2018, Corte di Giustizia, 25 gennaio 2018, caso C-498/16, *Schrems*.

quest'ultima ha cercato di utilizzare la normativa consumeristica – sebbene senza successo – per ottenere una pronuncia giurisdizionale che imponesse alla Social Platform il ripristino del servizio.

In particolare, con riferimento agli Standard della community di Facebook (che stabiliscono in via convenzionale cosa è consentito e cosa è vietato fare su Facebook, al fine di evitare contenuti e comportamenti impropri nel servizio e di tutelare i valori dell'autenticità, della sicurezza, della privacy e della dignità) ed in particolare alla parte di questi Standard relativi alla disinformazione, il tribunale lombardo ha ritenuto che *«le previsioni contrattuali in esame, astrattamente considerate, non possono ritenersi vessatorie [...] potendo essere ricondotte nell'alveo dell'ordinaria regolamentazione contrattuale, volta ad assicurare un'adeguata fruizione del servizio da parte di tutti gli utenti: Facebook presta un servizio dietro un corrispettivo e lo presta a determinate condizioni; nel contratto sono previsti determinati obblighi di comportamento, che devono essere rispettati dall'utente nella fruizione del servizio, pena la limitazione/sospensione del servizio da parte del professionista. Il potere riconosciuto contrattualmente a Facebook di limitare o sospendere il servizio può, in particolare, essere ricondotto all'interno dell'istituto di cui all'art. 1460 c.c., atteso che la forma di autotutela prevista da tale norma (sospensione in buona fede della propria prestazione a fronte del mancato adempimento della altrui controprestazione) può essere giustificata non solo dall'inadempimento delle obbligazioni principali, ma anche da quello delle c.d. obbligazioni collaterali»*<sup>17</sup>.

Per altro verso, va osservato che i giudici varesini non si sono limitati a valutare la pretesa vessatorietà delle previsioni contrattuali utilizzate da Facebook per sospendere il servizio sotto un profilo di stretto diritto contrattuale e di anodina applicazione dell'autonomia contrattuale, ma, con piena applicazione della *Drittwirkung*<sup>18</sup>, hanno vagliato la condotta della Social Platform alla luce del diritto costituzionale. Nello specifico la corte lombarda ha proceduto ad un'operazione di bilanciamento fra il necessario rispetto del diritto alla libera manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 e il diritto alla salute di cui all'art. 32 della Costituzione italiana<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Trib. Varese, 27 luglio 2022, p. 15.

<sup>18</sup> Rispetto a quanto di interesse nel presente lavoro v., *ex multis*, G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino 1970, E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 4/2015, 878.

<sup>19</sup> Nel caso di specie il servizio era stato sospeso da Facebook poiché – oltre ad aver pubblicato altri analoghi post contrari agli Standard della community – l'utente-consumatore aveva pubblica-

Tuttavia, anche in esito all'operazione di bilanciamento il Tribunale di Varese ha ritenuto *«che debba escludersi la vessatorietà delle clausole contrattuali in esame, contenendo gli Standard della Community limitazioni della libertà di espressione astrattamente non comportanti una lesione del diritto costituzionale di cui all'art. 21 Cost., essendo tali condizioni poste a tutela di diritti costituzionali parimenti rilevanti, tutelati anche dalla legge. [...] Con specifico riguardo poi alla sezione relativa alla disinformazione e, in particolare, a quella dannosa per la salute, deve osservarsi che le regole in essa contenute, essendo finalizzate a limitare la diffusione di notizie false relative al Covid 19, mirano a tutelare la salute pubblica, diritto avente sicura rilevanza costituzionale. In tal senso rileva anche l'art. 10 CEDU [...] secondo il quale la libertà di espressione può essere limitata al fine di tutelare, tra gli altri valori, anche quello alla salute»*<sup>20</sup>.

Dal canto suo, l'AGCM ha avuto modo di colpire, ritenendole vessatorie e dunque nulle, ai sensi degli artt. 33 e 34 del Codice del Consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), alcune clausole che la Social Platform TikTok imponeva ai propri utenti per accedere ai suoi servizi<sup>21</sup>. In particolare, l'AGCM ha ritenuto vessatorie le clausole *a)* che consentivano alla Social Platform di modificare unilateralmente le condizioni dei servizi offerti agli utenti e la disciplina della risoluzione del contratto, attribuendo alla Social Platform medesima facoltà generiche e discrezionali, senza la necessità di specifiche motivazioni, fra cui la sospensione o la chiusura dell'account, *b)* che, in relazione ai contenuti caricati dagli utenti sulla Social Platform, imponevano agli utenti-consumatori rinunce eccessivamente ampie, che si estendevano anche a diritti personali e morali d'autore, nonché di garantire l'assenza di pretese economiche di terzi su tali contenuti, *c)* che limitavano fortemente le responsabilità della Social Platform in relazione all'esecuzione ed adempimento del contratto, con limiti risarcitori del tutto inadeguati rispetto al valore economico dei dati personali e dei contenuti forniti dall'utente.

---

to un post che affermavano che i vaccini anti-Covid 19 avrebbero causato mutamenti genetici con danni irreversibili, che lo 0,8% dei vaccinati sarebbe morto entro due settimane e che l'aspettativa di vita media dei sopravvissuti sarebbe stata al massimo di due anni. La tesi difensiva di Facebook si basava, infatti, sulla previsione – nella sottosezione degli Standard della Community relativa alla disinformazione – che Facebook avrebbe rimosso *«i casi di disinformazione durante le emergenze sanitarie pubbliche quando le autorità sanitarie concludono che le informazioni sono false e in grado di alimentare il rischio imminente di violenza fisica, anche contribuendo al rischio che le persone contraggano o diffondano una malattia pericolosa o rifiutino il vaccino associato»*.

<sup>20</sup> Trib. Varese, 27 luglio 2022, p. 19.

<sup>21</sup> Delibera del 18 gennaio 2022, provvedimento di chiusura del procedimento CV224.

Al riguardo, merita di essere segnalato che, a fronte dell'intervento dell'AGCM, la Social Platform ha modificato le predette clausole contrattuali, accettando di riformularle al fine di privarle dei contenuti vessatori.

Passando all'altro profilo di protezione consumeristica, la qualificazione dell'utente delle Social Platform quale consumatore consente a quest'ultimo di beneficiare anche dell'ampia disciplina di contrasto alle pratiche commerciali scorrette, di cui agli artt. 20 e ss. del Codice del Consumo.

In un celebre caso che ha sempre riguardato Facebook il Consiglio di Stato ha infatti significativamente sanzionato la Social Platform per aver posto in essere una pratica commerciale ingannevole ai danni dei propri utenti. In particolare, i giudici amministrativi hanno confermato che ha rappresentato una pratica commerciale ingannevole l'aver fornito all'utente-consumatore (al suo primo contatto con la Social Platform, momento in cui già vengono raccolti alcuni dati personali dell'utente-consumatore) informazioni generiche e non puntuali circa l'effettivo utilizzo dei dati personali messi a disposizione da quest'ultimo (dati personali utilizzati per finalità commerciali), vieppiù omettendo informazioni rilevanti per il consumatore al fine di assumere una decisione consapevole di natura commerciale. La scorrettezza della pratica commerciale era vieppiù aggravata dalla circostanza che Facebook esaltava la gratuità dell'iscrizione<sup>22</sup>, nonché la capacità della Social Platform di creare relazioni sociali, sottolineando gli svantaggi per l'utente-consumatore di escludere dal trattamento alcuni dati personali.

### 3.2. *Standard della Community e libertà di manifestazione del pensiero dell'utente*

Come accennato, l'incredibile successo e la oramai acquisita centralità delle Social Platform nella vita quotidiana di ciascuno di noi e nelle relazioni fra gli individui (siano queste dirette a finalità economiche, culturali, di svago e intrattenimento, familiari, lavorative, di informazione, affettivo-sentimentali, sessuali, politiche o latamente sociali) rendono le medesime un luogo fisico-virtuale che riteniamo imprescindibile per "esistere" e manifestare il nostro pensiero e le nostre idee, pubblicando contenuti di testo, immagini e/o suoni.

---

<sup>22</sup> Facebook all'epoca proponeva la seguente dicitura sul suo sito «*Iscriviti. È gratis e lo sarà per sempre*».

Tale circostanza ha condotto pressoché ovunque, Italia inclusa, ad una serie di controversie fra le Social Platform e i loro utenti nel momento in cui le Social Platform hanno iniziato a ricercare (più o meno attivamente) ed eliminare alcuni dei contenuti pubblicati dagli utenti sulla Social Platform, per contrastare e reprimere attività caratterizzate da sicuri profili di illiceità – quali, ad esempio, la commissione di reati – ovvero per assicurare che tali contenuti siano comunque rispondenti agli Standard della Community che le stesse Social Platform autonomamente stabiliscono e che rappresentano i principi e i valori in cui (su richiesta della Social Platform, che consente l'accesso ai suoi servizi solo previa accettazione da parte dell'utente di detti standard) si dovrebbe riconoscere (e conseguentemente comportarsi) l'intera comunità degli utenti che alla Social Platform accedono. In difetto del rispetto degli Standard della Community le Social Platform hanno in diverse occasioni rimosso i contenuti pubblicati che a suo avviso non rispettavano gli Standard della Community e finanche escluso (in via temporanea o definitiva) l'utente che li aveva pubblicati dall'accesso alla Social Platform medesima e ai suoi servizi.

Le controversie fra Social Platform e utenti nascono, dunque, da una diversa valutazione, da parte della Social Platform e dell'utente, di ciò che l'utente medesimo ha pubblicato sulla piattaforma e che quest'ultima pretende sia rispettoso degli Standard della Community, con una limitazione di fatto da parte delle Social Platform della libertà di manifestazione del pensiero degli utenti<sup>23</sup>.

A tal riguardo, va osservato che gli Standard della Community (come detto, stabiliti in via autonoma dalla stessa Social Platform e configuranti l'insieme dei valori etici, politici e sociali che la piattaforma ammette e promuove nelle relazioni fra tutti i suoi utenti) hanno un ambito di applicazione che pretende di essere mondiale, extraterritoriale rispetto ai singoli sistemi giuridici in cui ancora oggi la Terra è suddivisa. Ciò discende dalla circostanza che il mondo virtuale della piattaforma non ha un territorio fisico e che ad esso (ove ciò sia consentito) si può accedere da diversi luoghi

---

<sup>23</sup> Al tema della libera manifestazione del pensiero online e dei suoi limiti, in specie per come individuati dalle piattaforme, è ormai dedicata una pressoché sterminata bibliografia, fra cui, *ex multis*, v. V. ZENO-ZENCOVICH, *The EU regulation of speech. A critical view*, in *Media-Laws*, 1/2023, 11, G.E. VIGEVANI, *Piattaforme digitali private, potere pubblico e libertà di espressione*, in *Riv. dir. cost.*, 61, 1, 2023, 41, O. POLLICINO, *Libertà di espressione, piattaforme digitali e cortocircuiti di natura costituzionale*, in *Privacy&*, 1/2021, 7, M. BETZU, *Libertà di espressione e poteri privati nel cyberspazio*, in *Dir. cost.*, 1/2020, 117, M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, Roma 2019, G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Media-Laws*, 1/2018, 4.

della Terra, senza rendere conto a poteri statali di sorta. Le Social Platform hanno, dunque, una innata tensione a creare dei “luoghi” privi di un qualsivoglia diritto statale, in cui la *Grundnorm* è rappresentata dagli Standard della Community, il rispetto di quest’ultima venendo assicurato dalla Social Platform medesima e dalla sua inequivocabile potestà di moderare e rimuovere i contenuti degli utenti<sup>24</sup>, applicando, come sanzione estrema, la sospensione dell’accesso (anche in via definitiva) alla piattaforma. Il più evoluto, studiato ed epigrammatico esempio di tale situazione è senza dubbio rappresentato dal *Facebook Oversight Board* (<https://www.oversightboard.com>), le cui decisioni sono ritenuti vincolanti da Facebook e Instagram<sup>25</sup>. Rispetto a tale fenomeno, alta si è levata la preoccupazione degli studiosi di diritto costituzionale e pubblico che hanno attirato l’attenzione sui rischi connessi alla possibile evaporazione dei diritti costituzionali statali e del superamento dei delicati bilanciamenti consegnati alle Costituzioni democratiche figlie del costituzionalismo<sup>26</sup>, alla privatizzazione della giustizia digitale su scala globale<sup>27</sup>, a tale ulteriore possibile manifestazione della crisi della sovranità statale e di erosione del monopolio statale sulla giurisdizione<sup>28</sup>, finanche definendola «*a staging, pretending to be a judge although lacking all of the basic features a justice owns*»<sup>29</sup>.

Per altro verso, non può non essere osservato che tale volontà della Social Platform di essere essa stessa legislatore e giudice degli Standard della

<sup>24</sup> V. K. KLONICK, *The New Governors: the People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harvard Law Review*, 131, 2018, 1625, B. SANDER, *Freedom of Expression in the Age of Online Platforms: The Promise and Pitfalls of a Human Rights-Based Approach to Content Moderation*, in *Fordham Int’l Law Journal*, 43, 2020, 946.

<sup>25</sup> In argomento v. S. SANTORIELLO, *Il Meta-diritto dell’oversight board*, in *Rivista di Digital Politics*, 1-2/2022, 285, G. CERRINA FERRONI, *L’Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche*, in [www.garantepiracy.it](http://www.garantepiracy.it), 16 febbraio 2021, A. BURATTI, *Framing the Facebook Oversight Board: Rough Justice in the Wild Web*, in *Medialaws*, 2/2022, 25 luglio 2022, F. RESTA, *I poteri privati e gli àrbitri dei diritti*, in *Medialaws*, 1 dicembre 2020.

<sup>26</sup> M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”*, 2/2021, 176.

<sup>27</sup> O. POLLICINO, *L’ “autunno caldo” della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it*, 19/2019, 11.

<sup>28</sup> A. IANNOTTI DELLA VALLE, *La giurisdizione privata nel mondo digitale al tempo della crisi della sovranità: il “modello” dell’Oversight Board di Facebook*, in *Federalismi.it*, 26/2021, 143.

<sup>29</sup> A. BURATTI, *Framing the Facebook Oversight Board: Rough Justice in the Wild Web*, in *Medialaws*, 2/2022, 15.

Community e, in senso più ampio, delle attività umane (o meno) che si svolgono sulla e per il tramite della Social Platform, in alcuni casi si scontra con la persistente volontà degli utenti di contestare le scelte della Social Platform rivolgendosi alle autorità giurisdizionali statali, solitamente dello Stato dove l'utente risiede (magari essendone anche cittadino) e che l'utente sente istintivamente come istituzione in grado di assicurargli giustizia nella contrapposizione con la Social Platform. Ecco allora che la condotta della Social Platform nell'applicazione degli extraterritoriali Standard della Community viene ad essere valutata (insieme ai suoi standard) sulla scorta del diritto di uno Stato nazionale e/o del diritto pattizio internazionale a cui detto Stato aderisce. In questi casi, rispetto a una pretesa transnazionalità degli Standard della Community prevale l'ancora esistente territorialità dei singoli sistemi giuridici nazionali.

Anche per quanto concerne l'ordinamento giuridico italiano, le controversie circa l'applicazione degli Standard della Community giunte di fronte agli organi giurisdizionali statali hanno riguardato ipotesi in cui gli utenti si son visti rimuovere contenuti inseriti sulla piattaforma o sospendere (in via temporanea o definitiva) il loro accesso e partecipazione alla Social Platform perché l'assunto era che quest'ultima fosse stata utilizzata per diffondere contenuti non rispondenti agli Standard della Community, in particolare contenuti diretti ad incitare all'odio e alla violenza, contenuti discriminatori, contenuti razzisti o xenofobi.

Nel caso che fra la fine del 2019 e la primavera del 2020 ha visto contrapposti Facebook e l'Associazione di promozione sociale Casapound Italia e il suo dirigente nazionale, il Tribunale di Roma ha assicurato una tutela assai efficace dei diritti dell'Associazione a non essere estromessa dall'uso della piattaforma. In sede cautelare, il giudice monocratico ha ritenuto, da una parte, che l'esclusione dalla piattaforma del ricorrente Casapound Italia si sarebbe posta in contrasto con il pluralismo dei partiti politici, assicurato dall'art. 49 della Costituzione italiana e rappresentante uno dei principi cardine essenziali dell'ordinamento italiano; dall'altra parte, non è stato ritenuto che Casapound Italia avesse promosso tramite la piattaforma contenuti di incitazione all'odio e alla violenza, non potendosi all'associazione automaticamente attribuirsi – come se fosse una ipotesi di responsabilità oggettiva o «*da posizione*» – eventi o comportamenti (anche) penalmente illeciti da parte di aderenti all'associazione<sup>30</sup>. In sede di reclamo della precedente ordinanza monocratica, pur abbandonando la tesi della ne-

---

<sup>30</sup>Trib. Roma, ord. r.g. n. 59264/2019, 11-12 dicembre 2019.



cessità di tutelare il pluralismo dei partiti politici, il tribunale capitolino ha affermato che il rapporto contrattuale tra Facebook e l'Associazione andasse qualificato come un ordinario contratto di diritto civile (in particolare, come contratto per adesione), sottolineando tuttavia che ciò non implicasse «che la sua disciplina sia rimessa senza limiti alla contrattazione fra le parti ed al rapporto di forza fra le stesse né che l'esercizio dei poteri contrattuali sia insindacabile»<sup>31</sup> e che «si deve ritenere preclusa all'autonomia privata la limitazione a carico di uno dei contraenti dell'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, attuata ricollegando al loro esercizio conseguenze negative sul piano contrattuale, tanto più in assenza di una giustificazione oggettiva nella funzione riconosciuta al contratto»<sup>32</sup>. Sicché, nel ribadire che le regole del servizio offerto da Facebook non sono sottratte a qualsiasi controllo, la corte romana ha affermato che «la disciplina contrattuale non può lecitamente assumere quale causa di risoluzione del rapporto manifestazioni del pensiero protette dall'art. 21 né consentire l'esclusione di associazioni tutelate dall'art. 18»<sup>33</sup>. In conclusione, seppure i giudici si siano dichiarati astrattamente aperti ad attribuire rilievo – quale causa giustificativa del recesso – alle qualità dell'utente della Social Platform<sup>34</sup>, la valutazione, da una parte, della genericità e dell'assenza di elementi di riscontro specifici e sistematicamente rilevanti dei pretesi atti di violenza ascritti agli aderenti all'Associazione e, dall'altra parte, del difetto di elementi che consentissero di concludere che l'Associazione fosse illecita per il diritto italiano, hanno fatto sì che l'ordinanza cautelare sia stata confermata in sede di reclamo.

Nel caso sempre del 2020 riguardante la rimozione dei profili Facebook di alcune persone amministratori di pagine della Social Platform riconducibili all'organizzazione 'Forza Nuova', sempre il Tribunale di Roma ha anzitutto sottolineato che «tra i limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, nel bilanciamento con altri diritti fondamentali della persona, assume

---

<sup>31</sup> Trib. Roma, r.g. n. 80961/19, ord. 29 aprile 2020, par. 8.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> *Ivi*, par. 10.

<sup>34</sup> Così si esprime il tribunale romano: «Le regole contrattuali effettivamente consentono di dare rilevanza, quale causa giustificativa del recesso del gestore, ad una qualità intrinseca dell'associazione che in quanto tale non deve necessariamente essersi manifestata nell'utilizzo del servizio Facebook. Il collegio ritiene che siano pienamente conformi ai limiti di carattere generale sopra richiamati purché laddove definiscono le associazioni escluse dal servizio e le condotte vietate siano interpretate conformemente alle leggi dello stato che nel rispetto, o in attuazione, dei principi costituzionali o di fonti sovranazionali definiscono i limiti della libertà di associazione e della libertà di manifestazione del pensiero» (Trib. Roma, ord. 29 aprile 2020, par. 13).

*un particolare rilievo il rispetto della dignità umana ed il divieto di ogni discriminazione, a garanzia dei diritti inviolabili spettanti ad ogni persona»<sup>35</sup>. Pertanto, ritenuto che gli esempi presenti sul web di manifestazioni ed iniziative pubbliche riferibili a Forza Nuova erano «sufficienti a delineare l'identità politica del gruppo quale si ricava dalla sua concreta attività politica e valgono a rafforzare la qualifica di organizzazione d'odio la cui propaganda è vietata su Facebook in base alle condizioni contrattuali ed a tutta la normativa citata»<sup>36</sup>, il giudice monocratico del procedimento cautelare ha in questo caso ritenuto legittima la risoluzione del contratto da parte di Facebook e l'interruzione della prestazione del servizio, vieppiù specificando che i contenuti pubblicati tramite la Social Platform «non solo violano le condizioni contrattuali, ma sono illeciti in base a tutto il complesso sistema normativo di cui si è detto all'inizio, con la vasta giurisprudenza nazionale e sovranazionale citata»<sup>37</sup>; di conseguenza, «Facebook non solo poteva risolvere il contratto grazie alle clausole contrattuali accettate al momento della sua conclusione, ma aveva il dovere legale di rimuovere i contenuti, una volta venutone a conoscenza, rischiando altrimenti di incorrere in responsabilità (si veda la sentenza della CGUE sopra citata e la direttiva CE in materia), dovere imposto anche dal codice di condotta sottoscritto con la Commissione europea»<sup>38</sup>.*

A fine 2020 il Tribunale di Trieste ha avuto modo di pronunciarsi in un altro caso in cui Facebook ha proceduto ad oscurare la pagina di una associazione (e a disattivare i profili di alcune persone fisiche amministratrici della predetta pagina) che aveva pubblicato contenuti riguardanti il X gruppo squadroni e alla X<sup>a</sup> MAS, notoriamente legati nell'immaginario collettivo al regime fascista. L'oscuramento della pagina e la disattivazione dei profili sono stati motivati da Facebook in quanto essa ha valutato i predetti contenuti quali affermazioni ed immagini a supporto della Repubblica Sociale Italiana e, dunque, in violazione degli Standard della Community, precisando nelle sue difese che detti standard perseguono lo scopo di far sì che il servizio reso da Facebook rimanga un luogo sicuro per i suoi utenti (e, aggiungo io, remunerativo per Facebook).

In tale occasione, in esito a un argomentato ragionamento, il giudice monocratico ha qualificato l'oscuramento della pagina quale fattispecie di

---

<sup>35</sup> Trib. Roma, r.g. n. 64894/2019, ord. 23 febbraio 2020, par. 1.5.

<sup>36</sup> *Ivi*, par. 3.1.

<sup>37</sup> *Ivi*, par. 4.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

legittimo recesso dal rapporto contrattuale, peraltro non esercitato «*in forma tale da integrare un comportamento illecito rilevante ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.*»<sup>39</sup>.

Il giudice triestino – riconoscendo una particolare responsabilità e posizione di garanzia in capo alla Social Platform – ha peraltro sottolineato che «*la stessa astratta esistenza di un comportamento illecito è obiettivamente di difficile configurazione nel contesto contrattuale costruito da FACEBOOK ed in quello normativo. Invero le previsioni contrattuali ampiamente riportate in questa ordinanza che, soprattutto, negli atti di parte e nella documentazione allegata delineano nel loro complesso una trama negoziale – sia pure imposta dal proponente – di tutela anticipata avverso comportamenti dell'aderente, ideata per prevenire abusi particolarmente odiosi ed altamente lesivi dei principi generalmente accettati dalla comunità degli utenti. [...] In un ipotetico giudizio che si intendesse condurre sull'esistenza o meno di buona fede da parte di FACEBOOK nell'avvalersi di siffatto mezzo contrattuale [n.d.r.: il recesso], occorrerebbe comunque tenere in debito conto la posizione di garanzia che in concreto assume FACEBOOK nel gestire le pagine, ed il suo dovere di rimuovere i contenuti illeciti pubblicati da terzi esercitando il suo potere di gestione: si tratta di uno schema di possibile responsabilità da posizione. In caso di inerzia, quindi, vi potrebbe essere responsabilità anche penale da parte del gestore, atteso che l'amministratore di una pagina FACEBOOK memorizza le informazioni dell'utente e può essere equiparato allo host provider di cui all'art. 14 della Dir. 2000/31/CE. Legittima, quindi, una difesa anticipata attraverso un uso immediato del diritto di recesso»<sup>40</sup>.*

In tale contesto argomentativo, il giudice cautelare ha ritenuto che «*i vari episodi rilevati da FACEBOOK, e neanche smentiti dai ricorrenti, si prestano a supportare in modo prima facie non illegittimo Né abusivo la scelta di chiudere definitivamente il profilo da parte del gestore. [...] è comunemente condiviso che l'atto di concedere con il R.D. 17 ottobre 1920, n. 1488 al X° gruppo squadroni o alla Xª MAS – come ad altri – il labaro, aveva ed ha mantenuto una particolare connessione proprio con il regime fascista ed antidemocratico che emise il provvedimento: è di tutta evidenza che si tratta di un simbolo inscindibilmente connesso, per contesto temporale e ideologico, al regime fascista. Non può quindi essere tacciata di abusività la condotta del gestore del servizio di riportare l'ostentazione del labaro ad una delle fattispecie di recesso contrattualmente previste [...]. La reazione concretatasi*

---

<sup>39</sup> Trib. Trieste, r.g. n. 2528/2020, ord. 27 novembre 2020, par. 4.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

*nella chiusura della pagina non si caratterizza come trasmodante o abusiva, e non è quindi sanzionabile in via cautelare»<sup>41</sup>.*

Infine, in una controversia fra Facebook e un altro utente del marzo 2021 (in cui la Social Platform è stata condannata al risarcimento del danno per aver repentinamente cancellato l'account dell'utente, con eliminazione di tutti i suoi dati, per fini di ritorsione), il Tribunale di Bologna ha osservato che *«la resistente non ha dedotto alcuna violazione degli standard contrattuali, non ha allegato affatto la pubblicazione di post offensivi, discriminatori o razzisti, o di notizie false, i quali avrebbero ben potuto motivare, e giustificare senz'altro, la reazione del gestore per violazione degli standard contrattuali, anche con la rimozione dell'account. La prevenzione della diffusione di discorsi d'odio o discriminazioni oppure di notizie false per mezzo di social network, rappresenta, infatti, prima che una regola recepita nel singolo regolamento contrattuale, una reazione del gestore assolutamente conforme ai valori costituzionali che informano il nostro ordinamento»<sup>42</sup>.*

La sopra riportata giurisprudenza appare giustificare, almeno per quanto riguarda l'ordinamento italiano, alcune considerazioni generali.

In primo luogo, i giudici italiani sono inclini a considerare gli Standard della Community come legittima parte integrante del regolamento contrattuale fra Social Platform e utenti, che, indipendentemente dalla sua predisposizione unilaterale ad opera della parte negozialmente più forte, costituiscono punto di riferimento nell'esecuzione della relazione contrattuale, specie nella misura in cui detti standard riproducano (in maniera più o meno generica) valori e principi di diritto generalmente accettati e condivisi nell'ambito di quei sistemi giuridici che, sinteticamente, si riconoscono nella *Western Legal Tradition*.

In secondo luogo, nonostante la presenza di strumenti privati (ossia sviluppati dalle Social Platform medesime, fra cui, *in primis*, l'*Oversight Board* di Facebook) diretti ad assicurare il rispetto degli Standard della Community, l'utente italiano non esita a ricorrere all'autorità giurisdizionale statale, che probabilmente vede ed ancora considera quale giudice naturale delle controversie (anche con le Social Platform) e baluardo dei suoi diritti.

Certo, senza dubbio, il ricorso alla giurisdizione statale ha potenzialmente costi maggiori per l'utente rispetto alla utilizzazione degli strumenti interni alla Social Platform di gestione dei dissidi fra quest'ultima ed i suoi

---

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> Trib. Bologna, r.g. n. 5206/2020, ord. 10 marzo 2021, par. 6.

utenti. Tale circostanza potrebbe portare a un progressivo “scivolamento” della soluzione di tali dissidi (o, quanto meno, di grandissima parte di essi) in un contesto tutto interno alla Social Platform (e, dunque, da essa gestito e controllato a suo tendenziale piacimento). Questo accadrebbe specie ove la Social Platform riuscisse ad “anestetizzare” i propri utenti rispetto al fatto che essa è e resta una loro controparte contrattuale (e, quindi, con interessi tendenzialmente antagonisti rispetto al singolo utente), viceversa valorizzando il proprio ruolo *super partes* nei rapporti fra gli utenti, il cui interesse principale è quello di garantire la “pace sociale” sulla Social Platform medesima (interesse principalmente strumentale ad assicurare che una eventuale “fuga” degli utenti possa compromettere la redditività della piattaforma) e il rispetto degli interessi e dei diritti di tutti i propri utenti, in maniera imparziale. Fino ad assumere il ruolo, come accennato, non solo di legislatore della Community, ma anche di giudice ultimo della Community.

L’abbandono del ricorso alla giustizia statale e la sua sostituzione con una giustizia privata amministrata dalle Social Platform, almeno per stare all’esperienza italiana, non sembra tuttavia sia ancora accaduto. Gli utenti italiani – come sopra visto – non hanno esitato a ricorrere al giudice statale per reclamare il rispetto dei propri diritti da parte della Social Platform, sottoponendo fiduciosamente al giudizio dell’ordinamento da essi primariamente riconosciuto gli Standard della Community e, più ampiamente, la relazione giuridica fra essi e le Social Platform. Non può, dunque, che condividersi – almeno per quanto concerne il potere giurisdizionale – l’affermazione che «[l]a fine dello Stato è, dunque, un’idea profondamente sbagliata»<sup>43</sup>.

### 3.3. Dalla (limitata) responsabilità alla responsabilizzazione delle Social Platform per i rischi presenti nell’ambiente digitale

Uno dei temi che prepotentemente e ripetutamente è venuto in considerazione dal momento in cui le Social Platform hanno assunto un ruolo centrale nelle relazioni interpersonali e gli utenti hanno massicciamente

---

<sup>43</sup> M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”*, 2/2021, 171, il quale, a sua volta, rinvia a P. CIARLO, *Un’idea sbagliata: la fine dello Stato*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana. Atti del XXVI Convegno annuale, Torino, 27-29 ottobre 2011, Napoli 2014*, 377.

utilizzato la possibilità di condividere direttamente contenuti online è risultato essere (ed è tuttora) il tema del ruolo e delle (co)responsabilità delle Social Platform rispetto al compimento da parte degli utenti di atti ed attività illecite (dalla violazione dei diritti di autore al compimento di reati) proprio in ragione della pubblicazione sulle Social Platform di tali contenuti<sup>44</sup>.

Rispetto a tale assai dibattuto tema, va anzitutto rammentata l'evoluzione del contesto normativo in cui la co-responsabilità delle Social Platform è venuta progressivamente affermandosi. In estrema sintesi, tale evoluzione ha visto tre periodi: l'ultimo decennio del XX secolo, caratterizzato dall'assenza di specifiche norme legali in materia; i primi due decenni del XXI secolo, in cui la fonte normativa principale è stata rappresentata dalla Direttiva sul commercio elettronico e dai provvedimenti nazionali di attuazione; il periodo attuale e prossimo futuro, caratterizzato dall'adozione del c.d. 'DSA' (acronimo di *Digital Services Act*<sup>45</sup>), entrato in vigore nel novembre del 2022 ed ancora in fase di implementazione.

Nel primo periodo, caratterizzato dall'assenza di disposizioni normative *ad hoc*, la giurisprudenza nazionale italiana – dopo alcune incertezze iniziali e un atteggiamento assai rigoroso nei confronti delle Social Platform, nei fatti ritenute *content editor* e, dunque, parificate ad editori (con la conseguente attribuzione di una responsabilità per *culpa in vigilando*, di tipo sostanzialmente oggettivo, rispetto ai contenuti pubblicati dagli utenti in relazione ai quali le Social Platform avrebbero dovuto svolgere un controllo preventivo) – è giunta infine ad escludere che sulle Social Platform gravasse un dovere di preventivo controllo dei contenuti, fermo restando che sulle medesime gravava un dovere di rimuovere il contenuto una volta avuta effettiva conoscenza del suo carattere illecito<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Nella sterminata bibliografia in argomento, *ex multis* e fra i più recenti, v. R. TRAINA CHIARINI, *L'evoluzione della responsabilità degli Internet Service Provider*, in *Corr. giur.*, 11/2021, 1434, E. ROSATI, G. SATOR, *Social networks e responsabilità del provider*, EUI Working Papers, LAW 2012/05, A. BERTOLINI, F. EPISCOPO, N.-A. CHERCHIU, *Liability of online platforms*, European Parliament Study, 2021, G. CASSANO, B. TASSONE, *Ingiunzione dinamica, tutela delle opere cinematografiche e bilanciamento di interessi*, in *Giur. it.*, 2021, 117, A. RICCI, *Contenuti illeciti e obblighi "di reazione" del prestatore di servizi di hosting. La Corte di Giustizia interpreta la Direttiva 2000/31/CE alla luce del principio di effettività*, in *Giur. Comm.*, 2020, II, 1018. F. DI CIOMMO, *Oltre la direttiva 2000/31/Cee, o forse no. La responsabilità dei provider di Internet nell'incerta giurisprudenza europea*, in *Foro it.*, 2020, I, 2072.

<sup>45</sup> 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).

<sup>46</sup> V. la giurisprudenza richiamata da D. IMBRUGLIA, *La responsabilità degli intermediari*, in E. BATTELLI (a cura di), *Diritto privato digitale*, Torino 2022, 147.

Nel secondo periodo, con l'entrata in vigore della Direttiva sul commercio elettronico (e in Italia del d.lgs. n. 70 del 9 aprile 2003 di attuazione di detta direttiva<sup>47</sup>), viene a consolidarsi e formalizzarsi il principio (art. 14 della Direttiva sul commercio elettronico) che il c.d. *hosting provider*, ossia chi provvede alla memorizzazione delle informazioni fornite da un utente destinatario del servizio (come è il caso delle Social Platform<sup>48</sup>), fosse esonerato da responsabilità purché non effettivamente a conoscenza dell'illiceità dell'informazione o non a conoscenza di fatti o circostanze che rendevano manifesta l'illiceità dell'informazione; per altro verso, non appena fosse giunto a conoscenza dei predetti fatti, su comunicazione delle autorità competenti, l'*hosting provider* doveva immediatamente rimuoverne il contenuto. L'art. 15 della Direttiva sul commercio elettronico specificava in aggiunta che non sussistesse un obbligo generale di sorveglianza o di ricerca in capo alla Social Platform di attività illecite. In tale periodo, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha progressivamente enucleato le categorie dell'*host provider* passivo (che si riteneva potesse continuare a beneficiare del c.d. *safe harbor*, ossia dell'esonero dalla responsabilità, in quanto non conosceva, né controllava le informazioni memorizzate<sup>49</sup>) e dell'*host provider* attivo<sup>50</sup>, che si riteneva non meritevole di beneficiare del *safe harbor*, in quanto svolgeva un'attività ulteriore rispetto alla semplice e neutra memorizzazione delle informazioni, in qualche modo interferendo attivamente con la pubblicazione del contenuto da parte dell'utente (che era individuata sulla base della presenza di uno o più dei c.d. 'indici di interferenza', quali, ad esempio, un'attività di filtro, di selezione, di indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione<sup>51</sup>).

Il terzo periodo è appena iniziato e (abrogati gli artt. da 12 a 15 della Direttiva sul commercio elettronico) si fonda sulle disposizioni contenute

<sup>47</sup> Per una sintesi della giurisprudenza interna che ha dato applicazione agli artt. 14-17 del d.lgs. 70/2003 v. V. la giurisprudenza richiamata da D. IMBRUGLIA, *La responsabilità degli intermediari*, cit., 158 ss.

<sup>48</sup> In tal senso CGUE, 16 febbraio 2012, C-360/10, *Netlog*, CGUE, 3 ottobre 2019, *Glawischnik-Pieschke v. Facebook*, C-18/18.

<sup>49</sup> In tal senso v. CGUE, 15 settembre 2016, *McFadden*, C-484/14, § 62.

<sup>50</sup> V. CGUE, 11 settembre 2014, *Papasavvas*, C-291/13, CGUE, *Google France*, C-236/08, CGUE, *L'Oréal*, C-324/09, § 123, CGUE, 7 agosto 2018, *Coöperative Vereniging SNB-REACT U.A. c. Deepak Mehta*, C-521/17.

<sup>51</sup> In argomento v. G. BELLÌ, *La responsabilità civile dei service providers*, in *Resp. civ.*, 2011, 694.

nel Capo II del DSA, che restano nel solco dell'impostazione generale già acquisita con la Direttiva sul commercio elettronico, ma che introducono una serie di gradati obblighi procedurali e sostanziali. Tali obblighi rafforzano il principio di *accountability* delle Social Platform (così come di tutti gli Internet Service Provider) e segnano il passaggio dalla mera responsabilità (in presenza di certe condizioni) alla responsabilizzazione rispetto a specifici doveri di diligenza (che si sostanziano nell'esecuzione di una serie di *risk assessment* e di attività di prevenzione e contenimento dei rischi insiti nell'ambiente digitale) nello svolgimento della loro attività imprenditoriale<sup>52</sup>.

Sicché, in primo luogo, il DSA conferma l'impianto della Direttiva sul commercio elettronico e, da una parte, ribadisce (art. 8) che non esiste un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni memorizzate o trasmesse, né di accertamento dei fatti che indichino la presenza di attività illegali; dall'altra parte, rinnova (art. 6) la regola in forza della quale la Social Platform non è responsabile delle informazioni memorizzate (e trasmesse) su richiesta dell'utente a condizione che a) non sia effettivamente a conoscenza delle attività o dei contenuti illegali e, per quanto attiene a domande risarcitorie, non sia consapevole di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dei contenuti; oppure b) non appena venga a conoscenza di tali attività o contenuti illegali o divenga consapevole di tali fatti o circostanze, agisca immediatamente per rimuovere i contenuti illegali o per disabilitare l'accesso agli stessi.

Sotto altro profilo, il DSA impone alle Social Platform di informare senza indebito ritardo l'autorità (giudiziaria o amministrativa) che abbia emesso l'ordine di contrastare uno o più specifici contenuti illegali di aver dato seguito a detto ordine (art. 9), nonché, avendo ricevuto un ordine di fornire specifiche informazioni su uno o più singoli destinatari del servizio, di informare senza indebito ritardo l'autorità (giudiziaria o amministrativa) che emesso l'ordine della ricezione del medesimo e del seguito che esse vi hanno dato seguito (art. 10).

Come detto, peraltro, il vero passo in avanti compiuto dal DSA sta nell'introduzione di una serie di obblighi che declinano nel dettaglio il dovere di diligenza (anche) delle Social Platform, distinguendo fra Social Platform e Social Platform di dimensioni molto grandi, per queste ultime

---

<sup>52</sup> In argomento v. G. ABALDO, *Una prospettiva di regolamentazione degli ISP attraverso il Digital Service Act*, in *MediaLaws*, 3 febbraio 2022, O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in *Percorsi costituzionali*, 2014, 453.



intendendosi quelle piattaforme il cui numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione sia pari o superiore a 45 milioni e che la Commissione abbia designato come tali<sup>53</sup>.

Al di là di una serie di obblighi in materia di diligenza per un ambiente online trasparente e sicuro applicabili a tutti i prestatori di servizi intermediari (Social Platform incluse), previsti dagli artt. da 11 a 15, il DSA stabilisce per le Social Platform più rigorosi standard di trasparenza e responsabilità in relazione alla moderazione dei contenuti, alla pubblicità e ai processi basati sull'uso di algoritmi, istituendo altresì obblighi di valutazione dei rischi e di sviluppo di sistemi di gestione di tali rischi.

In particolare, il DSA prevede:

a) una prima serie di obblighi supplementari (artt. da 16 a 18) applicabili agli *hosting providers* e, dunque, anche, alle Social Platform, che includono un meccanismo di *'notice and take down'* per assicurare la rimozione di contenuti, prodotti e servizi illegali, nonché l'obbligo di fornire a chi avesse subito una rimozione una motivazione sufficientemente adeguata;

b) una seconda serie di obblighi supplementari destinati alle sole Social Platform (artt. da 19 a 32), che riguardano, fra l'altro, l'istituzione di un sistema interno di gestione dei reclami rispetto alle decisioni della Social Platform (art. 20), il diritto degli utenti di poter ricorrere ad organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie (art. 21), l'istituzione della figura dei c.d. 'segnalatori attendibili' (art. 22), specifiche misure di protezione contro gli abusi (art. 23), la trasparenza della comunicazione (art. 24), la progettazione e organizzazione delle interfacce online in modo tale da non ingannare o manipolare gli utenti (art. 25), la chiara identificazione della pubblicità online (art. 26), la trasparenza dei parametri utilizzati nei sistemi di raccomandazione (art. 27), la protezione online dei minori (art. 28), la tracciabilità degli operatori commerciali (art. 30), la conformità ai sensi del diritto europeo dell'interfaccia online per la conclusione dei contratti a distanza (art. 31) e l'informazione ai consumatori circa l'offerta di un prodotto o un servizio illegale (art. 32);

c) una terza serie di obblighi supplementari (artt. da 33 a 43) gravanti solo sulle Very Large Online Platforms ('VLOPs'), che hanno specificamente ad oggetto la gestione dei c.d. rischi sistemici (valutazione e attenuazione dei rischi sistemici, art. 34 e 35), la soggezione a meccanismi di

---

<sup>53</sup> Con decisione del 25 aprile 2023, la Commissione europea ha designato 17 *Very Large Online Platforms* (VLOPs), sulla base dei dati pubblicati alla data del 17 febbraio 2023.

risposta alle crisi (gravi minacce alla sicurezza pubblica o alla salute) e a revisioni indipendenti (art. 37), ulteriore trasparenza della pubblicità online, l'istituzione di una funzione di controllo della conformità (al DSA) indipendente (art. 41), la pubblicazione delle relazioni di trasparenza di cui all'art. 15 del DSA (art. 42).

La recentissima introduzione del DSA e la sua non ancora piena operatività impediscono finanche di svolgere una prima valutazione sull'efficacia della nuova disciplina europea rispetto agli obiettivi di maggiore tutela degli utenti, ma per certo il DSA segna un intervento più deciso del legislatore europeo, finalmente muovendosi nel senso di una da più parti invocata co-regolazione, diretto a modellare l'ambiente digitale, quanto meno sotto il profilo di porre le basi comuni per assicurare un medesimo contesto di procedimenti e procedure che informino la relazione fra Social Platform e utenti.

Al riguardo, merita di essere rammentata la posizione di chi legge il DSA come la timida risposta europea allo straripante potere delle autorità private digitali e sottolinea che il DSA «è più attento alla dimensione procedurale del rapporto fra piattaforma e utenti rispetto a quella sostanziale»<sup>54</sup>; sicché, rispetto alla tutela della libera manifestazione del pensiero, il DSA «non fornisce le regole sostanziali utili a definire quali siano le manifestazioni del pensiero vietate, cosicché “this task is delegated to the private self-regulation”»<sup>55</sup>.

#### 4. Le Social Platform fra autorità private e proceduralismo digitale

La riflessione giuridica sulle Social Platform sottolinea – nell'ottica dello studioso del diritto pubblico e costituzionale – la loro configurabilità quali ‘poteri privati’ (e transnazionali), in contrapposizione ai ‘poteri pubblici’<sup>56</sup>;

---

<sup>54</sup> M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, Relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Genova, 18-19 giugno 2021 (consultabile online: <https://gruppo.dipisa.it/8-rivista/495-marco-betzu-poteri-pubblici-e-poteri-privati-nel-mondo-digitale>), 180.

<sup>55</sup> M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit., 180, il quale a sua volta cita G. DE MINICO, *Fundamental rights, European digital regulation and algorithmic challenge*, in *Astrid Rassegna*, 2/2021, 16.

<sup>56</sup> In argomento v. M.R. FERRARESE, *Privatizzazioni, poteri invisibili e infrastrutture giuridiche globali*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 3, 873, M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo di-*

rispetto ai poteri pubblici attuali i poteri privati appaiono essere caratterizzati da una maggiore opacità e da una minore accessibilità e possibilità di partecipazione da parte dei cittadini, dei consumatori e degli utenti.

Con riferimento al medesimo fenomeno, per lo studioso del diritto privato, rimane centrale la illuminante linea di indagine e riflessione avviata da Cesare Massimo Bianca<sup>57</sup>, il quale ha osservato al suo tempo la presenza e ha analizzato le caratteristiche di ‘autorità di fatto’ che si erano evolute (o andavano evolvendosi) in ‘autorità di diritto’. L’illustre civilista (che ovviamente non poteva ancora considerare nella sua riflessione le Social Platform) fra i primi ha individuato l’esistenza e l’affermazione nei moderni ordinamenti giuridici di soggetti dotati di poteri autoritari, ovvero poteri decisionali, fondati su posizioni di forza economico-sociale, che trascendono una apparente posizione di uguaglianza giuridica fra i privati e che, infine, sebbene privati, si vedono attribuiti *ex lege* prerogative giuridiche da esercitarsi verso altri privati.

È l’attribuzione *ex lege* a singoli privati di una o più prerogative giuridiche da esercitare verso altri privati che creano le ‘autorità private’.

Sotto questo profilo, le Social Platform, pur essendo fortissimi poteri privati, ritengo che ancora oggi non possano essere considerate ‘autorità private’<sup>58</sup>. Come ho illustrato in precedenza, gli utenti delle Social Platform godono nei confronti di queste ultime della protezione assicurata dalla penetrante normativa consumeristica e non esitano ad utilizzarla (v. *supra*, § 3.1), di fronte a illegittime limitazioni alle manifestazioni del loro pensiero gli utenti non hanno rinunciato a ricorrere con successo alla giurisdizione statale, che, dunque, non può considerarsi abdicata e sostituita (v. *supra*, § 3.2) e, infine, le Social Platform in non vanno esenti da responsabilità se grazie ad una loro condotta passiva vengono compiuti atti illeciti, ma anzi sono chiamate ad assumere una condotta sempre più attiva e re-

---

*gitale*, Relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Genova, 18-19 giugno 2021 (consultabile online: <https://gruppodipisa.it/8-rivista/495-marco-betzu-poteri-pubblici-e-poteri-privati-nel-mondo-digitale>).

<sup>57</sup> Mi riferisco a C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli 1977, cui *adde* le riflessioni di E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano 1988. Più di recente, in argomento e sulla scorta delle feconde riflessioni di Bianca, v. S. MARTINELLI, *L’autorità privata del provider*, in A. ZOPPINI, P. SIRENA (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma 2018, 562 (consultabile online: <https://romatrepres.uniroma3.it/libro/i-poteri-privati-e-il-diritto-della-regolazione/>), D. D’ALBERTI, *Google e le nuove autorità private: la metamorfosi dal fatto al diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 745.

<sup>58</sup> In senso contrario, almeno ove si guardi alla responsabilità della Social Platform, appare essere S. MARTINELLI, *L’autorità privata del provider*, cit., 565.

sponsabile, che oggi ed in futuro sarà – grazie alla regolamentazione europea – vieppiù stimolata (con sicuri benefici sotto il profilo della prevenzione degli illeciti online) da una serie di obblighi anzitutto procedurali, ma anche sostanziali (v. *supra*, § 3.3).

Lo straripante potere delle Social Platform non le ha, se è consentita un po' di enfasi, ancora sottratte alla *Rule of law*, anche se le ha indubbiamente rese soggetti prominenti dell'ambiente digitale, in grado di influenzare, non solo in via di fatto, la regolazione dello stesso. Al riguardo, appare infatti cogliere nel segno l'osservazione di chi ritiene che anche il DSA rappresenti un passo della regolazione del rapporto fra Social Platform e utenti orientato soprattutto verso un proceduralismo digitale<sup>59</sup>, in cui le Social Platform acquisiscono un ruolo nella sostanza paritetico rispetto alle istituzioni statali e sovranazionali<sup>60</sup>.

Per altro verso, secondo il medesimo autore tale proceduralismo digitale potrebbe portare alla conseguenza che «*le regole di condotta che devono presiedere al bilanciamento tra gli interessi in conflitto non saranno necessariamente l'attuazione di valori costituzionali di riferimento di comunità nazionali, e quindi espressione del perseguimento dell'interesse generale, ma si ridurranno ad essere il prodotto di una contrattazione: il proceduralismo non è di per sé una garanzia contro l'ingiustizia*»<sup>61</sup>.

La visione appena riportata, sia pure ben argomentata, mi appare tuttavia eccessivamente pessimistica e non condivisibile per più di un profilo: in primo luogo, appare troppo ancorata a un paradigma esclusivamente nazionale di individuazione e difesa dei principi e dei valori costituzionali (storicamente primigeni, ma certo non unici), sottovalutando l'importanza dei valori e principi elaborati, condivisi, consolidati e tutelati a livello internazionale e ancor di più in ambito europeo (dai Trattati, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte dei diritti dell'uomo, dalle

---

<sup>59</sup> Così M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit., 180, il quale vi ravvede similitudini con le tesi del *global administrative law*.

<sup>60</sup> Secondo M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit., 182, «*il proceduralismo digitale presupposto nella proposta di regolamento della Commissione UE [n.d.r.: l'autore si riferisce alla proposta di DSA] pare accettare l'idea che le grandi imprese private titolari di un interesse egoistico particolare poste sullo stesso piano delle istituzioni nazionali cui è rimessa la cura dell'interesse pubblico. Difatti, nel diritto amministrativo globale la partecipazione è garantita sia alle istituzioni nazionali che ai privati e, dunque, si instaurano relazioni «triadiche», ovvero tra istituzioni sovranazionali, istituzioni statali e poteri privati*».

<sup>61</sup> Così M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit., 182, il quale propone, dunque, di spezzare gli oligopoli digitali.

dichiarazioni politiche delle istituzioni europee, fra cui la Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale citata all'inizio di questo lavoro<sup>62</sup>); in secondo luogo, lascia trasparire un ingiustificato pregiudizio nei confronti della co-regolazione, che non tiene in debita considerazione gli interessi di tutti i soggetti che operano nell'ordinamento giuridico, siano essi più o meno egoistici, al fine di assicurare un dialogato e corretto processo di bilanciamento fra i diritti coinvolti, evitare rigide contrapposizioni e non replicare l'imposizione di valori costituzionali ottusi; in terzo luogo, mi pare trascurare il contesto e le peculiarità dell'ambiente digitale, che forse non richiederà lo sviluppo di nuove categorie concettuali (ma che a mio avviso arricchiscono l'analisi giuridica e facilitano la tutela dei diritti dei cittadini, dei consumatori e degli utenti<sup>63</sup>), ma per certo richiede la capacità di declinare ed adattare le tradizionali categorie concettuali in una situazione prima non data, né conosciuta; da ultimo, non concede la giusta rilevanza alla circostanza che attraverso un confronto dialettico fra le istituzioni sovranazionali europee (portatrici dei valori europei e sostenitrici dei diritti fondamentali dell'Unione europea) e gli interessi delle Social Platform si possono meglio ricercare ed individuare le posizioni di equilibrio di un mercato unico digitale europeo che si articola in mercati e sistemi giuridici ancora essenzialmente nazionali, ciascuno con le proprie caratteristiche e gerarchie di valori, non sempre solidamente unitarie.

In conclusione, mi sembra di poter (confido non troppo) fiduciosamente osservare che le Social Platform non rappresentano ancora autorità private che i cittadini, i consumatori e gli utenti devono inevitabilmente ossequiare, che agli eventuali abusi delle Social Platform vi siano modi e strumenti giuridici per resistere e che rispetto al mutevole contesto dell'ambiente digitale il legislatore europeo abbia avviato negli ultimi anni un processo di co-regolazione in cui il coinvolgimento delle Social Platform, anzitutto nel senso di una loro maggiore responsabilizzazione, sia da valutarsi positivamente.

---

<sup>62</sup> V. in questo volume, C. AMALFITANO, F. FERRI, *Transizione digitale e dimensione costituzionale dell'Unione europea: tra principi, diritti e valori*.

<sup>63</sup> In questo senso feconda appare la riflessione sul 'costituzionalismo digitale', su cui v. G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge 2022, H.-W. MICKLITZ, O. POLLICINO, A. REICHMAN, A. SIMONCINI, G. SARTOR and G. DE GREGORIO (eds.), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge 2021, O. POLLICINO, G. ROMEO (eds.), *The Internet and Constitutional Law. The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, London 2020.

Antonio Preteroti

*La disconnessione nel lavoro in modalità agile:  
diritto del lavoratore, obbligo del datore*

*The right to disconnect in smart-work:  
right of the employee, obligation of the employer*

**Abstract**

*Il saggio approfondisce il tema del diritto alla disconnessione nel lavoro agile da una prospettiva multipolare, focalizzandosi dapprima sugli aspetti strutturali, per poi allargare la prospettiva al rapporto funzionale con la cornice dei tempi di riposo e di lavoro. L'analisi ha ad oggetto l'istituto in ogni fase dell'esecuzione del rapporto lavorativo, concentrandosi sia sulla ripartizione tra diritti e obblighi che da esso scaturiscono, sia sulla pluralità di patologie che conseguono alla sua illegittima compressione.*

*Infine, l'indagine si concentra criticamente sui profili di tutela che discendono dal diritto alla disconnessione, sia allo stato dell'arte, sia in una prospettiva de iure condendo, che valorizzi le nuove interazioni-vita lavoro che caratterizzano l'era digitale, in tutte le forme contrattuali.*

*The essay delves into the theme of the right to disconnect in smart work from a multipolar perspective, focusing first on structural aspects, and then broadening the perspective to the functional relationship with rest and working time. The analysis follows the institute at every stage of the performance of the work relationship, focusing both on the division of rights and obligations that arise from it, and on the plurality of effects that result in its illegitimate compression. Finally, the investigation focuses critically on the protection profiles that stem from the right to disconnection, both state of the art, and in a developing perspective, that enhances the new work-life interactions that characterize the digital age, in all contractual forms.*

SOMMARIO: 1. Il tema di indagine. – 2. Il diritto alla disconnessione come diritto autonomo dal diritto al riposo. – 2.1. *Segue*. Conferme nel Protocollo nazionale sul lavoro agile.

– 2.2. Tempi di disconnessione e tempi di lavoro. – 3. Un diritto di natura composita... – 3.1. *Segue*. ... e limitato agli strumenti tecnologici utilizzati per rendere la prestazione. – 4. La disconnessione come obbligo del datore di lavoro di adozione e specificazione delle misure tecniche e organizzative necessarie ad assicurarne l'effettività. – 5. Conseguenze della violazione dell'obbligo di disconnessione. – 6. La disconnessione nel lavoro alle dipendenze della PA. – 7. Il diritto alla disconnessione nella fase emergenziale di attivazione unilaterale del lavoro agile. – 8. Conclusioni: dal riconoscimento dell'ambito oggettivo del diritto all'estensione della platea dei beneficiari.

## 1. Il tema di indagine

L'accordo individuale che instaura lo svolgimento del lavoro subordinato in modalità agile, oltre a definire i tempi di riposo del lavoratore, individua le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro (art. 19 della legge n. 81/2017).

Si tratta, ad oggi, dell'unica disposizione in materia di disconnessione nell'ordinamento giuslavoristico, posto che altre previsioni legislative, anche se successive, sono da circoscrivere alla fase emergenziale di prevenzione dell'epidemia Covid-19 (*infra*, § 7).

La norma interviene all'esito di una breve fase (2014-2017) di sperimentazione di accordi di c.d. *smart working* nella contrattazione collettiva aziendale in nord Italia<sup>1</sup> e/o in alcuni settori più avanzati, e si inserisce nel contesto dell'evoluzione delle tecnologie<sup>2</sup> e del relativo *zeitgeist* (cultura del sempre connessi<sup>3</sup>), dell'organizzazione di impresa (industria 4.0<sup>4</sup>) e del suo nuovo rapporto con la persona che lavora (*homebody economy*<sup>5</sup>, della

<sup>1</sup> R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano 2018, 514; M. DEL CONTE, *Problemi e prospettive del lavoro agile tra remotizzazione forzata e trasformazione organizzativa*, in *Arg. dir. lav.*, 3, 2021, 557.

<sup>2</sup> T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *Dir. rel. ind.*, 1, 2022, 1 ss.

<sup>3</sup> V. l'ormai noto rapporto OIL Working anytime, anywhere del 2017, M. WEISS, *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 3, 2016, 659, e la collettanea A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Torino 2018.

<sup>4</sup> L. CORAZZA, *Note sul lavoro subordinato 4.0*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 1066 ss.

<sup>5</sup> V. BAVARO, *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2018, 38.

transizione digitale e dei mercati del lavoro<sup>6</sup>, capitalismo digitale<sup>7</sup>), che a sua volta sviluppa nuove problematiche ed esigenze di tutela<sup>8</sup>.

Per l'interprete che intenda approcciare alla disconnessione assumono subito rilievo alcuni interrogativi preliminari:

- se la disconnessione sia uno strumento funzionale alla tutela del diritto al riposo, o se abbia autonomia giuridico-concettuale come diritto in sé e per sé considerato;
- se la disconnessione, come diritto autonomo o strumento di tutela del diritto al riposo, rilevi esclusivamente in caso di utilizzo di strumentazioni tecnologiche di lavoro, o a prescindere da esso,
- se al diritto del lavoratore alla disconnessione corrisponda anche un obbligo datoriale.

## 2. Il diritto alla disconnessione come diritto autonomo dal diritto al riposo

Non può essere negata la laconicità del legislatore nella misura in cui si riferisce alla disconnessione con un limitato cenno a misure tecniche e organizzative che la assicurino<sup>9</sup>. Vi è infatti chi ha sottolineato come detto diritto venga «solo citato (non definito)»<sup>10</sup>, e questo varrebbe anche per la disciplina emergenziale di cui all'art. 2 del d.l. n. 30/2021 (conv. con modificazioni dalla legge n. 61/2021), oggi non più applicabile (su cui v. *infra*, § 7).

---

<sup>6</sup>Rispettivamente S. CIUCCIOVINO, *Professionalità, occupazione e tecnologia nella transizione digitale*, in *Federalismi*, 9, 2022, 129 ss. e S. CIUCCIOVINO, D. GAROFALO, A. SARTORI, A. TROJSI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Flexycurity e mercati transizionali del lavoro*, Ancona 2021.

<sup>7</sup>S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Napoli 2020.

<sup>8</sup>R. DEL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in *Salus adapt*, 7, 2020, 232; A. FENOGLIO, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova 2018, 558; E. DAGNINO, *Il diritto alla disconnessione nella l. n. 81/2017 e nell'esperienza comparata*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 1024 ss.

<sup>9</sup>Non casuale secondo R. ZUCARO, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela*, in *Labour & Law Issues*, 2, 2019, 231.

<sup>10</sup>M.C. CATAUDELLA, *Tempo di lavoro e tempo di disconnessione*, in *Mass. giur. lav.*, 3, 2021, 853.



Sul rapporto tra disconnessione e diritto al riposo consecutivo minimo del lavoratore possono configurarsi due distinte letture.

Per un verso, si potrebbe ritenere che la fruizione del riposo minimo consecutivo, giornaliero e settimanale, non integri solamente la consistenza minima del diritto alla disconnessione, bensì ne rappresenti l'obiettivo<sup>11</sup>. In altri termini, il diritto alla disconnessione sarebbe preordinato ad assicurare, sul piano tecnico-organizzativo il rispetto dei tempi di riposo minimo consecutivo, permettendo al lavoratore il ripristino delle energie fisiche e psichiche. In questa prospettiva la disconnessione sarebbe uno strumento idoneo ad assicurare il rispetto della durata massima di lavoro giornaliera e settimanale, condividendo il medesimo sostrato che presidia i limiti in materia di orario di lavoro<sup>12</sup>.

Tuttavia, stando al testo della legge n. 81/2017 sarebbero possibili anche diverse letture<sup>13</sup>, che attenzionano altri valori giuridici sottesi al lavoro agile, come la conciliazione vita-lavoro<sup>14</sup>, o direttamente legati alla disconnessione, come la *privacy*<sup>15</sup> e la sicurezza sul lavoro<sup>16</sup>.

L'istituto del lavoro agile, infatti, di per sé moltiplica le occasioni di contiguità e sovrapposizione tra vita lavorativa e vita privata<sup>17</sup>, poiché il

<sup>11</sup> R. PERRONE, *Il "diritto alla disconnessione" quale strumento di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti*, in *Federalismi*, 2017, spec. 16 ss., e nota 99.

<sup>12</sup> Su cui v. già G. RICCI, *Il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro, ai riposi e alle ferie nella dimensione costituzionale integrata (fra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea)*, in *WP CSDLE.it*, 79, 2010, 5-6.

<sup>13</sup> Una lettura che sembra accolta anche da S. BELLOMO, M. VERZARO, *La disciplina legislativa del lavoro agile (smartworking) nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Trabalho, dignidade e inclusão social. Estudos em homenagem ao ministro José Luciano De Castilho Pereira*, Rio de Janeiro, 2022, 548.

<sup>14</sup> *Ex multis* R. CASILLO, *La subordinazione "agile"*, in *Dir. lav. merc.*, 3, 2017, 536-9.

<sup>15</sup> M. D'APONTE, *Evoluzione dei sistemi organizzativi nell'impresa e tutela dei diritti dei lavoratori nel quadro della regolamentazione europea: dal diritto alla "disconnessione", al lavoro "per obiettivi"*, in *Mass. giur. lav.*, 1, 2022, 37, coglie questo profilo "duale" (salute e privacy) di fondamento della disconnessione. Cfr. anche L. FOGLIA, *La "privacy" come limite alla subordinazione: diritto alla disconnessione e rifiuto della prestazione*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2020, 105 ss.; E. FIATA, *Il potere di controllo nel lavoro da remoto tra valutazione del risultato e privacy del lavoratore*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, in *Quad. Arg. dir. lav.*, 18, 2020, 108 ss.

<sup>16</sup> Sulla disconnessione come misura di sicurezza R. CASILLO, *Competitività e conciliazione nel lavoro agile*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2018, 122. Su tutti gli elementi, conciliazione vita-lavoro, sicurezza e privacy, v. già A. ROTA, *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività delle tecnologie*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino 2017, 172.

<sup>17</sup> G. RICCI, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del "lavoro agile"*, in

lavoro può essere reso ovunque, dunque eventualmente anche in ambienti privati ed intimi del lavoratore, e con grande flessibilità oraria, specialmente laddove la prestazione sia resa per fasi, cicli ed obiettivi. In tal senso esso deve essere orientato a favorire l'effetto benefico di una migliore *work-life balance*, e non certo quello, opposto, di aumentare le intromissioni della vita lavorativa nella vita privata, il c.d. *work-life blending*<sup>18</sup>, che si produrrebbe inevitabilmente in un contesto privo di regole, ove l'apparente autonomia del lavoratore si risolverebbe in suo danno<sup>19</sup>.

In tal senso potrebbe deporre anche il dato testuale dell'art. 19 legge n. 81/2017: se il diritto alla disconnessione fosse esclusivamente funzionale al rispetto dei tempi di riposo, anche intesi secondo la formulazione più estensiva adottata dalla disposizione e cioè come tempi di non lavoro, le misure tecnico-organizzative avrebbero dovuto assicurare il rispetto di questi, e non della disconnessione.

In questa accezione, che sembra fatta propria anche in una proposta di direttiva eurounitaria<sup>20</sup>, il diritto alla disconnessione corrisponde, di regola, al diritto del lavoratore a non essere contattato fuori dall'orario di lavoro, quindi durante il riposo *tout court*.

Sotto quest'ultimo profilo, la disconnessione tecnica rappresenta pertanto la principale modalità idonea ad assicurare il riposo minimo<sup>21</sup>, ma ciò non implica affatto una parificazione tra diritto al riposo minimo e diritto alla disconnessione<sup>22</sup>.

---

*Nuove leggi civ. comm.*, 3, 2018, 632 ss., spec. § 5.1, lett. b); A. BOSCATI, *Il lavoro agile nell'ordinamento italiano come strumento di conciliazione dei tempi di vita-lavoro e di incremento della competitività nell'impresa e nella pubblica amministrazione*, in F. DA SILVA VEIGA, D. PIRES FINCATO (ed.), *Estudos de direito desenvolvimento e novas tecnologias*, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, Porto, 2020, 52 ss.

<sup>18</sup> Sul tema A. FENOGLIO, *Il tempo di lavoro nella new automation age: un quadro in trasformazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 646; M. MILITELLO, *Il work-life blending nell'era della on demand economy*, in *Riv. giur. lav.*, 1, 2019, 54; S. CAROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, cit., 137.

<sup>19</sup> Come preconizzato in tempi non sospetti da R. SANTUCCI, *Tempo di non lavoro*, in *Enc. dir.*, 2011, 1203-1204.

<sup>20</sup> Cfr. la risoluzione del 21 gennaio 2021 del Parlamento europeo e la relativa proposta di direttiva sul diritto alla disconnessione, su cui v. D. CALDERARA, *Il diritto alla disconnessione: evoluzioni e prospettive*, in *Mass. giur. lav.*, 2, 2022, 261 ss.; E. FIATA, *L'iniziativa europea sul diritto alla disconnessione*, in *Lav. dir. Europa*, 4, 2021, 7 ss.

<sup>21</sup> La sola secondo S. MAGAGNOLI, *Diritto alla disconnessione e tempi di lavoro*, in *Labour & Law Issues*, 2, 2021, 96.

<sup>22</sup> C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari 2018, 152 ss.; M.C. CATAUDELLA, *Tempo di lavoro e tempo di disconnessione*, cit., 854.

Ma vi è di più. Il diritto alla disconnessione si può definire come il diritto del lavoratore a non essere contattato tramite gli strumenti tecnologici di lavoro utilizzati per rendere la prestazione, di regola (ma non sempre) fuori dall'orario di lavoro, in quanto va fatta salva specifica e diversa pattuizione (*infra*, § 2.2.). D'altra parte, se la disconnessione si identificasse sempre con il riposo *tout court* del lavoratore, ossia con l'ordinario regime di irreperibilità, esso rappresenterebbe la duplicazione di un diritto già esistente e, dunque, non avrebbe bisogno di ulteriori riconoscimenti<sup>23</sup>.

### 2.1. Segue. Conferme nel Protocollo nazionale sul lavoro agile

Anche nel Protocollo nazionale sul lavoro agile nel settore privato, stipulato il 7 dicembre 2021 dal Ministero del lavoro d'intesa con le principali confederazioni sindacali e imprenditoriali<sup>24</sup>, le misure tecniche e organizzative vengono riferite alla garanzia della disconnessione, a conferma del fatto che tale tutela sia disgiunta e autonoma dal riposo.

Inoltre, si afferma l'equiparazione tra esecuzione della prestazione e collegamento, rispetto alla quale lo stato opposto della disconnessione determina l'impossibilità per il lavoratore di eseguire la prestazione lavorativa<sup>25</sup>.

Seri dubbi pone poi la precisazione secondo cui il lavoro agile si caratterizzerebbe «per l'assenza di un preciso orario di lavoro e per l'autonomia nello svolgimento della prestazione nell'ambito degli obiettivi prefissati»: una cosa è riconoscere che nel lavoro agile si può avere una certa libertà nella collocazione dell'orario di lavoro, aspetto piuttosto frequente, mentre altra è affermare che l'orario di lavoro di regola non sia precisamente delimitato e che, sempre di regola, il lavoro si misuri per obiettivi, ipotesi meno frequente e, comunque, identificata dal legislatore in termini di mera eventualità<sup>26</sup>, qualora le parti convengano di organizzare nel patto di lavoro

---

<sup>23</sup> Sugli elementi di irriducibile novità di questo diritto, v. A. IERMANO, *Verso un nuovo diritto "fondamentale" in ambito UE: il diritto alla disconnessione digitale*, in *Rivista.eurojus.it*, 2, 2021, 1622 ss.

<sup>24</sup> L. ZOPPOLI, *Il protocollo sul lavoro agile nel settore privato e "gli altri"*, in *Lav. dir. Europa*, 1, 2022; P. ALBI, *Introduzione: il Protocollo nazionale sul lavoro agile tra dialogo sociale e superamento della stagione pandemica*, in *Lav. dir. Europa*, 1, 2022.

<sup>25</sup> V. BAVARO, *L'orario di lavoro agile «senza precisi vincoli»*, in *Lav. dir. Europa*, 1, 2022, 19.

<sup>26</sup> Sul punto V. LECCESE, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute: un ossimoro?*, in *Riv. giur. lav.*, 3, 2020, 439 ss., spec. § 5.1 e S. BELLOMO, L. ROCCHI, *Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero, la Corte di Giustizia e il parziale*

ro agile il lavoro per fasi, cicli e risultati. Ed anche in tali ipotesi non viene meno il diritto del lavoratore di disconnettersi dagli strumenti di lavoro e di conoscere con certezza le modalità attraverso le quali possa esercitare tale scollegamento.

## 2.2. Tempi di disconnessione e tempi di lavoro

In realtà, pare possibile non solo distinguere con chiarezza il diritto alla disconnessione dal diritto al riposo, ma anche riconoscere l'autonomia del primo dal secondo nei profili delimitativi. L'importanza dell'individuazione dei periodi di riposo ai sensi della legge n. 81/2017 è conclamata e si comprende anche ai sensi dell'art. 18, comma 1, per individuare la durata massima giornaliera e settimanale della prestazione lavorativa: sul piano temporale il lavoro agile può essere anche svolto senza precisi vincoli temporali, ma deve pur sempre rispettare dei vincoli, e questi possono essere rinvenuti nei riposi minimi giornalieri e settimanali.

Ma l'individuazione dei periodi di riposo è necessaria anche per assolvere a una funzione ulteriore, parimenti importante: delimitare *a contrario* l'orario di lavoro della prestazione lavorativa, o almeno l'area di contattabilità all'interno della quale sia poi possibile per il datore di lavoro, pubblico o privato, esigere la quantità di prestazione di lavoro concordata.

Tale funzione dei tempi di riposo può avere riflessi diretti ed indiretti (*infra*, § 5) sui tempi di disconnessione, in quanto l'orario di lavoro può aiutare l'individuazione dei tempi di connessione (e di disconnessione) laddove le pattuizioni sul punto siano assenti, poco chiare o invalide perché, ad esempio, rimettono al lavoratore l'individuazione dei tempi di disconnessione.

In secondo luogo, in forza della prospettata autonomia tra tempi di lavoro e disconnessione è possibile ipotizzare l'esistenza di un diritto alla disconnessione durante l'orario di lavoro e non solo all'infuori di esso<sup>27</sup>, e

---

*superamento della sentenza Matzak del 2018 (nt. CGUE 9.3.2021, C-344/2019), in Riv. it. dir. lav., II, 2021, 336 ss., ivi 343 e V. BAVARO, L'orario di lavoro agile «senza precisi vincoli», cit.; contra G. RICCI, Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del "lavoro agile", cit., e M. DEL CONTE, Problemi e prospettive del lavoro agile tra remotizzazione forzata e trasformazione organizzativa, cit., 553 ss.*

<sup>27</sup> Come sottolinea nel suo scritto O. RAZZOLINI, *La disciplina del tempo di lavoro – Lavoro agile e orario di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, 371 ss., § 3, soprattutto in funzione di valorizzazione tanto dell'autonomia gestionale nell'esecuzione della prestazione, quanto della conciliazione vita-lavoro.

questa ipotesi rappresenta l'*optimum* per un lavoro, come quello in modalità agile, che a rigore, dovrebbe essere improntato all'autonomia del lavoratore<sup>28</sup> e alla conciliazione vita-lavoro<sup>29</sup>, e che potrebbe basarsi su un'organizzazione del lavoro priva di collegamento, o in collegamento asincrono e/o organizzata per risultati<sup>30</sup>.

Ma i tempi di connessione possono estendersi anche all'infuori dell'orario di lavoro e cioè durante il periodo di riposo, nell'ipotesi in cui le parti pattuiscono specifiche clausole di reperibilità. Queste, a loro volta, non potranno condurre la prestazione di lavoro agile a superare la durata massima giornaliera e settimanale, e cioè ad intaccare i periodi di riposo minimo consecutivo<sup>31</sup>.

### 3. Un diritto di natura composita...

Proprio la possibilità di pattuizioni intra-orario di lavoro permette di sottolineare come il diritto alla disconnessione sia un diritto fondamentale<sup>32</sup> ancora «tutto da costruire»<sup>33</sup>, coesistente al diritto alla fruizione dei riposi<sup>34</sup> e al contempo dotato di indiscusso, autonomo rilievo giuridico.

Tale rilievo è connesso anzitutto alla tutela della salute e sicurezza<sup>35</sup>,

<sup>28</sup> Valorizza l'elemento dell'autonomia anche A. BOSCATI, *L'inquadramento giuridico del lavoro da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, cit., 61.

<sup>29</sup> C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, cit., 158; M.C. CATAUDELLA, *Tempo di lavoro e tempo di disconnessione*, cit., 870.

<sup>30</sup> M. DEL CONTE, *Problemi e prospettive del lavoro agile tra remotizzazione forzata e trasformazione organizzativa*, cit., 557.

<sup>31</sup> A. FENOGLIO, *Il tempo di lavoro nella new automation age: un quadro in trasformazione*, cit., 646.

<sup>32</sup> Come è definito nel considerando H della Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021, recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione (2019/2181/INL).

<sup>33</sup> I. ZOPPOLI, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva europea: una road map per le parti sociali*, in *Federalismi*, 1, 2023, 300 ss.

<sup>34</sup> S. BELLOMO, *Forme di occupazione "digitale" e disciplina dell'orario di lavoro*, in *Federalismi.it*, 19, 2022, 189, che riconosce, tuttavia: a) una "densità variabile" a tale diritto e b) la possibilità di letture alternative e cioè di funzioni alternative (*ivi*, 190-91) rispetto alla garanzia dei riposi.

<sup>35</sup> Prime suggestioni in questo senso in A. ALLAMPRESE, F. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore agile*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2017, 330 ss.

bene che si esprime anche in fattori di rischio diversi dalla mancanza di riposo, quali lo stress lavoro-correlato, ed i fenomeni ad esso collegati quali il *burn-out*, il *techno-stress* e la dipendenza da lavoro, oltre ai rischi intrinsecamente connessi alla costante e prolungata esposizione ai dispositivi elettronici<sup>36</sup>, al punto da indurre a ritenere che la disconnessione integri una misura di sicurezza (*infra*, § 5)<sup>37</sup>.

Il diritto alla disconnessione assume altresì un indiscutibile potenziale espansivo, sia per la sua attitudine ad assicurare un'effettiva e sostanziale modalità di conciliazione tra vita e lavoro<sup>38</sup>, che la stessa legge eleva a obiettivo principale della disciplina<sup>39</sup>. Tale obiettivo, a sua volta, rappresenta un valore giuridico in progressiva emersione<sup>40</sup>, sia per la sua attinenza al tema della privacy<sup>41</sup> e più in generale alla tutela della dignità della persona del lavoratore, sia con specifico riferimento alla tutela della vita privata e già trova amplissimi riconoscimenti sovranazionali *de iure condito* e *de iure condendo*<sup>42</sup>.

Questa riflessione si inserisce nel solco di quelle che, da tempo, hanno attribuito una dimensione giuridica propria ed autonoma al tempo libero del lavoratore, oltre la prospettiva del mero ristoro psico-fisico<sup>43</sup>.

Sembra pertanto più corretto riconoscere che il diritto alla disconnessione, nel suo nucleo più duro, trovi un termine minimo e coesenziale di

---

<sup>36</sup> Sul punto M. D'APONTE, *Evoluzione dei sistemi organizzativi*, cit., 32 e già M.C. CATAUDELLA, *Tempo di lavoro e tempo di disconnessione*, cit., 855-858 e M. DEL CONTE, *Problemi e prospettive del lavoro agile tra remotizzazione forzata e trasformazione organizzativa*, cit., 556.

<sup>37</sup> Coerentemente M.C. CATAUDELLA, *Tempo di lavoro e tempo di disconnessione*, cit., 860 individua l'iper-connessione tra i rischi specifici che devono trovare spazio nell'informativa annuale prevista dall'art. 22 legge n. 81/2017.

<sup>38</sup> A. PRETEROTI, *Il diritto alla disconnessione nel lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in *Lav. dir. Europa*, 2021, 19 e cfr. già sul punto la risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2016, punto 48, alla quale la legge n. 81/2017 risulta fortemente ispirata.

<sup>39</sup> G. RICCI, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del "lavoro agile"*, cit.

<sup>40</sup> S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, cit., 193 ss.

<sup>41</sup> M. D'APONTE, *Evoluzione dei sistemi organizzativi*, cit., 37.

<sup>42</sup> Cfr. art. 24 dichiarazione dei diritti dell'uomo; art. 8 CEDU e Convenzione n. 108/1981, art. 31 Carta di Nizza, punto 2 modalità di connessione e disconnessione, accordo UNICE CEEP CES del giugno 2020 sulla digitalizzazione.

<sup>43</sup> Per tutti v. C. CESTER, *Lavoro e tempo libero nell'esperienza giuridica*, in AA.VV., *L'orario di lavoro*, in *Quad. giorn. dir. rel. ind.*, 1995, 9 ss.; A. OCCHINO, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Torino 2010.

riferimento nel riposo minimo continuativo, nonché nella tutela della salute, ma possa graduarsi verso più bilanciate garanzie di distinzione tra spazi di vita privata e attività lavorativa<sup>44</sup>, e di conciliazione tra lavoro e vita familiare, secondo l'opzione tracciata anche da alcune recenti esperienze di contrattazione collettiva<sup>45</sup>.

### 3.1. Segue. ... e limitato agli strumenti tecnologici utilizzati per rendere la prestazione

L'art. 19 della legge n. 81/2017 si applica letteralmente in ipotesi di utilizzo di strumentazioni tecnologiche, che almeno a rigore è eventuale nel lavoro agile<sup>46</sup>: anche su un piano strettamente concettuale, del resto, può esservi disconnessione solo in presenza di una connessione, di regola effettuata mediante un apparecchio telefonico o un computer, o una combinazione tra un apparecchio e una rete telematica.

Non solo: la disconnessione non interessa un apparecchio tecnologico

<sup>44</sup> Audizione del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali sull'affare assegnato atto n. 453 relativo al tema Ricadute occupazionali dell'epidemia da Covid-19, azioni idonee a fronteggiare le situazioni di crisi e necessità di garantire la sicurezza sanitaria nei luoghi di lavoro, XI Commissione – Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale, del Senato della Repubblica, 13 maggio 2020.

<sup>45</sup> Si pensi al CCNL per i lavoratori addetti al settore elettrico del 18 luglio 2022, art. 19, che postula «[f]lessibilità organizzativa e bilanciamento dei tempi di vita e lavoro con regolazione della fascia temporale in cui opera il diritto alla disconnessione, nella quale il lavoratore non eroga la prestazione lavorativa» o CCNL del personale del comparto funzioni centrali l'art. 39, che individua una «fascia di contattabilità – nella quale il lavoratore è contattabile sia telefonicamente che via mail o con altre modalità similari. Tale fascia oraria non può essere superiore all'orario medio giornaliero di lavoro»; e una «fascia di inoperabilità – nella quale il lavoratore non può erogare alcuna prestazione lavorativa», precisando che «tale fascia comprende il periodo di 11 ore di riposo consecutivo». Su questo CCNL, v. anche O. RAZZOLINI, *Lavoro agile e orario di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2, 2022, 387 ss.; ancora interessante è l'accordo per la disciplina dello *smart working* sottoscritto in data 3 novembre 2021 da Autostrade per l'Italia S.p.a. e Filt-Cgil, Fit-Cisl, Uiltrasporti, Sla-Cisal e Ugl, il quale affronta in maniera specifica il diritto alla disconnessione all'art. 4c. L'accordo prevede una disconnessione aziendale, fissata nella orario che va dalle ore 20,00 alle ore 8,00 del giorno successivo (nella quale fatte salve emergenze o regimi di reperibilità, l'azienda non può chiedere ai lavoratori di collegarsi, con particolare riferimento a lettura delle mail, risposta alle telefonate e ai messaggi, accesso e connessione al sistema informativo dell'azienda) e quattro ore giornaliere aggiuntive di disconnessione individuale, che il lavoratore sceglie in quale fascia oraria collocare e comunica al proprio superiore.

<sup>46</sup> Si condivide la precisazione di G. PROIA, *Tempo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Labour & Law Issues*, 1, 2022, 109 e M. DEL CONTE, *Problemi e prospettive del lavoro agile tra remotizzazione forzata e trasformazione organizzativa*, cit., 557.

qualsiasi, ma solamente quello strumento che sia utilizzato per rendere la prestazione lavorativa. Nondimeno, l'esperienza applicativa dimostra che nel lavoro agile la prestazione è pressoché sempre resa mediante tali strumentazioni, siano esse di proprietà del datore di lavoro o del lavoratore stesso.

Dunque, se si ammette che il diritto alla disconnessione abbia una consistenza giuridica propria, esso è definibile come il diritto del lavoratore a non essere contattato tramite gli strumenti tecnologici utilizzati per rendere la prestazione di lavoro.

E viceversa, riconoscere che il diritto alla disconnessione sia strettamente connesso all'utilizzo dei dispositivi permette di confermare (*supra*, § 2.2) come esso non si identifichi *sic et simpliciter* con il generico diritto a non essere contattati, che può discendere dalla natura della prestazione resa (si pensi al caso dei dirigenti e dei quadri, che godono di una disciplina derogatoria su orario e riposi) o può essere il frutto di pattuizioni distinte rispetto ai tempi di riposo, potendo aversi tempi di disconnessione all'interno dell'orario di lavoro, come lavoro agile asincrono o in caso di organizzazione del lavoro per risultati, e tempi di disconnessione inferiori all'orario di lavoro, come in caso di clausole di reperibilità che, per definizione, incidono sui tempi di riposo (*supra*, § 2.2).

Se è vero che l'esercizio del diritto alla disconnessione è circoscritto agli strumenti di collegamento utilizzati per il lavoro, è parimenti vero che la nozione di strumento di lavoro deve essere letta in modo teleologico, senza restrizioni tassative, ad es. limitate alle dotazioni aziendali, che sarebbero fonte di interpretazioni elusive: strumento di lavoro è (o diviene) qualsiasi apparecchio sia utilizzato di fatto dal datore di lavoro per mettersi in contatto con il lavoratore ed effettuare comunicazioni inerenti l'esecuzione della prestazione. A temperamento di qualsiasi eccesso interpretativo sovengono comunque i principi generali di buona fede e correttezza nell'esecuzione della prestazione contrattuale, oltre al già menzionato art. 2104 c.c.

#### 4. *La disconnessione come obbligo del datore di lavoro di adozione e specificazione delle misure tecniche e organizzative necessarie ad assicurarne l'effettività*

Si è già avuto modo di precisare come il contenuto del diritto alla disconnessione si sostanzia nel diritto a non essere contattato mediante gli



strumenti di lavoro. E tuttavia questa prospettiva evidenzia la sola dimensione in negativo<sup>47</sup> del diritto alla disconnessione, laddove invece occorre riferirsi anche al contesto tecnologico e organizzativo<sup>48</sup>, in cui la consueta condizione di irreperibilità deve essere attivamente presidiata dal rischio di essere raggiunti da comunicazioni o forme di controllo.

Ed è questa la dimensione nella quale si possono apprezzare i contenuti della disconnessione in termini operativi, non più come libertà *id est* generica irreperibilità *rectius* diritto del lavoratore a non essere contattato mediante strumenti di lavoro, bensì come dovere del datore di lavoro di predisporre misure tecniche e organizzative a presidio della separazione tra ambienti e momenti lavorativi e ambienti e momenti extra-lavorativi.

La dimensione tecnico-organizzativa, non a caso, è presa in considerazione anche dall'accordo quadro UNICE CES CEEP sulla digitalizzazione del 2020 e – non a caso – è letteralmente menzionata nel testo dell'art. 19 legge n. 81/2017.

Ecco che il dato letterale, a tal proposito, indica più di quanto a prima vista si potrebbe ritenere, perché il testo della disposizione non si limita ad imporre di specificare dette misure *se* necessarie a bensì riconosce tali misure tecniche e organizzative come «necessarie per assicurare la disconnessione», e conseguentemente impone alle parti di specificarne la determinazione.

Come nel lavoro subordinato in forma agile il potere direttivo non perde la sua connotazione unilaterale<sup>49</sup>, e trova nell'art. 19 un obbligo di specificazione in funzione conoscitiva per il lavoratore, allo stesso modo la disconnessione *deve* essere assicurata mediante la disattivazione degli strumenti tecnologici di lavoro oltre – e ove previsto anche durante – l'orario

<sup>47</sup> Nel senso “classico” della teoria generale, che oppone ‘negativo’ e ‘positivo’ nelle qualificazioni della libertà – rispettivamente – o quale assenza di impedimenti e interferenze o quale «possibilità di orientare il proprio volere verso uno scopo» (N. BOBBIO, *Libertà*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma 1978).

<sup>48</sup> Un quadro generale è in I. SENATORI, *The European Framework Agreement on Digitalisation: a Whiter Shade of Pale?*, in *Italian Labour Law e-Journal*, 2, 2020, 159 ss.

<sup>49</sup> G. PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino 2018, 192; A. MARESCA, *Il nuovo mercato del lavoro e il superamento delle diseguaglianze: l'impatto della digitalizzazione e del remote working*, in *Federalismi*, 9, 2022, 174; S. CAIROLI, *La definizione del lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni*, in M. VERZARO (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva e individuale: stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in *WP CSDL-LE.it*, 11, 2017; F. FERRARO, *Prime note sul potere direttivo nella disciplina del lavoro agile*, in M. VERZARO (a cura di), *Il lavoro agile*, cit., 146-8.

di svolgimento della prestazione agile, indipendentemente dal fatto che il patto ne specifichi le modalità tecniche e organizzative<sup>50</sup>. Al contempo, però, l'art. 19 impone la specificazione di tali misure per una più agevole conoscibilità da parte del lavoratore stesso, oltre che per poter radicare eventuali profili di responsabilità disciplinare (art. 21).

E se la disconnessione deve essere assicurata al lavoratore, non v'è dubbio che il soggetto tenuto ad assicurarla possa essere soltanto il datore di lavoro, che assume così, a monte dell'obbligo di specificazione formale, una vera e propria posizione di garanzia in termini sostanziali.

Così come non vi è dubbio che, su questa tematica come in molte altre dell'istituto del lavoro agile, un ruolo rilevante possa essere svolto dalla contrattazione collettiva<sup>51</sup>, sia in funzione di precisazione degli obblighi datoriali, sia mediante l'individuazione di modelli ("patti-tipo di lavoro agile") o requisiti minimi informativi che il datore di lavoro deve assicurare. Si tratta di una funzione che, purtroppo, non pare essere ad oggi ancora dispiegata in pieno dalle parti sociali<sup>52</sup>.

Non è solo l'implicito riconoscimento di un diritto di rango autonomo, è la posizione di un obbligo in capo al datore di lavoro, rispetto al quale la specificazione svolge una funzione conoscitiva e servente.

L'accordo, dunque, deve specificare un obbligo che resta posto in capo al datore di lavoro, e le parti non possono derogare a tale obbligo o affermare che non vi sono necessità, o rinviare ad accordi di volta in volta instaurati tra il lavoratore e personale aziendale.

Accogliendo questa prospettiva, la questione si pone in termini non meramente ricognitivi, bensì di elaborazione attiva, anche sulla base del con-

---

<sup>50</sup> S. BELLOMO, M. VERZARO, *La disciplina legislativa*, cit., 547-8, sia pure con riferimento al limite di durata massima della prestazione lavorativa e comunque sottolineando «un'evidente discrasia tra la qualificazione della disconnessione come diritto del lavoratore agile e la sua devoluzione all'autonomia contrattuale».

<sup>51</sup> G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino 2022, 492 e S. BELLOMO, M. VERZARO, *La disciplina legislativa*, cit., 549; P. ALBI, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in *Mass. giur. lav.*, 4, 2020, 775-6; già M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 4, 2017, 924.

<sup>52</sup> Secondo uno studio condotto dal Gruppo di studio sul lavoro agile istituito con Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 87 del 13 aprile 2021 successivamente integrato dal D.M.L.P.S. n. 99 del 21 aprile 2021, nella relazione del gruppo di studio Lavoro Agile, dello scorso dicembre, risulta che su oltre duecento contratti analizzati solamente una ottantina di essi menziona esplicitamente la disconnessione. Di essi, alcuni riportano un semplice richiamo al tema della disconnessione, mentre altri vincolano il tema alla disciplina dell'orario di lavoro.

testo produttivo e organizzativo, dei dispositivi e dei programmi utilizzati dal lavoratore, di uno spazio e un tempo liberi, secondo modalità che risultino effettive e al contempo conformi ai valori costituzionali già illustrati<sup>53</sup>.

Ne discendono quattro effetti: il primo e più evidente è che il diritto alla disconnessione perde una connotazione meramente formale o documentale, perché non può dirsi garantito esclusivamente dall'indicazione nel patto di lavoro agile delle misure di disconnessione, ma "vive" nell'esecuzione del patto.

Il secondo effetto, parimenti rilevante, è che il profilo della specificazione delle misure nel patto resta distinto dalla titolarità dell'obbligo datoriale di assicurare la disconnessione, di talché nel patto e per mezzo del patto si possono indicare al lavoratore modalità di utilizzo degli strumenti tecnologici forniti, ma non si può attribuire l'obbligo stesso di assicurare la disconnessione.

In terzo luogo, il diritto alla disconnessione si distingue dai meri diritti di protezione (*Abwehrrechte*), evidenziando caratteristiche di tipo pretenitivo<sup>54</sup>, speculari all'obbligo del datore di lavoro di predisporre le garanzie adeguate alla non rintracciabilità del lavoratore nel tempo libero.

Infine, un diritto-obbligo di disconnessione così configurato si avvicina ai diritti della protezione dei dati sotto il profilo della protezione dall'ingerenza esterna del terzo mediante le nuove tecnologie, determinando una possibile interazione tra le due discipline.

## 5. Conseguenze della violazione dell'obbligo di disconnessione

È ora possibile soffermarsi sulle conseguenze della violazione dell'obbligo di disconnessione, da molti ritenute inesistenti o carenti<sup>55</sup>, al punto da

---

<sup>53</sup> È al riguardo significativo un passaggio della menzionata risoluzione del Parlamento europeo 2019/2181/INL del 21 gennaio 2021, ove si esortano «*le parti sociali e le autorità di controllo della protezione dei dati a garantire che gli strumenti di monitoraggio del lavoro siano utilizzati soltanto se necessario e in modo proporzionato nonché a garantire il diritto alla vita privata dei dipendenti e all'autodeterminazione sul lavoro*» (punto 17).

<sup>54</sup> Sul rapporto tra *Abwehrrecht* e *Leistungsrecht*, tra i tanti, J. ISENSEE, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 5, Bad Langensalza 1992, 414 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma 1989, 29 ss. e ID., *Libertà I) Problemi generali*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma 1990, 20 ss.

<sup>55</sup> G. PROIA, *Tempo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Labour & Law Issues*, 8, 2022,

porre in discussione l'esistenza stessa di un diritto alla disconnessione<sup>56</sup> o la sua effettività<sup>57</sup>.

In realtà, già su un piano formale, la violazione degli obblighi di specificazione delle misure di disconnessione nel patto di lavoro agile può comportare una sanzione amministrativa a carico del datore di lavoro. Infatti, ai sensi dell'art. 19 legge n. 81/2017 l'accordo scritto non riguarda semplicemente l'attivazione del lavoro agile, bensì "la modalità di lavoro agile", dunque deve contemplare tutti i contenuti richiamati dalla norma e tra questi, ovviamente, anche i tempi di riposo e le modalità di disconnessione.

Ne consegue che dalla violazione della norma deriverà una sanzione per irregolarità amministrativa, sebbene questa non risulti specificamente indicata. Al riguardo, il referente legislativo più accreditato per questo "rinvio aperto" operato dall'art. 19 pare rinvenibile, in via analogica, nella disciplina generale sull'informazione sugli elementi essenziali del rapporto di lavoro, che il datore di lavoro deve fornire al lavoratore subordinato ed aggiornare in caso di modifica (artt. 1 e 3, d.lgs. n. 152/1997, sia prima sia dopo le modifiche operate dal d.lgs. n. 104/2022). Conseguentemente, la sanzione per violazione è quella individuata in quella stessa *lex generalis*, ossia nell'art. 4.

In secondo luogo, la mancata specificazione nel patto delle modalità di disconnessione, anche in combinato disposto con l'art. 21 della legge n. 81/2017, rende irrilevante qualsiasi comportamento del lavoratore connesso alla disconnessione dagli strumenti di lavoro, nel rispetto dei principi di buona fede nell'esecuzione della prestazione e fatte salve ovviamente macroscopiche violazioni di doveri di comportamento.

La mancata indicazione dei tempi di disconnessione condurrà ad inden-

---

1, 77; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva*, cit., 33; E. GRAGNOLI, *La distanza come misura degli spazi contrattuali*, in A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, cit., 207-8; M. ALTIMARI, *Il diritto alla disconnessione: un "vecchio" diritto ineffettivo?*, in A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Milano 2018, 181 ss., *ivi* 184 ss.; M. MANICASTRI, *Lavoro agile*, in *Dir. proc.*, 2017, 88.

<sup>56</sup> M.C. CATAUDELLA, *Tempo di lavoro e tempo di disconnessione*, cit., 865-6; M. LAI, *Innovazione tecnologica e riposo minimo giornaliero*, in *Dir. rel. ind.*, 3, 2020, 678; A. ALLAMPRESE, F. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore agile*, cit., 316 ss.

<sup>57</sup> A. RICCOBONO, *Capitalismo digitale e controlli sulle attività telematiche dei lavoratori*, in *WP CSDLE.it*, 458, 2022, 87; V. MAIO, *Lo smart working emergenziale tra diritti di connessione e di disconnessione*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, cit., 93 ss.; C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, cit., 155; M. TUFO, *Il lavoro agile emergenziale: un mosaico difficile da ricomporre tra poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1, 2021, 53.

tificare gli stessi nei tempi di riposo – e non nei tempi di riposo minimo consecutivo<sup>58</sup> – e, qualora non siano indicati neppure questi, tenderà ad essere identificata nei tempi di non lavoro, ossia all'orario esterno a quello di lavoro<sup>59</sup> osservato in presenza.

Laddove nulla sia previsto in tema di disconnessione, ma siano indicate le c.d. fasce di contattabilità<sup>60</sup>, queste permettono la conoscibilità *ex ante* dei momenti nei quali collocare la prestazione e, di converso, il diritto alla disconnessione sarà di certo esercitabile all'infuori delle suddette fasce orarie. Anche tali fasce dovranno rispettare i tempi di riposo minimo consecutivo.

Infine, la mancata specificazione delle modalità e tempi di disconnessione impedisce che eventuali problematiche o incertezze nella sua applicazione possano integrare un giustificato motivo di recesso dal patto di lavoro agile.

Su un piano sostanziale, si è detto che il datore di lavoro non ha solo l'obbligo di specificare nel patto le misure di disconnessione, ma deve assicurarne l'attuazione per tutta l'esecuzione del patto di lavoro agile, assumendo la responsabilità di eventuali violazioni e senza possibilità di porre a carico del lavoratore agile o a terzi le responsabilità ad esse connesse. Ne consegue che egli potrà essere ritenuto responsabile di ogni danno eventualmente procurato al lavoratore in conseguenza di violazioni, a titolo di responsabilità contrattuale, ma senza escludere la possibilità di un concorso di colpa *ex art. 1227 c.c. del danneggiato nella violazione*<sup>61</sup>.

Non solo: il datore potrà essere chiamato a rispondere anche del comportamento dei colleghi che si traduca in una violazione delle regole di disconnessione, in linea con le elaborazioni già acquisite sul mobbing orizzontale

---

<sup>58</sup> Come ritiene M. DEL CONTE, *Problemi e prospettive del lavoro agile tra remotizzazione forzata e trasformazione organizzativa*, cit., 557, sia pure sul presupposto, parimenti non condiviso, che allo stato attuale il lavoratore possa di regola decidere quando svolgere la propria prestazione di lavoro nel rispetto dei limiti di durata massima giornaliera e settimanale (553). Ciò induce l'a. a proporre di capovolgere la prospettiva, regolando per legge i limiti alla connessione in termini corrispondenti e non eccedenti rispetto all'orario di lavoro (557).

<sup>59</sup> A. PRETEROTI, *Il diritto alla disconnessione nel lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione*, cit., 10.

<sup>60</sup> Tali fasce "orarie" sono previste anche nel Protocollo sul lavoro agile CGIL-CISL-UIL-Confindustria (art. 3, comma 2), ed alle stesse specularmente corrispondono le fasce di disconnessione.

<sup>61</sup> R. PERRONE, *Il "diritto alla disconnessione" quale strumento di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti*, cit., 20.

per *culpa in vigilando* dello stesso datore di lavoro che sia rimasto colpevolmente inerte nella prevenzione e nell'impedimento del fatto lesivo<sup>62</sup>.

Infine, i rischi specifici legati all'iper-connessione debbono essere oggetto dell'informativa specifica scritta, ad aggiornamento almeno annuale, che l'art. 22 legge n. 81/2017 impone al datore di lavoro di consegnare al lavoratore agile, quale adempimento aggiuntivo rispetto agli obblighi generali.

Ma se si accoglie e si sviluppa a pieno<sup>63</sup> questa prospettiva, l'introduzione del lavoro agile, viepiù con utilizzo di strumenti tecnologici, rappresenta parimenti un mutamento organizzativo del quale si deve tenere conto in funzione dell'aggiornamento della valutazione dei rischi<sup>64</sup>, che rende la predisposizione di misure tecnico-organizzative di disconnessione a tutti gli effetti una misura di sicurezza<sup>65</sup>.

Di conseguenza, la mancata effettuazione dell'aggiornamento potrà riflettersi sia in sanzioni dirette per la violazione in sé e per sé considerata, sia sulla liceità di eventuali apposizioni del termine ai sensi dell'art. 20 d.lgs. n. 81/2015.

## 6. La disconnessione nel lavoro alle dipendenze della PA

Posto che tutte le disposizioni del lavoro agile si applicano al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, in quanto compatibili (art. 18, comma 3), non vi è ragione di considerare diversamente il diritto alla disconnessione del lavoratore alle dipendenze della PA, cui si applica la disciplina del lavoro agile in quanto compatibile e nel rispetto di specifiche previsioni.

Appare interessante la riserva per l'autonomia privata individuale che la direttiva 3 del 2017 del Presidente del Consiglio dei Ministri prevede (p. 13, punto 24) per l'individuazione dei tempi di riposo nonché delle misure

---

<sup>62</sup> *Ivi*, 19.

<sup>63</sup> M.C. CATAUDELLA, *Tempo di lavoro e tempo di disconnessione*, cit., 860.

<sup>64</sup> A. DELOGU, *Obblighi di sicurezza: tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile*, in M. VERZARO (a cura di), *Il lavoro*, cit., 114-5.

<sup>65</sup> P. PASCUCCI, *Dignità del lavoratore e sicurezza sul lavoro nella civiltà digitale*, Relazione Convegno "Dignità del lavoro e civiltà digitale", Roma, Accademia dei Lincei, 24 febbraio 2023 (estratto), 6.

di disconnessione, facendo fuoriuscire la materia da schematismi e favorendo così, almeno su un piano formale, modulazioni concordate tra le parti. E a differenza che nel settore privato, nel pubblico impiego, ove la stabilità del rapporto è garantita, non v'è dubbio che il lavoratore sarà meno portato a temere le conseguenze di un suo eventuale rifiuto di adempiere<sup>66</sup> e così gli spazi riconosciuti all'autonomia privata individuale potranno essere conseguentemente oggetto di effettiva negoziazione.

Per mezzo del POLA (Piano Operativo Lavoro Agile), introdotto quale unico modello tipico di promozione del lavoro agile, le PA devono dotarsi sia di uno specifico regolamento interno, utile a definire tutti gli aspetti indispensabili del lavoro agile e relativi all'influenza che quest'ultimo produce sui rapporti di lavoro, sia di un piano ai fini della programmazione, della gestione e delle modalità di attuazione e sviluppo dell'istituto.

Appare evidente come sotto entrambi i profili, di regolamentazione e programmazione, la garanzia della disconnessione non possa certo essere esclusa, anche come criterio di valutazione del ricorso allo strumento.

### *7. Il diritto alla disconnessione nella fase emergenziale di attivazione unilaterale del lavoro agile*

Sia nel lavoro pubblico, sia nel lavoro privato, come è noto, durante l'emergenza epidemiologica Covid-19 il lavoro in forma agile si è trasformato, fino a perdere i propri tratti distintivi<sup>67</sup>, per l'interesse generale alla salute in una modalità di prevenzione delle occasioni di contatto, con possibilità di attivazione unilaterale.

Nel settore privato detta attivazione doveva avvenire «nel rispetto dei principi» dettati dalle disposizioni del Capo II della legge n. 81/2017 (artt. 18-23), tra i quali – alla luce delle argomentazioni esposte – non v'è dubbio che si annoveri il diritto alla disconnessione posto dall'art. 19 (art. 90, comma 4, d.l. n. 34/2020). Questo virgolettato non era rinvenibile nel lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione (art. 87, comma 1,

---

<sup>66</sup> Sui rischi (generali) di una sistematica arrendevolezza del lavoratore v. M. D'APONTE, *Evoluzione dei sistemi organizzativi*, cit., 34-5.

<sup>67</sup> F. CARINCI, *Dall'ordinamento del lavoro in fabbrica a quello del lavoro da remoto*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, cit., 47.

lett. b), d.l. n. 18/2020)<sup>68</sup>, e ciononostante era improbabile che il dirigente potesse omettere di specificare nel provvedimento unilaterale di attivazione le misure tecnico-organizzative di disconnessione.

A scanso di equivoci, comunque, è in seguito intervenuta la legge n. 61/2021, che in occasione della conversione del d.l. n. 30/2021, che sebbene sia una norma di carattere emergenziale<sup>69</sup>, e come tale limitata alla fase in cui, per fronteggiare l'epidemia Covid-19, ha fornito alcune precisazioni che possono guidare ancora l'interprete nell'approcciare alla legislazione ordinaria. Tale disposizione ha riconosciuto espressamente il diritto alla disconnessione del lavoratore agile anche a fronte dell'attivazione unilaterale da parte del datore di lavoro, sia esso pubblico o privato (art. 2, comma 1 *ter*), confermandone l'assoluta rilevanza all'interno dell'istituto del lavoro agile. Venuta meno la possibilità per il datore di lavoro di attivare unilateralmente il lavoro agile, non ha più ragion d'essere una disciplina che riconosca tale diritto "salvo accordo" tra le parti.

La stessa disposizione ha riconosciuto espressamente che l'esercizio del diritto alla disconnessione non può avere ripercussioni sul rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi: questo principio poteva forse già desumersi implicitamente in precedenza, nell'art. 19, comma 1, legge n. 81/2017, ma la sua conferma nel periodo emergenziale consente di ritenere viepiù consolidato il suo riconoscimento in un contesto privo di misure eccezionali, quale è l'attuale.

Infine, il diritto alla disconnessione è riconosciuto come «necessario per tutelare i tempi di riposo e la salute del lavoratore», senza però precisare se la sua esistenza giuridica si esaurisca in questa sola funzione.

La disciplina fa salvo il rispetto di eventuali periodi di reperibilità che, se concordati tra le parti, rendono il diritto alla disconnessione non esercitabile entro tali fasce.

---

<sup>68</sup> Cfr. anche il d.m. 19 ottobre 2020 (misure per il lavoro agile nella pubblica amministrazione nel periodo emergenziale), in vigore fino al 30 aprile 2021.

<sup>69</sup> A. PRETEROTI, *Il diritto alla disconnessione nel lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione*, cit., 13-14; C. TIMELLINI, *Il diritto alla disconnessione nella normativa italiana sul lavoro agile e nella legislazione emergenziale*, in *Lav. dir. Europa*, 4, 2021, 11; P. BOZZAO, *Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali*, in *Federalismi*, 9, 2022, 116. Per una lettura differente M.C. CATAUDELLA, *Tempo di lavoro e tempo di disconnessione*, cit., 865-6, sebbene l'a. ritenga la norma comunque carente di adeguate indicazioni per gli interpreti.



## 8. Conclusioni: dal riconoscimento dell'ambito oggettivo del diritto all'estensione della platea dei beneficiari

Nel corso dell'esposizione si è avuto modo di declinare la disconnessione come fenomenologia articolata.

Articolata in una variegata gamma di comportamenti: misure tecniche, misure organizzative da predisporre, specificare per iscritto ed attuare.

Articolata in una molteplicità di posizioni soggettive, che non si identificano esclusivamente nella garanzia del riposo minimo consecutivo giornaliero o settimanale, trovando semmai in essa un'ipotesi limite di tutela, giacché in assenza di specificazione i tempi di connessione si ancorano ai tempi esterni all'orario di lavoro o alle fasce di contattabilità. Dette posizioni, si è altresì appurato, non si identificano neppure esclusivamente in esigenze di tutela dell'orario di lavoro, perché trovano un sostrato giuridico molto più complesso ed eterogeneo di quanto una prima lettura della disposizione sembrerebbe consentire, teso a garantire la dignità del lavoratore oltre ed a prescindere dall'orario di lavoro, la sua libertà personale, la sua dimensione familiare, particolarmente sentita nel lavoro agile ove è il lavoratore a scegliere il luogo di adempimento.

E in questo contesto in assoluto divenire, si prospetta già oggi e ogni giorno di più la necessità di una nuova concezione del diritto alla disconnessione, non declinata in negativo, e cioè limitata all'assenza di pregiudizi in capo al lavoratore per l'esercizio di un diritto, che potrebbe non esercitare mai, bensì in termini di dovere di protezione del datore di lavoro rispetto alle accresciute e multiformi opportunità di interazione tra vita privata e lavorativa. Ma non solo.

Non può infatti negarsi che in tutto il fenomeno del lavoro subordinato – almeno, di quello impiegatizio – sia in atto una crescente valorizzazione dell'autonomia del lavoratore e, al contempo, sarebbe fuorviante circoscrivere le innovazioni tecnologiche solo entro il prisma del lavoro agile.

E se il diritto alla disconnessione trova connessioni profonde in principi di tutela che sono di molti decenni antecedenti alla nascita del lavoro agile, sarebbe opportuno domandarsi se tali principi non siano applicabili ad altre forme di lavoro<sup>70</sup>, in linea con alcune recenti esperienze collettive<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Come riconoscono anche A. MARESCA, *Il nuovo mercato del lavoro e il superamento delle diseguaglianze: l'impatto della digitalizzazione e del remote working*, cit. 173: «se il LA costituisce, senza dubbio, l'ambito elettivo della disconnessione, ormai anche per il lavoro in presenza

Lo sono senz'altro rispetto al telelavoro, nel quale l'assenza di libertà del lavoratore di scegliere il luogo di adempimento può forse ridurre, ma certo non escludere l'esigenza di tutelarne il diritto di scollegarsi. L'esclusione dei telelavoratori tra i destinatari delle tutele in materia di disconnessione potrebbe oggi porsi in aperta violazione degli artt. 3 e 35 Cost.<sup>72</sup>.

Allargando ulteriormente la prospettiva, i tempi sembrano ogni giorno più maturi per rinvenire le medesime esigenze di tutele in capo a tutti i lavoratori subordinati che operino con strumenti tecnologici e siano, per l'effetto, contattabili tramite essi<sup>73</sup>.

Questa, del resto, appare la prospettiva verso la quale si orienta il legislatore eurounitario mediante la risoluzione del 21 gennaio 2021 del Parlamento europeo e la relativa proposta di direttiva sul diritto alla disconnessione. Tale proposta, oltre a definire con compiutezza il diritto alla disconnessione e i possibili strumenti di garanzia, estende tale diritto a tutti i periodi di non lavoro e non solo ai periodi di riposo minimo consecutivo, e si applicherebbe a tutti i settori, pubblici e privati, in perfetta aderenza ai *considerandi* C ed H della risoluzione<sup>74</sup> in cui si iscrive la proposta.

---

si pone un problema di disconnessione» e M. FERRARESI, *Problemi irrisolti dei tempi di disponibilità e reperibilità dei lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 2, 2022, 444.

<sup>71</sup> Si fa riferimento al CCNL industria elettrica 18 luglio 2022, art. 27, alla cui stregua «[I]e Parti riconoscono inoltre il principio che la disconnessione sia un diritto per tutti i lavoratori – e non solo durante lo *smart working* – nel rispetto dei doveri contrattuali (reperibilità, turno, straordinari programmabili e non programmabili ecc.)».

<sup>72</sup> A. PRETEROTI, *Il diritto alla disconnessione nel lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione*, cit., 20.

<sup>73</sup> S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, cit., 277 ss., A. PRETEROTI, *Il diritto alla disconnessione nel lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione*, cit., 19-20; Relazione gruppo Frecciarossa, 4; P. BOZZAO, *Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali*, cit., 124.

<sup>74</sup> S. BELLOMO, M. VERZARO, *La disciplina legislativa*, cit., 549.



Benedetta Agostinelli

*“Emancipazione digitale” e tutela dei minori  
tra responsabilità genitoriale  
e regolamentazione eurounitaria*

*“Digital emancipation” and protection of minors  
between parental responsibility and European  
regulation*

**Abstract**

*I minori sono particolarmente esposti sul web, luogo virtuale dove possono sviluppare la propria personalità ma anche pieno di rischi legati ad una navigazione non sempre consapevole e sicura. Al 14° anno, poi, il consenso per il trattamento dei dati personali nei servizi della società dell'informazione è prestato direttamente dall'interessato e i sistemi di controllo parentale si interrompono bruscamente e non possono essere mantenuti dai genitori senza la volontà del minore. Ciò riduce la capacità di controllo e di guida dei genitori e incide sull'esercizio stesso della responsabilità genitoriale. Il problema dei minori in rete non è solo un problema di privacy ma di tutela dei diritti fondamentali che possono essere più facilmente lesi in Internet per l'inesperienza e l'immaturità e per la mancata verifica dell'età.*

*Minors are particularly exposed on the web, that's a virtual place where they can develop their personality but also full of risk linked to browsing that's not always aware and safe. At 14 consent for the processing of personal data in information society services is provided directly by the minor and parental control systems are interrupted abruptly and cannot be maintained by parents without the will of the minor. That reduces parents' ability to control and guide and affects the very exercise of parental responsibility. The problem of minors on line is not only a problem of privacy but of protection of fundamental rights that can be more easily damaged in the internet for the inexperience and immaturity and for the lack of age verification.*

SOMMARIO: 1. “Emancipazione digitale” e responsabilità genitoriale. La rete quale spazio di libertà e fonte di rischi. – 2. La questione del consenso digitale del minore: dal GDPR al codice privacy. – 3. “Baby-consumatore” e “baby-internauta”: la rilevanza dello sviluppo fisico, psichico e morale. – 4. I sistemi di *parental control*: un’arma (spuntata) in mano ai genitori. – 5. Il nuovo *Digital Services Act* e l’individuazione di un “rischio sistemico” per i minori. Verso una tutela effettiva?

## 1. “Emancipazione digitale” e responsabilità genitoriale. La rete quale spazio di libertà e fonte di rischi

Il *web* è, a tutti gli effetti, una “rete”: connette e include, ma può anche intrappolare.

Certo nessuno può ragionevolmente pensare al tempo attuale, ingaggiando una battaglia di palese ed inutile retroguardia, di frenare quella che è stata chiamata “rivoluzione digitale” e che permea la vita quotidiana di ciascuno in misura sempre crescente.

Il fenomeno, tuttavia, proprio perché dirompente come impatto e capillare come effetto, non può essere guardato passivamente rinunciando a sondarne le criticità e a riconoscere i punti deboli che scopre, soprattutto per i soggetti di per sé anch’essi deboli, quali i minori.

E sebbene la stessa Convenzione ONU sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza<sup>1</sup> configuri il diritto del fanciullo alla libertà di espressione quale «libertà di ricevere e di divulgare informazioni e idee di ogni specie, indipendentemente dalle frontiere, sotto forma orale, scritta, stampata o artistica, o con ogni altro mezzo a scelta del fanciullo» (art. 13), non andrebbe enfatizzato, oltre la misura di già raggiunta, la prospettazione di un vero diritto (addirittura fondamentale) all’accesso ad internet<sup>2</sup>, ormai rappresentato quest’ultimo come una proiezione spaziale, benché virtuale, della

<sup>1</sup> Approvata dall’Assemblea Generale ONU nel 1989 e ratificata dall’Italia nel 1991.

<sup>2</sup> Per la configurabilità del diritto di accedere alla rete internet quale “diritto fondamentale della persona e condizione per il suo pieno sviluppo individuale e sociale”, v. la “Dichiarazione dei diritti in Internet” (art. 2, comma 1) pubblicata il 28 luglio 2015 dalla Commissione di studio per i diritti e i doveri in Internet costituita presso la Camera dei deputati. Sulla questione vedi da ultimo le ricostruzioni di G. D’IPPOLITO, *Diritti digitali*, in E. BATTELLI (a cura di), *Diritto privato digitale*, Torino 2022, 4 ss. Sul tema già P. COSTANZO, *Miti e realtà dell’accesso a Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *consultaonline*, 2012; S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Bologna 2014.

sfera del singolo, ove esprimere la propria personalità, esercitando – come in uno spazio fisico – le libertà individuali di manifestazione del pensiero, di parola e di partecipazione alla vita associata delle “comunità” (virtuali anch’esse) di cui si è, o ci si sente, parte.

I profili giuridici dell’uso e abuso degli strumenti telematici, peraltro, sono più che mai intrecciati a quelli sociologici e persino antropologici, avendo l’avvento della rete mutato la struttura mentale dei nostri giovani: la vera e propria dipendenza delle nuove generazioni dalla tecnologia (e in particolare dall’uso dei social network) ha alimentato, con preoccupante anticipazione, nei casi più gravi, fenomeni di ansia, depressione, disturbi del sonno e distorsioni dell’immagine corporea<sup>3</sup>.

Il fenomeno ha finito per incidere anche sulle stesse relazioni umane, intra ed extra familiari<sup>4</sup>.

Ciò induce a valutare l’importanza del momento regolatorio *ex ante* e del controllo *ex post* degli effetti che tale uso o abuso ingenera, specialmente nelle fasce più vulnerabili, ma anche più assidue, dei suoi frequentatori: i minori, appunto che, come tali, sono anche figli soggetti alla responsabilità genitoriale.

L’ambito stesso del controllo e dell’educazione da parte dei genitori è, dunque, sensibilmente mutato negli ultimi anni e impone di verificare l’adeguatezza degli strumenti di cui sono dotati per esercitare il loro ruolo.

Come riportato nella Relazione al Parlamento 2021 dell’Autorità garante per l’infanzia e l’adolescenza<sup>5</sup>, il Commento generale n. 25 adottato dal Comitato ONU sui diritti dell’infanzia nell’86<sup>a</sup> sessione (2021) richiama in primo luogo quattro principi generali della Convenzione di New York: non discriminazione, superiore interesse del minore, diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo e rispetto delle opinioni del minore. Tali

---

<sup>3</sup> Nell’ambito dei suoi rapporti sulla salute mentale dei giovani, l’OCSE ha diffuso nel 2019 lo studio *Young People’s Mental Health in the Digital Age – Shaping the Future*, effettuato in 28 Paesi europei, dal quale è emerso che il 10% dei ragazzi e il 14% delle ragazze dagli 11 ai 14 anni, che trascorrono in media su internet circa 29 ore settimanali, hanno riferito di “*sentirsi a disagio*” più di una volta alla settimana; 61% dei quindicenni non ha una piena consapevolezza della quantità di tempo impiegato per l’utilizzo dei dispositivi digitali e più della metà (54%) ha riferito di sentirsi male davanti all’impossibilità di connettersi ad internet (cfr. [www.asvis.it](http://www.asvis.it)). La cronaca, poi, com’è tristemente noto, restituisce, da varie parti del mondo, notizie drammatiche di episodi di autolesionismo e addirittura suicidio tra giovanissimi in risposta a sollecitazioni mirate provenienti da piattaforme assai frequentate da bambini anche minori di 13 anni.

<sup>4</sup> Il tema è approfondito da S. NARDI, *La famiglia e gli affetti nell’era digitale*, Napoli 2020.

<sup>5</sup> Consultabile su [www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/2022-06/agia-relazione-parlamento-2021.pdf](http://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/2022-06/agia-relazione-parlamento-2021.pdf).

principi sono destinati ad operare come guida per determinare le misure necessarie a garantire la realizzazione dei diritti dei minorenni anche nell'ambiente digitale<sup>6</sup>.

In ambito domestico, l'Autorità garante per le comunicazioni ha emanato di recente le linee guida in materia di sistemi di "protezione dei minori dal rischio del cyberspazio"<sup>7</sup>.

La proclamazione di uno specifico riguardo della categoria "minori" nello specifico contesto tecnologico in cui la gran parte di loro si muove sembra cogliere la serietà e gravità del tema, ma occorre chiedersi come ciò si riverberi, in particolare, nella fondamentale relazione genitori-figli e come leggere il fenomeno attraverso la lente dello strumentario del diritto di famiglia, il primo, per prossimità al minore, ad essere investito della sua salvaguardia.

Al diritto spetta, infatti, di svelare le eventuali inadeguatezze delle soluzioni tecniche offerte dal mercato, configurandosi il *web* come tale, in quanto luogo di soddisfazione di bisogni, di scambio e di incontro tra domanda e offerta. Tale del resto è evidentemente considerato nell'Unione europea, impegnata negli ultimi anni in un massiccio e continuo tentativo di regolamentare la rete – di cui si predica neutralità ed apertura – funzionale, appunto, ad un "mercato unico digitale"<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Il Commento ONU fornisce indicazioni agli Stati parte circa l'attuazione della Convenzione di New York e fornisce assistenza circa le misure legislative e politiche appropriate, invitando gli Stati a garantire a tutti i minorenni l'accesso sicuro e protetto a informazioni e contenuti digitali diversificati, di buona qualità e adeguati all'età; raccomandando altresì di fornire ai ragazzi opportunità di formazione sulla creazione e condivisione di contenuti digitali, nel rispetto della legge e dei diritti e della dignità altrui. Il Comitato ONU chiede inoltre ai governi di adottare misure di prevenzione, incriminazione e sanzione per proteggere i minorenni, soprattutto i più vulnerabili, dai rischi di contenuti dannosi e inattendibili e da ogni reato, violenza, forma di sfruttamento e abuso che si verifichino nell'ambiente digitale.

<sup>7</sup> Delibera AGCOM 9/23/CONS del 25 gennaio 2023; l'art. 7 *bis* del d.l. n. 28/2020 cui dà attuazione prevede: "1. I contratti di fornitura nei servizi di comunicazione elettronica disciplinati dal codice di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, devono prevedere tra i servizi preattivati sistemi di controllo parentale ovvero di filtro di contenuti inappropriati per i minori e di blocco di contenuti riservati ad un pubblico di età superiore agli anni diciotto; 2. I servizi preattivati di cui al comma 1 sono gratuiti e disattivabili solo su richiesta del consumatore, titolare del contratto; 3. Gli operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni elettroniche assicurano adeguate forme di pubblicità dei servizi preattivati di cui al comma 1 in modo da assicurare che i consumatori possano compiere scelte informate; 4. In caso di violazione degli obblighi di cui al presente articolo, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ordina all'operatore la cessazione della condotta e la restituzione delle eventuali somme ingiustificatamente addebitate agli utenti, indicando in ogni caso un termine non inferiore a sessanta giorni entro cui adempiere".

<sup>8</sup> Cfr., tra gli ultimi e più significativi interventi, il regolamento (UE) 2022/2065 del 19 otto-

I minori sono infatti parte e destinatari di tale mercato che li considera doppiamente interessanti: nell'immediato, quali consumatori attuali; in prospettiva, quali consumatori adulti, ormai avvezzi e ambientati.

Mai come oggi, peraltro, probabilmente, gli educatori (genitori) sono (anche molto) meno attrezzati degli educandi (figli) e sono indubbiamente i primi a doversi munire dell'educazione digitale che dovrebbero impartire ai figli, a cominciare da un uso (auto)responsabile del mezzo e dalla consapevole conoscenza dei plurimi rischi della navigazione incontrollata.

Ciò rende evidentemente più gravoso il compito genitoriale: rispetto alla tecnologia galoppante, infatti, non solo pare più difficile, per i genitori (che non siano, come spesso pure accade, intrappolati loro stessi nella rete), arginare le “insidie” telematiche ma finanche percepirne la stessa esistenza o l'incombenza; specialmente, come si dirà, quando l'accesso alla rete diventa, in ragione del raggiungimento della c.d. “maturità digitale”, del tutto autonomo per il figlio e (praticamente) insondabile per il genitore.

Tra le altre prospettabili, almeno due sono le possibili ricadute sul fronte aperto della responsabilità genitoriale: quanto all'esercizio dei diritti personali (che sarebbero, secondo la lettura dominante, nell'esclusiva gestione dei titolari, pur minori), il rischio di lesione è sempre più frequente e la prevenzione sempre più difficile; quanto al danno cagionato dagli stessi minori, la responsabilità dei genitori *ex art.* 2048 c.c. tende ad una crescente “oggettivizzazione”, per la fisica, materiale impossibilità di “vigilanza” del minore sul *web*<sup>9</sup>.

---

bre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (*Digital Services Act*, o DSA), da combinarsi con il coevo regolamento (UE) 2022/1925 sui mercati digitali (*Digital Markets Act*, o DMA), su cui v. *infra*, § 5; la direttiva (UE) 2019/770 del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali; la direttiva (UE) 2018/1808 del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, concernente il testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato; il regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati; il regolamento (UE) 2015/2120 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) 531/2012 del 13 giugno 2012 relativo al *roaming* sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione. Sulla nuova stagione della regolamentazione europea in materia, v., da ultimo, A. D'AVOLA, *Nuove tecnologie e regolamentazione digitale*, in E. BATTELLI (a cura di), *Diritto privato digitale*, cit., 239 ss.

<sup>9</sup> I rischi generati dall'uso dei *social network* sono riconducibili a tre principali tipi: il *content risk* dato dalla generale esposizione del minore ai possibili contenuti lesivi della rete telematica; il *contact risk* rappresentato dall'iniziativa di un adulto che con il minore interagisca; il *conduct risk* legato ai possibili pregiudizi connessi all'uso di Internet da parte del mino-



## 2. La questione del consenso digitale del minore: dal GDPR al codice privacy

Proprio l'accesso alla rete rappresenta il primo cruciale elemento di valutazione dell'adeguatezza delle norme rispetto alla tutela dei minori.

La disciplina che contempla tale momento e segna la conquista dell'indipendenza rispetto ai genitori è nata, tuttavia, in un ambito che non risulta adeguato rispetto alla categoria protetta e alla *ratio* della sua protezione. Si tratta, infatti, della normativa in tema di autorizzazione al trattamento dei dati personali che, declinata rispetto ai minori, non coglie l'aspetto principale della questione che, se pur contempla anche il profilo della riservatezza e dell'identità del minore, abbraccia l'intero (e ben più vasto) ambito del suo sviluppo fisico, psichico, morale, un vero e proprio *a priori* rispetto ad ogni singola manifestazione della sua personalità *in fieri*<sup>10</sup>.

In altri termini, la sicurezza del minore *on line* che certo riguarda anche i dati personali da lui stesso (o da altri) immessi non si esaurisce in questo ma comprende tutto ciò con cui può venire in contatto (anche grazie ad una prima immissione di tali dati) durante la navigazione.

Com'è noto, il recente Regolamento europeo per la protezione dei dati (regolamento EU 2016/679, o GDPR), ha fissato all'art. 8 una disciplina specifica, che però non tocca (espressamente) la generale capacità di agire del minore, come regolata da ciascun ordinamento nazionale<sup>11</sup>.

---

re in un contesto relazionale con i propri pari. In argomento A. GATTO, *Responsabilità genitoriale e controllo Facebook*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma 2021, 986 ss.; F. SCIA, *Minori e illeciti digitali nel sistema della responsabilità civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 559 ss.

<sup>10</sup> Il TUSMA (Testo unico servizi media audiovisivi) di cui al d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208, attuativo della direttiva (UE) 2018/1808, infatti, all'art. 4 contempla, tra i suoi principi, la "promozione e tutela del benessere, della salute e dell'armonico sviluppo fisico, psichico e morale del minore, garantiti dalla Costituzione, dal diritto dell'Unione europea, dalle norme internazionali vigenti nell'ordinamento italiano e dalle leggi statali e regionali" e all'art. 37 ("Disposizioni a tutela dei minori nella programmazione audiovisiva") vieta espressamente le "trasmissioni televisive gravemente nocive allo sviluppo fisico, psichico o morale dei minori, e, in particolare, i programmi che presentano scene di violenza gratuita o insistita o efferata ovvero scene pornografiche, nonché i film la cui proiezione o rappresentazione in pubblico ai minori di anni diciotto sia stata vietata dalle Autorità a ciò competenti".

<sup>11</sup> Per un commento puntuale della norma si rinvia a V. MONTARULI, *La protezione dei dati personali e il minore*, cit., 275 ss.; G. SPOTO, *Disciplina del consenso e tutela del minore*, in S. SICA, V. D'ANTONIO, G.M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Milano-Padova 2016, 111 ss.; E. LUCHINI GUASTALLA, *Privacy e data protection: principi generali*, in

La norma dispone che ove il trattamento preveda il consenso dell’interessato, se vi è “un’offerta diretta di servizi della società dell’informazione” ai minori, tale trattamento “è lecito ove il minore abbia almeno 16 anni”, in caso di età inferiore va prestato o autorizzato da chi esercita la responsabilità genitoriale. Il limite di questa sorta di “maggiore età digitale” può venire ulteriormente abbassato dagli Stati nazionali (ma non al di sotto dei 13 anni)<sup>12</sup>.

Il legislatore italiano, col decreto di adeguamento del codice privacy<sup>13</sup>, ha ritenuto, contro il parere dell’Autorità garante dell’infanzia e dell’adolescenza<sup>14</sup> e con il favore, invece, del Garante Privacy<sup>15</sup>, di fissarlo nei 14 anni, stilando una norma (art. 2 *quinquies* d.lgs. n. 193/1996) ancora più chiara: “il minore che ha compiuto i quattordici anni può esprimere il consenso al trattamento dei propri dati personali in relazione all’offerta diretta di servizi della società dell’informazione”.

Il GDPR, sulla scorta dell’attenzione eurounitaria verso i minori particolarmente esposti durante la navigazione in rete<sup>16</sup>, proclama uno speciale

---

E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano 2019, 76 s.

<sup>12</sup> In ciò il GDPR riproduce in sostanza la previsione del *Children’s Online Privacy Protection Act 1998* (Coppa), che negli USA limita il necessario *parental consent* al raggiungimento dei 13 anni.

<sup>13</sup> Sull’adeguamento del “vecchio” codice privacy (d.lgs. n. 196/2003) avvenuto con il d.lgs. n. 101/2018 secondo una tecnica di novellazione assai discutibile, V. CUFFARO, *Quel che resta di un codice: il D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101 detta le disposizioni di adeguamento del codice della privacy al regolamento sulla protezione dei dati*, in *Corr. giur.*, 2018, 1181 ss.; l’evoluzione della materia, ben evidente dalla nuova accezione della stessa nozione di privacy, è ripercorsa da ID., *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia*, in V. CUFFARO, R. D’ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino 2019, 3 ss.

<sup>14</sup> Parere 23 maggio 2018, n. 1008 ([www.garanteinfanzia.it](http://www.garanteinfanzia.it)), che suggeriva di confermare l’opzione europea dei 16 anni, quale età più idonea a garantire un più avanzato stadio di maturazione dell’adolescente, e già stabilita, ad es., per il riconoscimento del figlio e per la cessazione dell’obbligo scolastico. L’AGIA è, peraltro, tornata a chiedere un ripensamento anche di recente, ribadendo l’opportunità di assestarsi sull’età individuata dal GDPR per l’accesso ai social network (v. comunicato della Presidente Garlatti *Bene la proposta francese di alzare l’età, ma l’Italia scelga 16 anni*, [www.garanteinfanzia.org](http://www.garanteinfanzia.org)).

<sup>15</sup> Parere 22 maggio 2018, n. 312 ([www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it)) per analogia con altre previsioni positive, quali l’assenso all’adozione e la promozione autonoma della tutela nei casi di cyberbulismo. Anche altri paesi hanno utilizzato la deroga: se, ad es., Germania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Romania, Slovacchia, Ungheria hanno lasciato il limite dei 16 anni, Grecia, Repubblica Ceca, Slovenia, Francia l’hanno abbassato a 15, mentre Austria, Bulgaria, Cipro, Lituania, come l’Italia, a 14 anni e Belgio, Regno Unito, Spagna, Svezia, Inghilterra, Danimarca, Finlandia, Polonia, Portogallo addirittura a quello minimo di 13 anni.

<sup>16</sup> Per i programmi di protezione impostati a livello europeo si rinvia a C. PERLINGIERI, *La tutela dei minori di età nei social networks*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1327 ss.

riguardo nei loro confronti al *considerando* 38<sup>17</sup>, che li riconosce apertamente “meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali” e al *considerando* 58, dove si prescrive un linguaggio “semplice e chiaro che un minore possa capire facilmente” per qualsiasi informazione e comunicazione “quando il trattamento dati li riguarda”.

Peraltro resta salva anche per i minori la possibilità sia di revocare il consenso dato sia di invocare il diritto all’oblio, inteso qui ed evolutosi in diritto alla cancellazione dei dati, successivamente al raggiungimento della maggiore età rispetto all’epoca in cui il consenso fu espresso (art. 17)<sup>18</sup>.

L’introduzione di un “consenso digitale” anticipato rispetto alla soglia legale della maggiore età – una novità rispetto all’originaria direttiva 96/46/CE in materia<sup>19</sup> – sollevando complesse questioni di sistema non indagabili in questa sede<sup>20</sup>, ha incontrato un favore generalizzato, venendo prevalentemente letta come un passo ulteriore nella direzione di una maggiore autonomia dei giovani che (non è un caso) sono assidui (quando non compulsivi) fruitori dei “servizi della società dell’informazione” in questione, quali, ad es., i servizi di messaggistica istantanea, le piattaforme per la condivisione di fotografie o video o lo scambio di beni.

Premesso che “dati personali” sono elementi identificativi del soggetto (quali quelli anagrafici, l’indirizzo IP, la localizzazione, le preferenze ri-

<sup>17</sup> “(...) Tale specifica protezione dovrebbe, in particolare, riguardare l’utilizzo dei dati personali dei minori a fini di marketing o di creazione di profili di personalità o di utente e la raccolta di dati personali relativi ai minori all’atto dell’utilizzo di servizi forniti direttamente a un minore (...)”.

<sup>18</sup> “Tale diritto è in particolare rilevante se l’interessato ha prestato il proprio consenso quando era minore, e quindi non pienamente consapevole dei rischi derivanti dal trattamento, e vuole successivamente eliminare tale tipo di dati personali, in particolare da internet. L’interessato dovrebbe poter esercitare tale diritto indipendentemente dal fatto che non sia più un minore”. Per un commento, F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione, diritto di limitazione del trattamento e diritto all’oblio*, in V. CUFFARO, R. D’ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., 353 ss. In argomento, di recente tornato in auge anche grazie all’avvento del GDPR, v. M.A. LIVI, *Quale diritto all’oblio?*, Napoli 2020; V. BELLOMIA, *Diritto all’oblio e società dell’informazione*, Milano 2020; in particolare sull’efficacia dell’ordine di rimozione, v. M. ASTONE, *Il diritto all’oblio on line alla prova dei limiti territoriali*, in *Europa dir. priv.*, 2020, 223 ss.

<sup>19</sup> E così rispetto al d.lgs. n. 196/2003 di recepimento che, limitandosi a richiedere il consenso dell’interessato, sollevò un dibattito circa la necessaria piena capacità d’agire dello stesso: in tema, V. CUFFARO, *La disciplina del trattamento dei dati personali*, in n V. CUFFARO, V. RICCIUTO (a cura di), *La disciplina dei dati personali*, Torino 1997, 222 ss.

<sup>20</sup> All’impatto sistematico interno della norma dedica un’ampia riflessione, tra gli altri, R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino 2021, 75 ss.

spetto ai siti visitati) e che possederli consente di orientare i gusti, indirizzando pubblicità mirata e alimentando così il mercato “finale”, non v’è ormai dubbio che essi rappresentino una merce preziosa e che quindi rispetto ad essa sia configurabile un (seppure peculiare e prodromico) “mercato dei dati”<sup>21</sup> dove diventano merce – e mezzo – di scambio. Soprattutto, aldilà di ogni possibile lettura giuridica del fenomeno, per il fatto che la loro cessione, che il consenso al “trattamento” implica, si presenta nella maggior parte dei casi come la *condicio sine qua non* per l’accesso al servizio stesso.

Ora, al netto della facile aggirabilità “tecnica” dell’ostacolo dell’età minima che rende la c.d. *age verification* un vero nodo (ancora) irrisolto, che solleva un ulteriore ordine di problemi applicativi e legittime perplessità sulla reale efficacia della norma, c’è da dubitare, invece, che il sedicenne e *a fortiori* il quattordicenne possano essere *in toto* equiparati in questo contesto, in ragione di tale “emancipazione digitale”, a qualsiasi altro “interessato” al trattamento.

Se, poi, è lecito ancora dubitare (è tema assai noto e discusso) di un consenso autenticamente libero ed informato da parte degli stessi adulti, rispetto ai giovani(ssimi) ancor più facilmente questo elemento può esser percepito come “imposto”<sup>22</sup> invece che libero e più come ostacolo da rimuovere per soddisfare un desiderio che strumento di consapevolezza per entrare nel mondo digitale.

Soprascedendo qui sulla dibattuta questione della configurabilità e validità di un simile contratto che abbia nella cessione dei dati la controprestazione dei minori per il servizio, le implicazioni negoziali di detta cessione, che appaiono già intricate e oscure rispetto all’interessato adulto, ri-

---

<sup>21</sup> Come intende V. CUFFARO, *Il diritto europeo sulla protezione dei dati e la sua applicazione in Italia: spunti per un bilancio*, in A. MANTELERO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia. Il Reg. Ue 2016-679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, Pisa 2018, 35 s. per “rimarcare che la circolazione dei dati ha ormai da tempo assunto un rilievo sul piano economico che sarebbe ingenuo se non ipocrita ignorare”. La “lettura patrimonialistica” del fenomeno, largamente diffusa, è ampiamente argomentata, ad es., da V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in V. CUFFARO, R. D’ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., 23 ss.; R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, cit., 65 ss.; V. ZENOVICH, *Do “Data Markets” Exist?*, in *MediaLaws*, 2019, 2, 21 ss. In giurisprudenza, v. di recente, Cons. Stato, 29 marzo 2021, n. 2630 e n. 2631, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 609, con nota di F. MIDIRI, *Proteggere i dati personali con le tutele del consumatore*.

<sup>22</sup> Cfr. L. BOZZI, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, in *Europa dir. priv.*, 2020, 266 ss. che sottolinea la prevalenza nel GDPR del momento circolatorio rispetto a quello identitario.

spetto al minore rischiano di far perdere di vista l'obiettivo ultimo della sua tutela, in questo specifico scenario; scenario che rappresenta, invece – paradossalmente – proprio uno di quelli in cui massimamente si svolge la personalità del minore e si articola quindi il suo sviluppo psico-fisico. È infatti evidente come l'uso dei *social network* in particolare, tra i servizi offerti, sia uno dei principali mezzi di socializzazione e di manifestazione del pensiero, concorrente quindi nella costruzione stessa dell'identità personale del giovane utente e responsabile della sua “esistenza digitale”<sup>23</sup>.

In ciò si manifesta un'ormai evidente aporia: in un uno degli ambiti (il c.d. ambiente digitale) in cui il minore è più attivo ed esposto<sup>24</sup> rischia di essere meno tutelato.

Senz'altro è bene spiegare soprattutto ai minori e in modo per loro comprensibile a che cosa esattamente acconsentono, immettendo i dati e autorizzandone il trattamento, nonché la ragione di scambio sottesa alla richiesta, che può arguirsi (solo), quando opera, dal meccanismo escludente, per cui senza autorizzazione l'accesso è negato. A tal proposito, la raccomandazione circa la semplicità e la chiarezza del linguaggio<sup>25</sup> appare, tuttavia, a ben vedere, un presidio più apparente che reale, più di forma che di sostanza, inadeguato ad un'efficace e completa tutela.

Una certa qual disinvoltura nel cedere i dati, infatti, già facilmente registrabile negli adulti – cui si può, tuttavia, imputare e rimproverare una scarsa ponderazione – tanto più la si riscontra mediamente nei minori, anche compiuti i 14 anni, proprio per l'inesperienza e la curiosità che li caratterizza e che giustificerebbe – per loro – un'analogha scarsa ponderazione.

Il minore, inoltre, quand'anche arrivasse a comprendere (grazie al linguaggio chiaro e sempre che ci si soffermi) le finalità per cui saranno trattati i suoi dati ben potrebbe non comprendere appieno o affatto la natura negoziale del gesto né i rischi della cessione propagabili nel tempo e nello spazio: coordinate, s'è detto, entrambe potenzialmente infinite nel *web*. E

---

<sup>23</sup> “che talvolta assorbe o prevarica la loro esistenza fisica non virtuale”: così M. BIANCA, *Il minore e i nuovi media*, in R. SENIGAGLIA (a cura di), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, Pisa 2019, 150.

<sup>24</sup> Una dettagliata e aggiornata analisi del tema è contenuta nel Libro bianco “Media e minori” (2018) dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (reperibile sul sito [www.agcom.it](http://www.agcom.it)).

<sup>25</sup> Tradotta così nel nuovo art. 2 *quinquies*, comma 2, cod. privacy: “In relazione all'offerta diretta ai minori dei servizi di cui al comma 1, il titolare del trattamento redige con linguaggio particolarmente chiaro e semplice, conciso ed esaustivo, facilmente accessibile e comprensibile dal minore, al fine di rendere significativo il consenso prestato da quest'ultimo, le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento che lo riguarda”.

non si può omettere di considerare come sovente il linguaggio pur chiaro resti del tutto generico nell’indicare le finalità della raccolta, senza rappresentare né le possibili ulteriori finalità, né i possibili rischi connessi alla profilazione<sup>26</sup>, né tanto meno la possibilità di incorrere o subire illeciti durante l’uso: profili sicuramente non ricompresi nelle “informazioni e comunicazioni relative al trattamento che lo riguarda”<sup>27</sup>.

Se, come è stato osservato<sup>28</sup>, con l’avvento della rivoluzione digitale siamo di fronte ad una nuova forma di identità, anch’essa digitale, legata alla circolazione di simili dati, esprimere il consenso in tale ambito significa più complessivamente gestire *in toto* tale identità, ammettendo che i suoi estremi circolino.

La consapevolezza del duplice effetto della cessione – “divulgativo” e al contempo “costitutivo” della stessa identità digitale – spesso manca negli interessati maggiorenni: presumerla nei ragazzi, senza adeguate contromisure, rende ancora più illusoria l’autodeterminazione che il consenso dovrebbe rivelare e rende altresì illusoria l’attesa (o pretesa) da parte dell’art. 2 *quinquies*, cod. privacy di un consenso realmente “significativo”.

Quel grado di ponderazione in più allora sarebbe stato prudente, invece che estrometterli da ogni controllo, lasciarlo affidato e pretenderlo – per lo meno sotto forma di autorizzazione se non di sostituzione – dai genitori,

---

<sup>26</sup> Ovvero il trattamento automatizzato dei dati che rielabora particolari aspetti e abitudini della persona: v. *considerando* 71, ove peraltro si prevede che non dovrebbe “riguardare i minori”. La raccomandazione non è stata poi riprodotta nell’articolato, per cui si discute se sia cogente; per un approfondimento si rinvia a PIERUCCI, *Elaborazione dei dati e profilazione delle persone*, in V. CUFFARO, R. D’ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., 448 s. Sulla c.d. “*filter bubble*” coniata da Eli Pariser, che metaforicamente “evidenzia l’inglobamento della persona in una virtuale gabbia che raccoglie i dati, le preferenze, le scelte di prodotti o di servizi e che, attraverso un algoritmo, individua un preciso profilo” v. le riflessioni di M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell’identità digitale*, in *MediaLaws*, 2, 2019, 39 ss.

<sup>27</sup> Lo rileva anche L. BOZZI, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, cit., 265 ss.

<sup>28</sup> G. ALPA, *L’identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. e impr.*, 2017, 723 ss., per il quale “l’identità è diventata un concetto liquido. E il diritto alla identità un diritto connesso con una realtà fattuale fluttuante, dinamica, fluida, quasi inafferrabile. Di questa identità si è impossessata l’informatica, e l’ha piegata strumentalmente ai suoi usi patrimoniali, nella ricerca del profitto per connettere ciascun aspetto dell’identità ai beni, ai servizi, ai contatti che possono essere utili alla persona o, con la forza della pubblicità, divenire bisogni indotti che debbono essere soddisfatti”. Sulla neonata “identità digitale” nelle sue varie, possibili accezioni v. anche T. PASQUINO, *Identità digitale della persona, diritto all’immagine e reputazione*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, cit., 93 ss.

posto che tale attività di assistenza – che infatti “resiste” fino al quattordicesimo anno – si iscrive pienamente nella responsabilità e nel dovere di cura cui sono tenuti *ex artt.* 315 *bis* e 316 c.c.

Così come ricade nel raggio del dovere educativo dei genitori il compito di impartire ai figli le regole del rispetto di se stessi e degli altri, specialmente ove più vulnerabili e, in generale, quelle per un uso responsabile dei mezzi di comunicazione; la potenzialità lesiva di questi dovrebbe essere adeguatamente illustrata, rappresentando, ad esempio, come la diffusione non autorizzata di informazioni, dati, immagini relative a minori da parte di altri minori possa integrare la violazione del diritto d'autore, del diritto alla riservatezza, all'immagine, alla reputazione o all'identità personale<sup>29</sup>, quando non addirittura, per i suoi connotati specifici, le fattispecie di *cyberbullismo* (legge n. 71/2017)<sup>30</sup>.

### 3. “Baby-consumatore” e “baby-internauta”: la rilevanza dello sviluppo fisico, psichico e morale

I 14 anni rappresentano, dunque, una “maturità digitale” che è stata salutata, sull'onda di un certo “protagonismo minorile”, come una conquista evolutiva del minore, sempre più e prima slegato dall'autorizzazione genitoriale, e direttamente ammesso a gestire in modo autonomo i suoi diritti personali nonché per tale via, secondo alcuni, anche quelli patrimoniali immediatamente connessi<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Per quanto meno agevole possa essere immaginare, per un minore, una proiezione sociale della persona, idonea a reclamare una specifica tutela. Sull'indefettibile riferimento alla proiezione sociale, quindi esterna, della persona nel delineare l'identità personale, A. CATAUDELLA, *L'identità personale*, in M. COMPORI, S. MONTICELLI (a cura di), *Studi in onore di Ugo Majello*, I, Napoli 2005, 319.

<sup>30</sup> Che è configurato all'art. 1 da “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”.

<sup>31</sup> Cfr. CAMARDI, *Minore e privacy nel contesto delle relazioni familiari*, in R. SENIGAGLIA (a cura di), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, cit., 125 ss.; R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, cit., *passim*. La questione, nei suoi termini essenziali, è annosa: v., ad es., F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*,

Ma, a ben vedere, anche questa maturità digitale, non diversamente da quella ordinaria di cui all’art. 2 c.c., sconta, con i limiti propri di ogni criterio standard, l’automatismo di una data: il compimento del quattordicesimo anno, a prescindere dalla valutazione circa la cruciale “capacità di discernimento”<sup>32</sup>, di cui non si fa menzione alcuna e che, invece, è di recente assunta a criterio-guida negli spazi di autonomia esistenziale previsti (art. 315 *bis* c.c., ad es.) e che sola giustificerebbe una simile anticipazione.

Diversamente dal passaggio alla maggiore età, tuttavia, che presume il raggiungimento di un sufficiente grado di maturità idoneo alla cura generale dei propri interessi, su cui si fonda il relativo potere di gestione<sup>33</sup>, la maturità digitale non è chiaro a quale tipo, o sottotipo, di maturità alluda.

Dunque, che quello fornito spuntando una casella sia un autentico, per quanto superficiale, consenso, non è che una mera (ma utile) illusione.

Peraltro se è risaputo che lo sviluppo personale è il risultato dell’interazione di alcuni processi – biologici, cognitivi e socio-emotivi – e che nel *continuum* del processo di crescita possono distinguersi vari stadi evolutivi, è altrettanto risaputo che la maturità cognitiva non coincide necessariamente con quella emotiva, che consente di gestire le emozioni e prendere coscienza delle possibili conseguenze delle prozie azioni<sup>34</sup>.

La perizia tecnologica di cui sono capaci i nativi digitali, quindi, non sempre e non da subito si accompagna ad un’adeguata consapevolezza.

Così come è ormai noto, anche ai gestori delle piattaforme *on line*, che proprio nella delicata fase dell’adolescenza, durante la quale i ragazzi sono sovraesposti e fruitori continui della rete, in ragione dello sviluppo graduale dell’encefalo, ancora naturalmente incompiuto, la zona più istintiva relativa alle emozioni e agli impulsi – particolarmente sensibile alle reazioni di gradimento e ai meccanismi di gratificazione – è relativamente preponderante rispetto a quella deputata a sede del controllo cognitivo e del giudizio ponderato, ancora in formazione e destinata a maturare per ultima.

---

Napoli 1984; F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam.*, 1982, 60 ss.; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli 1976.

<sup>32</sup> Sul punto, L. BOZZI, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, cit., 265 ss., che considera come presunto il discernimento del quattordicenne alla base del suo consenso. In tema, F. RUSCELLO, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a “supernorme”*, in *Fam. e dir.*, 2011, 404 ss.

<sup>33</sup> Cfr., per tutti, E. DEL PRATO, *Le basi del diritto civile*, 4<sup>a</sup> ed., rist. agg., Torino 2021, 285.

<sup>34</sup> Sono, infatti, previste attualmente valutazioni specifiche di questi diversi aspetti del funzionamento mentale dell’individuo in età evolutiva: v. *Manuale diagnostico psicodinamico PDM-2 0/18. Infanzia e adolescenza*, ed. it. a cura di V. LINGIARDI, N. MCWILLIAMS, A.M. SPERANZA, Milano 2020, 5 ss.



Proprio l'armonico sviluppo fisico, psichico e morale del minore (che andrebbe rispettato e considerato nelle sue specifiche tappe evolutive), invece, risulta il grande assente del GDPR: così designato, invero, non compare affatto.

L'unico "sviluppo" di cui il regolamento si occupa è apertamente quello "dell'economia digitale in tutto il mercato interno" (*considerando* 7).

L'ottica del GDPR, del resto, che esplicita come suo scopo quello di incentivare l'economia digitale, "che vive e si nutre della circolazione dei dati, garantendo il diritto fondamentale alla protezione di questi, all'insegna della creazione di un clima di fiducia e di collaborazione"<sup>35</sup>, sembra orientata più a *promuovere* che a *proteggere*, svelando così la natura "bifronte"<sup>36</sup> del diritto alla privacy, nella rinnovata accezione di diritto sulla circolazione dei propri dati.

In questo contesto, dunque, al giovane di 16 o 14 anni viene aperta una strada che può percorrere in autonomia ma non la si rende per lui più adatta e sicura, sicché risulta essere la medesima che percorreranno i maggiorenni e con i medesimi mezzi<sup>37</sup>.

Quindi lo stesso "baby-consumatore", protetto dal cod. consumo come soggetto vulnerabile, risulta esposto poi come "baby-internauta" agli stessi potenziali pregiudizi cui lo si era sottratto sotto l'altra veste, con l'aggiunta peraltro del pericolo, non sufficientemente valutato, di venire qui, per la innovativa interazione resa possibile dal mezzo, in contatto con altri utenti, anche sconosciuti, e di incorrere (attivamente o passivamente) in illeciti *online*<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Sul punto v. D. POLETTI, *Comprendere il Reg. UE 2016/679: un'introduzione*, in A. MANTELETO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia. Il Reg. Ue 2016-679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, cit., 11 ss.

<sup>36</sup> Derivante dal carattere sia personale, per le implicazioni identitarie, che patrimoniale, correlato alla circolazione dei dati: M. BIANCA, *Il minore e i nuovi media*, cit., 151 ss. che per via di tale natura valuta come inadeguato l'attuale apparato di rimedi.

<sup>37</sup> Per C. PERLINGIERI, *La tutela dei minori di età nei social networks*, cit., 1329, è necessario che "le concrete facoltà di utilizzo derivanti dall'iscrizione al *social site* siano differenziate tra minori di età e maggiori di età, sì che i minori non possano relazionarsi sui *social* con le medesime modalità dei maggiori di età", non essendo sufficiente in tal senso il ricorso di molti operatori a sistemi di filtraggio e di codifica dei contenuti.

<sup>38</sup> Sui rischi per i minori in rete (i fenomeni di *grooming*, *sexting*, *blue whale*, *cyberbullying*, etc., sono ormai noti) v. E. ANDREOLA, *Minori e incapaci in Internet*, cit.; EAD., *Misure cautelari a tutela dei minori nei social network*, in *Fam. dir.*, 2021, 849 ss.; A. THIENE, *I diritti della personalità dei minori nello spazio virtuale*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, 9, 13/2017, 26 ss. Sostiene la necessità, per la loro difesa, di una "strategia pluridimensionale".

E così, per esempio, il minore “in situazioni pericolose” che non avrebbe potuto vedere in televisione, in pubblicità o in programmi destinati alla fascia “protetta”<sup>39</sup>, può trovarlo rappresentato in un video caricato da un coetaneo su una piattaforma di condivisione e cedere alla temuta tentazione emulativa, come purtroppo la cronaca talvolta tragicamente racconta; lo stesso dicasi per l’esposizione a scene di abusi e violenza gratuita.

Si pensi poi a come i minori vengono sollecitati dai media, spesso in modo subliminale, a prestare il loro consenso digitale per accaparrarsi il servizio che viene offerto come gratuito<sup>40</sup> e come si ingeneri un meccanismo a catena di inviti pubblicitari sapientemente inseriti durante la navigazione, anche solo nel corso di un videogioco, consentendo al gestore di realizzare e sfruttare forme di pubblicità targettizzata e comportamentale, basata appunto sull’uso fatto dall’utente inconsapevole<sup>41</sup>.

Per colmare la lacuna e correggere la contraddizione che ne deriva, all’offerta di servizi della società dell’informazione dovrebbero estendersi allora le precauzioni di cui all’art. 31 cod. consumo<sup>42</sup>, specialmente quan-

---

le” che combini la collaborazione di genitori, scuola e operatori dei *social network*, C. PERLINGIERI, *La tutela dei minori di età nei social networks*, cit., 1327.

<sup>39</sup> Si fa riferimento al citato TUSMA nonché al Codice di autoregolamentazione Media e Minori e all’art. 31 cod. consumo (v. nota 40) che, in vario modo, con l’intento di promuovere il benessere, la salute e l’armonico “sviluppo fisico, psichico e morale” del minore, dettano disposizioni sulla pubblicità e sulla tipologia di programmi che per contenuto (violento, pornografico, pericoloso) non possono essere mandati in onda (o con opportune segnalazioni) in fasce orarie predeterminate, potenzialmente frequentate da minori. In argomento per maggiori approfondimenti sia consentito rinviare a B. AGOSTINELLI, *Informazione e minori: una lettura integrata per una tutela uniforme*, in *Jus civile*, 2022, 334 ss.

<sup>40</sup> Il Consiglio di Stato (29 marzo 2021, nn. 2630 e 2631, cit. nota 20) ha ravvisato gli estremi della pratica ingannevole nella modalità di iscrizione a Facebook, non venendo adeguatamente rappresentato che il servizio fornito dalla piattaforma come gratuito era legato alla messa a disposizione dei dati per finalità commerciali non meglio definite.

<sup>41</sup> È noto il caso di TikTok (piattaforma impiegata per divulgare video), responsabile di diverse violazioni delle norme sulla privacy e di quelle a tutela dei consumatori: per una rassegna delle vicende dei *social network* più in voga tra i giovanissimi, in vario modo coinvolte nell’acquisizione e sfruttamento illegittimo dei dati dei minori, v., di recente, G. VULPIANI, *L’utente minore online: tutela della privacy e attività negoziale*, in *Tecnologie e diritto*, 2021, 104 ss.; sugli stimoli al consumo suscitati in rete v. le riflessioni di F. CRISCUOLO, *Minore-consumatore e diritto all’identità*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, cit., 986 ss.

<sup>42</sup> Art. 31 (Tutela dei minori): 1. La televendita non deve esortare i minorenni a stipulare contratti di compravendita o di locazione di prodotti e di servizi. La televendita non deve arrecare pregiudizio morale o fisico ai minorenni e deve rispettare i seguenti criteri a loro tutela: a) non esortare i minorenni ad acquistare un prodotto o un servizio, sfruttandone l’inesperienza o la credulità; b) non esortare i minorenni a persuadere genitori o altri ad acquistare tali prodot-

do la tecnica di inserimento di banner pubblicitari si configuri come “pratica commerciale” ai sensi dell’art. 18, lett. d), cod. consumo<sup>43</sup>. Una pratica commerciale, si direbbe, doppiamente scorretta proprio perché si rivolge ai destinatari più vulnerabili, per i quali andrebbe sempre ricordato che l’abilità tecnica nell’uso del dispositivo, propria dei “nativi digitali”, non postula affatto una pari capacità critica; non solo, alla fisiologica curiosità e mancanza di esperienza del singolo si contrappongono sistemi di intelligenza artificiale che adottano meccanismi di “raccomandazione” (*recommendation*)<sup>44</sup> automatici collegati alle preferenze che l’utente ha inconsapevolmente rivelato soffermandosi nella fruizione di specifici video e nella selezione di ulteriori sullo stesso tema.

In definitiva, il minore vulnerabile davanti allo schermo della TV resta tale, o lo è vieppiù, davanti a quello di un cellulare o di un tablet e, a differenza dell’adulto, che viene considerato “debole” (solo se e) quando veste i panni del consumatore, lo è a prescindere dal ruolo rivestito: di qui il senso della sua stessa protezione che per essere effettiva deve risultare uniforme, senza spazi che, asseritamente guadagnati alla sua autonomia, finiscono per restare vuoti di tutela.

Una simile aporia – parzialmente superata ora dal nuovo TUSMA<sup>45</sup>, dalle citate Linee Guida Agicom, ad esso connesse, nonché dall’ultimo regolamento UE in materia di servizi digitali (DSA), come si vedrà – tradisce (o, forse, tradiva) una certa sottovalutazione dei plurimi riflessi che, ad

ti o servizi; c) non sfruttare la particolare fiducia che i minorenni ripongono nei genitori, negli insegnanti o in altri; d) non mostrare minorenni in situazioni pericolose.

<sup>43</sup> Anche quando non si tratti di informazioni vere e proprie ma meri “messaggi evocativi, suggestivi, volti ad attirare l’attenzione del consumatore”, v. sul punto G. ALPA, in G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna 2016, 183. L’art. 18 cod. consumo definisce, infatti, pratica commerciale “qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori”. In argomento, v. A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, 2<sup>a</sup> ed., Milano 2020, 195 ss.

<sup>44</sup> Ossia “un sistema interamente o parzialmente automatizzato che una piattaforma online utilizza per suggerire informazioni specifiche, tramite la propria interfaccia online, ai destinatari del servizio o mettere in ordine di priorità dette informazioni anche quale risultato di una ricerca avviata dal destinatario del servizio o determinando in altro modo l’ordine relativo o l’importanza delle informazioni visualizzate” (secondo la definizione del DSA, art. 3, lett. s).

<sup>45</sup> Che all’art. 42 prevede che “i fornitori di piattaforme per la condivisione di video soggetti alla giurisdizione italiana devono adottare misure adeguate a tutelare: a) i minori da programmi, video generati dagli utenti e comunicazioni commerciali audiovisive che possano nuocere al loro sviluppo fisico, mentale o morale a norma dell’articolo 38, comma 3”.

esempio, la semplice iscrizione ad un *social network*, per nulla neutra, produce, e pone un problema di effettività e pienezza della protezione. Protezione che, in questa prospettiva, la spinta all'autonomia indotta dal consenso anticipato – pur in astratto condivisibile obiettivo di legislatore e interprete – rischia di compromettere o, in qualche misura, depotenziare. Non si può non riconoscere, infatti, che il minore si trova spesso più *solo* che *autonomo* nel venire in contatto con una realtà virtuale della cui incidenza sulla sua sfera personale può non percepire la reale portata e che il guadagnato consenso, finalmente scevro da condizionamenti genitoriali, può però aprire ad una serie indefinita di altri condizionamenti da parte di terzi, sottratti questi ad ogni controllo<sup>46</sup>.

Per l'armonico sviluppo fisico, psichico e morale del minore, allora, se davvero perseguito dall'ordinamento interno e da quello comunitario, occorre che ad essere armonizzati siano prima di tutto gli strumenti messi in campo, tanto più negli spazi ove svolge prevalentemente la sua personalità.

#### 4. I sistemi di parental control: un'arma (spuntata) in mano ai genitori

La protezione del minore *on line* non si esaurisce certo con la regolazione del consenso al trattamento dei dati, qualunque natura gli si attribuisca<sup>47</sup>; coinvolge, piuttosto, il momento della fruizione dei vari servizi in rete che, a prescindere dal primo accesso, poi avviene normalmente in totale indipendenza. Lì si apre allora il più complesso scenario della responsabili-

---

<sup>46</sup> Noti i fenomeni, dilaganti specie nei ragazzini più fragili e condizionabili, che accettano tragiche “sfide” sui social, prestandosi ad atti di autolesionismo, fino all'estremo, o esibendo immagini intime di sé o di altri, condividendo contenuti su temi delicatissimi quali la depressione o i disturbi dell'alimentazione o il cyberbullismo.

<sup>47</sup> Il GDPR non assoggetta la persona fisica che tratti i dati nell'ambito di un'attività a carattere squisitamente personale o domestico, come la corrispondenza, l'uso dei *social network* e l'attività *on line*. Così come esula la violazione che sia posta in essere dai medesimi genitori: si pensi al caso della pubblicazione sui *social network* delle fotografie dei propri figli (c.d. *sharenting*) o addirittura di atti giudiziari che li riguardano, su cui v. E. ANDREOLA, *Misure cautelari a tutela dei minori nei social network*, cit., 857. Sul fenomeno dello *sharenting* (crasi tra *sharing* e *parents*), che ha acceso in Francia un dibattito circa l'opportunità di vietarlo per legge, v. Trib. Trani, ord. 30 agosto 2021, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2022, 25, con nota di F. ZANOVELLO, *Foto dei figli sui social e tutela cautelare e d'urgenza*; Trib. Mantova, 19 settembre, in *Fam. dir.*, 2018, 380 ss. In argomento, F. SCIA, *Diritti dei minori e responsabilità dei genitori nell'era digitale*, Napoli 2020.

ta legata ai contenuti immessi (anche da minori), auspicabilmente da estendersi meglio al *provider* fornitore del servizio di *hosting*, prevedendo forme di più stringente controllo e prevenzione<sup>48</sup>.

In questa direzione sembra almeno in parte volersi muovere, come si vedrà, il nuovo *Digital Services Act* che finalmente mostra – e/o dichiara – una maggiore attenzione al minore in rete e tenta di prendere contromisure, la cui efficacia (specialmente preventiva) è però ancora tutta da verificare, all’esito della concreta implementazione della normativa.

Non si può tuttavia disconoscere che una vigilanza scrupolosa nel momento dell’ingresso (più consapevole) nella rete – una nuova “casa di vetro”<sup>49</sup> – resta ancora il primo baluardo a difesa del giovane navigante cui di tale casa vengano affidate idealmente le chiavi e che non è ai soli gestori delle piattaforme che può essere delegata la tutela.

La frequentazione da parte dei minori del c.d. “ambiente digitale”, atto a divenire sempre prima per i nativi un ambiente familiare, infatti, non è una questione (solo) di trasparenza negoziale né una questione (solo) di privacy, pur coinvolgendo senza dubbio lo specifico aspetto della circolazione e sfruttamento dei loro dati: è prima di tutto una questione di responsabilità genitoriale. Funzione, questa, non delegabile e non fungibile che, peraltro, con il diritto alla riservatezza del minore deve pure a sua volta fare i conti per parte sua, in un delicato e modulabile bilanciamento tra le istanze parentali di guida e vigilanza e quelle filiali di riserbo ed esclusione.

Il taglio con cui si è regolato (grazie al GDPR) l’accesso dei minori, attraverso l’autonomo consenso, quindi, non coglie che un aspetto della vi-

---

<sup>48</sup> Cruciale l’inquadramento dei soggetti coinvolti a vario titolo nella diffusione dei contenuti illeciti, su cui la giurisprudenza fonda il giudizio di responsabilità: emblematica in tal senso, Cass. pen., 17 dicembre 2013, n. 5107, in *Giur. it.*, 2014, 2016, con nota di A. MACRILLÒ che, nella nota vicenda Google-Vividown, per l’immissione in rete di un video con soprusi ad un ragazzo con sindrome di Down da parte di coetanei, ha escluso la responsabilità del *provider* in quanto non considerabile come titolare del trattamento; in proposito, V. MONTARULI, *La protezione dei dati personali e il minore*, cit., 313. Sulle figure soggettive implicate dal GDPR (il titolare del trattamento – *data controller* – il responsabile – *data processor* – e il soggetto interessato, portatore dell’informazione – *data subject*), v. N. BRUTTI, *Le figure soggettive delineate dal GDPR: la novità del Data Protection Officer*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, cit., 117 ss. Il tema, già oggetto della dir. 2000/31/CE (c.d. dir. sull’*e-commerce*), è ora rivisto dal DSA, sui cui v. anche *infra*, § 5.

<sup>49</sup> R. CLARIZIA, *Internet: gli interrogativi del civilista*, in *Dir. di internet*, 2022, 5, avverte che “La tecnica sopravanza il diritto e rende impossibile una concreta tutela della riservatezza. La persona è accerchiata e si scopre oggetto di continua attenzione, sotto riflettori che è impossibile oscurare o spegnere”.

ceda ma non l’ampia gamma di effetti che la navigazione conseguente a tale accesso produce.

Considerato, infatti, che la normativa sulla privacy risponde ad una logica diversa e specifica calibrata peraltro sugli adulti, maturi e consapevoli e non esposti perciò ai medesimi rischi dei minori, il parametro della tutela invocata (la privacy, appunto) si rivela un grande “equivoco” e l’apparato normativo risulta inadeguato rispetto all’esercizio del compito genitoriale che abbraccia una tutela ben più estesa.

Emblematico di ciò il meccanismo dei sistemi di controllo parentale (SCP)<sup>50</sup> che, attivabili sul dispositivo proprio e dei figli, consentono una supervisione dei genitori sull’uso del mezzo, attraverso, ad esempio, l’autorizzazione o il blocco delle applicazioni, l’impostazione del tempo di riposo, il calcolo della quantità di tempo trascorso in rete, la verifica dei siti visitati, la geolocalizzazione del *device*.

A tali sistemi di *parental control*, il d.l. 15 settembre 2023, n. 123 (“Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale”), convertito con modificazioni dalla legge 13 novembre 2023, n. 159, dedica il Capo IV appunto alle “Disposizioni per la sicurezza dei minori in ambito digitale”.

In tale contesto – comprensivo anche della specifica tutela dei minori di anni diciotto rispetto all’accesso ai siti pornografici, espressamente vietato (art. 13 *bis*)<sup>51</sup> – viene data una definizione normativa di “applicazioni di controllo parentale”, quali “elementi esterni a dispositivi di comunicazione elettronica, soluzioni a livello di rete o applicazioni o software per dispositivi di comunicazione elettronica, facilmente comprensibili e accessibili agli utenti, che consentano il controllo parentale”, quest’ultimo a sua volta definito come “possibilità di limitare e controllare, da parte dei genitori o di coloro che esercitano la responsabilità genitoriale, l’accesso ai

---

<sup>50</sup> Cfr. F. D’AMBROGIO, *Parental control: accorgimenti tecnici per escludere la fruizione da parte dei minori di contenuti classificati a visione non libera*, in *Famiglia*, 2018, 25 ss.

<sup>51</sup> La norma, introdotta in sede di conversione, impone ai fornitori di tale genere di contenuti di verificare la maggiore età degli utenti, al fine di evitare l’accesso ai minori di anni 18, in quanto questo “mina il rispetto della loro dignità e ne compromette il benessere fisico e mentale, costituendo un problema di salute pubblica”. Si prevede altresì che l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni stabilisce, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione e sentito il Garante per la protezione dei dati personali, le modalità per l’accertamento della maggiore età degli utenti, assicurando un livello di sicurezza adeguato al rischio e il rispetto della minimizzazione dei dati personali raccolti in ragione dello scopo.

contenuti e/o alla rete da parte dei minori, mediante la scelta degli spazi digitali e dei tempi di utilizzo” (art. 13).

Si prevede, in particolare, che, per garantire un ambiente digitale sicuro ai minori, i produttori assicurino, a monte dell'immissione sul mercato di dispositivi, che i sistemi operativi installati consentano l'utilizzo e includano la disponibilità di applicazioni di controllo parentale, da pubblicizzare appositamente e chiaramente nella confezione in fase di vendita; e, nelle more, che i fornitori di servizi di comunicazione elettronica assicurino, dal canto loro, senza costi aggiuntivi, la disponibilità di tali applicazioni già nell'ambito dei contratti di fornitura nei servizi di comunicazione elettronica e provvedano ad avvisi mirati ai clienti già in essere per informarli della “possibilità ed importanza” di utilizzare simili applicazioni (art. 13, comma 7).

Detti sistemi non possono essere ridotti solo ad una serie di accorgimenti tecnici per monitorare o co-gestire l'account del figlio ma vanno opportunamente considerati quale vera e propria “sottovoce” dell'educazione (l'“educazione digitale”, appunto) che i genitori devono impartire ai figli e rispetto alla quale non dovrebbero trovarsi ad avere le mani legate<sup>52</sup>.

Invece, il passaggio dal 13° al 14° anno di vita per un minore dotato (come l'ormai totalità degli adolescenti), grazie al concorso del genitore, di un proprio *account*, non è paradossalmente meno brusco di quello dalla minore alla maggiore età. La piattaforma fornitrice dell'account del figlio che si approssima al fatidico compleanno normalmente avvisa via mail separatamente figlio e genitore che da quel giorno il primo potrà decidere come gestire il proprio account, presentando le opzioni possibili tra cui scegliere: “continuare a utilizzare le impostazioni di supervisione dei genitori già esistenti”; “configurare la supervisione per ragazzi di età superiore a 14 anni”, ossia la minima richiesta; “gestire autonomamente l'account”.

Nel caso la scelta cada sull'autonoma gestione (che evidentemente il GDPR dà per scontata), si “sbloccano” simultaneamente tutti i canali prima preclusi, le funzionalità di “filtro” (anche di contenuti inappropriati) e tutte le autorizzazioni necessarie, sino a quel momento, per “accompagnare

---

<sup>52</sup> Sulla necessità di una specifica “dimensione digitale” nell'educazione, da non confondere con l'educazione digitale come “complesso di regole di competenza sull'uso della rete”, v. M. BIANCA, *Il minore e i nuovi media*, cit., 161; in argomento sia consentito rinviare anche a B. AGOSTINELLI, *L'educazione della prole tra antiche prerogative genitoriali e nuovo interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 155 ss.; ID., *Minori in rete: l'illusione del consenso e l'equivoco della privacy*, in *Famiglia*, 2023, 397 ss. Sul fronte della psicologia molti gli studi: v., ad es., B. VOLPI, *Genitori digitali. Crescere i propri figli nell'era di internet*, Bologna 2017.

re” e vigilare relativamente sulla navigazione del figlio che potrà ora ricevere annunci personalizzati fino a quel momento inibiti *ratione aetatis*.

In altri termini, una maturità digitale tanto repentina quanto assoluta.

I filtri disattivati sarà certo possibile installarli di nuovo ma solo con il consenso del figlio che, in una distopica inversione di ruoli, dovrà a ciò autorizzare il proprio genitore e che in ogni caso e in ogni momento potrà successivamente interrompere la supervisione.

Alla ricezione di un simile avviso, automatico e impersonale, il genitore percepisce che insieme al suo (relativo) controllo ha perduto la possibilità di una (relativa) protezione e che ora il figlio sarà oltreché più autonomo più solo; il figlio, per parte sua, percepisce invece che si spalanca di fronte a lui lo sconfinato mondo della rete, senza canali preclusi, dove per ogni nuova acquisizione (e acquisto) non necessita più di alcuna autorizzazione.

Quindi tra i 14 e i 18 anni i genitori si trovano ad essere deprivati (da un gestore telematico), insieme al vaglio preventivo dei luoghi digitali frequentati dal figlio, di una “quota” di responsabilità genitoriale; si apre, per loro, una sorta di zona virtuale “franca” che sfugge alla conoscenza prima ancora che al controllo, dove la tutela dei minori e dai minori stessi si fa ulteriormente più complicata.

Tale sorta di “sottrazione” di competenza, automatica ed estesa, non fa che confermare che quello dei minori in rete non è (e non crea solo) un problema di privacy, all’altare della quale viene improvvidamente sacrificato l’esercizio effettivo e compiuto della responsabilità genitoriale.

Difficile negare che siano state quanto meno sottovalutate le ricadute, in caso di condotte illecite, anche sul piano di un’eventuale culpa *in vigilando* se non *in educando* (ex art. 2048 c.c.): considerando che la nota prova liberatoria dalla relativa presunzione<sup>53</sup> è già di per sé ritenuta diabolica, calata nel contesto di un atto *on line* diviene praticamente impossibile, se persino l’addestramento diretto e partecipato al corretto uso del mezzo telematico viene inibito ai genitori in nome di un’irretrattabile autonomia dei figli (appena) quattordicenni.

Ai genitori, che non sono messi in condizione di esercitare come prima la medesima vigilanza, vengono, per così dire, “spuntate” le armi proprio nel momento e nel luogo della massima esposizione al pericolo per i figli

---

<sup>53</sup> “Di non aver potuto impedire il fatto”, che, secondo l’interpretazione dominante, consiste nella prova (positiva) “di aver impartito al figlio una buona educazione e di aver esercitato su di lui una vigilanza adeguata, il tutto conforme alle condizioni sociali, familiari, all’età, al carattere, all’indole del minore”: v., *ex plurimis*, Cass. 20 ottobre 2005, n. 20322; Cass. 6 dicembre 2011, n. 26200.



(sia di commettere sia di subire abusi) e proprio quando la necessità della specifica educazione digitale si fa più urgente.

### 5. *Il nuovo Digital Services Act e l'individuazione di un "rischio sistemico" per i minori. Verso una tutela effettiva?*

Se agli operatori del web è dato un così consistente (e sottovalutato) potere di incidere sulla sfera personale della (singola) relazione familiare, gli stessi sembrano dover essere ora maggiormente coinvolti in prima persona e "responsabilizzati" nella tutela dei minori rispetto ai contenuti offerti dalla navigazione.

E così le citate nuove Linee Guida dell'Agicom<sup>54</sup>, emanate a seguito della consultazione pubblica con i principali operatori ed associazioni di categoria<sup>55</sup>, sono volte a orientare gli operatori stessi in ordine alle modalità di realizzazione della protezione dei minori (in parte, come s'è detto, regolata anche dal TUSMA, cui le Linee danno seguito) attraverso la messa a disposizione del consumatore di sistemi di controllo parentale (da configurarsi gratuitamente e in modo semplice e intuitivo) o di filtro di contenuti inappropriati per i minori o di blocco di quelli riservati a un pubblico maggiore<sup>56</sup>.

Da ultimo, poi, come anticipato, a livello eurounitario, è stato emanato il regolamento (UE) 2022/2065 (*Digital Services Act*) in combinazione con il regolamento (UE) 2022/1925 sui mercati digitali (*Digital Markets Act*) all'interno di un unico disegno normativo volto a disciplinare, con modalità e mezzi diversi, l'offerta di prodotti e servizi all'interno del mercato digitale, coerentemente con la strategia per l'Europa digitale ed il Piano d'azione per la democrazia europea presentati nel 2020<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> V. *supra*, nota 6.

<sup>55</sup> Quali AIPP, ASSTEL, EOLO, Fastweb, Iliad Italia, IRIDEOS, Linkem, Sky Italia, Tim, Tiscali Italia, Vodafone Italia, Wind Tre.

<sup>56</sup> Le principali categorie di contenuti a visione non libera sono state individuate in: contenuti per adulti, gioco d'azzardo, armi, violenza, odio e discriminazione, pratiche dannose per la salute, *anonymazer*.

<sup>57</sup> Cfr. Bruxelles, 19 febbraio 2020 COM(2020) 67 final, "Plasmare il futuro digitale dell'Europa" (<https://eur-lex.europa.eu>); "Un'Europa pronta per l'era digitale: proposta della Commissione di nuove norme per le piattaforme digitali", Bruxelles, 15 dicembre 2020 ([ec.europa.eu](https://ec.europa.eu)).

Obiettivo in particolare del DSA è “contribuire al corretto funzionamento del mercato interno dei servizi intermediari stabilendo norme armonizzate per un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile che faciliti l’innovazione e in cui i diritti fondamentali sanciti dalla Carta, compreso il principio della protezione dei consumatori, siano tutelati in modo effettivo” (art. 1).

Sembra essere acquisito, dunque, che la rivoluzione digitale, aumentando le potenzialità tecnologiche della rete e diffondendosi oltre ogni confine, finisce per lasciare scoperte ampie zone della sfera personale del singolo, ove i suoi diritti sono suscettibili di venire compromessi, violati o impediti, specialmente con la profilazione dell’utente e con l’immissione in rete di contenuti illegali e nocivi.

A fronte della illusoria neutralità e libertà *della e nella* rete, la conta dei variegati danni alla persona che di essa si serve cominciava a pesare sull’altro piatto della bilancia, inducendo a perseguire formalmente appunto un “ambiente digitale sicuro, prevedibile e affidabile”.

Il DSA, infatti, distinguendo tra gli operatori quelli di “grandi dimensioni” (c.d. “*gatekeepers*”)<sup>58</sup>, tenuti ad una particolare condotta e soggetti ad una particolare auto-vigilanza, individua quattro categorie di “rischi sistemici” “reali o prevedibili” che gli operatori dovranno calcolare e comunicare (*considerando* 80-83): 1) quelli associati alla diffusione di contenuti illegali, quale la diffusione di materiale pedopornografico o forme illegali di incitamento all’odio o altri tipi di abuso dei loro servizi per commettere reati, e lo svolgimento di attività illegali, quali la vendita di prodotti o servizi vietati dal diritto dell’Unione o nazionale; 2) quelli relativi all’esercizio dei diritti fondamentali tutelati dalla Carta, inclusi tra gli altri la dignità umana, la libertà di espressione e di informazione, compresi la libertà e il pluralismo dei media, il diritto alla vita privata, la protezione dei dati, il diritto alla non discriminazione, i diritti del *minore* e la tutela dei consumatori; 3) quelli incombenti “sui processi democratici, sul dibattito civico e sui processi elettorali, nonché sulla sicurezza pubblica”; 4) quelli, infine, legati alla progettazione o all’uso, “anche mediante manipolazione, di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi, con ripercussioni negative, effettive o prevedibili, sulla tutela della salute pubblica e dei *minori* e gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona o per la violenza di genere”.

---

<sup>58</sup> La “soglia operativa” attualmente stabilita è di 45 milioni di utenti, equivalente al 10% della popolazione dell’Unione.

In particolare, “nel valutare i rischi per i diritti dei minori, i prestatori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi dovrebbero valutare, ad esempio, quanto sia facile per i minori comprendere la progettazione e il funzionamento del servizio, nonché come questi ultimi possano essere esposti tramite il servizio a contenuti che potrebbero nuocere alla loro salute o al loro sviluppo fisico, mentale e morale. Tali rischi possono sorgere, ad esempio, in relazione alla progettazione di interfacce online che sfruttano intenzionalmente o involontariamente le debolezze e l’inesperienza dei minori o che possono causare comportamenti di dipendenza”<sup>59</sup>.

Ancora, dell’“interesse superiore dei minori” dovrebbero tenere conto “nell’adottare misure quali l’adattamento della progettazione del loro servizio e della loro interfaccia *online*, specie quando i loro servizi sono destinati principalmente ai minori o da essi utilizzati in modo predominante”.

I servizi dovrebbero essere “organizzati in modo da consentire ai minori di accedere facilmente ai meccanismi previsti dal presente regolamento, se del caso, compresi i meccanismi di segnalazione e azione e i meccanismi di reclamo” e dovrebbero essere attivate misure atte a “proteggere i minori dai contenuti che potrebbero nuocere al loro sviluppo fisico, mentale o morale e fornire strumenti che consentano un accesso condizionato a tali informazioni”.

Con simili premesse, che lascerebbero presagire un intervento in chiave di precauzione assai incisivo, che inibisca almeno ai minori l’accesso ove non adeguatamente sicuro, la regolamentazione normativa poi si risolve nell’art. 14 (Termini e condizioni) per cui “Se un servizio intermediario è principalmente destinato a minori o è utilizzato in prevalenza da questi, il prestatore di tale servizio intermediario spiega in modo comprensibile per i minori le condizioni e le restrizioni che si applicano all’utilizzo del servizio”; nell’art. 28 (“Protezione online dei minori”), che prescrive ai “fornitori di piattaforme online accessibili ai minori” di adottare “misure adeguate e proporzionate per garantire un elevato livello di tutela della vita privata, di sicurezza e di protezione dei minori sul loro servizio”; di non presentare sulla loro interfaccia pubblicità basata sulla profilazione usando i dati personali del destinatario del servizio “se sono consapevoli, con ragionevole certezza, che il destinatario del servizio è minore”.

Se il divieto di trattare per fini commerciali i dati dei minori era già sta-

---

<sup>59</sup> Per “interfaccia online” il regolamento intende “qualsiasi software, compresi i siti web o parti di essi, e le applicazioni, incluse le applicazioni mobili” (art. 3, lett. m).

to stabilito dalla direttiva UE 2018/1808 sui servizi audiovisivi, la novità apportata dal DSA è che gli eventuali danni sui minori rientrano nell’obbligo di valutazione del “rischio sistemico” (art. 34).

Tuttavia il rispetto di tali obblighi “non obbliga i fornitori di piattaforme online a trattare dati personali ulteriori per valutare se il destinatario del servizio sia minore”, il che sembra lasciare impregiudicato e quasi ineluttabilmente irrisolto il problema (centrale) dell’ardua *age verification*<sup>60</sup>.

In estrema sintesi, la maggiore tutela generale offerta dal DSA dovrebbe passare, all’esito dell’effettiva e compiuta implementazione del provvedimento che è scandita in diverse tappe<sup>61</sup>, da un lato, per le prescritte valutazioni preventive di impatto dei “rischi sistemici” che riguardano “even-

---

<sup>60</sup> Suggestisce ad esempio l’AGIA di introdurre una sorta di spid per minori per la verifica dell’età di accesso alle applicazioni e ai social network e di arginare, anche attraverso la coregolazione con i provider, la sovraesposizione online dei minorenni: v. Dichiarazione stampa “*Safer internet day, l’Autorità garante: ‘Attenzione ai rischi, ma proibire non è realistico’*. Garlati: *‘Una Rete sicura permette di tutelare i ragazzi e di esercitare diritti preziosi sfruttando appieno le possibilità offerte dal web’* (www.garanteinfanzia.org). Con riferimento al recente, noto problema dell’uso di ChatGPT (piattaforma sviluppata e gestita dalla società statunitense OpenAI LLC in grado di elaborare un linguaggio simile a quello di una conversazione umana, basata su domande e risposte, grazie ad algoritmi avanzati di apprendimento automatico), il Garante Privacy domestico ha disposto, in via d’urgenza la limitazione provvisoria in Italia del trattamento dei dati parte di OpenAI, in qualità di titolare del trattamento dei dati personali effettuato attraverso tale applicazione, anche in quanto ha rilevato “l’assenza di qualsivoglia verifica dell’età degli utenti in relazione al servizio ChatGPT che, secondo i termini pubblicati da OpenAI LLC, è riservato a soggetti che abbiano compiuto almeno 13 anni” e “considerato che l’assenza di filtri per i minori di età di 13 anni espone gli stessi a risposte assolutamente inidonee rispetto al grado di sviluppo e autoconsapevolezza degli stessi” (v. provvedimento del 30 marzo 2023, n. 112, www.garanteprivacy.it). Successivamente, sulla base delle rassicurazioni ricevute dalla società circa la sua intenzione di collaborare e ottemperare alle richieste del Garante, quest’ultimo ha intanto sospeso la limitazione provvisoria (v. provvedimento dell’11 aprile 2023, n. 114, www.garanteprivacy.it), imponendo però ad Open AI di redigere entro il 31 maggio 2023 “un piano per l’adozione di strumenti di *age verification* idoneo a escludere l’accesso al servizio agli utenti infratredicenni e a quelli minorenni in assenza di un’espressa manifestazione di volontà da parte di chi esercita sugli stessi la responsabilità genitoriale. L’implementazione di tale piano dovrà decorrere, al più tardi, dal 30 settembre 2023”.

<sup>61</sup> A seguito dell’entrata in vigore del pacchetto sui servizi digitali il 16 novembre 2022, le piattaforme online disponevano di 3 mesi (fino al 17 febbraio 2023) per comunicare il numero degli utenti finali attivi sui loro siti web. Sulla base del numero di utenti, la Commissione valuterà se una piattaforma debba essere designata come piattaforma o motore di ricerca di grandi dimensioni. Dopo tale decisione, l’entità interessata disporrà di 4 mesi per conformarsi agli obblighi previsti dalla normativa sui servizi digitali, fra i quali la conduzione del primo esercizio annuale di valutazione del rischio, da trasmettere alla Commissione. Gli Stati membri dell’UE dovranno conferire i poteri spettanti ai propri coordinatori dei servizi digitali entro il 17 febbraio 2024, data generale di entrata in vigore della normativa sui servizi digitali, quando questa sarà pienamente applicabile a tutte le entità che rientrano nel suo ambito di applicazione.

tuali effetti negativi per l'esercizio dei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e familiare e alla libertà di espressione e di informazione, del diritto alla non discriminazione e dei diritti del minore, sanciti rispettivamente dagli artt. 7, 11, 21 e 24 della Carta" (dei diritti fondamentali dell'UE); dall'altro lato, per una serie di "misure" atte a contrastare la circolazione di beni, servizi o contenuti illeciti online. Tra tali misure rientra un meccanismo per consentire agli utenti di segnalare tali contenuti e alle piattaforme di collaborare con 'segnalatori attendibili'; nuovi obblighi in materia di tracciabilità degli utenti commerciali nei mercati online, onde identificare i venditori di merci illegali; il divieto di determinati tipi di messaggi pubblicitari mirati sulle piattaforme online; misure di trasparenza per le piattaforme online su vari aspetti, compresi gli algoritmi utilizzati per i suggerimenti; una struttura di vigilanza che rifletta la complessità dello spazio online.

I paesi dell'UE svolgeranno il ruolo principale, sostenuti da un nuovo "comitato europeo per i servizi digitali"; per le piattaforme di grandissime dimensioni, la Commissione interverrà per garantire la vigilanza e l'applicazione delle norme.

Sullo specifico fronte dei minori, questa nuova attenzione alla rete come fonte di rischi (oltreché di pluralismo, vantaggi ed opportunità) ha consentito in particolare il "ritorno" dell'armonico sviluppo del minore, assente, come si è rilevato, nel GDPR: il che di per sé appare un buon segno anche se le attese di chi sperava in un obbligo di controllo in ingresso da parte degli *internet service provider* sono state vane<sup>62</sup>, confermata com'è la generale "assenza di obblighi generali di sorveglianza o di accertamento attivo dei fatti" da parte dei prestatori di servizi intermediari (art. 8)<sup>63</sup>.

A fronte della complessa ma ineludibile questione del controllo dei contenuti (che infatti solleva, a sua volta, quella ulteriore del controllo sugli stessi controllori), la tutela articolata dalla nuova regolamentazione sembrerebbe, nonostante l'impostazione in termini di rischio preventivato *ex ante*, più come un sistema di efficace rimozione *ex post* o, meglio, di "attenuazione" di tale rischio (art. 35) all'esito delle ricevute "segnalazioni".

Che si possa, dunque, invertire completamente la rotta pare difficile,

---

<sup>62</sup> Cfr. *Digital services act*, Scorza: "Le luci e le poche ma gravi ombre delle nuove regole Ue" ([www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it)).

<sup>63</sup> Art. 8: "Ai prestatori di servizi intermediari non è imposto alcun obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che tali prestatori trasmettono o memorizzano, né di accertare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illegali".

considerato che il modello di *business* dei potenti operatori dei servizi della società digitale si fonda proprio sulla massimizzazione del “tempo di cattura” dell’attenzione degli utenti (anche minori) e che il rischio, che ciclicamente andrà di nuovo calcolato, è di per sé gestibile.

Se la sanzione sarà pecuniaria (art. 52), ad es., il rischio da prevalutare può tradursi in un rischio calcolato che l’operatore si assume a fronte del ritorno economico comunque in grado di perseguire e quindi un esito autenticamente morigeratore e autocontenitivo è difficile da garantire, per quanto sia da auspicare.

Andrà verificato, dunque, se, con tale vistoso limite, la protezione dei minori, proclamata al *considerando* 71 come “un importante obiettivo politico dell’Unione”<sup>64</sup>, sarà concretamente perseguita e se, quindi, si rivelerà effettiva.

In questo nuovo pacchetto normativo il minore, pur (ri)comparendo e in misura più consistente, sembra, infatti, restare comunque fuori fuoco; centrale è e rimane l’obiettivo, a più riprese dichiarato (e di gran lunga preponderante), di “migliorare il funzionamento del mercato interno e garantire un ambiente online sicuro e trasparente” (*considerando* 41).

E ancora incombente resta allora il sospetto che, di fronte al progresso incessante delle tecniche di attrazione dei neo-utenti, si renda il minore sempre prima autonomo e l’ambiente digitale apparentemente più “sicuro” e “affidabile” perché in un mercato meglio funzionante divenga quanto prima un nuovo, indipendente ed attivo consumatore<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup>E prosegue: “Una piattaforma online può essere considerata accessibile ai minori quando le sue condizioni generali consentono ai minori di utilizzare il servizio, quando il suo servizio è rivolto o utilizzato prevalentemente da minori, o se il fornitore è altrimenti a conoscenza del fatto che alcuni dei destinatari del suo servizio sono minori, ad esempio perché già tratta i dati personali dei destinatari del suo servizio che rivelano la loro età per altri scopi”.

<sup>65</sup>Sui giovani, “consumatori perfetti”, v. le riflessioni, in chiave sociologica, di D. SECONDULFO, *Born to buy. La socializzazione del giovane consumatore*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, cit., 1049 ss.



Giovanni Girelli

*Osservazioni intorno all'imposizione  
sull'impresa digitale*

*Observations concerning the taxation  
of digital companies*

**Abstract**

*Lo scopo del presente lavoro è quello di verificare se gli interventi in materia di imposizione sull'impresa digitale compiuti dal legislatore nazionale in aderenza alle indicazioni europee appaiano soddisfacenti. Si intende, infatti, ragionare sulle disposizioni vigenti per accertare se sussistano soluzioni alternative che risultino maggiormente appaganti dal punto di vista della coerenza dell'imposizione sulla ricchezza che dimostra l'impresa digitale e circa l'efficienza applicativa del tributo oggi in essere.*

*The goal of this essay is to analyze the provisions of law currently in force in Italy with reference to the taxation of digital companies and verify whether or not the afore said provisions are satisfactory. In this regard, the Author examines the Italian provisions and tries to assess if some better options could be found to the aim of being more effective and conclusive especially with reference to the connection between the extent of the taxation and the real wealth of the company.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'Imposta sui Servizi Digitali. – 3. Un tributo che incide su una singolare capacità contributiva. – 4. Un'ulteriore possibilità per l'imposizione sull'impresa digitale.



## 1. Premessa

A partire dall'avvento del nuovo millennio, si è assistito a livello globale a profondi cambiamenti sotto il profilo economico e sociale. In particolar modo, la capillare diffusione della rete *internet* ha permesso di collegare in maniera sempre più efficace e rapida Paesi ed utenti situati alle più diverse latitudini del globo, contribuendo in maniera decisiva a rivoluzionare i classici sistemi economici e relazionali. Oggi, infatti, l'economia tradizionale, basata sul contatto personale tra i diversi operatori del mercato, dal produttore al venditore fino al consumatore finale, e costituita da transazioni che avvengono generalmente in luoghi fisici facilmente identificabili, e normalmente all'interno di uno stesso Stato, è stata affiancata e, forse, addirittura superata, dalla cosiddetta "economia digitale"<sup>1</sup>. Quest'ultima si basa, invece, proprio sulla "smaterializzazione" dell'intera filiera commerciale, e per i beni "digitali" anche produttiva, tanto da permettere di acquistare prodotti, beni di consumo e servizi direttamente *on-line* per mezzo di piattaforme digitali ove domanda ed offerta si incontrano a livello globale, prescindendo, dunque, dai confini territoriali.

Siffatta nuova realtà ha tuttavia comportato, soprattutto nell'ultimo decennio, la crisi, a livello mondiale, dell'ordinario sistema di imposizione della ricchezza correlato alla "fisicità". Sul punto è bene ricordare che, con l'avvento di *internet*, le autorità legislative, al fine di favorirne la diffusione e lo sviluppo, decisero volontariamente, in un primo momento, di rinunciare ad una regolamentazione normativa della rete in favore di una sorta di codice di condotta, cosiddetto *netiquette*, di natura consuetudinaria, appunto perché composto da una serie di consuetudini poste in essere dagli utenti medesimi. La mancanza di qualsiasi forma di disciplina normativa caratterizzò chiaramente anche il campo tributario, con l'effetto che in principio il *cyberspazio* o *web* era apparso una sorta di "no tax

---

<sup>1</sup>Come osservato da F. PAPARELLA, *L'economia digitale nel diritto tributario: l'ampiezza del fenomeno giuridico ed il contesto di riferimento*, in L. DEL FEDERICO, F. PAPARELLA (a cura di), *Diritto tributario digitale*, Pisa 2023, 3-6; F. CANNAS, *EU VAT Categories and the Digital Economy*, Torino 2022, 7-17; R. SUCCIO, *Digital economy, digital enterprise e imposizione tributaria: alcune considerazioni sistematiche*, in *Dir. prat. trib.*, 2020, 2372, con detto termine si intende la rete globale delle attività economiche e sociali fondate sulle tecnologie digitali ove quest'ultime assurgono ad elemento imprescindibile. Essa è attivata da piattaforme come *internet*, reti di telefonia e *sensor networks*, ovvero dalle movimentazioni finanziarie poste in essere in relazione a siffatte attività economiche e sociali su piattaforme come *internet*, reti di telefonia e *sensor networks*.

*land*”, ossia uno spazio insuscettibile di essere sottoposto a nuove forme di prelievo<sup>2</sup>.

Al di là della condivisibilità o meno di questa scelta politica, con l'avvento del nuovo millennio si è potuto tranquillamente affermare che l'obiettivo di favorire la diffusione del *web* era stato raggiunto. In linea generale, infatti, negli ultimi anni si è assistito all'affermazione del modello di economia digitale e alla diffusione capillare, soprattutto nei Paesi cosiddetti maggiormente sviluppati, di aziende che operano anche, se non esclusivamente, sul *web*. Proprio a causa di questo fenomeno, era apparso chiaro che la concezione del *cyberspazio* come di una zona franca non fosse più sostenibile, sia per avere essa sostanzialmente esaurito la sua funzione, appunto la diffusione su larga scala di *internet*, sia, soprattutto, perché l'affermazione dell'economia digitale aveva comportato la generazione e il trasferimento di una notevole quantità di ricchezza unicamente attraverso lo spazio virtuale, rendendosi perciò necessaria un'apposita ricognizione impositiva del fenomeno. A fronte di tale situazione, la comunità internazionale e i singoli stati, compresa l'Italia, hanno così introdotto una serie di norme volte proprio a disciplinare l'“economia digitale”, sia sotto l'aspetto civilistico e commerciale che, per quanto qui di interesse, sotto il profilo tributario.

Ebbene, proprio in relazione a quest'ultima prospettiva sono sorte immediatamente tutta una serie di questioni legate alla circostanza che, come detto, i tradizionali criteri di imposizione mal si adattano al modello dell'economia digitale. Più precisamente, da un lato ci si è resi subito conto che la smaterializzazione delle transazioni digitali<sup>3</sup>, che avvengono su scala

---

<sup>2</sup> In tema cfr. S.A. PARENTE, *La tassazione dell'economia digitale: analisi dei modelli e prospettive di riforma*, in F. GALLO, A.F. URICCHIO (a cura di), *La tassazione dell'economia digitale tra imposta sui servizi digitali, global minimum tax e nuovi modelli di prelievo*, Bari 2022, 166, il quale ricorda che l'assenza di qualsivoglia previsione in materia tributaria trova la sua origine nell'*Internet Tax Freedom Act* (ITFA) approvato dagli Stati Uniti d'America nel 1998 e che detta “moratoria fiscale” venne giustificata dalle autorità fiscali proprio per incentivare la diffusione delle attività *on-line*, il cui utilizzo sarebbe stato invece scoraggiato dalla previsione di apposite imposizioni tributarie.

<sup>3</sup> Ma anche dell'oggetto della transazione, come nel caso della *virtual real estate*, riguardante la circolazione dei cosiddetti “immobili digitali” o “cripto beni”, come tali privi di dimensione territoriale. Per ulteriori approfondimenti sul punto si rinvia a E. DELLA VALLE, *Virtual real estate ed imposizione sul reddito: spigolature*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2022, 675-703. Sul punto anche L. CARPENTIERI, *La tassazione delle imprese al tempo dell'economia digitale*, in L. CARPENTIERI (a cura di), *Profili fiscali dell'economia digitale*, Torino 2020, 17-18, e M.C. FREGNI, *Mercato unico digitale e tassazione: misure attuali e progetti di riforma*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, I, 2017, 55, la quale ha osservato infatti che con l'avvento dell'economia digitale il baricentro dell'interesse

globale, le rende difficilmente intercettabili se si seguono gli ordinari criteri di collegamento territoriale, e fa sì che esse sfuggano dunque alla doverosa contribuzione<sup>4</sup>. Dall'altro lato, ci si è chiesti se nel modello di economia digitale possano essere individuati nuovi indici di capacità contributiva che giustificino dei prelievi fiscali ulteriori rispetto a quelli relativi al mero conseguimento di un ricavo<sup>5</sup>.

Quindi l'avvento dell'impresa digitale comporta la soluzione di due diversi ordini di problemi da non confondere l'uno con l'altro. Il primo è relativo alla corretta ripartizione dei redditi prodotti dall'impresa digitale nella giurisdizione della residenza e della fonte. Qui trattasi in sostanza di verificare i criteri di individuazione del luogo ove il reddito deve essere soggetto ad imposizione in quanto quelli propri legati all'attuale concetto

---

si è spostato dalle forme di proprietà commerciale ed industriale tradizionali verso i beni immateriali ed i servizi, ovvero gli *intangible assets*, i quali sarebbero divenuti più importanti della stessa produzione fisica di un bene. Questa tendenza, peraltro, apre a nuove e rilevanti questioni, in quanto, come anche osservato da S. GIORGI, *I beni immateriali nel reddito d'impresa, tra "forma" e "sostanza"*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, I, 2015, 121, i beni immateriali sono una categoria evanescente, nel senso che se da un lato, come qualsiasi altro bene, assurgono ad indici di capacità contributiva e ciò in ragione del loro innegabile contenuto patrimoniale, dall'altro lato l'immaterialità che li caratterizza contribuisce ad aumentare le possibilità di circolazione di tali beni e la difficoltà di individuare i soggetti titolari della capacità contributiva connessa ai medesimi, nonché di quantificarla. Per completezza, deve anche sottolinearsi che detta smaterializzazione ha riguardato anche gli stessi mezzi di pagamento, con la nascita delle cosiddette criptovalute, come i *bitcoin*, il cui inquadramento ai fini fiscali è tutt'ora dibattuto. Per un approfondimento sul tema, si rinvia, tra gli altri, a G. BOLETTI, *Le criptovalute nel sistema tributario: prime riflessioni sull'esperienza italiana*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2021, 1974-2004; F.P. SCHIAVONE, *Profili fiscali delle operazioni di scambio di criptovalute*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2019, 681-702; S. RAPUANO, M. CARDILLO, *Le criptovalute: tra evasione fiscale e reati internazionali*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2019, 42-64.

<sup>4</sup>Tale tema è stato ampiamente indagato e al riguardo si rinvia, tra gli altri, a A.M. PROTO, *Considerazioni in tema di applicabilità delle nozioni tradizionali di residenza e stabile organizzazione alle nuove realtà telematiche*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, I, 2005, 352-383S; S. CIPOLLINA, *I redditi "nomadi" delle società multinazionali nell'economia globalizzata*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, I, 2014, 22; G. MELIS, *Economia digitale e imposizione indiretta: problemi di fondo e prospettive*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2016, 977-1020; P. TARIGO, *Intermediazione, servizi prestati tramite mezzi elettronici e criteri di collegamento Iva*, in *Rass. trib.*, 2016, 343-359.

<sup>5</sup>Tra le più note iniziative in tal senso va ricordato il Report OCSE denominato "*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*", con il quale detta Organizzazione propose l'introduzione di una "*withholding tax*", vale a dire di un'imposta perequativa (c.d. "*equalisation levy*") sui profitti delle multinazionali operanti nel settore digitale, le quali, concludeva l'OCSE nel Report, a fronte di significativi risultati economici, erano in grado di sottrarsi al potere impositivo degli stati sfruttando l'assenza di un legame fisico con il territorio in favore del *cyberspazio*. Sul punto, si rinvia per un maggior approfondimento a L. DEL FEDERICO, *La tassazione nell'era digitale: genesi, diffusione ed evoluzione dell'equalisation levy*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2020, 1431-1451.

di stabile organizzazione, così come ad oggi individuati nel modello convenzionale OCSE, risultano, in questo ambito, inadeguati<sup>6</sup>. Il secondo investe, poi, il riscontro della necessità di ulteriori e diversi prelievi tributari, oltre all'ordinario tributo sul reddito, in capo all'impresa digitale in quanto essa dimostra una propria e speciale capacità contributiva non ravvisabile per l'impresa tradizionale.

Lo scopo del presente lavoro è, dunque, quello di appurare se gli interventi normativi da parte del legislatore nazionale appaiano soddisfacenti e se si sia percorso il corretto sentiero per risolvere i detti problemi. Allora il punto di partenza non può che essere la disciplina italiana recentemente introdotta in materia.

## 2. *L'Imposta sui Servizi Digitali*

L'introduzione della cosiddetta Imposta sui Servizi Digitali (ISD) è stato il passo decisivo, dopo molte incertezze, compiuto dal legislatore domestico<sup>7</sup>. La giustificazione di tale normativa era indicata nella palese situazione

---

<sup>6</sup>È ormai dato assodato che il sistema di tassazione dei redditi d'impresa recepito nelle convenzioni contro le doppie imposizioni e dalle normative domestiche rispecchia un contesto economico nel quale era agevole identificare i luoghi di produzione del reddito, in quanto l'insediamento di un'impresa sui mercati internazionali comportava la presenza negli stati esteri di sedi di produzione dei beni o di strutture comunque dedicate alla vendita del prodotto. Con l'avvento dell'economia digitale e con la smaterializzazione dei processi produttivi, tuttavia, i criteri classici di collocazione della residenza sono entrati in crisi, per le evidenti difficoltà di collocare territorialmente le attività di dematerializzazione dell'economia digitale e lo sfruttamento dei beni immateriali. In tema cfr., tra gli altri, P. PISTONE, Y. BRAUNER, *Adapting Current International Taxation to New Business Models: Two Proposals for the European Union*, in *Bullettin International Taxation*, 2017, 681 ss.; R. CORDEIRO GUERRA, *Dal "brick and mortar" all'economia digitale e oltre: una panoramica delle questioni fiscali*, in R. CORDEIRO GUERRA, S. DORIGO (a cura di), *Fiscalità dell'economia digitale*, Pisa 2022, 14-15.

<sup>7</sup>Essa è entrata in vigore il 1° gennaio 2020 ed è disciplinata dall'art. 1, commi 35-50, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (c.d. legge di Bilancio 2019), così come modificata dall'art. 1, comma 678, della legge 27 dicembre 2019, n. 160 (c.d. legge di Bilancio 2020). In realtà, un primo tentativo in questo senso si era avuto già con la previsione della "web tax transitoria", introdotta dall'art. 1 bis, d.l. 24 aprile 2017, n. 50 (convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96), in merito alla quale osserva F. SAPONARO, *Imposta sui servizi digitali: dalla proposta europea al modello italiano*, in F. GALLO, A.F. URICCHIO (a cura di), *La tassazione dell'economia digitale tra imposta sui servizi digitali, global minimum tax e nuovi modelli di prelievo*, cit., 355-356, nota 50, che un'attenta qualificazione spingeva a considerarla più che un'imposta, una procedura volta a consentire a soggetti non residenti di far emergere la presen-

di insofferenza verso le imprese operanti nel digitale causata dalla circostanza che con esse si è realizzato un disallineamento tra il luogo in cui sono generati i profitti (Italia) rispetto a quello in cui detti profitti sono tassati (il loro Stato di residenza)<sup>8</sup>. Dunque, la principale criticità da risolvere, nelle intenzioni del legislatore, sembrava essere inerente al mero profilo di territorialità dell'imposizione più che rispondere all'emersione di una nuova ed ulteriore capacità economica non ancora sottoposta ad imposizione. Avendo introdotto l'ISD, comunque, il legislatore domestico ha innanzitutto ritenuto inefficiente (o forse non pienamente pertinente all'impresa digitale) la disposizione di cui all'art. 162, comma 2, lett. *f bis*), del TUIR, regolante la significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato. In effetti, la gracilità di tale disposto normativo è di solare evidenza. Tale misura interna non può reggere il confronto con gli attuali trattati contro le doppie imposizioni sul reddito che l'Italia ha stipulato e di cui possono beneficiare le maggiori imprese digitali operanti su sfera globale<sup>9</sup>. Né sarebbe stato – ovviamente – ipotizzabile intraprendere il cammino di revisione dei trattati atteso l'assai prevedibile dissenso delle controparti, che sono interessate a mantenere lo *status quo*. Non a caso neanche in sede OCSE si è giunti, ad oggi, a risoluzioni decisive sulla problematica qui in esame.

---

za di stabili organizzazioni all'interno del gruppo multinazionale del quale facevano parte, così da evitare di incorrere nelle sanzioni amministrative e penali relative all'illecito di omessa dichiarazione; peraltro, nonostante la denominazione, la “*web tax*” era rivolta a tutti i soggetti aventi tali caratteristiche e non solo a quelli attivi nella fornitura dei servizi digitali. A detta previsione normativa era poi seguito l'art. 1, commi 1011-1019, legge 27 dicembre 2017, n. 205 (c.d. legge di Bilancio 2018) che introdusse effettivamente una prima definizione di “servizio digitale”, inteso quale servizio, prestato tramite mezzi elettronici o tramite *internet* o altra rete elettronica, che fosse per sua stessa natura sostanzialmente automatizzato, dunque che prescindesse quasi del tutto dall'apporto umano, nonché garantibile solo per mezzo di tecnologie informatiche. Siffatta disciplina tuttavia non entrò mai di fatto in vigore, a causa della mancata introduzione della prevista normativa di attuazione e venne abrogata nel giro di appena un anno ad opera dell'art. 1, comma 50, legge 30 dicembre 2018, n. 145 (c.d. legge di Bilancio 2019).

<sup>8</sup>Cfr. pp. 1-3 della Relazione della Commissione europea alla Proposta di direttiva del Consiglio – COM(2018) 148 *final* – relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali. A tale proposta di direttiva, poi, il legislatore nazionale si è conformato nella stesura del testo dell'Imposta sui Servizi Digitali. Si veda anche la Relazione ai sensi dell'art. 6, comma 4, della legge 24 dicembre 2012, n. 234 trasmessa il 24 aprile 2018 dal Ministero dell'Economia e delle Finanze alla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento Politiche europee e in pari data da quest'ultima inoltrata alla Camera dei Deputati e al Senato della Repubblica.

<sup>9</sup>Primo fra tutti quello con gli USA ove risiedono i cosiddetti GAFAs (Google, Apple, Facebook e Amazon) che si sono affermati nel corso degli anni quali maggiori imprese digitali a livello planetario.

Evidentemente, atteso che l'obiettivo della corretta imposizione sul reddito su base nazionale non era raggiungibile, il legislatore ha intrapreso un itinerario differente con intenti ristoratori, rispetto alla negatività di non poter incassare l'imposta sul reddito (considerata) dovuta. Ha, pertanto, istituito una specifica e nuova imposta ispirandosi a quanto delineato sul punto in sede eurounitaria<sup>10</sup>. Si è voluto cercare di risolvere un problema di territorialità dell'imposizione sul reddito con la previsione di una diversa imposta rispetto a quella già vigente sul reddito in Italia. Con il tributo in esame è stata, dunque, configurata un'imposta sui ricavi che sono generati dalla fornitura di determinati servizi digitali, i quali sarebbero caratterizzati dalla creazione di valore da parte degli utenti<sup>11</sup>. La nuova forma di prelievo ha richiesto l'esplicitazione – a sua giustificazione – di nuove espressioni di capacità contributiva costituite dalle potenzialità e dalle manifestazioni di ricchezza generate in relazione ai servizi digitali individuati dalla legge. Insomma, da una tematica fiscale che avrebbe dovuto riguardare solo i non residenti, si è passati a prevedere fattispecie impositive involgenti qualsivoglia impresa digitale di notevoli dimensioni economiche – non residente e residente. Tali fattispecie, però, per essere condivise richiedono una peculiare valutazione in termini di legittimità costituzionale con riferimento al rispetto del principio di capacità contributiva.

A tale riguardo, giova rammentare che la giustificazione costituzionale della tassazione risiede nella partecipazione del singolo alla comunità, dalla quale deriva un dovere di solidarietà relazionale e parametrato alla propria capacità contributiva (che rappresenta il criterio oggettivo di riparto dei carichi pubblici), la quale, a sua volta, si sostanzia nell'utilità economica degli elementi prescelti per la tassazione. In altre parole, la ripartizione prevista dal disposto di cui all'art. 53 Cost. richiede un rapporto in grado di esprimere ragionevolmente un risultato apprezzabile sotto il profilo economico, configurato da fattispecie che siano positivamente qualificate

---

<sup>10</sup>L'Imposta sui Servizi Digitali è conformata, come evidenziato *supra*, a quanto previsto dalla Proposta di direttiva COM(2018) 148 final, parte dell'*Action Plan* presentato dalla Commissione europea il 21 marzo 2018, con cui la Commissione europea ha infatti sottolineato che il tratto distintivo delle imprese digitali è la partecipazione degli utenti quale elemento imprescindibile per la creazione di ricchezza da parte delle imprese medesime.

<sup>11</sup>La stessa Agenzia delle Entrate, con la circ. 23 marzo 2021, n. 3, 17, chiarisce infatti che l'elemento assoggettato a tassazione sono i ricavi ottenuti, tramite l'interfaccia digitale, dalla monetizzazione del contributo degli utenti, ovvero sono i medesimi utenti, attraverso le interazioni che essi stessi pongono in essere, che creano, anche involontariamente, valore, rilasciando tutta una serie di dati, vale a dire di informazioni, che potranno poi essere utilizzati al fine di ricavarne un ritorno economico tramite la fornitura dei servizi in argomento.

dall'ordinamento come rilevanti sotto il profilo tributario, in considerazione altresì degli effetti che dette fattispecie hanno non solo per il soggetto interessato ma anche per la comunità organizzata. In questo senso, nel concetto di capacità contributiva possono dunque essere ricompresi finanche elementi oggettivi che non configurano diritti reali, personali di godimento o diritti soggettivi relativi o di obbligazione<sup>12</sup>.

L'ISD pare, comunque, allinearsi a tale approccio contributivo prendendo in considerazione tre diverse tipologie di servizi digitali. La prima gamma di servizi è costituita dalla veicolazione di pubblicità mirata, vale a dire il collocamento di un determinato messaggio pubblicitario sulle piattaforme digitali e l'esposizione *ad personam* del messaggio sulle medesime piattaforme<sup>13</sup>. Tale attività, nell'ottica del legislatore, genera dei ricavi specificamente rilevanti ai fini dell'imposta in questione<sup>14</sup>. Ai fini del tributo,

<sup>12</sup>In questo senso, F. GALLO, *Nuove espressioni di capacità contributiva*, in *Rass. trib.*, 2015, 779-781, il quale osserva che l'art. 53, comma 1, Cost., nel prevedere il generale obbligo per "tutti" di concorrere alle spese pubbliche, non imporrebbe che detto obbligo sia in capo solo a chi manifesta una capacità contributiva per così dire "qualificata", ovvero costituita da un fatto economico che arricchisca patrimonialmente il titolare. Al contrario, ad essere rilevanti, ai fini di tale obbligo, sarebbero tutti coloro che sono titolari di una situazione di vantaggio, la quale, anche se non di natura patrimoniale, sia comunque valutabile economicamente secondo ragionevolezza. Siffatta interpretazione, secondo l'Autore, sarebbe inoltre più rispondente alle finalità di redistribuzione delle risorse da parte dello Stato in ragione di una più equa giustizia sociale. In caso contrario, invero, il legislatore sarebbe limitato nelle sue scelte di politica fiscale ai soli indici di natura patrimoniale che, in quanto tali, dovrebbero essere necessariamente espressi dal mercato ed in esso valutabili e scambiabili. Si avrebbe cioè quello che il chiaro Autore definisce, forse con troppa enfasi, l'"imperialismo del mercato", ossia una situazione che colliderebbe con i principi costituzionali di eguaglianza e solidarietà, poiché lascerebbe alle impercettibili regole del mercato la scelta della ricchezza da sottoporre ad imposizione. In senso diverso si sono, però, espressi F. MOSCHETTI, *"Interesse fiscale" e "ragioni del fisco" nel prisma della capacità contributiva*, in *Atti della giornata di studi in onore di Gaspare Falsitta*, Padova 2012, 157 e I. MANZONI, G. VANZ, *Il diritto tributario. Profili teorici e sistematici*, Milano 2007, 40, i quali invece ritengono che la capacità contributiva è configurata solo in presenza di elementi patrimoniali attivi. La Corte Costituzionale si avvicina, comunque, al primo orientamento citato in quanto ha chiarito che nell'epoca contemporanea, in cui si sviluppano creazioni di valore nuove e multiformi, il concetto di capacità contributiva può prescindere dagli indici tradizionali, quali sono il reddito e il patrimonio, in favore di altre forme di capacità contributiva che denotino una forza o potenzialità economica. In questo senso, cfr. ord. 22 luglio 2021, n. 165, e sent. 23 dicembre 2019, n. 288.

<sup>13</sup>Cfr. art. 1, comma 37, lett. a), legge n. 145/2018. Trattasi dell'attività che porta a selezionare i messaggi pubblicitari che possono essere di precipuo interesse del singolo individuo e che tutti noi riceviamo quando "entriamo" su qualsivoglia piattaforma digitale (si pensi alle più note piattaforme di ricerca di informazioni, traduzioni in lingua, etc.).

<sup>14</sup>Condivisibilmente G. BIZIOLI, *I nuovi prodotti tra beni immateriali e servizi. Caratteri e criteri d'identificazione. Criteri di imposizione nel reddito d'impresa*, in A. DI PIETRO, P. SANTIN (a

pertanto, è oggetto di attenzione non tanto la mera capacità promozionale garantita dall'utilizzo delle piattaforme digitali, quanto la possibilità di realizzare servizi pubblicitari "mirati", ovvero creati al fine di attirare specificamente determinati utenti, sulla base dei dati relativi agli utenti medesimi e da questi forniti<sup>15</sup>. L'attività promozionale presa in considerazione dalla normativa in argomento è solo quella che si basa su una preliminare raccolta dei dati degli utenti e sulla successiva elaborazione di essi al fine appunto di inviare un messaggio promozionale "mirato", ovvero realizzato "su misura" sulla base delle informazioni che i medesimi utenti hanno fornito sulle piattaforme digitali in relazione ai loro gusti, tendenze, preferenze, etc.<sup>16</sup>. Proprio la capacità di elaborazione dei dati degli utenti a tale fine

---

cura di), *La fiscalità dell'economia digitale tra Italia e Spagna*, Milano 2021, 240, evidenzia che non sarebbe agevole ricondurre nel perimetro della norma impositiva le piattaforme che meramente facilitano l'intermediazione degli utenti. L'ISD deve, infatti, essere applicabile solo se la piattaforma è in grado di estrarre valore dall'intermediazione degli utenti che si incontrano su di essa.

<sup>15</sup> In questo senso anche G. FRANSONI, *Il presupposto dell'imposta sui servizi digitali*, in E. DELLA VALLE, G. FRANSONI (a cura di), *L'imposta sui servizi digitali*, Milano 2022, 74-75.

<sup>16</sup> Il riferimento è, in particolare, ai cosiddetti "cookie", ovvero dei piccoli *file* di testo che il *server* del sito *web* visitato dall'utente installa sul terminale utilizzato dall'utente medesimo, come ad esempio un computer, un tablet, etc. Ai sensi infatti dell'art. 30 del Regolamento n. 679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (GDPR), rubricato "Regolamento generale sulla protezione dei dati personali", le persone fisiche possono essere associate a identificativi *online* prodotti, tra gli altri, dai *cookie* o identificativi di altro tipo, i quali possono lasciare tracce che vengono poi utilizzate per creare i profili delle persone fisiche e identificarle. Ebbene, come specificato dall'art. 2 del provvedimento n. 231 del 10 giugno 2021 del Garante per la Protezione dei Dati Personali, rubricato "Linee guida cookie e altri strumenti di tracciamento", attraverso i *cookie* si possono ottenere una serie di informazioni sull'utente, sia di natura prettamente personale, come l'indirizzo IP, il nome utente, l'identificativo univoco o l'indirizzo e-mail, ma anche informazioni sul tipo di dispositivo utilizzato per navigare nel sito, sia riguardo la specifica attività che questi compie su quelle pagine *web*, come gli articoli inseriti nel carrello degli acquisti *online* o le informazioni utilizzate per la compilazione di un modulo informatico. Tali attività possono inoltre essere tracciate anche a distanza di tempo. Sempre l'art. 2 precisa infatti che i *cookie* (non tutti, solo i c.d. "cookie permanenti") possono rimanere memorizzati nei *software* per la navigazione del terminale dell'utente, come i *browser*, trasmettendoli nuovamente all'applicazione *web* ogni volta che l'utente si riconnette al medesimo *server*. Ciò posto, deve tuttavia precisarsi che l'art. 4 delle Linee Guida distingue due diverse categorie di *cookie*: i tecnici, ovvero quelli che permettono al sito di funzionare correttamente, e i *cookie* di profilazione, volti a creare un servizio personalizzato per il singolo utente. La differenza non è solo di carattere tecnico ma anche giuridico, sia per quanto riguarda la tutela dei dati personali che soprattutto, ai fini che qui interessano, in riferimento all'operatività dell'Imposta sui Servizi Digitali. Sotto il primo aspetto, come chiarito dall'art. 5 delle Linee Guida, infatti, per l'utilizzo dei *cookie* tecnici, il titolare del trattamento dei dati non necessita di alcuna autorizzazione specifica da parte degli utenti ma ha il solo obbligo di fornire loro apposita informativa. Ciò in virtù della funzione di detti *cookie*, i quali, come detto, sono imprescindibili per il



sarebbe pertanto espressione di un valore economico realizzabile dall'impresa digitale, ulteriore rispetto al mero conseguimento dei ricavi, suscettibile di imposizione. La seconda tipologia di servizi digitali oggetto delle disposizioni in esame riguarda la messa a disposizione di un'interfaccia multilaterale, ove la creazione di valore dipende dal numero e dalla partecipazione attiva e costante degli utenti e, dunque, dal numero di interazioni e collegamenti che si generano tra di loro<sup>17</sup>. In questo caso, il punto di riferimento ai fini impositivi è costituito dalla potenzialità offerta, sotto l'aspetto quantitativo, dalle interfacce digitali riguardo alle interconnessioni tra gli utenti portatori rispettivamente della domanda e dell'offerta. L'utilizzo delle interfacce digitali consentirebbe, quindi, di creare una rete potenzialmente assai estesa, dove all'aumentare degli utenti consumatori che interagiscono su di esse (ovvero della domanda), seguirebbe l'aumento degli utenti venditori (ovvero dell'offerta) che, a sua volta, attirerebbe ulteriori utenti consumatori e così via<sup>18</sup>. Ultima categoria di servizi digitali ri-

---

corretto funzionamento del sito, come nel caso dei dati relativi al *login* dei siti *e-commerce* dove è necessario sistemare i prodotti da acquistare dentro una sorta di "carrello" virtuale, dei portali *home banking*, o delle caselle di posta elettronica. Per i *cookie* di profilazione, invece, è necessario, ai fini del loro utilizzo, l'acquisizione del consenso informato dell'utente, così come previsto dall'art 122 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. Codice di protezione dei dati personali). Come detto, infatti, l'art. 4 delle Linee Guida precisa che, per mezzo di questi *cookie*, il titolare dei dati con essi raccolti può fornire un servizio su misura per l'utente al di là di quanto strettamente necessario all'erogazione del servizio ma anche inviare messaggi pubblicitari mirati, cioè tenendo conto delle tendenze e dei gusti emersi analizzando l'attività in rete dell'utente. Per completezza, va comunque osservato che il campo di applicazione della ISD non coincide con i soli *cookie*, pur essendo questi la tipologia principale di generatori di identificativi *online*, posto che, come precisato dall'art. 5 delle Linee Guida, il medesimo risultato, in termini di pubblicità mirata personalizzata e di analisi dei comportamenti degli utenti di siti *web*, può essere ottenuto anche per il tramite di altri strumenti, quali il c.d. *fingerprinting*, una tecnica che permette di identificare il dispositivo dell'utente analizzando la configurazione dello stesso per così memorizzarne i relativi comportamenti virtuali.

<sup>17</sup> Cfr. la citata Relazione alla Proposta di direttiva relativa al sistema comune di imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali del 21 marzo 2018, COM(2018) 148 final, 7-8, che, come detto, costituisce la base della normativa nazionale in tema di Imposta sui Servizi Digitali.

<sup>18</sup> Cfr. art. 1, comma 37, lett. b), legge n. 145/2018. Ne sono esempio le piattaforme di prenotazione alberghiera dove viene suggerita la prenotazione di quella o quell'altra struttura sulla base della popolarità della stessa ottenuta in sede di scelta della prenotazione da parte degli utenti e in relazione alle "recensioni" eseguite dagli utenti stessi che vi hanno soggiornato. Peraltro qui in effetti è particolarmente evidente l'ausilio che l'utente fornisce alla piattaforma digitale per espandersi: più sono gli utenti che prenotano su quella piattaforma, più sono le strutture ricettive che si affidano a quella piattaforma e, conseguentemente, più sono a loro volta gli utenti che la utilizzano e così via. Non a caso negli ultimi quindici anni il numero di piattaforme si è notevolmente ridotto in quanto l'utenza si concentra su quelle che offrono maggiori possibi-

levanti per l'ISD è la trasmissione di dati generati dall'utilizzo di un'interfaccia digitale da parte dell'utente e poi raccolti dal gestore per essere anche trasferiti a terzi. L'imponibilità stavolta è giustificata dal controllo dei mezzi di acquisizione dei dati e dalla capacità di trasmetterli a terzi<sup>19</sup>.

Le attività commerciali digitali che il legislatore ha considerato suscettibili di imposizione sono quelle che si basano sostanzialmente sull'acquisizione e sul controllo delle informazioni rilasciate dagli utenti ovvero, trattandosi di attività digitali, dei "dati" da questi ultimi forniti. La gestione dei dati, infatti, viene ritenuta una nuova forma di ricchezza per le sole imprese che operano nel settore del digitale a livello mondiale con importanti risultati in termini di ricavi. Questa, quindi, è comunemente e condivisibilmente considerata una potenzialità economica dalla quale non è possibile prescindere in sede di corretto riparto delle spese pubbliche<sup>20</sup>. Ebbene, sul punto si ritiene di concludere che tale impostazione legislativa configuri correttamente delle situazioni di fatto quali indici di capacità contributiva "nuovi", ovvero riferibili unicamente a quei soggetti che forniscono sul *web* quei servizi.

Il novero dei soggetti passivi del tributo è, comunque, limitato dal punto di vista delle dimensioni economiche. Infatti esso è ristretto a quelli che assurgono, da un lato, ad assai ragguardevoli risultati in termini di ricavi a

---

lità di prenotazione e a costi concorrenziali rispetto al prezzo che sarebbe pagato dall'utente direttamente alla struttura ricettiva. Il prezzo concorrenziale è ottenuto dalla piattaforma proprio grazie all'elevato numero potenziale di prenotazioni ottenibili tramite la stessa rispetto al numero di prenotazioni ricevibili dalla singola struttura alberghiera anche a mezzo del proprio sito *web*.

<sup>19</sup> Cfr. art. 1, comma 37, lett. c), legge n. 145/2018. Navigando su *internet* ognuno di noi lascia delle "tracce" che poi aggregate e rielaborate possono essere cedute per ragioni commerciali, statistiche, etc. Si tratta, ma non solo, dei cosiddetti *cookie*, dei quali si è già ampiamente argomentato *supra* alla nota n. 16.

<sup>20</sup> In tema cfr. pure A. GIOVANNINI, *Territorio invisibile e capacità contributiva nella digital economy*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2022, 521; F. SAPONARO, *Imposta sui servizi digitali: dalla proposta europea al modello italiano*, *ivi*, 362; G. FRANSONI, *Il presupposto dell'imposta sui servizi digitali*, *ibidem*, 71-82.; N. SARTORI, *L'imposta italiana sui servizi digitali*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2021, I, 510; F. PEDROTTI, *Prime osservazioni in merito all'abrogata imposta sulle transazioni digitali e all'imposta sui servizi digitali introdotta dalla L. 30 dicembre 2018, n. 145*, in *Riv. dir. trib.*, 2019, I, 113-114; A. PURPURA, *Note minime sulla configurabilità di un indice di capacità contributiva "digitale"*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2021, 960-963, che sottolineano come l'uso dei dati personali presenterebbe una forza economica denotando dunque una nuova forma di capacità contributiva, consistente nella possibilità di utilizzare detti dati per la fornitura di pubblicità tese ad orientare le scelte degli utenti sul mercato digitale, di controllare il flusso dei dati tramite i servizi di intermediazione (messa a disposizione di una piattaforma digitale) e di controllarne l'acquisizione al fine della loro disposizione a titolo oneroso.

livello mondiale, e dall'altro viene fissato un limite per i ricavi minimi in sede domestica per la tipologia di attività svolta. Questo secondo limite, invero, appare proprio di una impresa di medie dimensioni mentre, invece, sarebbe stato maggiormente opportuno tenere elevato anche tale indice per non penalizzare, di converso, gli utenti italiani<sup>21</sup>. Sottoporre, difatti, ad un'ulteriore imposta le imprese che originano nel nostro Paese ricavi non elevati, sebbene a livello globale i ricavi risultino importanti, indurrebbe tali imprese a dirigersi verso altri mercati. Se già quanto ottenuto nel nostro Paese in termini di ricavi non è entusiasmante per esse, vedersi sottoposte a tale ulteriore prelievo costituisce elemento non incentivante ad implementare piattaforme facilmente fruibili da utenti italiani. Quindi gli investimenti circa la migliore fruibilità della piattaforma in termini di lingua, velocità di consultazione, etc. potrebbero essere considerati non convenienti o, comunque, non incrementati in Italia ma diretti verso diverse aree geografiche del globo. Del resto, come sarà meglio esplicitato nel prosieguo, uno specifico tributo dedicato all'impresa digitale, che si aggiunga ma non sostituisca quelli tradizionali, appare sensato solo per i soggetti che dimostrino assolute notevoli dimensioni economiche accompagnate da peculiari modalità organizzative che li rendano, appunto, uno speciale *genus* nell'ambito delle imprese pur di grande importanza in termini di ricavi ottenuti.

La classificazione della natura giuridica dell'Imposta risente, poi, della matrice di novità che, conseguentemente, rende non semplice un inquadramento sistematico di essa. Infatti mentre l'ISD non suscita particolari dubbi sulla sua natura "reale", atteso che investe frontalmente i servizi "digitali" considerati dalla legge n. 145/2018 quali presupposto impositivo, senza che le condizioni personali dei soggetti che forniscono tali servizi abbiano una qualche rilevanza se non in termini di dimensioni quantitative ai fini dall'esclusione dal perimetro applicativo del tributo, insoddisfacente appare la qualificazione in termini di mera imposta "diretta" od "indiretta"<sup>22</sup>. Se riteniamo, infatti, valide le tradizionali ripartizioni in materia di

---

<sup>21</sup>In senso contrario, invece, viene criticata da M. LOGOZZO, *Tassazione della digital economy: l'imposta sui servizi digitali (ISD)*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2020, 823, la scelta del legislatore di limitare il perimetro applicativo di detta imposta alle sole tipologie di servizi digitali individuati nella normativa in argomento e per i soli soggetti che raggiungano i parametri dimensionali previsti dall'art. 1, comma 36, legge n. 145/2018, in quanto un campo di applicazione così ridotto avrebbe comportato una sorta di svuotamento dell'imposta, in contrasto con quello che era lo scopo della norma, ovvero la tassazione generalizzata della *digital economy*.

<sup>22</sup>La natura dell'Imposta sui Servizi Digitali è stata ampiamente indagata seppur con esiti assai

imposte dirette ed indirette, secondo cui le prime sono quelle che colpiscono direttamente la ricchezza, già esistente (il patrimonio) o nel momento in cui viene prodotta (il reddito), mentre le seconde sono quelle che colpiscono indirettamente la ricchezza, nel momento in cui viene spesa o trasferita, allora l'ISD sembra assumere natura "mista" in quanto denota entrambi i caratteri riportati.

Essa, difatti, riveste il carattere di imposta diretta od indiretta a seconda della diversa tipologia dei tre servizi oggetto di attenzione da parte del tributo e della conseguente modalità di remunerazione del servizio reso.

Se l'imposta per i servizi indicati alla lett. a) dell'art. 37 della legge n. 145/2018, ossia quelli di veicolazione di pubblicità mirata, incide il soggetto passivo per lo specifico corrispettivo ricevuto circa il servizio svolto, ap-

---

difforni e talvolta assolutamente divergenti tra loro. Probabilmente le eterogenee soluzioni interpretative dipendono proprio dalla peculiare natura dell'imposizione sulla ricchezza digitale che rende non semplice la sua univoca sistematizzazione come viene esplicitato nel testo. Se si vuole schematizzare le analisi svolte possiamo riscontrare che vi è chi sostiene la natura diretta del tributo [D. STEVANATO, *Dalla proposta di Direttiva europea sulla Digital Services Tax all'imposta italiana sui servizi digitali*, in L. CARPENTIERI (a cura di), *Profili fiscali dell'economia digitale*, cit., 127; F. PEDROTTI, *Prime osservazioni in merito all'abrogata imposta sulle transazioni digitali e all'imposta sui servizi digitali introdotta dalla L. 30 dicembre 2018, n. 145*, cit., 110-112], ma la maggioranza degli interpreti è orientata a riconoscere natura indiretta al tributo in esame (A. FEDELE, *Nuove ricchezze ed elementi essenziali della capacità contributiva nella dimensione postmoderna*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2023, 3-4, ipotizza, ma è dubbioso sul punto, che abbia la struttura dell'imposta monofase sui consumi; L. DEL FEDERICO, *La tassazione nell'era digitale: genesi, diffusione ed evoluzione dell'equalisation levy*, cit., 1443, 1446, la ascrive al novero delle imposte sui consumi quale *Equalisation Levy*; G. CORASANITI, *L'imposta sui servizi digitali: una vera rivoluzione, oppure il messaggio in una bottiglia gettata in mare per i posteri?*, in *Dir. prat. trib.*, 2022, 40-41, argomenta anche sul tema che, essendo tale imposta maturata in seno all'Unione europea per fornire una rapida soluzione impositiva, il tributo in questione, se fosse stato di natura diretta, avrebbe imposto la rinegoziazione dei trattati contro le doppie imposizioni, esigenza incompatibile con quella di celerità esternata in sede UE; A.F. URICCHIO, W. SPINAPOLICE, *L'imposizione della data economy tra proposte di nuove forme di prelievo, web tax italiana e global minimum tax*, in F. GALLO, A.F. URICCHIO (a cura di), *La tassazione dell'economia digitale tra imposta sui servizi digitali, global minimum tax e nuovi modelli di prelievo*, cit., 83, evidenziano che presupposto e base imponibile dell'ISD avrebbero profili di somiglianza con quelli dell'IRAP; F. SAPONARO, *Imposta sui servizi digitali: dalla proposta europea al modello italiano*, cit., 359; A. PERRONE, *L'equa tassazione delle multinazionali in Europa: imposizione sul digitale o regole comuni per determinare gli imponibili?*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2019, 84-94; N. SARTORI, *L'imposta italiana sui servizi digitali*, cit., 507-508, che sottolinea, in aderenza a quanto sostenuto in sede di Unione europea, la natura indiretta del tributo sull'uso dei dati degli utenti; anche l'Agenzia delle Entrate qualifica l'ISD quale imposta indiretta nella propria citata circ. 23 marzo 2021, n. 3, 86-87). Vi è anche, in materia, la qualificazione di dazio (E. DELLA VALLE, *La web tax italiana e la proposta di Direttiva sull'Imposta sui servizi digitali: morte di un nascituro appena concepito?*, in *il fisco*, 16, 2018, 1514), di accisa sull'utilizzo/consumo (M. LOGOZZO, *Tassazione della digital economy: l'imposta sui servizi digitali (ISD)*, cit., 822), di imposta patrimoniale (A. CARINCI, *La fiscalità dell'economia digitale: dalla web tax alla (auspicabile) presa d'atto di nuovi valori da tassare*, in *il fisco*, 48, 2019, 4513).

pare in questo caso che si sia in presenza di un'imposizione diretta relativa alla ricchezza così prodotta. Indubbiamente sul punto permane la perplessità che, trattandosi di un prelievo che non tiene conto dei costi sostenuti per la produzione della ricchezza, la configurazione di imposta diretta sulla ricchezza realizzata grazie all'espletazione del servizio si traduce in un fenomeno parzialmente distortivo ai fini impositivi che, invece, risulterebbe non sussistente se all'ISD fosse riconosciuta la natura di tributo indiretto. Tale negatività non abilita, comunque, a condurre il tributo in esame, applicato ai servizi di cui alla citata lett. a) dell'art. 37, tra il novero delle imposte indirette atteso che esso, appunto, va a colpire specificamente quella ricchezza creata a seguito dello svolgimento del servizio individuato dalla norma. Allo stesso modo bisogna ragionare per i servizi di cui alla lett. b) dell'art. 37, dove vengono remunerati i servizi di messa a disposizione dell'interfaccia digitale a mezzo ad esempio di una *subscription fee*, ovvero quando il soggetto passivo dell'imposta svolga l'attività di mero intermediario e percepisca al riguardo una commissione. Tali fattispecie appaiono, egualmente alle precedenti, rappresentative di una ricchezza che l'ISD direttamente percuote. Va argomentato, invece, in maniera difforme per l'ultima categoria di servizi: la trasmissione dei dati [lett. c) dell'art. 37]. Qui la ricchezza è individuata prevalentemente, se non esclusivamente, come meglio sarà chiarito *infra*, nei dati forniti dagli utenti al soggetto passivo, che poi li trasferisce ad altri dietro corrispettivo. Dunque, per tale categoria emerge il profilo indiretto atteso che, appunto, la ricchezza presente nel patrimonio del soggetto passivo – i dati così come elaborati dal medesimo – assume rilevanza impositiva solo se oggetto di trasferimento a terzi.

### 3. *Un tributo che incide su una singolare capacità contributiva*

La ricostruzione appena suggerita in termini di imposta “mista” rende palese come il confronto con l'imposizione sulla ricchezza digitale richieda un approccio che superi i canoni tradizionali proprio perché la stessa ricchezza digitale si manifesta e si concretizza secondo modalità peculiari, che non sempre trovano conforto in fenomeni economici ben conosciuti e rodati dal punto di vista tributario. Quindi, pur avendo già palesato una sostanziale aderenza del tributo in esame al precetto della capacità contributiva, occorre ancora indagare per essere certi che l'ISD non collida con esso e con il principio di eguaglianza.

L'ambito oggettivo di applicazione del tributo, abbiamo visto, riguarda l'imposizione dei ricavi originati dalla fornitura di specifici servizi digitali che sono caratterizzati dall'approntamento da parte del soggetto passivo di una o più interfacce digitali e dal contributo alla creazione del valore da parte del singolo utente. Particolarità dell'ISD è che gli utenti non sono per lo più clienti dell'impresa digitale ma qui rilevano come uno dei fattori della produzione. Ciò che si ritiene rilevante ai fini della verifica della conformità dell'ISD ai precetti di uguaglianza e di capacità contributiva è di capire se la creazione del valore sia da ascrivere in maniera esclusiva, o comunque assolutamente preponderante, all'intervento dell'utente, ovvero la creazione del detto valore, e la conseguente e successiva trasformazione di esso in ricavi, sia il risultato di una particolare azione sinergica tra impresa digitale ed utente che, dunque, può concretizzarsi solo nel rapporto biunivoco tra tali entità e non nell'ambito dei rapporti che si sviluppano in sede di economia tradizionale.

Infatti, il dubbio nasce dalla constatazione che la funzione di creare un valore grazie all'utente non sembra essere appannaggio del solo mondo digitale, ma anche di quello tradizionale che, però, non viene sottoposto ad imposizione a tale riguardo. Dunque, ricondurre ad imposizione una fattispecie e non l'altra – se equivalenti – desterebbe perplessità<sup>23</sup>. Naturalmente qui non si intende ignorare il principio secondo cui la manipolazione ad opera del legislatore del sistema impositivo per settori produttivi non costituisce di per sé violazione del principio di capacità contributiva e del principio di uguaglianza, ma si vuole verificare compiutamente che tale manipolazione risulti pienamente giustificata. In altri termini, la discriminazione qualitativa della ricchezza è legittima ma deve essere supportata da motivate e fondate ragioni di politica redistributiva e di riequilibrio sociale<sup>24</sup>. Per quanto qui di rilievo, quindi, prima di riscontrare se in questo caso sussistano tali ragioni che giustifichino un'eventuale discriminazione della ricchezza, è opportuno appurare se effettivamente tale discriminazio-

---

<sup>23</sup> E. DELLA VALLE, *La web tax italiana e la proposta di Direttiva sull'Imposta sui servizi digitali: morte di un nascituro appena concepito?*, cit., 1513, definisce l'ISD quale tributo settoriale e discriminatorio la cui legittimità costituzionale in relazione al principio di capacità contributiva appare discutibile.

<sup>24</sup> Cfr. *ex multis* la nota sent. 11 febbraio 2015, n. 10 della Corte Costituzionale, e il relativo contributo a commento della stessa di A. FEDELE, *Principio di eguaglianza ed apprezzamento delle "diverse situazioni dei contribuenti" in tema di legittimità costituzionale della c.d. Robin Hood Tax*, in *Riv. dir. trib.*, II, 2015, 4-12. In tema si veda anche Corte cost., sent. 11 ottobre 2012, n. 223 e sent. 24 luglio 2000, n. 341.

ne sussista nel caso di specie. A tale proposito, infatti, benché sia vero, come detto, che la capacità di controllare il flusso dei dati, cioè delle informazioni, rilasciati dagli utenti costituisca effettivamente un'ulteriore ricchezza e, pertanto, un nuovo indice di capacità contributiva, è anche vero che detta capacità non sembra esclusiva delle imprese che operano nel digitale. In ogni modo, è altresì vero che quello che risulta decisivo ai fini del rispetto del principio di capacità contributiva da parte dell'ISD è che tale ricchezza "muta" proprio nel mondo digitale per intensità e modalità di produzione rispetto a quanto avviene nel mondo tradizionale.

Non può, difatti, escludersi che qualsiasi soggetto economico che svolga un'attività a contatto con, o comunque nei confronti di, altri soggetti, siano essi operatori economici a loro volta o consumatori finali, entri inevitabilmente in possesso di tutta una serie di informazioni personali di questi ultimi (le tendenze, i gusti, la zona geografica di provenienza, etc.) che potrà gestire ed utilizzare o cedere a terzi. Ne deriva che il controllo e la gestione delle informazioni non è appannaggio delle sole imprese digitali ma può essere, per così dire, una "conseguenza" dello stesso svolgimento di attività d'impresa di carattere tradizionale. Per quanto specificamente riguarda, infatti, la prima tipologia di servizi considerati dall'ISD, relativa ai messaggi pubblicitari "mirati", basti considerare che è ben possibile entrare in possesso delle medesime informazioni ricavabili sul *web*, come ad esempio monitorando gli acquisti effettuati dai clienti nei punti vendita o facendo sondaggi presso i maggiori punti di acquisto dei prodotti o per mezzo di interviste telefoniche<sup>25</sup>. L'acquisto di un prodotto, se registrato, è infatti, esso stesso, una fonte di informazioni, in quanto denuncia evidentemente un bisogno, una necessità o comunque una preferenza per quel bene da parte di una certa tipologia di acquirente, soprattutto se il censimento è compiuto su campioni quantitativamente considerevoli. Una volta raccolte le abitudini dei clienti, ossia una volta ricavate informazioni su vasta scala circa le tendenze e i gusti di questi ultimi, l'acquisitore dei dati potrà utilizzare tali informazioni per la formulazione di messaggi pubblicitari "mirati" sia per il singolo utente<sup>26</sup>, sia per categorie di frequentatori di alcuni specifici luoghi "fisici", quali

---

<sup>25</sup> L'esempio è una società che si occupi di servizi pubblicitari.

<sup>26</sup> Si pensi al caso di titolari di "carte fedeltà" rilasciate dagli esercizi della grande distribuzione alimentare e non, dalle "catene" commerciali, etc. Qui il consumatore, identificato grazie alla carta fedeltà, fornisce informazioni utili ad individuare le scelte compiute che poi possono essere valorizzate successivamente per inviare via email o via posta messaggi pubblicitari "mirati" sulle proprie abitudini di spesa da parte di chi ha raccolto le informazioni ovvero da parte di soggetti terzi.

cinema, parchi giochi, supermercati, centri commerciali, etc., particolarmente idonei per la promozione pubblicitaria. Questo, naturalmente, dietro retribuzione da parte del venditore o fornitore del bene o servizio pubblicizzato. Quanto poi alla seconda tipologia, la “messa a disposizione di piattaforma digitale”, un servizio simile può essere svolto anche da quelle realtà economiche che gestiscono l'affitto dei capannoni commerciali ad uso fieristico o gli stabili dei c.d. “centri commerciali” ma anche, seppur in scala minore, da qualsiasi soggetto che affitta o ospita, all'interno dei propri locali, altre realtà commerciali, distinte dalla propria. Anche in questo caso, in effetti, il soggetto che fornisce gli spazi, soprattutto se di notevoli dimensioni, consente di creare una rete commerciale estesa. La diversificazione dell'offerta, sotto l'aspetto qualitativo, comporta generalmente un aumento del numero dei visitatori, venendo infatti coperte diverse tipologie di domanda, aumento che a sua volta renderà quel polo commerciale ancora più appetibile per nuovi commercianti e così via. In riferimento, infine, alla terza tipologia di servizi, ossia la raccolta e la trasmissione a terzi dei dati, appare fin troppo evidente che anche l'impresa, se di grandi dimensioni, che svolga qualsivoglia attività commerciale seppur a mezzo di canoni “tradizionali”, atteso il vasto contatto diretto con la platea dei clienti, è in grado di raccogliere un rilevante bacino di informazioni circa le preferenze e le abitudini degli stessi e, pertanto, possa, poi, trasmetterli a soggetti terzi.

Comunque, sebbene le tre tipologie di servizi, che la ISD prende in esame, possono essere forniti anche da imprese che non operano sul mercato digitale, nell'ambito del *web* le dinamiche acquisitive e, poi, di divulgazione appaiono finalisticamente non assimilabili a quelle realizzate nell'ambito dell'economia tradizionale. Ed infatti per l'impresa digitale si attua una vera e propria simbiosi economica tra messa a disposizione della piattaforma digitale e la raccolta e l'utilizzo dei dati, simbiosi che viene a costituire l'essenza della sua operatività. Nell'ambito dei tradizionali rapporti economici, invece, i corrispondenti fattori dell'attività interagiscono solo in maniera accessoria. Inoltre, per l'impresa digitale la raccolta dei dati si attua con un'intensità totalmente differente rispetto a quanto potrebbe fare l'impresa tradizionale e, soprattutto, viene incardinato un rapporto diverso tra utente-cliente e fornitore del servizio in ambito digitale. Infatti, sul *web* gli utenti certamente contribuiscono alla creazione del valore, che poi viene monetizzato dall'impresa digitale, ma non costituiscono l'unico perno su cui si basa la produzione di tale valore che, invece, trova la sua specifica dimensione funzionale proprio grazie all'“organizzazione” tecnologica che solo i giganti del *web* sono in grado di fornire.



Questo è lo snodo centrale che giustifica l'imposizione in capo a questi soggetti e non a quelli di matrice tradizionale: è l'intensa ricerca di quella specifica utilità da parte degli utenti che accedono a tali piattaforme e che solo lì trovano. In buona sostanza, la produzione del valore, poi trasformato in ricavi dall'impresa digitale, è il risultato di una peculiare "collaborazione" funzionale tra quest'ultima e l'utente. Tutti e due hanno inscindibilmente bisogno dell'altro, tale da giungere ad uno scambio corrispettivo (seppur talvolta inconsapevole per l'utente)<sup>27</sup>. L'impresa digitale assorbe i dati dell'utente; questi, dal suo canto, si serve, per lo più senza pagare alcunché, dei servizi accessibili grazie all'impresa digitale (acquisizione di informazioni, ascolto di canzoni, visione di video amatoriali e professionali, etc.). Quindi mentre nel mondo tradizionale la produzione del valore è il risultato di un comportamento sostanzialmente passivo dell'utente, e che dunque non riesce a raggiungere dimensioni qualitative e quantitative di elevata importanza, tantoché l'impresa tradizionale non trova i propri fondamentali cardini su tali processi di interazione, il "bisogno" del *web* da parte degli utenti per acquisire informazioni, beni, etc. rende la produzione del valore, rappresentato dai dati rilasciati, sia qualitativamente che quantitativamente del tutto non comparabile con quanto avviene nella dimensione fisica. È, pertanto, lo stretto legame che i giganti del *web*, grazie alla loro tecnologia, sono riusciti a creare con gli utenti che rendono peculiare la produzione di questa "nuova" ricchezza.

Non è, dunque, condivisibile il concetto secondo cui l'origine del valore sia esogeno rispetto all'impresa digitale, e che quest'ultima venga a sfruttare qualcosa di esterno alla propria sfera economica. Più precisamente, è da considerarsi decisiva l'implementazione che la stessa impresa digitale fornisce all'iniziale apporto esterno concretizzato dall'azione dell'utente proprio perché il "valore" finale, che viene poi commercializzato, non esisterebbe senza tale azione biunivoca. All'esito del processo di produzione del valore è, comunque, l'impresa digitale ad essere titolata all'utilizzo economico di esso e, dunque, quest'ultima deve versare il tributo parametrato ai ricavi ottenuti<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Tale scambio è talvolta anche palesato in puri termini di pagamento in quanto all'utente è posta l'alternativa di accettare i *cookie* di profilazione o di sottoscrivere l'abbonamento alla piattaforma per poter avere pieno accesso ai relativi contenuti.

<sup>28</sup> Come infatti osservato da G. CORASANITI, *La tassazione della digital economy: evoluzione del dibattito internazionale e prospettive nazionali*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2020, 1409, i dati degli utenti, in sé, non possiedono alcun valore, in quanto l'utilità economica che può derivarne dipende dalla capacità del singolo operatore di raccogliarli e di analizzarli, di solito con l'ausilio di appositi algoritmi matematici, al fine di ricavarne informazioni utilizzabili per aumentare il ritorno economico

Alla luce di tali considerazioni, nel caso delle imprese che operano nel digitale, appare corretto affermare che l'introduzione di una specifica imposizione in capo ad esse trova giustificazione nei suddetti principi costituzionali di uguaglianza e di capacità contributiva perché siffatte imprese sono titolari di una specifica ricchezza, propria solo dei soggetti che operano sul *web* su vasta scala. In altri termini, la previsione di una distinta tassazione per le imprese del digitale trova costituzionale giustificazione in quanto il risultato economico sopra descritto si differenzia qualitativamente e quantitativamente rispetto alle imprese che svolgono servizi simili senza operare nel *cyberspazio*.

#### 4. Un'ulteriore possibilità per l'imposizione sull'impresa digitale

Un soggetto che opera sul mercato per mezzo di piattaforme telematiche entra in possesso di tutta una serie di informazioni e contribuisce alla creazione di una rete di contatti attraverso cui può certamente accrescere il proprio volume di affari e, dunque, i propri ricavi. Tutto questo costituisce, per l'appunto, il mezzo attraverso il quale l'operatore economico sviluppa la propria impresa e, in questo senso la gestione dei dati appare avere una funzione assimilabile a quella di qualsiasi altro strumento utilizzato dal singolo operatore economico al fine di incrementare gli utili della sua attività<sup>29</sup>. Allo

---

della propria attività d'impresa. Dello stesso avviso è anche A.F. URICCHIO, in A.F. URICCHIO, S.A. PARENTE, *Data driven e digital taxation: prime sperimentazioni e nuovi modelli di prelievo*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2021, 609, il quale osserva che i dati forniti dagli utenti tramite i *social network*, i siti aziendali o comunque la rete *internet* divengono valore o possono divenire valore solo in futuro (c.d. valore atteso) per il soggetto che ne dispone. Ancora, poi, G. CORASANITI, *L'imposta sui servizi digitali: una vera rivoluzione, oppure il messaggio in una bottiglia gettata in mare per i posteri?*, cit., 21, in riferimento alla seconda tipologia di servizi presa in considerazione dalla legge in argomento, ovvero la messa a disposizione di una piattaforma digitale, sottolinea che è necessario considerare l'ipotesi in cui gli utenti, pur essendo registrati su di una piattaforma digitale, rimangano inattivi, ovvero non interagiscano con altri soggetti e quindi non condividano le proprie informazioni, oppure il caso in cui detti utenti condividano informazioni inopportune, potenzialmente idonee a cagionare un danno di immagine o di reputazione all'impresa che mette a disposizione la piattaforma digitale o all'impresa che usufruisce di detta piattaforma. A tale riguardo, possiamo immaginare il caso di un utente che, insoddisfatto della qualità di un prodotto venduto da un'azienda, lasci una recensione negativa sulla pagina dell'azienda medesima che opera grazie alla piattaforma digitale. In questo caso, la fornitura dei dati ha addirittura generato un disvalore, ovvero un ritorno negativo in termini di pubblicità.

<sup>29</sup> V. MASTROIACOVO, *Il controllo, l'accertamento e la riscossione dei crediti tributari derivanti*

stesso modo, però, si è visto che la raccolta e il trattamento dei dati ricavati su piattaforme digitali, che sono, come detto, alla base dei servizi presi in considerazione dalla ISD, presentano assetti organizzativi peculiari e potenzialità maggiori, in termini di ritorno economico, rispetto alla medesima attività svolta, per così dire, con metodi “tradizionali”.

Tuttavia, così come formulato, il testo dell’ISD non enuncia un efficace collegamento tra i servizi prestati, ossia il presupposto d’imposta, e il fatturato, ovvero la base imponibile, rendendo il tributo foriero di criticità applicative, se non addirittura strutturali<sup>30</sup>. Infatti sembra piuttosto fumosa l’individuazione della base imponibile connessa specificamente ai servizi digitali prestati e che sono altresì da valorizzare insieme agli effettivi collegamenti operati dagli utenti nel territorio nazionale. La qui lamentata fumosità deriva, in particolare, dalla assai complessa e “criptica” funzionalità del *web* che non facilita le suddette riconciliazioni richieste dalle disposizioni in parola. La valorizzazione di questi, talvolta ineffabili, collegamenti può, dunque, determinare anche significative evasioni dell’imposta se dal punto di vista tecnico non si assicura una indubbiamente certa tracciabilità di detti collegamenti. Tale tracciabilità, peraltro, dovrebbe essere anche riscontrabile a posteriori in sede di controllo da parte dell’Amministrazione finanziaria, pena l’inefficacia della verifica fiscale.

Sarebbe, pertanto, paradossale aver creato un’imposta finalizzata ad assicurare un più solido apporto tributario da parte di quei soggetti che, vista la loro operatività “immateriale”, tenderebbero a sfuggire ai canoni tradizionali della contribuzione, ma che lasciasse aperte maglie più o meno larghe di evasione. Se tali dubbi sull’efficienza della ISD fossero condivisi sarebbe necessario allora migliorarne l’assetto impositivo rivolgendo l’attenzione a come l’attività dell’impresa digitale viene svolta, ovvero alla sua organizzazione e alla sua struttura, più che alla specifica tipologia di servizi digitali prestati.

---

*da transazioni telematiche*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2004, 23-24, evidenzia che la rete *internet* è un’organizzazione dello strumento dell’attività d’impresa di cui una variegata compagine di soggetti si avvale, mantenendo però la propria specificità strutturale.

<sup>30</sup> A. FEDELE, *Nuove ricchezze ed elementi essenziali della capacità contributiva nella dimensione postmoderna*, cit., 22-23, disapprova che sia stato assunto a parametro dell’imposta il fatturato che rappresenta i corrispettivi lordi per la prestazione di servizi il cui collegamento con il valore dei dati raccolti ed elaborati sarebbe opinabile al limite dell’incongruità funzionale; per l’evidenziazione di alcune criticità si veda anche N. SARTORI, *L’imposta italiana sui servizi digitali*, cit., 512; A. CARINCI, *La fiscalità dell’economia digitale: dalla web tax alla (auspicabile) presa d’atto di nuovi valori da tassare*, cit., 4511, il quale addirittura non esclude che la normativa in argomento potrebbe essere sindacabile sotto il profilo della ragionevolezza.

Effettivamente, la dimensione transnazionale delle transazioni effettuate mediante tecnologie informatiche presenta dei notevoli vantaggi in termini di *business* per gli operatori economici. Oltre alla possibilità di rivolgersi ad un numero pressoché indefinito di utenti, situati su tutto il pianeta, chi svolge un'attività commerciale la cui principale e pressoché esclusiva operatività è collegata all'*online* non dovrà infatti sostenere le spese legate alla disponibilità di un locale commerciale, quali canone di affitto, utenze e compenso del personale, in quanto non è prevista l'esposizione e la vendita dei prodotti in luoghi fisici. Il contenimento dei costi permette di conseguenza a detti soggetti di proporre sul mercato beni e servizi – interamente digitalizzati o non – ad un prezzo minore e, dunque, altamente competitivo. Il mondo virtuale offre quindi delle ottime opportunità di accrescere i propri guadagni: una tendenza che negli ultimi anni, complice la crisi sanitaria vissuta dal 2020 al 2021 a livello globale<sup>31</sup>, è aumentata considerevolmente, a discapito dei locali commerciali tradizionali<sup>32</sup>. Sembra perciò certo che già strutturalmente le imprese caratterizzate da un'organizzazione di questo tipo rappresentino una fattispecie che appare idonea a configurare uno specifico indice di capacità contributiva.

Al riguardo è doverosa, invero, una precisazione. Qui il riferimento non è alle imprese, pure di grandi dimensioni, il cui *core business* è la produzione o la commercializzazione di beni “fisici” e che, poi, decidano di articolare, tra i diversi mezzi di vendita, anche una propria piattaforma su *internet* ove possano realizzare guadagni assai considerevoli dovuti alle vendite realizzate in tutto il mondo<sup>33</sup>. In tali casi, invero, l'impresa non è “digitale”: il *web* è uno dei diversi strumenti di cui si serve – seppur assai utile per essa – ma non è la sua ragione di esistenza economica. L'impresa digitale, invece, senza il *web* – ovviamente – non esisterebbe economicamente. Quest'ultima proprio grazie al funzionamento pressoché automatizzato di

---

<sup>31</sup> Le restrizioni derivanti dalla stessa, come è tristemente noto, per molti mesi hanno impedito o, comunque, fortemente limitato la possibilità, per la generalità degli operatori commerciali e dei consumatori, di accedere ai punti vendita fisici, salvo che per determinate tipologie di beni, quali quelli alimentari.

<sup>32</sup> Secondo i dati resi noti da Confesercenti con proprio comunicato del giorno 11 febbraio 2023, in <https://www.confesercenti.it>, il dato del 2022 relativo alle aperture di nuove attività commerciali è il più basso degli ultimi dieci anni, inferiore del 47,9% non solo al valore del 2012, ma anche rispetto al 2020, anno come detto caratterizzato dalla ben nota grave crisi sanitaria globale.

<sup>33</sup> Il riferimento è ad esempio ai grandi marchi della moda che notoriamente si sono dotati di piattaforme digitali consultabili da ogni parte del globo ove espongono i propri prodotti per la vendita o anche per la semplice messa in mostra.

*internet* riesce a raggiungere l'utente, a raccogliere i dati, ad organizzarli e, comunque, a svolgere la propria attività d'impresa. Così sono anche le imprese solo parzialmente – ma strutturalmente – digitalizzate ove, seppur sia presente un ambito di “fisicità”, esso sussiste solo perché sorretto dall'ambito “digitale” (e non il contrario come avviene per l'impresa tradizionale)<sup>34</sup>.

Ciò posto, pare corretto affermare che non solo il mero utilizzo dei dati forniti dagli utenti possa costituire uno specifico valore imponibile, ma ancor più la peculiare organizzazione delle imprese che operano su *internet* può costituire una nuova espressione di capacità contributiva che motiva un'ulteriore forma di imposizione. La giustificazione ai fini dell'art. 53, comma 1, Cost., infatti, è costituita dall'indubbia forza economica espressa da detta organizzazione che coniuga in maniera innovativa l'assetto aziendale, in grande parte smaterializzato ed automatizzato, con l'operatività dell'utente esterno all'impresa che va a costituire beneficio per la stessa impresa digitale, come già sopra illustrato. In altre parole, la vera forza economica delle imprese che operano nel digitale non è tanto ravvisabile nella mera fruizione e messa a disposizione dei dati, così come esplicitato dalla normativa italiana, bensì è da rinvenirsi in maniera più completa nell'intero apparato organizzativo che caratterizza dette imprese. I servizi digitali presi in considerazione dalla legge nostrana costituiscono solo un elemento, tra gli altri, che si inserisce all'interno del complesso apparato organizzativo dell'impresa, il quale, nel suo insieme, configura quella forza economica rilevante ai fini della sottoposizione ad imposizione.

La cosiddetta “*digital tax*” potrebbe dunque avere quale elemento fondante non tanto la raccolta e lo sfruttamento dei dati lasciati dagli utenti su piattaforme digitali ma la vera e propria organizzazione dell'attività d'impresa nel *cyberspazio*, se essa naturalmente permette all'impresa medesima di raggiungere risultati economici sostanzialmente certi, duraturi e assai lusinghieri tali da denotare, appunto, una peculiare attitudine alla contribuzione che travalichi anche i confini nazionali in cui essa ha sede. Così sarebbero superate le incertezze applicative sopra individuate in materia di determinazione della base imponibile e sarebbero pure pienamente valorizzati i veri elementi distintivi della *digital economy*, ovvero appunto l'ap-

---

<sup>34</sup> Si pensi ad Amazon o ad Apple. La prima consegna e/o vende prodotti digitali e fisici solo in virtù della propria piattaforma. La seconda vende i dispositivi fisici solo perché essi garantiscono un accesso a funzionalità del *web* riservate ai soli possessori di quegli apparecchi e che le garantiscono anche ingenti ricavi connessi proprio all'utilizzo delle piattaforme *web* proprie (Apple pay, Apple TV, etc.) o di terzi che sono utilizzate dall'utente grazie al suo sistema operativo (si pensi alle numerosissime “*app*” scaricabili sui dispositivi).

parato organizzativo nel suo complesso, il quale, sfruttando in maniera piena le potenzialità del *web*, garantisce alle imprese così caratterizzate una posizione di indubbio e solido vantaggio rispetto alle altre che svolgono attività secondo metodologie tradizionali.

Andrebbe, quindi, spostata l'attenzione direttamente sull'operato complessivo dell'impresa digitale rispetto alla scelta di ritenere distintivi taluni singoli servizi digitali, come avviene per l'ISD: così pure risulterebbe semplificato l'approccio impositivo rispetto a quanto stabilito con l'ISD, che non sembra affatto brillare per facilità applicativa<sup>35</sup>. Infatti, come detto, una volta individuati in capo al soggetto passivo i servizi da considerarsi imponibili, poi la corretta determinazione della base imponibile appare incerta o, comunque, non agevolmente riscontrabile perché va riferita solo a quei servizi specificati e non a come in generale il soggetto passivo consegue i propri ricavi sul *web*. A tal fine vanno valorizzati, invece, fattori certi e semplici da adottare, quali una base imponibile pari all'ammontare dei ricavi generati nello Stato dall'impresa digitale nel suo insieme, mentre il numero di contratti conclusi e il numero degli utenti che si manifestano nell'ambito territoriale rilevante dovrebbero fungere da elemento di riscontro per il profilo di localizzazione dell'imposta e di effettivo collegamento con la collettività.

Peraltro, l'onere a cui chiamare l'impresa digitale dovrebbe essere, comunque, di lieve entità. L'aliquota, se prevista sui ricavi, dovrebbe oscillare, magari in modalità anche latamente progressiva, tra lo 0,5 e l'1%, in modo da non disincentivarne l'adempimento e, soprattutto, per non indurre la stessa impresa poi a ribaltare il detto onere sui propri clienti dei servizi a pagamento. Se ciò accadesse, infatti, si creerebbe indubbiamente una situazione distorsiva dove il tributo pensato per i giganti del *web* risulterebbe poi addebitato, sebbene in via polverizzata, agli utenti dello stesso *web*.

In ultima analisi, sarebbe necessario riprendere – ma in base al percorso sopra suggerito – il cammino che era stato intrapreso sia in sede OCSE<sup>36</sup>,

---

<sup>35</sup> Detta normativa peraltro, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe essere solamente temporanea, in quanto ai sensi dell'art. 1, comma 49 *bis*, la legge in argomento è sottoposta alla cosiddetta "abrogazione differita", ovvero subordinata ad un evento futuro ed incerto, quale è l'entrata in vigore delle disposizioni che recepiranno un eventuale accordo internazionale in materia di tassazione dell'economia digitale. Sul punto cfr. D. STEVANATO, *Dalla proposta di Direttiva europea sulla Digital Services Tax all'imposta italiana sui servizi digitali*, cit., 136, che tuttavia, esclude che possa esservi un automatico effetto abrogativo. In effetti la disposizione di cui al suddetto comma 49 *bis* avrebbe più che altro valenza di vincolo politico per il legislatore, in quanto quest'ultimo dovrà comunque valutare se le disposizioni derivanti dagli accordi internazionali saranno sufficienti a far ritenere dal medesimo superate le esigenze sottese alla domestica Imposta sui Servizi Digitali.

<sup>36</sup> Cfr. OCSE, *BEPS – Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, Action 1 –

sia in sede di Unione europea<sup>37</sup>, ma che al momento risulta interrotto o comunque procede assai lentamente<sup>38</sup>. Appare sensato, difatti, ragionare sulla “*digital tax*” solo se si riesce a far accogliere l’approccio impositivo ad un numero di Paesi assai esteso. Solo così si potrebbe creare una *rete fiscale* da cui l’impresa digitale, anche transnazionale, non riesca a sfuggire. Tale categoria di impresa risulta oggi, invero, supportata ai fini tributari da quei Paesi ove essa ha il proprio centro di direzione e l’azionariato di riferimento. Se vi fosse, però, un consistente numero di Paesi allineati sui criteri di imposizione da adottare, per le giurisdizioni tendenzialmente restie a conformarsi a regole uniformi di tassazione, sarebbe ben più difficile sottrarsi al comune sentire e non sussisterebbe neanche più il presupposto per adombrare l’impulso impositivo con le critiche che possono appartenere alle sole iniziative fiscali unilaterali, tacciandole di carattere discriminatorio come, non a caso, è già avvenuto proprio per l’ISD<sup>39</sup>.

---

2015 Final Report, Paris 2015, dove però viene suggerita più di una soluzione senza fornire agli stati una indicazione preferita rispetto alle altre ma lasciando ad essi la scelta ritenuta più opportuna. Tale approccio, in verità, appare insoddisfacente in quanto l’OCSE dovrebbe individuare la soluzione maggiormente condivisa ed efficace e poi recepirla nei propri atti di *soft law*.

<sup>37</sup> V. Commissione europea, Proposta di direttiva del Consiglio che stabilisce norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa, 21 marzo 2018, COM(2018) 147 *final*. Per l’analisi critica di tale normativa, e più in generale di quelle adottate in sede UE, si veda P. PISTONE, D. WEBER (eds.), *Taxing the Digital Economy. The EU Proposal and Other Insights*, Amsterdam, 2019.

<sup>38</sup> Pare invero che timidi accenni di ripresa del dibattito possano rinvenirsi grazie all’intervento del Parlamento europeo che, con proprio *Draft report*, 16 gennaio 2023, 8, in <https://www.europarl.europa.eu>, ha previsto che, nel caso in cui sul tema ci fosse una chiara mancanza di progressi a livello OCSE entro la fine del 2023, dovrebbe essere presentata una proposta legislativa per l’introduzione di una forma di imposizione dell’economia digitale o una misura similare al fine di ottenere una risorsa propria dell’Unione per generare entrate entro il 2026.

<sup>39</sup> Ferme critiche alla tipologia di imposta in parola (non solo italiana) sono state elevate dagli Stati Uniti d’America quale tributo discriminatorio ritenuto, infatti, strumento per colpire essenzialmente i cosiddetti già citati GAFAs (Google, Apple, Facebook e Amazon). Per gli USA questa imposta sarebbe nella sostanza un dazio sull’importazione dei servizi digitali delle grandi imprese americane. A tale proposito gli Stati Uniti d’America avevano annunciato che avrebbero imposto dazi sui prodotti dei Paesi che avevano adottato l’ISD, tra cui appunto l’Italia, se questi Paesi non avessero rinunciato alla *web tax*. La tensione sul tema si è, poi, temporaneamente stemperata grazie all’accordo raggiunto alla fine del 2021 con la “Dichiarazione congiunta di Austria, Francia, Italia, Spagna, Regno Unito e Stati Uniti concernente un compromesso su un approccio transitorio alle misure unilaterali esistenti durante il periodo transitorio prima dell’effettiva applicazione del primo pilastro” (sul sito del Ministero dell’Economia e delle Finanze – <https://www.mef.gov.it/> – è disponibile il testo integrale della Dichiarazione) con cui in sostanza è stato riconosciuto alle imprese USA dai Paesi europei citati un credito d’imposta pari all’ISD eccedente a quanto sarebbe dovuto annualmente in base al *Pillar One* e gli USA si sono impegnati, temporaneamente, ad accettare il prelievo da ISD.

Francesco V. Albertini

*Scambio di informazioni  
fra le Amministrazioni fiscali in ambito UE  
e margini di tutela dei contribuenti, secondo la  
giurisprudenza europea e nazionale*

*Exchange of information between tax administrations  
within the EU and the limits of taxpayer protection,  
according to European and national jurisprudence*

**Abstract**

Lo scritto considera la disciplina dello scambio di informazioni fra le amministrazioni fiscali contenuta nelle direttive DAC, dedicandosi, in particolare, allo scambio automatico, modalità che ha assunto sempre maggiore rilevanza nel tempo. Si sofferma, inoltre, sul tema della tutela dei soggetti coinvolti nelle procedure di scambio, muovendo dalla disamina della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea concernente essenzialmente ipotesi di scambio su richiesta, dalla quale si desume il riconoscimento per i contribuenti interessati, ai quali i dati scambiati si riferiscono, di una tutela soltanto differita che, a fortiori, è allo stato l'unica prospettabile con riguardo agli scambi in modalità automatica. Sono considerate, infine, le prospettive di tutela differita dei contribuenti nell'ordinamento italiano, attualmente problematiche, ma destinate a rafforzarsi nella prospettiva della riforma fiscale avviata con la legge delega 9 agosto 2023, n. 111.

The essay delves into the regulatory framework governing the exchange of information among tax administrations, as outlined in the DAC directives. It places a particular emphasis on automatic information exchange, a method that has grown in significance over time. Additionally, it examines the crucial aspect of safeguarding the parties involved in these exchange procedures, commencing with an analysis of the jurisprudence of the European Court of Justice pertaining to cases of information exchange by request. It is deduced from this examination that the affected taxpayers, to whom the exchanged data pertains, currently receive only deferred protection, which, a fortiori, is currently the only foreseeable pro-



*tection available in the context of automatic information exchanges. Finally, the essay explores the potential for enhanced deferred protection of taxpayers within the Italian legal system, presently full of obstacles, but expected to strengthen in light of the tax reform initiated by Law Delegation No. 111 of August 9, 2023.*

SOMMARIO: 1. La mutua assistenza fra le amministrazioni fiscali dei paesi membri dell'Unione europea. Il sistema delle direttive DAC. – 2. Lo scambio di informazioni. I modelli. – 2.1. *Segue*. In particolare, lo scambio automatico di informazioni. – 3. La tutela dei soggetti coinvolti nelle procedure di scambio. – 4. Scambio di informazioni e protezione dei dati personali. – 5. La tutela del contribuente nello scambio automatico. Margini di tutela differita nell'ordinamento italiano. – 5.1. *Segue*. Il regime delle prove illegittimamente acquisite nell'ambito dell'accertamento e del processo tributari. – 5.2. *Segue*. Il diritto di accesso alle informazioni prima dell'emissione di provvedimenti fondati sulle medesime. – 5.3. *Segue*. Il diritto al contraddittorio procedimentale sulle informazioni. – 6. Considerazioni conclusive.

## 1. *La mutua assistenza fra le amministrazioni fiscali dei paesi membri dell'Unione europea. Il sistema delle direttive DAC*

Nell'ultimo quarto di secolo l'Unione europea ha conosciuto un rilevante sviluppo della cooperazione amministrativa volta a contrastare le frodi, l'evasione e l'elusione fiscali<sup>1</sup>; tale processo compensa, almeno in parte, la tradizionale ritrosia degli Stati membri nei riguardi dell'armonizzazione e del ravvicinamento delle legislazioni in materia tributaria<sup>2</sup> e trova

<sup>1</sup>P. PISTONE, *Diritto tributario europeo*, 3<sup>a</sup> ed., Torino 2022, rammenta che «il processo evolutivo dell'assistenza mutua ha determinato un'esponentiale crescita della legislazione secondaria in questo ambito della materia tributaria, trasformando l'assistenza mutua tra le autorità tributarie degli Stati membri dell'Unione Europea da strumento utilizzabile in un numero limitato di casi a strumento di massa e indispensabile al corretto funzionamento dei sistemi tributari degli Stati membri». Si vedano, inoltre, P. BORJA, *Diritto tributario europeo*, 3<sup>a</sup> ed., Milano 2017, 435 s., e M.C. FREGNI, *Problemi e prospettive dell'Unione fiscale europea*, in *Rass. trib.*, 2013, 1076 s., la quale osserva che «la ... progressiva implementazione» dello scambio di informazioni «nasce dalla constatazione che ormai, in un contesto globalizzato e di forte mobilità della ricchezza, uno Stato membro non può gestire solo con gli strumenti di controllo previsti dai singoli ordinamenti il proprio sistema fiscale interno, soprattutto per quanto riguarda la fiscalità diretta, senza ricevere informazioni da altri Stati». Ancora, R. CORDEIRO GUERRA, *L'utilizzabilità delle informazioni trasmesse da amministrazioni fiscali estere nel processo penale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2018, 535 ss.

<sup>2</sup>G. MARINO, *Verso un'Agenzia delle Entrate europea?*, in Accademia Nazionale dei Lincei, *Atti dei Convegni Lincei 348, Una nuova politica economica e tributaria per l'Unione euro-*

fondamento nel principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE<sup>3</sup>.

Cardine di tale cooperazione sono soprattutto le direttive DAC: il sistema delle direttive sulla cooperazione amministrativa note come DAC, dall'acronimo di *Directives on Administrative Cooperation (in the field of taxation)*, costituisce il più recente approdo di un processo evolutivo iniziato con la direttiva 77/799/CEE<sup>4</sup>.

Si tratta di un corpo normativo costituito, ad oggi, da sette direttive, tutte incorporate nella direttiva base<sup>5</sup>, le quali dettano una disciplina che trova applicazione tendenzialmente per tutte le imposte<sup>6</sup> ad eccezione di quella sul valore aggiunto. Per l'iva è previsto, infatti, un sistema separato per lo scambio di informazioni e l'assistenza nella riscossione, attualmente contenuto nel regolamento (UE) 904/2010 del 7 ottobre 2010, c.d. RAC,

---

*pea*, Roma 2022, 204 ss., rileva la «contraddizione apparente tra la scarsa sensibilità politica per la mancata armonizzazione fiscale e la tanta cooperazione amministrativa in materia tributaria che ne ha riempito il vuoto» e che «per gli Stati membri, la consapevolezza politica di contrastare la frode, l'evasione e la esasperata concorrenza fiscale, ha preso il sopravvento sulla ritrosia a lavorare insieme per un vero sistema tributario europeo». Si veda, inoltre, P. MASTELLONE, *L'Unione europea non riconosce participation rights al contribuente sottoposto a procedure di mutua assistenza amministrativa tra autorità fiscali*, in *Riv. dir. trib.*, IV, 2013, 351 ss. e R. CORDEIRO GUERRA, A. VIOTTO, S. DORIGO, *Il nuovo volto della cooperazione fiscale internazionale: il ruolo dei privati e la problematica tutela dei diritti*, in *L'attuazione della DAC 6 nell'ordinamento italiano. Profili teorici e prospettive future*, a cura di R. CORDEIRO GUERRA, S. DORIGO, A. VIOTTO, Torino 2023, 3 ss.

<sup>3</sup>P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, cit., 436. L'art. 4, par. 3, del Trattato 7 febbraio 1992 sull'Unione europea, prevede che «in virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati».

<sup>4</sup>A proposito del quale si rinvia a P. PISTONE, *Diritto tributario europeo*, cit., 263; L. DEL FEDERICO, *Scambio di informazioni fra Autorità Fiscali e tutela del contribuente: profili internazionali, comunitari ed interni*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2010, 224 s., e P. MASTELLONE, *Passato, presente e futuro della tutela del contribuente nello scenario globale. La carta di Nizza ed il "risveglio" dei diritti fondamentali in materia tributaria*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2017, 451 ss., e A. KOSTNER, *L'evoluzione dello scambio di informazioni nell'UE: dalla DAC 1 alla DAC 6 e oltre*, in *L'attuazione della DAC 6 nell'ordinamento italiano. Profili teorici e prospettive future*, a cura di R. CORDEIRO GUERRA, S. DORIGO, A. VIOTTO, cit., 11, ss.

<sup>5</sup>Si tratta della direttiva 15 febbraio 2011, n. 2011/16/UE. Si rinvia a P. PISTONE, *Diritto tributario europeo*, cit., 266 ss. e a G. MARINO, *Verso un'Agenzia delle Entrate europea?*, cit., 207 s. per la disamina delle singole direttive DAC. È in vista anche un'ottava direttiva concernente le transazioni in cripto attività.

<sup>6</sup>Lo scambio di informazioni concerne l'applicazione delle «imposte di qualsiasi tipo riscosse da o per conto di uno Stato membro o delle ripartizioni territoriali o amministrative di uno Stato membro, comprese le autorità locali» (art. 2, par. 1, direttiva 15 febbraio 2011, n. 2011/16/UE), ad eccezione dell'imposta sul valore aggiunto, dei dazi doganali e delle accise (art. 2, par. 2).

acronimo di *Regulation on Administrative Cooperation (and combating fraud in the field of value added tax)* relativo alla cooperazione amministrativa e alla lotta contro la frode nell'applicazione di quell'imposta<sup>7</sup>.

Come si vedrà nel prosieguo, la Corte di Giustizia europea ha chiarito che tale cooperazione, nelle modalità disciplinate dalle direttive, deve essere comunque esercitata nel rispetto della normativa primaria dell'Unione europea, attribuendo alle parti private una tutela anche sul piano giudiziale.

Lo strumento principale della reciproca assistenza fra le amministrazioni fiscali è costituito dallo scambio di informazioni, che ai sensi dell'art. 1, comma 2, della direttiva DAC deve aver luogo con mezzi elettronici e che si declina in tre diversi modelli, a richiesta, automatico e spontaneo, attraverso i quali possono essere acquisite «*informazioni prevedibilmente pertinenti per l'amministrazione e l'applicazione delle leggi nazionali degli Stati membri relative alle imposte*» suddette<sup>8</sup>. Si tratta, in sintesi, di circostanze ed elementi di prova relativi a specifiche fattispecie realizzatesi al di fuori del territorio dello Stato membro di appartenenza<sup>9</sup>, che possono riguardare contribuenti di qualsiasi categoria e nazionalità<sup>10</sup>.

A seguito del progressivo sviluppo della cooperazione si può affermare che attualmente lo scambio di informazioni «*opera anche, se non prevalentemente, quale strumento per la raccolta e la circolazione massiva di dati al fine di (i) pianificare ex ante l'attività di accertamento tributario, nonché di (ii) influenzare ed indirizzare la condotta dei contribuenti, adempiendo in tal modo anche ad una funzione propositiva e generalpreventiva*»<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Si veda in proposito P. PISTONE, *Diritto tributario europeo*, cit., 343 s.; inoltre S. RONCO, *Cooperazione amministrativa iva e tutela del contribuente: limiti dell'armonizzazione ed autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2022, 901, reputa condivisibilmente «*anacronistico che non vi sia ancora stata una sistematizzazione, all'interno di un unico corpus normativo, della regolamentazione dei meccanismi di cooperazione amministrativa oggi contenuti separatamente nella Direttiva 2011/16/UE e nel Regolamento n. 904/2010*».

<sup>8</sup> Art. 1, par. 1, direttiva 15 febbraio 2011, n. 2011/16/UE.

<sup>9</sup> Cfr., al riguardo, M. PIERRO, *Il dovere fiscale e lo scambio di informazioni*, in *Riv. dir. fin.*, I, 2017, 454 ss.; P. PISTONE, *Diritto tributario europeo*, cit., 263; P. BORJA, *Diritto tributario europeo*, cit., 437 s.

<sup>10</sup> Cfr. l'art. 3, n. 11, direttiva 15 febbraio 2011, n. 2011/16/UE; inoltre P. PISTONE, *Diritto tributario europeo*, cit., 267.

<sup>11</sup> P. ARGINELLI, *Dac6 ed evoluzione della cooperazione amministrativa in materia tributaria nel quadro del rinnovato ruolo della fiscalità quale pilastro della rinascita europea*, in *Riv. tel. di dir. trib.*, fascicolo monografico 2021, *Il recepimento della c.d. dac 6 nell'ordinamento tributario italiano. Analisi sistematica e profili applicativi*, a cura di P. ARGINELLI, 16. Ad avviso di M.G.

## 2. Lo scambio di informazioni. I modelli

I tre diversi modelli nei quali si declina lo scambio di informazioni fra le amministrazioni fiscali sono, come anticipato, quelli a richiesta, automatico e spontaneo.

Nell'ambito del primo modello<sup>12</sup>, la richiesta è preceduta da un'istruttoria, da compiersi da parte delle autorità dello Stato richiedente, nell'ambito della quale è verificata la necessità dell'acquisizione di fatti e informazioni puntuali che non è possibile ottenere direttamente. Le autorità dello Stato interpellato reperiscono e trasmettono le informazioni non prima di «aver verificato la corrispondenza della fattispecie concreta a quella astratta in cui lo Stato si è obbligato alla trasmissione»<sup>13</sup>.

Lo scambio automatico di informazioni<sup>14</sup> consiste nella «comunicazione sistematica ... a un altro Stato membro, senza richiesta preventiva, a intervalli regolari prestabiliti» di «informazioni predeterminate su residenti in altri Stati membri»; le informazioni scambiate sono quelle disponibili, in quanto «contenute negli archivi fiscali dello Stato membro che comunica le informazioni, consultabili in conformità delle procedure per la raccolta e il trattamento delle informazioni in tale Stato membro»<sup>15</sup>.

Tale modalità di scambio non determina l'accesso alle informazioni in tempo reale e, comunque, comporta la necessità di «assicurare il rispetto della confidenzialità, in quanto ... potrebbe determinarne la divulgazione incontrollata»<sup>16</sup>.

Lo scambio spontaneo di informazioni<sup>17</sup>, infine, consiste nella «comuni-

---

DE FLORA, *Protection of the Taxpayer in the Information Exchange Procedure*, in *Intertax*, 45, 6 & 7, 2017, 449, «the exchange of information has transcended its initial purpose, namely an instrument for countering tax evasion and abusive or aggressive tax planning» ed è divenuto «a tool for the correct application of a domestic tax system».

<sup>12</sup> Disciplinato negli articoli da 5 a 7 della direttiva 15 febbraio 2011, n. 2011/16/UE.

<sup>13</sup> P. PISTONE, *Diritto tributario europeo*, cit., 263, il quale rammenta che «sia le convenzioni internazionali, sia le direttive, hanno previsto varie limitazioni in relazione a tale obbligo, onde evitare richieste indebite per mancanza dei presupposti (come ad esempio nel caso delle fishing expeditions, in cui la richiesta non presenta un carattere sufficientemente specifico), per contrasto con la legge dello Stato richiedente o richiesto».

<sup>14</sup> Disciplinato negli articoli da 8 a 8 ter della direttiva 15 febbraio 2011, n. 2011/16/UE.

<sup>15</sup> Direttiva 15 febbraio 2011, n. 2011/16/UE, art. 3, par. 9.

<sup>16</sup> P. PISTONE, *Diritto tributario europeo*, cit., 264.

<sup>17</sup> Si vedano gli artt. 9 e 10 della direttiva 2011/16/UE.

cazione occasionale, in qualsiasi momento e senza preventiva richiesta di informazioni ad un altro Stato membro»<sup>18</sup> quando ricorre una delle ipotesi previste dall'art. 9, par. 1, della direttiva DAC, sintomatiche di un rischio di evasione o elusione delle imposte. In tali ipotesi, «le autorità competenti di ciascun Stato membro possono comunicare alle autorità competenti degli altri Stati membri, attraverso lo scambio spontaneo, le informazioni di cui sono a conoscenza e che possono essere loro utili»<sup>19</sup>.

Le informazioni oggetto degli scambi, con qualsiasi modalità, a norma della direttiva, «sono coperte dal segreto d'ufficio e godono della protezione accordata alle informazioni di analoga natura dal diritto nazionale dello Stato membro che le riceve». «Possono essere usate per l'accertamento, l'amministrazione e l'applicazione del diritto nazionale degli Stati membri» ed anche «in occasione di procedimenti giudiziari e amministrativi che implicano l'eventuale irrogazione di sanzioni, avviati per violazioni della norma fiscale»<sup>20</sup>.

## 2.1. Segue. In particolare, lo scambio automatico di informazioni

Lo scambio automatico in base alle direttive DAC – che contempla «la comunicazione periodica di dati bancari, finanziari, patrimoniali e reddituali relativi a contribuenti ... che detengono disponibilità economiche all'estero»<sup>21</sup> – ha trovato applicazione soltanto per le informazioni relative ai periodi d'imposta dal 2014 in avanti, ma ha registrato negli anni più recenti un progressivo e importante sviluppo a seguito dell'introduzione nel testo della DAC 1 delle disposizioni delle successive DAC 2, 3, 4, 6 e 7 che ne hanno esteso l'ambito applicativo<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Art. 3, n. 10, direttiva 15 febbraio 2011, n. 2011/16/UE.

<sup>19</sup> Art. 9, par. 2, direttiva 2011/16/UE.

<sup>20</sup> Art. 16, par. 1, direttiva 2011/16/UE.

<sup>21</sup> M. PIERRO, *Il dovere fiscale e lo scambio di informazioni*, cit., 456.

<sup>22</sup> Si segnalano la modifica dell'art. 8, par. 1 per inserirvi anche i flussi di royalties (DAC 7), l'introduzione del par. 3 *bis* all'art. 8 (DAC 2) sui conti finanziari, dell'art. 8 *bis* (DAC 3) in tema di rulings fiscali e accordi preventivi sui prezzi di trasferimento, dell'art. 8 *bis bis* (DAC 4) in tema di rendicontazioni paese per paese, e dell'art. 8 *bis ter* (DAC 6) in tema di meccanismi transfrontalieri di pianificazione fiscale aggressiva, dell'art. 8 *bis quater* concernente le informazioni comunicate dai gestori di piattaforme (DAC 7). Cfr. P. PISTONE, *Diritto tributario europeo*, cit., 268. È opportuno, per inciso, segnalare un profilo di novità introdotto dalla DAC 6 (direttiva 822/2018/UE del 25 maggio 2018) che prevede il coinvolgimento nelle attività di rac-

Nei considerando della direttiva 15 febbraio 2011, 2011/16/UE, al punto (10) si precisa che «è assodato che lo scambio automatico obbligatorio di informazioni senza precondizioni è il mezzo più efficace per potenziare il corretto accertamento delle imposte nelle situazioni transfrontaliere e per lottare contro la frode ...». Inoltre, «la messa a regime dello scambio automatico di informazioni fiscalmente sensibili ... colma una lacuna di sovranità dello Stato nei confronti di contribuenti con attività internazionale e ne aumenta le prerogative»<sup>23</sup>.

In base all'art. 20, par. 4, della direttiva 2011/16/UE, lo scambio automatico di informazioni è, in parte rilevante, «effettuato utilizzando un formato elettronico tipo inteso a facilitare tale scambio» e il successivo art. 21,

---

colta delle informazioni che poi saranno oggetto di scambio di soggetti estranei all'Amministrazione finanziaria, ai quali è imposto l'obbligo di effettuare una tempestiva segnalazione qualora rivestano una posizione qualificata rispetto a un'operazione o a una serie di operazioni transfrontaliere e vi sia il fondato sospetto – basato sulla ricorrenza di uno degli *hallmarks* elencati nella direttiva – che si sia presenza di un risparmio fiscale non consentito. Si veda, in proposito, S. DORIGO, *La pluralità di obblighi di segnalazione nel sistema DAC6: il regime è davvero "proporzionale"?*, in *Riv. dir. trib. tel.*, fascicolo monografico 2021, *Il recepimento della c.d. dac 6 nell'ordinamento tributario italiano. Analisi sistematica e profili applicativi*, a cura di P. ARGINELLI, 62, il quale osserva che «se poteva essere in qualche modo ragionevole affidare a coloro che si occupano della realizzazione di operazioni di natura finanziaria il dovere di vigilare sulla correttezza delle medesime e, nel caso, di allertare con apposite informative, le Autorità competenti, la scelta di coinvolgere in tali mansioni qualsiasi figura professionale coinvolta nell'operazione e financo il contribuente risponde ad una logica dichiaratamente preventiva e repressiva a un tempo, volta a garantire che chiunque partecipi, a qualunque titolo, ad una transazione che comporta il rischio di un indebito vantaggio fiscale abbia l'alternativa di non prendervi parte oppure di denunciarla all'Amministrazione finanziaria, a pena – in caso contrario – di severe sanzioni pecuniarie». Tale coinvolgimento solleva, avverte inoltre l'Autore, «questioni giuridiche niente affatto irrilevanti, quale la tenuta del segreto professionale e la possibile frizione del regime con il diritto a non autoaccusarsi». Si vedano inoltre, sul tema, G. MARINO, *Il tax whistleblowing: dal contrasto all'evasione fiscale internazionale alla prevenzione della pianificazione fiscale aggressiva*, in *Dir. prat. trib.*, 2020, 1347 ss.; A. BALLANCIN, F. CANNAS, *The 'DAC 6' and Its Compatibility with Some of the Founding Principles of the European Legal System(s)*, in *EC Tax Review*, 3/2020, 117 ss.; M. GREGGI, *Shades of Transparency: DAC6 and the Client-Attorney Privilege*, in *EC tax Review*, 2023-2, 67 ss., e C. GIANONCELLI, *Dalla "giurisprudenza Falciani" alla mancata (forse ancora per poco) attuazione di una disciplina sul (tax) whistleblowing*, in *Dir. prat. trib.*, 2023, 219 ss. Ancora, F. RASI, *Il coinvolgimento degli intermediari finanziari nell'ambito delle comunicazioni DAC 6: criticità e problematiche*, S. CANNIZZARO, *Soggetti tenuti alle comunicazioni DAC 6: gli intermediari professionali*, F. MONTANARI, *Gli obblighi di comunicazione in capo agli intermediari ed al contribuente*, tutti in *L'attuazione della DAC 6 nell'ordinamento italiano. Profili teorici e prospettive future*, a cura di R. CORDEIRO GUERRA, S. DORIGO, A. VIOTTO, cit., rispettivamente 55 ss., 79 ss., 181 ss.

<sup>23</sup> M. PIERRO, *Il dovere fiscale e lo scambio di informazioni*, cit., 459. Inoltre, R. CORDEIRO GUERRA, A. VIOTTO, S. DORIGO, *Il nuovo volto della cooperazione fiscale internazionale: il ruolo dei privati e la problematica tutela dei diritti*, cit., 6.

al par. 1, prevede che «*le informazioni comunicate a norma della presente direttiva sono trasmesse elettronicamente, per quanto possibile, utilizzando la rete CCN*», vale a dire (art. 3, par. 13) «*la piattaforma comune basata sulla rete comune di comunicazione (CCN), sviluppata dall'Unione per assicurare tutte le trasmissioni con mezzi elettronici tra le autorità competenti nel settore delle dogane e della fiscalità*». Grazie allo scambio automatico, le amministrazioni nazionali sono in grado di attingere ad informazioni condivise in una banca dati centrale, accessibili anche alle altre amministrazioni degli Stati membri e alla Commissione europea<sup>24</sup>.

Come detto, attualmente tale modalità di scambio è ritenuta lo strumento più efficace per acquisire, da parte delle amministrazioni, dati e notizie relativi a fatti e circostanze verificatisi in altri Stati nella prospettiva del contrasto alle prassi che sottraggono all'imposizione le basi imponibili. Tuttavia, a fronte della «*maggior completezza, certezza ed efficacia e per certi versi più rapida condivisione delle informazioni*», lo scambio automatico determina, come si vedrà, un affievolimento delle garanzie, i c.d. *participation rights*<sup>25</sup>, per il contribuente al quale le informazioni scambiate sono riferibili<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> M. PIERRO, *Il dovere fiscale e lo scambio di informazioni*, cit., 458. Inoltre, R. CORDEIRO GUERRA, A. VIOTTO, S. DORIGO, *Il nuovo volto della cooperazione fiscale internazionale: il ruolo dei privati e la problematica tutela dei diritti*, cit., i quali osservano che lo scambio automatico «*presuppone la condivisione tra gli Stati di banche dati, regolarmente aggiornate, dalle quali ciascuna amministrazione finanziaria può attingere liberamente le informazioni di cui necessita: ciò, di regola, attraverso la predisposizione di una piattaforma comune che realizzi un'efficiente conservazione e consultazione dei dati in questione*».

<sup>25</sup> Nell'ambito dei c.d. *participation rights*, «*che attribuiscono al contribuente una partecipazione attiva ... nel corso delle procedure di mutua di assistenza amministrativa*» si distinguono anzitutto i «*diritti di notifica (c.d. notification rights), che permettono al contribuente di avere conoscenza del fatto che è stata ricevuta una richiesta di informazioni che lo riguardano da parte di un altro Stato*», quindi i «*diritti di consultazione (c.d. consultation rights), che permettono al contribuente di esprimere il proprio punto di vista non vincolante prima che lo scambio abbia luogo, sebbene le autorità fiscali interpellate rimangano libere di decidere se trasmettere o meno le informazioni richieste*» ed infine i «*diritti di intervento (c.d. intervention rights), i quali ... riconoscono al contribuente il diritto di rivolgersi ad un soggetto terzo ed imparziale (i.e. un'autorità amministrativa o giudiziaria) per contestare vizi relativi alla sostanza delle informazioni (e.g. falsità, casi di omonimia, ecc.) oppure ai profili procedurali relativi alla loro acquisizione (e.g. ipotesi di informazioni bancarie trafugate da un dipendente infedele, documenti sequestrati a seguito di una perquisizione domiciliare svolta senza i requisiti prescritti dalla legge, ecc.)*». Così P. MASTELLONE, *Passato, presente e futuro della tutela del contribuente nello scenario globale. La Carta di Nizza ed il "risveglio" dei diritti fondamentali in materia tributaria*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2017, 449; inoltre, M.G. DE FLORA, *Protection of the Taxpayer in the Information Exchange Procedure*, cit., 448.

<sup>26</sup> P. MASTELLONE, *Passato, presente e futuro della tutela del contribuente nello scenario globale. La Carta di Nizza ed il "risveglio" dei diritti fondamentali in materia tributaria*, cit., 450, e 461, laddove osserva che gli «*strumenti di cooperazione fiscale in ambito internazionale ed euro-*

### 3. La tutela dei soggetti coinvolti nelle procedure di scambio

La disciplina europea attiene principalmente alla cooperazione e allo scambio di informazioni per quanto attiene ai rapporti fra le amministrazioni fiscali degli Stati membri. Trascura, invece, il profilo dei rapporti fra le stesse e i soggetti coinvolti – vale a dire detentori delle informazioni, contribuenti e terzi – ai quali non sono attribuiti specifici diritti, lasciandoli alla regolamentazione dei diritti nazionali<sup>27</sup>. La Corte di Giustizia euro-

---

*peo ... sono stati concepiti dagli Stati per rendere effettivo l'interesse fiscale degli Stati» e che «la struttura stessa dei vari meccanismi di cooperazione è ... concepita con l'unico obiettivo di far sì che uno Stato sia in grado di fare affidamento sui propri omologhi per ottenere tutte le informazioni necessarie a verificare se un contribuente abbia o meno assolto correttamente alle proprie obbligazioni impositive». Cfr., inoltre, D. MAJORANA, *Evoluzione dello scambio delle informazioni: principio di proporzionalità, tutela del contribuente e diritto al contraddittorio*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2020, 1004 s., e M.G. DE FLORA, *Protection of the Taxpayer in the Information Exchange Procedure*, cit., 448.*

<sup>27</sup> Cfr. in proposito, L. DEL FEDERICO, *Scambio di informazioni fra Autorità Fiscali e tutela del contribuente: profili internazionalistici, comunitari ed interni*, cit., 226, e, dello stesso Autore, *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea. Contributo allo studio della prospettiva italiana*, Milano 2010, 270, con riguardo alla direttiva 77/799, e al regolamento 03/1798, in materia di IVA. Nel prosieguo, l'impostazione non è mutata radicalmente come osserva, ad esempio, M.G. DE FLORA, *Protection of the Taxpayer in the Information Exchange Procedure*, cit., 448, e, della stessa Autrice, *La importanza de la participación del contribuyente en el procedimiento tributario*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2020, 442. Ad avviso di G. SELICATO, *La possibile sovrapposizione degli obblighi di comunicazione tra patologia e fisionomia della cooperazione amministrative nella società dell'informazione*, in *L'attuazione della DAC 6 nell'ordinamento italiano. Profili teorici e prospettive future*, a cura di R. CORDEIRO GUERRA, S. DORIGO, A. VIOTTO, cit., 241, «l'unica priorità, in questa massiccia "osmosi informatica", è l'acquisizione del maggior numero possibile di informazioni e la loro concreta utilizzabilità da parte delle Autorità fiscali». Tuttavia, P. MASTELLONE, *Passato, presente e futuro della tutela del contribuente nello scenario globale. La carta di Nizza ed il "risveglio" dei diritti fondamentali in materia tributaria*, cit., 451 ss., pur rilevando che «gli strumenti di diritto europeo secondario che regolano le forme di cooperazione tra Stati membri non prevedono diritti specifici invocabili dai contribuenti interessati», evidenzia una positiva evoluzione, per quanto attiene ai margini di tutela dei *participation rights* dei contribuenti, fra le direttive 77/799 e 2011/16. Se «le uniche forme di tutela ex Direttiva n. 77/799/CEE di cui poteva beneficiare il contribuente risultavano, ancora una volta, condizionate alla rilevazione degli Stati membri coinvolti e per lo più relative alla segretezza delle informazioni oggetto di scambio (art. 7, 2° comma), alla contrarietà a leggi o prassi nazionali (art. 8, 1° comma), alla rivelazione di segreti ed alla contrarietà all'ordine pubblico (art. 8, 2° comma), nonché alla verosimile impossibilità di ricevere "informazioni equipollenti" dallo Stato membro richiedente (art. 8, 3° comma)», la direttiva 2011/16 «affronta in maniera simile la tematica della tutela del contribuente, tuttavia operando un importante ancoraggio ai diritti fondamentali previsti *claris verbis* dall'Unione Europea». Il riferimento è, in particolare, al considerando 28, secondo il quale «la presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»; all'art. 16, comma 1, ultimo periodo, in base al quale le informazioni oggetto dello scambio sono utilizzabili «in occasione di procedi-



pea ha avuto, nondimeno, occasione di occuparsi dei rimedi, in particolare processuali esperibili nell'ambito delle procedure di scambio su richiesta, garantendo progressivamente margini più ampi di tutela a favore dei soggetti detentori le informazioni.

La Corte, in applicazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, oltre che delle disposizioni della direttiva 2011/16, ha dapprima riconosciuto al detentore (soggetto diverso dal contribuente cui le informazioni si riferivano) inadempiente alle richieste rivoltegli dall'amministrazione interpellata la possibilità – impugnando il provvedimento sanzionatorio emesso dalla stessa amministrazione – di adire il giudice. Ciò al fine non soltanto di ottenere una modifica della sanzione inflitta, ma anche di verificare la legittimità della richiesta di informazioni, in particolare sotto il profilo della «*assenza manifesta*» della «*prevedibile pertinenza*» delle informazioni domandate «*alla luce dell'identità del contribuente coinvolto e di quella del terzo eventualmente informato, nonché delle esigenze dell'indagine tributaria in questione*»<sup>28</sup>.

Con una pronuncia più recente è stata riconosciuta al detentore le informazioni una tutela anticipata, consentendogli un ricorso diretto e immediato avverso la stessa ingiunzione di fornire le informazioni. La Corte di Giustizia ha ritenuto che «*una normativa nazionale ... che esclude la possibilità, per un*

---

*menti giudiziari e amministrativi che implicano l'eventuale irrogazione di sanzioni, avviati per violazioni della normativa fiscale, fatte salve le norme generali e le disposizioni che disciplinano i diritti dei convenuti e dei testimoni in siffatti procedimenti*»; all'art. 25, laddove prevede che «*tutti gli scambi di informazioni ai sensi della presente direttiva sono soggetti alle disposizioni*» della Direttiva n. 95/46/CE» successivamente sostituita dal regolamento (UE) 2016/679, c.d. GDPR, a proposito del quale si rinvia, *infra*, al § 4.

<sup>28</sup> La Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, nella sentenza 16.5.2017, nella causa C-682/15 (Berlioz), ha stabilito (par. 59) che «*l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea deve essere interpretato nel senso che un amministrato, cui sia stata inflitta una sanzione pecuniaria per inottemperanza ad una decisione amministrativa che gli ingiunge di fornire informazioni nel contesto di uno scambio tra amministrazioni tributarie nazionali in forza della direttiva 2011/16, è legittimato a contestare la legittimità di tale decisione*» ed inoltre (par. 89) che l'art. 1, par. 1, e l'art. 5 «*della direttiva 2011/16 e l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea devono essere interpretati nel senso che, nell'ambito di un ricorso proposto da un amministrato avverso una misura sanzionatoria inflittagli dall'autorità interpellata per inottemperanza ad una decisione di ingiunzione adottata da quest'ultima in seguito a una richiesta di informazioni rivolta dall'autorità richiedente in forza della direttiva 2011/16, il giudice nazionale dispone, oltre che di una competenza a modificare la sanzione inflitta, di una competenza a verificare la legittimità di tale decisione di ingiunzione*». Si vedano, in proposito, M.P. NASTRI, *Lo scambio di informazioni in materia fiscale: la tutela giurisdizionale effettiva e il diritto alla protezione dei dati*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2020, 1704 s., e P. MASTELLONE, *Passato, presente e futuro della tutela del contribuente nello scenario globale. La carta di Nizza ed il "risveglio" dei diritti fondamentali in materia tributaria*, cit., 610 s.

*detentore di informazioni nei cui confronti l'autorità nazionale competente adotti una decisione che ingiunge la comunicazione di tali informazioni, di proporre un ricorso diretto avverso tale decisione, non rispetta il contenuto essenziale del diritto a un ricorso effettivo, garantito dall'articolo 47 della Carta»<sup>29</sup>. Precisamente, ad avviso della Corte, non beneficia di una tutela giurisdizionale effettiva il detentore di informazioni che, «a fronte di una decisione che ingiunge la comunicazione di informazioni che sia arbitraria o sproporzionata, ... non ha accesso a un giudice, a meno che non violi tale decisione rifiutando di ottemperare all'ingiunzione in essa contenuta e che si esponga, in tal modo, alla sanzione connessa alla sua inosservanza».*

Analoga tutela non è riconosciuta, invece, al contribuente e ai soggetti terzi interessati. Quantunque ogni volta venga data esecuzione ad una procedura di cooperazione – ci si riferisce sia allo scambio su richiesta, sia a maggior ragione a quello automatico – venga coinvolta la sfera soggettiva dei contribuenti, non sono riconosciuti, nei loro confronti e tantomeno dei soggetti terzi, diritti tutelabili nel contesto della procedura di scambio di informazioni<sup>30</sup>.

Per quanto attiene al contribuente, in particolare, la Corte di Giustizia un decennio orsono, in una causa riguardante uno scambio su richiesta, come disciplinato dalla direttiva 77/799<sup>31</sup>, aveva escluso il diritto del soggetto al quale si riferivano le informazioni di partecipare al procedimento relativo a tali richieste<sup>32</sup>. La Corte, in quel caso, aveva anzitutto distinto

---

<sup>29</sup>Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, sentenza 6 ottobre 2020, nelle cause riunite C-245/19 e C-246/19 (*État Luxembourgeois*), par. 67 ss., in part. il par. 69. Il principio trova conferma nella sentenza del 25 novembre 2021 della Sezione terza della Corte, C-437/19, annotata da S. MARINONI, *Cooperazione amministrativa in materia fiscale: contenuto della richiesta di informazioni ed effettività della tutela*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2022, 1252 ss.

<sup>30</sup>Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, sentenza 6 ottobre 2020, nelle cause riunite C-245/19 e C-246/19, par. 70 ss.

<sup>31</sup>Si veda, al riguardo, P. MASTELLONE, *Passato, presente e futuro della tutela del contribuente nello scenario globale. La carta di Nizza ed il "risveglio" dei diritti fondamentali in materia tributaria*, cit., 451 ss.

<sup>32</sup>Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 22 ottobre 2013, nella causa C-276/12 (*Sabou*), pubblicata, ad esempio, in *Riv. dir. trib.*, IV, 2013, 339 ss., con la già citata nota di P. MASTELLONE, *L'Unione europea non riconosce participation rights al contribuente sottoposto a procedure di mutua assistenza amministrativa tra autorità fiscali*, 349 ss. Ancora di recente, con riguardo all'applicazione del regolamento 904/2010, la Corte, dopo aver ricordato che lo stesso «mira a consentire una cooperazione amministrativa ai fini dello scambio di informazioni che possono essere necessarie alle autorità tributarie degli Stati membri», perviene ad affermare che «in mancanza di disposizioni esplicite al riguardo ..., quest'ultimo non può essere interpretato nel senso che conferisce diritti specifici ai soggetti passivi». Così Corte di Giustizia UE, Sezione X, sen-

«nell'ambito dei procedimenti di controllo fiscale, la fase d'indagine nel corso della quale vengono raccolte le informazioni e che comprende la richiesta d'informazioni da parte di un'amministrazione fiscale ad un'altra, dalla fase contraddittoria, tra l'amministrazione fiscale e il contribuente cui essa si rivolge, la quale inizia con l'invio a quest'ultimo di una proposta di rettifica». Aveva affermato, quindi, che «il diritto dell'Unione, quale risulta segnata-mente dalla direttiva 77/799 e dal diritto fondamentale al contraddittorio, deve essere interpretato nel senso che esso non conferisce al contribuente di uno Stato membro il diritto di essere informato della richiesta di assistenza inoltrata da tale Stato a un altro Stato membro al fine, in particolare, di verificare i dati forniti dallo stesso contribuente nell'ambito della sua dichiarazione dei redditi, né il diritto di partecipare alla formulazione della domanda inviata allo Stato membro richiesto né il diritto di partecipare alle audizioni di testimoni organizzate da quest'ultimo Stato»<sup>33</sup>.

In una pronuncia più recente<sup>34</sup>, la Corte – pur riconoscendo al contribuente, nel caso di specie, una persona fisica, il diritto a un ricorso effettivo, garantito dall'art. 47 della Carta, a fronte di una decisione che ingiunge di comunicare informazioni riguardanti conti bancari ed elementi patrimoniali e finanziari di cui tale persona è titolare o beneficiaria, nonché operazioni giuridiche, bancarie, finanziarie o, più in generale, economiche che possono essere state compiute da detta persona o da terzi che agiscono per suo conto o nel suo interesse – ammette soltanto una tutela differita e incidentale in occasione del ricorso contro la «*decisione di rettifica o di correzione che si basi su dette informazioni quali elementi probatori*»<sup>35</sup>.

---

tenza 30 settembre 2021, causa C-186/20 (Hydina), par. 41 e 42. La sentenza è commentata da S. RONCO, *Cooperazione amministrativa iva e tutela del contribuente: limiti dell'armonizzazione ed autonomia procedurale degli Stati membri*, cit., 882 ss.; cfr. inoltre G. RAGUCCI, *Introduzione e note ordinate sul fisco digitale*, in *Fisco digitale. Cripto-attività, protezione dei dati, controlli algoritmici*, a cura di G. RAGUCCI, Torino 2023, 7 s.

<sup>33</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 22 ottobre 2013, nella causa C-276/12 (Sabou), par. 40 e 46.

<sup>34</sup> La già richiamata sentenza della Grande Sezione, 6 ottobre 2020, nelle cause riunite C-245/19 e C-246/19 (État Luxembourgois).

<sup>35</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 6 ottobre 2020, nelle cause riunite C-245/19 e C-246/19 (État Luxembourgois), par. 82 e 83. In dottrina è stato efficacemente osservato, al riguardo, che «la 'postergazione' della tutela contribuisce ad evitare che questioni che attengono all'interpretazione delle norme di procedura amministrativa dei singoli Stati membri vengano portate all'attenzione della CGUE facendo valere eventuali violazioni intervenute nella fase della cooperazione amministrativa» e che «tale delimitazione del sindacato giurisdizionale della Corte si riflette quindi anche nella dinamica del riparto delle competenze tra Unione e Stati membri, in quanto mira a ridurre la sfera d'intervento del diritto dell'UE in ambiti che non erano stati oggetto

La Corte di Giustizia in tale pronuncia mette a confronto la condizione del detentore delle informazioni e quella del contribuente concludendo che mentre il primo, mancando la possibilità di proporre un ricorso diretto avverso una decisione adottata nei suoi confronti e che gli impone un obbligo giuridico di comunicare le informazioni, sarebbe privato di qualsiasi tutela giurisdizionale effettiva, il secondo non soltanto «*non è destinatario di una siffatta decisione e non è assoggettato da quest'ultima ad alcun obbligo giuridico né, pertanto, al rischio di vedersi infliggere una sanzione in caso di inosservanza della stessa*», ma può esercitare il suo diritto ad essere ascoltato nella successiva fase in cui l'amministrazione richiedente utilizza le informazioni e dispone del diritto ad un ricorso effettivo nei riguardi dell'atto emesso sulla base delle informazioni scambiate<sup>36</sup>.

A tale ultimo proposito, la Corte ha cura di precisare che il riconoscimento nei riguardi del contribuente del diritto di ricorso effettivo nella sola fase in cui le informazioni scambiate si traducono in una determinazione fiscale nei suoi confronti «*presuppone che il giudice investito della controversia sia competente ad esaminare tutte le questioni di diritto e di fatto rilevanti per dirimere la controversia stessa ... e, in particolare, a verificare che le prove sulle quali si fonda tale atto non siano state ottenute o utilizzate in violazione dei diritti e delle libertà garantiti all'interessato dal diritto dell'Unione*»<sup>37</sup>.

La Corte di Giustizia si è pronunciata, infine, con riguardo ai «*terzi, che sono interessati dalle informazioni di cui trattasi, ma che non sono sottoposti*

---

*di armonizzazione*». Così S. RONCO, *Cooperazione amministrativa iva e tutela del contribuente: limiti dell'armonizzazione ed autonomia procedurale degli Stati membri*, cit., 892 ss., il quale considera inoltre (895) che «*ciò mette in luce ... una tensione di fondo, immanente nell'architettura istituzionale dell'UE, tra gli obiettivi insiti nello sviluppo del mercato unico, finalizzati ad assicurare un'armonizzazione in materia di cooperazione il più possibile "efficace" e "spedita" – e, di converso, "povera" di garanzie a favore dei singoli interessati – e la concezione dell'Unione quale spazio comune di tutela dei diritti fondamentali incentrato sull'osservanza della Carta, in forza della quale si dovrebbe assistere all'estensione – rectius anticipazione – dell'esercizio del diritto di difesa in sede procedurale alla prima occasione utile*».

<sup>36</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 6 ottobre 2020, nelle cause riunite C-245/19 e C-246/19 (*État Luxembourgeois*), parr. 80-84. Si esprime criticamente, in proposito, M.P. NASTRI, *Lo scambio di informazioni in materia fiscale: la tutela giurisdizionale effettiva e il diritto alla protezione dei dati*, cit., 1710 s., le cui osservazioni si condividono. Secondo l'Autrice, il provvedimento emesso nei confronti del detentore produce in realtà effetti, sia pure indirettamente, anche in capo al contribuente cui le informazioni si riferiscono, determinando la possibilità per le amministrazioni di accedere ai dati, anche qualificabili come personali, senza il consenso dell'interessato e quindi un'interferenza permanente nella vita privata alla quale non può porre rimedio la possibilità di difendersi contro i provvedimenti successivamente ed eventualmente emessi sulla scorta di quei dati.

<sup>37</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 6 ottobre 2020, nelle cause riunite C-245/19 e C-246/19 (*État Luxembourgeois*), par. 82.

*a un obbligo giuridico di comunicare tali informazioni né, pertanto, al rischio di vedersi infliggere una sanzione in caso di inosservanza di un siffatto obbligo giuridico», escludendo che il contenuto essenziale del diritto a un ricorso effettivo contempra il diritto di tali soggetti ad impugnare il provvedimento che ingiunge la comunicazione delle informazioni*<sup>38</sup>.

#### 4. Scambio di informazioni e protezione dei dati personali

Per vero, risulta in linea di principio applicabile alla materia dello scambio di informazioni la disciplina sulla protezione dei dati personali che prevede, tra l'altro, obblighi di comunicazione agli interessati.

Infatti, nei *considerando* della direttiva 15 febbraio 2011, n. 2011/16/UE, al 27 è previsto che *«tutti gli scambi di informazioni ... sono soggetti alla disciplina europea concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati»* e quindi, attualmente, alla normativa di cui al regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, c.d. GDPR<sup>39</sup>.

Inoltre, l'art. 25, par. 1, primo periodo, della direttiva 2011/16, sancisce che *«tutti gli scambi di informazioni ai sensi della presente direttiva sono soggetti al regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio»*<sup>40</sup>.

Una rilevante limitazione alla regola generale, tuttavia, è prefigurata nello stesso *considerando* 27 della direttiva DAC, poc'anzi richiamato – nel

---

<sup>38</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 6 ottobre 2020, nelle cause riunite C-245/19 e C-246/19 (*État Luxembourg*), par. 102.

<sup>39</sup> In base all'art. 4 (*«Definizioni»*) del GDPR, s'intende per «1) "dato personale": qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile ("interessato"); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente ...». Nello stesso articolo è contenuta la definizione di *«trattamento»*, che consiste in *«qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione»*.

<sup>40</sup> Sulla portata dell'art. 25 della direttiva 2011/16, e sulle modifiche della disposizione successivamente intervenute si vedano X. HUANG, *Ensuring Taxpayer Rights in the Era of Automatic Exchange of Information: EU Data Protection Rules and Cases*, in *Intertax*, 46, 3, 2018, 232, e B. FERREIRA LIOTTI, *Taxpayers' Data Protection: Do International, Regional, and Domestic Instruments Guarantee Adequate Rights in Tax (A)EoI?*, in *Intertax*, 50, 2, 2022, 145 s.

quale è prevista la limitazione di taluni diritti ed obblighi a tutela dei privati, qualora «*necessaria e proporzionata tenendo conto delle perdite di gettito potenziali per gli Stati membri e dell'importanza cruciale delle informazioni disciplinate dalla presente direttiva per lottare efficacemente contro la frode*» – e confermata nel par. 1, secondo periodo, dell'art. 25. In base a tale disposizione, «*ai fini della corretta applicazione della presente direttiva, gli Stati membri limitano la portata degli obblighi e dei diritti previsti dall'articolo 13, dall'articolo 14, paragrafo 1, e dall'articolo 15 del regolamento (UE) 2016/679 nella misura in cui ciò sia necessario al fine di salvaguardare gli interessi di cui all'articolo 23, paragrafo 1, lettera e), del medesimo*».

Anche a prescindere dalla circostanza che la disciplina europea sulla protezione dei dati personali si applica alle sole persone fisiche, lasciando sguarniti i contribuenti che rivestono la qualità di società ed enti<sup>41</sup>, la considerazione degli interessi contemplati nell'art. 23, par. 1, lett. e), del GDPR, è suscettibile di limitare significativamente le tutele apprestate dal Regolamento<sup>42</sup>. In particolare, gli obblighi e i diritti dei quali gli Stati membri possono limitare la portata sono quelli relativi alle informazioni da fornire qualora i dati personali vengano raccolti presso l'interessato (art. 13)<sup>43</sup> o presso altri (art. 14, par. 1)<sup>44</sup> e al diritto di accesso dell'interessato medesimo (art. 15)<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> In proposito, X. HUANG, *Ensuring Taxpayer Rights in the Era of Automatic Exchange of Information: EU Data Protection Rules and Cases*, cit., 231.

<sup>42</sup> Negli artt. da 13 a 22 del GDPR sono previsti e regolati i diritti dell'interessato di informazione, accesso ai dati, rettifica, cancellazione, limitazione, opposizione al trattamento e relativi al «*processo decisionale automatizzato ... compresa la profilazione*».

<sup>43</sup> Tra questi «*l'identità e i dati di contatto che riguardano il titolare del trattamento*» (par. 1, lett. a); «*la finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali nonché la base giuridica del trattamento*» (par. 1, lett. c); «*gli eventuali destinatari o le eventuali categorie di destinatari dei dati personali*» (par. 1, lett. e); «*il periodo di conservazione dei dati personali oppure, se non è possibile, i criteri utilizzati per determinare tale periodo*» (par. 2, lett. a); «*l'esistenza del diritto dell'interessato di chiedere al titolare del trattamento l'accesso ai dati personali e la rettifica o la cancellazione degli stesso o la limitazione del trattamento dei dati personali che lo riguardano o di opporsi al loro trattamento, oltre al diritto alla portabilità dei dati*» (par. 2, lett. b); «*il diritto di proporre reclamo a un'autorità di controllo*» (par. 2, lett. d).

<sup>44</sup> In base all'art. 14, par. 1, «*qualora i dati non siano stati ottenuti presso l'interessato, il titolare del trattamento fornisce all'interessato le seguenti informazioni: a) l'identità e i dati di contatto del titolare del trattamento e, ove applicabile, del suo rappresentante; b) i dati di contatto del responsabile della protezione dei dati,» ove applicabile; c) le finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali nonché la base giuridica del trattamento; d) le categorie di dati personali in questione; e) gli eventuali destinatari o le eventuali categorie di destinatari dei dati personali*».

<sup>45</sup> Secondo l'art. 15, par. 1, «*l'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la conferma che sia o meno in corso un trattamento di dati personali che lo riguardano e, in tal caso, di ottenere l'accesso ai dati personali e alle seguenti informazioni: a) le finalità del trattamento; b)*

Invero, l'art. 23, par. 1, lett. e), consente che il diritto dell'Unione o degli Stati membri limiti la portata di tali diritti «*qualora tale limitazione rispetti l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e sia una misura necessaria e proporzionata in una società democratica*» allo scopo di salvaguardare «*importanti obiettivi di interesse pubblico generale dell'Unione o di uno Stato membro, in particolare un rilevante interesse economico o finanziario dell'Unione o di uno Stato membro, anche in materia monetaria, di bilancio e tributaria, di sanità pubblica e sicurezza sociale*»<sup>46</sup>.

La possibilità consentita – al diritto dell'Unione e ai legislatori nazionali – dall'art. 23, GDPR, di introdurre limitazioni alla portata dei diritti degli interessati è, comunque, più ampia di quella prevista dall'art. 25 – tale circostanza pone, quindi, un problema di coordinamento – e comprende gli obblighi e i diritti «*di cui agli articoli da 12 a 22 e 34, nonché all'articolo 5, nella misura in cui le disposizioni ivi contenute corrispondono ai diritti e agli obblighi di cui agli articoli da 12 a 22*»<sup>47</sup>.

Il legislatore nazionale si è avvalso di tale facoltà con l'art. 1, comma 683, della legge 27 dicembre 2019, n. 160 (legge di Bilancio 2020), nel quale, con riferimento ai dati contenuti nell'archivio dei rapporti finanziari (nella sostanza, i dati fiscalmente rilevanti comunicati all'Anagrafe tributaria) il Ministro dell'economia e delle finanze è delegato a definire con de-

---

*le categorie di dati personali in questione; c) i destinatari o le categorie di destinatari a cui i dati personali sono stati o saranno comunicati, in particolare se destinatari di paesi terzi o organizzazioni internazionali; d) quando possibile, il periodo di conservazione dei dati personali previsto oppure, se non è possibile, i criteri utilizzati per determinare tale periodo; e) l'esistenza del diritto dell'interessato di chiedere al titolare del trattamento la rettifica o la cancellazione dei dati personali o la limitazione del trattamento dei dati personali che lo riguardano o di opporsi al loro trattamento; d) il diritto di proporre reclamo a un'autorità di controllo; g) qualora i dati non siano raccolti presso l'interessato, tutte le informazioni disponibili sulla loro origine; h) l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4 e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato».* I successivi paragrafi riguardano le ipotesi di trasferimenti dei dati a un paese terzo (par. 2) e il diritto di ottenere, da parte dell'interessato, copia dei dati personali oggetto di trattamento (par. 3).

<sup>46</sup> Con riguardo alle limitazioni previste dall'art. 23, cfr. X. HUANG, *Ensuring Taxpayer Rights in the Era of Automatic Exchange of Information: EU Data Protection Rules and Cases*, cit., 238.

<sup>47</sup> Come già ricordato, negli artt. da 13 a 22 del GDPR sono previsti e regolati i diritti dell'interessato di informazione, accesso ai dati, rettifica, cancellazione, limitazione, opposizione al trattamento e relativi al «*processo decisionale automatizzato ... compresa la profilazione*». Inoltre, l'art. 34 concerne la «*comunicazione di una violazione dei dati personali all'interessato*», «*quando la violazione dei dati personali è suscettibile di presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche*», e l'art. 5 enuncia i «*principi applicabili al trattamento dei dati personali*».

creto, tra l'altro, «a) le specifiche limitazioni e le modalità di esercizio dei diritti di cui agli articoli 14, 15, 17, 18 e 21 del regolamento (UE) 2016/679, in modo da assicurare che tale esercizio non possa arrecare un pregiudizio effettivo e concreto all'obiettivo di interesse pubblico», e «c) le misure adeguate a tutela dei diritti e delle libertà degli interessati»<sup>48</sup>. Tra i diritti dei quali sono previste le limitazioni e i limiti all'esercizio vi sono, appunto, quelli di accesso (art. 15), cancellazione (art. 17), limitazione del trattamento (art. 18) e di opposizione (art. 21).

Da ultimo, quindi, con l'art. 4, comma 2, lett. a), d.m. 28 giugno 2022, l'esercizio del diritto di accesso ai dati, di cui all'art. 15 del GDPR – «*incluso il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la conferma che sia o meno in corso un trattamento*» – è rinviato in guisa tale da neutralizzare qualsivoglia occasione di tutela preventiva<sup>49</sup>. È invece escluso l'esercizio sia del diritto ad ottenere la limitazione del trattamento (lett. b), sia di opporsi al trattamento (lett. c), né si applica il diritto alla cancellazione (comma 5), ma solo quello alla rettifica dei dati personali inesatti (comma 7).

Per effetto di tali disposizioni la tutela del contribuente cui si riferiscono le informazioni non può trovare collocazione se non nel momento – eventuale e successivo allo scambio – in cui dette informazioni sono posta a base dell'emissione di un atto con il quale l'amministrazione fa valere una pretesa fiscale. E tuttavia, la circostanza che il contribuente apprenda dello scambio di informazioni che lo riguardano soltanto dopo che questo si è realizzato e, precisamente, allorché l'amministrazione destinataria delle informazioni le utilizzi per esercitare nei suoi confronti una pretesa tributaria, determina non soltanto un inevitabile rinvio del momento in cui il contribuente può esercitare il proprio diritto di difesa, ma altresì che le informazioni acquisite illegittimamente o non corrette continuano ad essere disponibili per le amministrazioni.

Si consideri, peraltro, che il riconoscimento al contribuente di un diritto all'accesso in tempo reale a dati, informazioni e documentazione trasmessi

---

<sup>48</sup> Si veda, in proposito, G. RAGUCCI, *Introduzione e note ordinate sul fisco digitale*, cit., 4 s.

<sup>49</sup> In base all'art. 4, comma 2, lett. a), d.m. 28 giugno 2022, «*il diritto di accesso ... incluso il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la conferma che sia o meno in corso un trattamento, può essere esercitato: 1) per i contribuenti destinatari delle attività di stimolo all'adempimento spontaneo, a decorrere dal momento di ricezione degli inviti alla regolarizzazione della posizione fiscale; 2) per i contribuenti destinatari delle attività di controllo, a decorrere dalla data di consegna del processo verbale di constatazione, ovvero dalla notifica dell'atto istruttorio o del provvedimento impositivo; 3) per i contribuenti non destinatari delle attività di stimolo all'adempimento spontaneo e delle attività di controllo, a decorrere dal primo giorno successivo a quello in cui matura la decadenza della potestà impositiva*».



potrebbe rivestire grande utilità anche nella prospettiva di incentivare la *compliance*<sup>50</sup>. Del tutto condivisibile è l'affermazione secondo la quale «*lo scambio automatico ... non solo scoraggia le violazioni degli obblighi fiscali, ma nel caso in cui il contribuente le abbia già compiute, promuove il ricorso a strumenti di definizione anticipata*»<sup>51</sup>.

### 5. *La tutela del contribuente nello scambio automatico. Margini di tutela differita nell'ordinamento italiano*

In generale, se nell'ambito dello scambio su richiesta sarebbe in astratto ipotizzabile quella tutela preventiva e, quindi, tempestiva che attualmente la Corte di Giustizia non riconosce a favore dei contribuenti, i quali potrebbero venire a conoscenza anche informalmente della richiesta medesima, nella modalità automatica i contribuenti stessi non sono in grado di sapere dello scambio e, quindi, di sentire il bisogno di difendersi. Anche per tale motivo le uniche possibilità di tutela sono quelle apprestate dall'ordinamento nazionale del contribuente medesimo successive all'acquisizione e all'utilizzo dei dati<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Potrebbe forse, in futuro, ipotizzarsi il riconoscimento al contribuente di un diritto all'accesso in tempo reale a dati, informazioni e documentazione trasmessi. Con l'art. 1, comma 634, primo periodo, legge 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di stabilità 2015) è stato previsto che «*al fine di introdurre nuove e più avanzate forme di comunicazione tra il contribuente e l'amministrazione fiscale, anche in termini preventivi rispetto alle scadenze fiscali, finalizzate a semplificare gli adempimenti, stimolare l'assolvimento degli obblighi tributari e favorire l'emersione spontanea delle basi imponibili, l'Agenzia delle entrate mette a disposizione del contribuente, ovvero del suo intermediario, anche mediante l'utilizzo delle reti telematiche e delle nuove tecnologie, gli elementi e le informazioni in suo possesso riferibili allo stesso contribuente, acquisiti direttamente o pervenuti da terzi, relativi anche ai ricavi o compensi, ai redditi, al volume d'affari e al valore della produzione, a lui imputabili, alle agevolazioni, deduzioni o detrazioni, nonché ai crediti d'imposta, anche qualora gli stessi non risultino spettanti*». Tuttavia, tale prospettiva, così come quella della possibilità per i contribuenti di formulare richieste rivolte all'amministrazione al fine di conoscere dati e informazioni che li riguardano presenti nelle banche dati appare allo stato problematica alla luce delle previsioni del d.m. 28 giugno 2022 sopra richiamate.

<sup>51</sup> M. PIERRO, *Il dovere fiscale e lo scambio di informazioni*, cit., 459.

<sup>52</sup> Cfr. M. PIERRO, *Il dovere fiscale e lo scambio di informazioni*, cit., 463, ad avviso della quale «*lo scambio automatico di informazioni ... reca in sé un importante sacrificio dei participation rights del contribuente*», e D. MAJORANA, *Evoluzione dello scambio delle informazioni: principio di proporzionalità, tutela del contribuente e diritto al contraddittorio*, cit., 1005, secondo il quale lo scambio automatico di informazioni, «*non lascia materialmente al contribuente alcun margine*

Il differimento della tutela del contribuente determina, come anticipato, la peculiarità che pur svolgendosi l'attività di acquisizione delle informazioni all'estero, in base alla normativa vigente in quello Stato membro, gli strumenti disponibili sono quelli previsti dall'ordinamento nazionale del contribuente medesimo, che possono presentare significative differenze, determinando eventuali carenze di tutela per le situazioni giuridiche dei singoli nella fase procedimentale e processuale<sup>53</sup>.

Come già ricordato, peraltro, che – secondo la stessa Corte di Giustizia europea – il rinvio della tutela del contribuente alla fase in cui le informazioni scambiate si traducono in una determinazione fiscale nei suoi confronti, «presuppone che il giudice investito della controversia sia competente ad esaminare tutte le questioni di diritto e di fatto rilevanti per dirimere la controversia stessa ... e, in particolare, a verificare che le prove sulle quali si fonda tale atto non siano state ottenute o utilizzate in violazione dei diritti e delle libertà garantiti all'interessato dal diritto dell'Unione»<sup>54</sup>.

Non può che convenirsi, dunque, a proposito della necessità di intraprendere «un percorso di armonizzazione che definisca uno standard uniforme per quanto riguarda le garanzie procedurali del contribuente» allo scopo di evitare una disparità di tutele nell'ambito degli ordinamenti nazionali<sup>55</sup>.

---

di difesa, né in ambito europeo, né sovranazionale» e che «al contribuente, "evasore a prescindere", non rimane che attendere che quei dati vengano utilizzati in sede nazionale per poi decidere se avvalersi, o meno, degli strumenti di definizione anticipata offerti dall'ordinamento nazionale».

<sup>53</sup> Cfr. M.P. NASTRI, *Lo scambio di informazioni in materia fiscale: la tutela giurisdizionale effettiva e il diritto alla protezione dei dati*, cit., 1705, la quale osserva che «sono ... i singoli ordinamenti giuridici nazionali, in base al principio di autonomia procedurale a individuare ed utilizzare le proprie norme processuali al fine di garantire l'effettività di quelle sostanziali di derivazione comunitaria» ed inoltre «l'autonomia procedurale degli Stati membri può incontrare il proprio limite nel caso in cui le norme interne non possano garantire l'effettiva applicazione dei diritti dell'Unione. Possono così emergere eventuali carenze di tutela per le situazioni giuridiche dei singoli nella fase procedimentale e processuale». Ad avviso di D. MAJORANA, *Evoluzione dello scambio delle informazioni: principio di proporzionalità, tutela del contribuente e diritto al contraddittorio*, cit., 996, «tutto ciò palesa la "marginalità della tutela del contribuente nel sistema giurisdizionale europeo", dovuta al fatto che, anche in presenza di regole tributarie di origine europea, sono le amministrazioni fiscali dei vari Stati membri a gestire il rapporto tributario».

<sup>54</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 6 ottobre 2020, nelle cause riunite C-245/19 e C-246/19 (*État Luxembourgeois*), par. 82.

<sup>55</sup> Così S. RONCO, *Cooperazione amministrativa iva e tutela del contribuente: limiti dell'armonizzazione ed autonomia procedurale degli Stati membri*, cit., 884. L'Autore si interroga altresì (896 s.) a proposito «dei margini di discrezionalità concessi allo Stato per estendere il grado di tutela al di là dello standard fissato dal diritto dell'UE alla luce della Carta e degli indirizzi della giurisprudenza della CGUE». In generale, a proposito dell'utilizzabilità delle prove illegittimamente

### 5.1. Segue. *Il regime delle prove illegittimamente acquisite nell'ambito dell'accertamento e del processo tributari*

Occorre, a questo punto, verificare se, allo stato attuale, nell'ordinamento italiano, i contribuenti godano di una tutela effettiva, quantunque differita.

A tal fine si consideri, anzitutto, che secondo la giurisprudenza nazionale, eventuali illegittimità o irritualità che abbiano inficiato l'acquisizione o la trasmissione di documenti e informazioni non ne pregiudicano l'utilizzo nell'accertamento e nel processo tributari.

La Corte di Cassazione è ferma nel ritenere che, a differenza del diritto penale<sup>56</sup>, in materia tributaria «*non qualsiasi irritualità nell'acquisizione di elementi rilevanti ai fini dell'accertamento fiscale comporta, di per sé, la inutilizzabilità degli stessi, in mancanza di una specifica previsione in tal senso ed esclusi, ovviamente, i casi in cui viene in discussione la tutela dei diritti fondamentali di rango costituzionale (quali l'inviolabilità della libertà personale, del domicilio, ecc.)*»<sup>57</sup>. Inoltre, dalla presenza nell'ordinamento attuale di disposizioni che prevedono espressamente l'utilizzabilità di elementi «*comunque*» acquisiti<sup>58</sup>, e quindi anche nell'esercizio di attività istruttorie svolte con modalità diverse da quelle espressamente disciplinate dalle norme tributarie interne<sup>59</sup>, la Cassazione deduce «*un principio generale di*

---

raccolte, acquisite attraverso procedure di scambio di informazioni, si veda P. MASTELLONE, *Tutela del contribuente nei confronti delle prove illecitamente acquisite all'estero*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2013, 791 ss.

<sup>56</sup> Nell'ambito del quale l'art. 191, c.p.p., stabilisce che «*le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate*».

<sup>57</sup> Cass., sez. VI-trib., ord. 28 aprile 2015, n. 8605, concernente la nota vicenda della c.d. lista che prende il nome da Hervé Falciani, un ingegnere informatico italo francese, fuggito da Ginevra nell'ormai lontano dicembre 2008 dopo aver sottratto l'archivio informatico della HSBC private Bank. Nell'ordinanza sono ritenuti «*utilizzabili, nel contraddittorio con il contribuente*» ai fini dell'accertamento, «*i dati bancari acquisiti dal dipendente infedele di un istituto bancario*», poi venuti in possesso dell'amministrazione fiscale di altro Stato membro e da questa successivamente trasmessi all'amministrazione italiana nell'ambito delle procedure di cooperazione (scambio spontaneo) previste dalle norme europee, «*senza che assuma rilievo l'eventuale reato commesso dal dipendente stesso e la violazione del diritto alla riservatezza dei dati bancari (che non gode di tutela nei confronti del fisco)*». L'orientamento è ribadito da successive pronunce fino alla recente Cass., sez. V, ord. 28 febbraio 2022, n. 6509, pubblicata ad es. in *Dir. prat. trib.*, 2023, 200 ss., con nota di C. GIANONCELLI, *Dalla "giurisprudenza Falciani" alla mancata (forse ancora per poco) attuazione di una disciplina sul (tax) whistleblowing*, cit., 206 ss.

<sup>58</sup> Quali quelle contenute negli artt. 39, comma 2, e 41, comma 2, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, in materia di imposte sui redditi, e 55, comma 1, d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633, in materia di imposta sul valore aggiunto.

<sup>59</sup> In particolare negli artt. 32 e 33, d.p.r. n. 600/1973 e nell'art. 51, d.p.r. n. 633/1972.

*non tipicità della prova che consente l'utilizzabilità – in linea di massima – di qualsiasi elemento che il giudice correttamente qualifichi come possibile punto di appoggio per dimostrare l'esistenza un fatto rilevante e non direttamente conosciuto». Unico limite è costituito dalla circostanza che «gli elementi probatori siano stati direttamente acquisiti dall'Amministrazione in spregio di un diritto fondamentale del contribuente»<sup>60</sup>.*

Certo, la Corte di Cassazione attribuisce nel processo tributario alle prove “atipiche” acquisite al di fuori dei canoni di ritualità valore di semplice indizio, che il giudice di merito è tenuto a considerare «*pro o contro il fisco, nel quadro delle complessive acquisizioni processuali, con piena facoltà d'intervento delle difese*». Tuttavia «*anche un solo indizio può risultare già di per sé idoneo a giustificare la pretesa fiscale, essendo ... in materia tributaria ... sufficiente, quale prova presuntiva, un unico indizio, preciso e grave (ancorché l'art. 2729 c.c. si esprima al plurale)*»; inoltre «*la relazione tra il fatto noto e quello ignoto non deve avere carattere di necessità, essendo sufficiente che l'esistenza del fatto da dimostrare derivi come conseguenza del fatto noto alla stregua di canoni di ragionevolezza e probabilità*»<sup>61</sup>.

Ancora di recente, la Corte Suprema, ribadendo tali principi, ha avuto occasione di precisare che «*sono utilizzabili ai fini della pretesa fiscale, nel contraddittorio con il contribuente, i dati bancari trasmessi ... ai sensi della direttiva 77/799/CEE, senza onere di preventiva verifica da parte dell'autorità destinataria, sebbene acquisiti con modalità illecite ed in violazione del diritto alla riservatezza bancaria*»<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Cass., sez. VI-trib., ord. 28 aprile 2015, n. 8605. In dottrina, a proposito della sorte delle prove acquisite tramite violazione delle regole istruttorie si veda, anche per ulteriori e copiosi riferimenti, N. SARTORI, *I limiti probatori nel processo tributario*, Torino 2023, 85 ss., specie 164 ss.

<sup>61</sup> Così Cass., sez. VI-trib., ord. 28 aprile 2015, n. 8605 e conforme Cass., sez. V, ord. 28 febbraio 2022, n. 6509, nella quale è ravvisata altresì espressamente «*nella categoria delle presunzioni semplici la via attraverso cui le prove atipiche possono entrare nel processo, i cui requisiti caratteristici, se non possono essere stabiliti a priori, essendo ad essi immanenti la valutazione del caso concreto, si ritrovano nella gravità, precisione e concordanza, requisiti che se sussistenti, attribuiscono all'indizio pieno valore probatorio*». In Cass. n. 8605/2015 è precisato che proprio tale valore indiziario non rende «*profilabile la lesione dell'art. 24 Cost.*» e che «*nemmeno può ipotizzarsi una lesione del c.d. giusto processo per come tutelato dall'art. 6 CEDU*»; inverso benché la disposizione sia da ritenersi applicabile nei procedimenti, come quello di specie, nei quali si controverte (anche) di sanzioni amministrative tributarie equiparabili a sanzioni penali, secondo l'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, «*l'utilizzazione di una prova acquisita illegalmente non determina ex se la lesione della CEDU*» dato che «*l'art. 6 CEDU non disciplina espressamente le questioni relative all'ammissibilità delle prove che sono disciplinate dalla legge nazionale*».

<sup>62</sup> Cass., sez. V, ord. 28 febbraio 2022, n. 6509; nell'ordinanza, che richiama, tra i precedenti, anche Cass., sez. VI-trib., ord. n. 8605/2015, ravvisa altresì espressamente «*nella categoria*

## 5.2. Segue. *Il diritto di accesso alle informazioni prima dell'emissione di provvedimenti fondati sulle medesime*

Anche se per il contribuente non v'è la possibilità di ottenere la cancellazione o di far sì che non vengano utilizzati i dati illegittimamente acquisiti, riveste comunque grande importanza la conoscibilità dei dati e la possibilità di potersi confrontare sui medesimi e sulla loro rilevanza con l'Amministrazione prima che questa emetta dei provvedimenti che su tali dati si fondano. Che sui dati acquisiti si svolga un contraddittorio fra amministrazione e contribuente, prima dell'adozione del provvedimento e non solo successivamente, in sede processuale assume speciale rilievo anche alla luce degli arresti della Corte di Cassazione richiamati nel paragrafo che precede.

Sotto il profilo dell'accesso ai dati scambiati, si registra una recente ed importante presa di posizione della Corte di Giustizia europea la quale è pervenuta<sup>63</sup> – oltre a disconoscere il vincolo derivante da atti dell'Amministrazione divenuti definitivi nei confronti dei terzi (parr. 46, 47 e 50) nei riguardi di soggetti collegati ai primi – ad affermare il diritto di accesso – benché con limitazioni – dei secondi all'intero fascicolo, non solo alle prove e ai documenti rilevanti per l'amministrazione, del procedimento relativo ai primi (parr. 53 e 54<sup>64</sup>); a ribadire la non fungibilità fra contradditto-

---

*delle presunzioni semplici la via attraverso cui le prove atipiche possono entrare nel processo, i cui requisiti caratteristici, se non possono essere stabiliti a priori, essendo ad essi immanenti la valutazione del caso concreto, si ritrovano nella gravità, precisione e concordanza, requisiti che se sussistenti, attribuiscono all'indizio pieno valore probatorio».*

<sup>63</sup> Corte di Giustizia, sez. V, 16 ottobre 2019, causa C-189/18 (Glencore), commentata, tra gli altri, da A. COMELLI, *I diritti della difesa, in materia tributaria, alla stregua del diritto dell'Unione Europea e, segnatamente, il "droit d'être entendu" e il diritto ad un processo equo*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2020, 1315 ss. Si veda anche, con riguardo all'accesso agli atti tributari nella fase procedimentale, M.P. NASTRI, *L'Habeas Data in materia tributaria fra procedimento amministrativo e diritto europeo*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2021, 1112 ss.

<sup>64</sup> Sulla portata dell'accesso del soggetto passivo al fascicolo alla luce del principio del rispetto dei diritti della difesa la Corte di Giustizia afferma che *«qualora l'amministrazione finanziaria intenda fondare la propria decisione su elementi di prova ottenuti ... nell'ambito di procedimenti penali e di procedimenti amministrativi connessi ... , il principio del rispetto dei diritti della difesa esige che quest'ultimo, durante il procedimento di cui è oggetto, possa avere accesso a tutti questi elementi e a quelli che possano essere utili alla sua difesa, a meno che obiettivi di interesse generale giustificano la restrizione di tale accesso»* (par. 57). La Corte ha cura di precisare che il contribuente *«deve poter accedere al complesso degli elementi del fascicolo sui quali l'amministrazione fiscale intende fondare la propria decisione»* (par. 53), vale a dire anche *«ai documenti che non servono direttamente a fondare la decisione dell'amministrazione finanziaria, ma possono*

rio procedimentale e processuale (par. 52<sup>65</sup>); infine a definire i poteri/doveri del giudice (parr. da 63 a 66<sup>66</sup>) e le conseguenze delle violazioni dei diritti dei contribuenti (par. 68).

Particolarmente significativo, nel contesto in esame, è il riconoscimento ai contribuenti, nell'ambito del procedimento volto all'emissione dell'eventuale atto impositivo, del diritto ad accedere tendenzialmente a tutte le prove e ai documenti disponibili e non soltanto a quelli selezionati dall'amministrazione in quanto funzionali a sorreggere la pretesa impositiva<sup>67</sup>. Può accadere infatti, nella prassi, che il contribuente non abbia accesso a tutti i documenti e dati oggetto di scambio – ma prima ancora, non ne abbia conoscenza – potendo accedere solo a quella parte che l'amministra-

---

*essere utili per l'esercizio dei diritti della difesa, in particolare agli elementi a carico che tale amministrazione ha potuto raccogliere» (par. 54). Considerando, peraltro, che «il principio del rispetto dei diritti della difesa non costituisce una prerogativa assoluta, ma può comportare restrizioni» «intese a tutelare le esigenze di riservatezza o di segreto professionale» e «la vita privata di terzi, i dati personali che li riguardano o l'efficacia dell'azione repressiva» (par. 55), non incombe all'amministrazione «un obbligo generale di fornire un accesso integrale al fascicolo di cui dispone» e tuttavia il contribuente deve avere «la possibilità di ricevere, a sua richiesta, le informazioni e i documenti contenuti nel fascicolo amministrativo e presi in considerazione da tale amministrazione ai fini dell'adozione della sua decisione, a meno che obiettivi di interesse generale giustificino la restrizione dell'accesso alle suddette informazioni e a detti documenti» (par. 56).*

<sup>65</sup> Ad avviso della Corte di Giustizia (par. 52) «poiché il destinatario di una decisione che arreca pregiudizio deve essere messo in condizione di far valere le proprie osservazioni prima che la stessa sia adottata, al fine, in particolare, che l'autorità competente sia messa in grado di tenere utilmente conto di tutti gli elementi pertinenti e che, eventualmente, tale destinatario possa correggere un errore e far valere utilmente tali elementi relativi alla sua situazione personale, l'accesso al fascicolo deve essere autorizzato nel corso del procedimento amministrativo». Ne consegue che «una violazione del diritto di accesso al fascicolo intervenuta durante il procedimento amministrativo non è sanata dal semplice fatto che l'accesso a quest'ultimo è stato reso possibile nel corso del procedimento giurisdizionale relativo ad un eventuale ricorso diretto all'annullamento della decisione contestata».

<sup>66</sup> Nella sentenza in esame è precisato che «l'effettività del controllo giurisdizionale garantita dall'articolo 47 della Carta esige che il giudice che ha effettuato il controllo di legittimità di una decisione che costituisce attuazione del diritto dell'Unione possa verificare se le prove sulle quali tale decisione si fonda non siano state ottenute e utilizzate in violazione dei diritti garantiti dal diritto dell'Unione e, in special modo, dalla Carta» (par. 63); inoltre «l'effettività del controllo giurisdizionale garantita dall'articolo 47 della Carta esige, allo stesso modo, che il giudice investito di un ricorso avverso una decisione dell'amministrazione finanziaria ... sia abilitato a controllare che le prove assunte in un procedimento amministrativo connesso, del quale il soggetto passivo non era parte, e sulle quali si basa tale decisione, non siano state ottenute in violazione dei diritti garantiti dal diritto dell'Unione e, in special modo, dalla Carta», compreso il caso in cui «su tali prove sono state fondate talune decisioni amministrative adottate nei confronti di altri soggetti passivi e diventate definitive» (par. 65).

<sup>67</sup> In questo senso anche A. VOZZA, *La difesa nelle indagini innescate dallo scambio di informazioni previsto dalla DAC 6*, in *Corr. trib.*, 2021, 261 ss.

zione ricevente abbia posto a base dell'emissione dell'atto impositivo»<sup>68</sup>.

Inoltre, la Corte di Giustizia, alla luce del principio della parità delle armi<sup>69</sup>, demanda al giudice tributario la verifica giudiziale della «*legittimità dell'ottenimento e dell'utilizzo delle prove assunte nel corso dei procedimenti amministrativi connessi avviati contro altri soggetti passivi, nonché delle constatazioni effettuate nelle decisioni amministrative adottate in esito a tali procedimenti, che sono decisive per l'esito del ricorso*» (par. 67). La possibilità di tale verifica – da tenere ben distinta dalla valutazione delle prove a sostegno dell'atto, nell'ambito della quale devono essere espunte quelle illegittimamente acquisite – rende effettivo il diritto al ricorso giurisdizionale. Qualora, invece, la verifica in ordine alla legittimità dell'ottenimento e dell'utilizzo delle prove derivanti da procedimenti connessi non avesse esito positivo, le prove medesime «*e le constatazioni effettuate nelle decisioni amministrative adottate nei confronti di altri soggetti passivi in esito a tali procedimenti non devono essere ammesse, e la decisione impugnata, che si basa su tali prove e su tali constatazioni, deve essere annullata se, per tale ragione, essa risulta priva di fondamento*» (par. 68).

### 5.3. Segue. *Il diritto al contraddittorio procedimentale sulle informazioni*

Si è già ricordato che la Corte di Giustizia – a proposito di una vicenda di scambio di informazioni su richiesta – ha escluso una tutela immediata del contribuente nell'ambito della procedura di scambio affermando che può esercitare il suo diritto ad essere ascoltato nella successiva fase in cui l'amministrazione richiedente utilizza le informazioni e dispone del diritto ad un ricorso effettivo nei riguardi dell'atto emesso sulla base delle informazioni scambiate<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup>D. MAJORANA, *Evoluzione dello scambio delle informazioni: principio di proporzionalità, tutela del contribuente e diritto al contraddittorio*, cit., 997.

<sup>69</sup>«*Infatti, la parità delle armi verrebbe meno e il principio del contraddittorio non sarebbe rispettato se l'amministrazione finanziaria, per il fatto di essere vincolata dalle decisioni adottate nei confronti di altri soggetti passivi e divenute definitive, non fosse tenuta a produrre tali prove dinanzi ad essa, se il soggetto passivo non potesse averne conoscenza, se le parti non potessero discutere in contraddittorio tanto su dette prove quanto su tali constatazioni e se detto giudice non potesse verificare tutti gli elementi di fatto e di diritto sui quali si fondano tali decisioni e che sono decisivi per la soluzione della controversia di cui è investito*»: Corte di Giustizia, sez. V, 16 ottobre 2019, causa C-189/18, par. 67.

<sup>70</sup>Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 6 ottobre 2020, nelle cause riunite C-245/19 e C-246/19 (*État Luxembourgois*), parr. 80-84.

Tali diritti del contribuente, in particolare, quello ad essere ascoltato in vista dell'emissione di atti nei suoi confronti da parte dell'amministrazione richiedente, devono parimenti essere riconosciuti nell'ambito dello scambio automatico.

La possibilità che sui dati acquisiti si svolga un contraddittorio fra amministrazione e contribuente, prima dell'adozione del provvedimento e non solo successivamente, in sede processuale si rivela essenziale, inoltre, alla luce della già richiamata giurisprudenza<sup>71</sup> in tema di prove "atipiche" acquisite al di fuori dei canoni di ritualità alle quali è attribuito valore indiziario<sup>72</sup>.

Tuttavia, l'orientamento della Corte di Cassazione da tempo affermatosi non riconosce, com'è noto, l'esistenza di un principio generale del contraddittorio procedimentale nel diritto interno, ritenendo che «*un obbligo generale di contraddittorio, la cui violazione comporti la nullità dell'atto, sussiste unicamente riguardo ai tributi armonizzati e purché il contribuente enunci in concreto le ragioni che avrebbe inteso far valere al fine di valutare la natura non meramente pretestuosa dell'opposizione*»<sup>73</sup>.

In questo senso si è espressa ancora di recente la Corte<sup>74</sup>, ribadendo l'impostazione, consolidatasi attorno alla metà del decennio scorso<sup>75</sup>, che nega l'esistenza nell'ordinamento tributario nazionale di una disposizione o di un principio che imponga, in termini generali, il contraddittorio nel procedimento di formazione degli atti attuativi degli obblighi fiscali, confinandone l'obbligo nelle ipotesi connotate da una disciplina espressa.

---

<sup>71</sup> Richiamata *retro* nel § 5.1.

<sup>72</sup> Com'è noto, al contraddittorio procedimentale è riconosciuta, nei procedimenti tributari, la funzione essenziale di consentire «*al contribuente di partecipare all'attuazione del tributo per garantire ora l'imparziale applicazione della legge, ora la determinazione partecipata della pretesa impositiva, ora l'esercizio del diritto di difesa anche in fase pre-processuale*». Così M. PIERRO, *Il dovere di informazione dell'amministrazione finanziaria e il diritto al contraddittorio preventivo*, in *Riv. dir. fin.*, I, 2016, 230.

<sup>73</sup> La citazione è tratta da Cass., sez. VI-trib., 5 settembre 2017, n. 20799. A proposito dell'orientamento della Cassazione M. BEGHIN, *Il contraddittorio endoprocedimentale tra disposizioni ignorate e principi generali poco immanenti*, in *Corr. trib.*, 2016, 479, utilizza l'efficace espressione «*doppio binario*».

<sup>74</sup> Si vedano, fra le più recenti, Cass., sez. V, 6 ottobre 2022, n. 29068, e Cass., sez. V, 19 luglio 2021, n. 20436.

<sup>75</sup> A partire dal notissimo arresto delle sezioni unite civili 9 dicembre 2015, n. 24823, pubblicato, ad esempio, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2016, 233 s., con nota di S. MULEO, *Il contraddittorio procedimentale: un miraggio evanescente?*, a 234 ss., e in *Riv. dir. trib.*, II, 2017, 1 ss., con nota di A. COLLI VIGNARELLI, *Il contraddittorio endoprocedimentale e l'"idea" di una sua "utilità" ai fini dell'invalidità dell'atto impositivo*, a 21 ss.



Diversamente, la Corte di Giustizia europea ravvisa nel «rispetto dei diritti della difesa e del diritto che ne deriva, per ogni persona, di essere sentita prima dell'adozione di qualsiasi decisione che possa incidere in modo negativo sui suoi interessi ... un principio fondamentale del diritto dell'Unione»<sup>76</sup>.

Il principio – che trova ora fondamento nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>77</sup>, il quale garantisce il diritto ad una buona amministrazione e, al secondo paragrafo, ricomprende nel primo il diritto di ciascuno ad essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale lesivo – ha riflessi immediati sulle (sole) materie armonizzate<sup>78</sup> e trova applicazione ogniqualvolta l'amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto ad esso lesivo. I destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono dunque essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'ammini-

---

<sup>76</sup> Secondo la Corte, «la regola secondo cui il destinatario di una decisione ad esso lesiva deve essere messo in condizione di far valere le proprie osservazioni prima che la stessa sia adottata» è funzionale a «mettere l'autorità competente in grado di tener conto di tutti gli elementi del caso». Ulteriore scopo della regola è quello «di assicurare una tutela effettiva della persona e dell'impresa coinvolta» e, in particolare, «di consentire a queste ultime di correggere un errore o far valere elementi relativi alla loro situazione personale tali da far sì che la decisione sia adottata o non sia adottata, ovvero abbia un contenuto piuttosto che un altro». Così Corte di Giustizia CE, sez. II, 18 dicembre 2008, in causa C-349/07 (Sopropé), inoltre Corte di Giustizia UE, sez. V, 3 luglio 2014, nelle cause riunite C-129/13 e C-130/13 (Kamino International Logistics BV e Datema Hellmann Worldwide Logistics BV). La prima è pubblicata, ad esempio, in *Rass. trib.*, 2009, 570 ss., con nota di G. RAGUCCI, *Il contraddittorio come principio generale del diritto comunitario*, *ivi*, 580 ss., e in *Corr. trib.*, 2009, 203 ss., con nota di A. MARCHESELLI, *Il diritto al contraddittorio nel procedimento amministrativo tributario è diritto fondamentale del diritto comunitario*, *ivi*, 210 ss.; la seconda è commentata da A. MARCHESELLI, *Il contraddittorio va sempre applicato, ma la sua omissione non può eccepirsi in modo pretestuoso*, in *Corr. trib.*, 2014, 2536 ss., e da R. IAIA, *I confini di illegittimità del provvedimento lesivo del diritto europeo al contraddittorio preliminare*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 2014, 833 ss. A proposito della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE in materia di rispetto dei diritti della difesa, che si traduce nel diritto al contraddittorio procedimentale, si vedano, fra gli altri, EN. TRAVERSA, ED. TRAVERSA, *La protezione dei diritti dei contribuenti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2016, 1367 ss.; C. VERRIGNI, *Principio del contraddittorio e diritto ad una buona amministrazione. Le possibili linee evolutive*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2020, 1054 ss.

<sup>77</sup> Entrata in vigore il 1° dicembre 2009. Secondo l'art. 6 del Trattato di Lisbona, la c.d. carta di Nizza-Strasburgo ha lo stesso valore giuridico del Trattato stesso. Sulle origini del principio del contraddittorio procedimentale nel diritto dell'Unione europea si veda R. IAIA, *Il contraddittorio anteriore al provvedimento amministrativo tributario nell'ordinamento dell'Unione europea. Riflessi nel diritto nazionale*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2016, 55 ss.

<sup>78</sup> Ci si riferisce ai dazi doganali e, soprattutto, all'imposta sul valore aggiunto.

strazione intende fondare la sua decisione, mediante una previa comunicazione del provvedimento che sarà adottato, e la fissazione di un termine per presentare eventuali difese od osservazioni. Tale obbligo, ad avviso della Corte di Giustizia, incombe sulle amministrazioni degli Stati membri ogniqualvolta esse adottano decisioni che rientrano nella sfera applicativa del diritto dell'Unione, quand'anche la normativa europea applicabile non lo preveda espressamente.

La Corte di Giustizia riconosce parimenti l'annullabilità del provvedimento adottato al termine di un procedimento amministrativo nel quale si sia avuta una violazione dei diritti della difesa<sup>79</sup>, ma anche che tale conseguenza si verifica «soltanto se, in mancanza di tale irregolarità, tale provvedimento avrebbe potuto comportare un risultato diverso»<sup>80</sup>.

La tutela del contribuente, qualora l'obbligo del contraddittorio sia disatteso, non è, quindi, assoluta; l'annullamento dell'atto comunque emesso è subordinato alla prova – da fornirsi nel relativo giudizio d'impugnazione – che, se si fosse svolto, il contraddittorio avrebbe determinato l'Ammini-

---

<sup>79</sup> Corte di Giustizia UE, sentenza 3 luglio 2014, nelle cause riunite C-129/13 e C-130/13, par. 79.

<sup>80</sup> Corte di Giustizia UE, sentenza 3 luglio 2014, nelle cause riunite C-129/13 e C-130/13, par. 79, alla quale si rinvia per la citazione di numerosi precedenti. In proposito osserva IAIA, *I confini di illegittimità del provvedimento lesivo del diritto europeo al contraddittorio preliminare*, cit., 833, che l'interpretazione della Corte di Giustizia, «radicata da decenni nella giurisprudenza europea», «riflette evidentemente una concezione teleologico-funzionale dell'attività amministrativa, che presenta quale proprio baricentro l'esito provvedimentale cui essa mira e respinge una semplice visione formalista dei moduli procedurali in cui si esplica, strumentali al raggiungimento di quell'esito». Si osserva, per completezza, che nella sentenza *Kamino International Logistics*, la Corte di Giustizia si occupa anche (parr. 36-78) del profilo attinente alla fungibilità fra contraddittorio procedimentale e contraddittorio successivo, in particolare in una «successiva fase di reclamo amministrativo». P. ACCORDINO, *Confini e contenuto della c.d. prova di resistenza al vaglio della Suprema Corte*, in *Riv. dir. trib. tel.*, 11 novembre 2019, 1, rileva peraltro che nella sentenza *Kamino-Datema* «la c.d. prova di resistenza, almeno da un punto di vista letterale (il termine utilizzato più volte nel testo, sia in inglese may, che in francese peut, è traducibile con l'italiano può) si presentava come un "suggerimento" dei giudici comunitari» e quindi «sembrava che si volesse offrire al giudice nazionale una mera possibilità di vincolare la violazione del previo contraddittorio – e il conseguente annullamento della decisione adottata al termine del procedimento amministrativo relativo – a che, in mancanza della predetta irregolarità, tale procedimento avrebbe potuto comportare un risultato diverso». Diversamente «le Sezioni Unite, invece, con la ben nota sentenza n. 24823 del 2015, nell'interpretare quanto affermato dal giudice comunitario, hanno stabilito che, in tema di tributi armonizzati opera una clausola generale di contraddittorio endoprocedimentale di matrice comunitaria sanzionata con la nullità del conclusivo atto impositivo, solo ed esclusivamente a condizione che, in giudizio, si dimostri che in mancanza di violazione dell'obbligo, il procedimento "avrebbe potuto comportare un risultato diverso"».

strazione a non emettere l'atto stesso o ad emetterlo con un contenuto diverso (e, di regola, più favorevole al contribuente)<sup>81</sup>.

Certo, l'eccezione della violazione del diritto ad essere sentiti, non accompagnata da alcuna difesa nel merito, «*appare sostanzialmente dilatoria e pretestuosa*», espressione «*di un modo formalistico di intendere le garanzie che non appartiene alla giurisprudenza eurounitaria*»<sup>82</sup>. Occorre evitare, tuttavia, la deriva di condizionare l'annullamento alla dimostrazione, da parte del soggetto passivo, che il difetto del contraddittorio abbia prodotto un provvedimento (del tutto) errato nel merito<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Ad avviso di S. MULEO, *Il contraddittorio procedimentale: un miraggio evanescente?*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2016, 238, l'introduzione di tale limite costituisce «*il principale colpo di maglio all'affermazione dell'immanenza del principio del contraddittorio procedimentale*». Considerazioni pertinenti sull'introduzione di tale prova di resistenza sono formulate da Cass., sez. un., 9 dicembre 2015, n. 24823 (par. 3.2) e condivise da S. MULEO nello scritto ora citato (pag. 290), il quale paventa un «*totale depauperamento assiologico del contraddittorio, derubricandolo da principio in sé, atto a tutelare il diritto di difesa, a puro criterio*». Parimenti critico A.E. LA SCALA, *L'effettiva applicazione del principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo tributario tra svolte, ripensamenti e attese*, in *Riv. dir. fin.*, I, 2015, 411 ss.

<sup>82</sup> Sono espressioni, pienamente condivisibili, di A. MARCHESSELLI, *Il contraddittorio va sempre applicato, ma la sua omissione non può eccepirsi in modo pretestuoso*, cit.

<sup>83</sup> Paventata anche dalla Corte di Cassazione, nell'ordinanza n. 527/2015. In realtà, secondo la Corte di Giustizia l'annullamento consegue quando, senza la violazione dei diritti della difesa, «*il procedimento avrebbe potuto condurre ad un risultato differente*»: tale espressione – sulla quale si sofferma anche la Cass., sez. VI-5, ord. n. 527/2015, segnalando la differenza fra l'espressione utilizzata, «*avrebbe potuto comportare un risultato diverso*», da quella «*avrebbe comportato*» – non consente di dedurre che il soggetto passivo debba provare che il provvedimento è errato o illegittimo nel merito; è sufficiente «*allegare che, se il contraddittorio vi fosse stato, ... avrebbe introdotto dei temi che avrebbero potenzialmente e ragionevolmente allargato il quadro istruttorio da tener presente per la decisione*». Così A. MARCHESSELLI, *Il contraddittorio va sempre applicato, ma la sua omissione non può eccepirsi in modo pretestuoso*, cit., ad avviso del quale il discrimine potrebbe essere rinvenuto nella deduzione, in aggiunta alla censura del mancato rispetto del contraddittorio, di motivi di merito, cosicché non sarebbe dichiarato nullo o annullato l'atto quando il ricorrente si difenda invocando il solo vizio procedimentale, ammettendo implicitamente «*che non aveva osservazioni da presentare all'Amministrazione che avrebbero potuto indurre la stessa a non emanare l'avviso di accertamento o ad emanarne uno di diverso contenuto*»; viceversa, nel caso di ricorso fondato su entrambe le tipologie di motivi, l'atto deve essere annullato, «*dovendosi il giudice limitare alla constatazione che ... è stato illegittimamente sacrificato il diritto del contribuente al contraddittorio anticipato*». Qualora, infatti, il giudice scendesse all'analisi dei motivi di merito, si determinerebbe «*uno svuotamento di significato della norma sul contraddittorio anticipato*». Cfr. anche A. COLLI VIGNARELLI, *Il contraddittorio endoprocedimentale e l'«idea» di una sua «utilità» ai fini dell'invalidità dell'atto impositivo*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2017, 36 s. Alcune indicazioni utili provengono dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la quale, nella sentenza n. 24823/2015, al par. 3.2, precisa che la nullità (o l'invalidità) dell'accertamento consegue «*allorché, in sede giudiziale, risulti che il contraddittorio procedimentale, se vi fosse stato, non si sarebbe risolto in puro simulacro, ma avrebbe rivestito una sua ragion*

L'orientamento attuale della Cassazione determina una non trascurabile disparità di trattamento su diversi piani. In primo luogo, nell'ambito della disciplina procedimentale dei tributi non armonizzati, in seno alla quale si rinvencono numerose ipotesi nelle quali il contraddittorio è doveroso a fronte di casi in cui, invece, è meramente – e non sempre con una giustificazione plausibile – eventuale. In secondo luogo la disparità di trattamento si propone fra tributi armonizzati, per i quali l'obbligo del contraddittorio procedimentale trova sicuro fondamento nell'ordinamento europeo, e tributi non armonizzati. Ma profili di disparità di trattamento si ravvisano – ancora e viceversa – fra tributi armonizzati, per i quali l'annullamento degli atti impositivi in caso di violazione del contraddittorio è subordinato alla c.d. prova di resistenza, e tributi non armonizzati, con riguardo ai casi nei quali, in base alle disposizioni che li prevedono, il contraddittorio omesso determina invariabilmente l'invalidità dell'atto, a prescindere dalla c.d. prova di resistenza.

---

*d'essere, consentendo al contribuente di addurre elementi difensivi non del tutto vacui e, dunque, non puramente fittizi o strumentali*». In altri termini, l'opposizione delle ragioni del contribuente deve rivelarsi «non puramente pretestuosa e tale da configurare, in relazione al canone generale di correttezza e buona fede ed al principio di lealtà processuale, sviamento dello strumento difensivo rispetto alla finalità di corretta tutela dell'interesse sostanziale, per le quali è stato predisposto» (Cass., sez. un., n. 24823/2015, sub VII-1). A tali precisazioni fa eco A. MARCHESELLI, *Il contraddittorio va sempre applicato*, cit., 2541, secondo il quale il contribuente che eccipisce l'omissione del contraddittorio «*ha l'onere di allegare che, se il contraddittorio vi fosse stato, egli 'avrebbe detto qualcosa': avrebbe introdotto dei temi che avrebbero potenzialmente e ragionevolmente allargato il quadro istruttorio da tener presente per la decisione*», mentre non occorre la dimostrazione «*che le allegazioni nel contraddittorio avrebbero portato alla vittoria nel merito, ma solo che erano ... ragionevoli e meritevoli di considerazione, secondo un giudizio ora per allora*». Non può sfuggire, tuttavia, che la valutazione *ex post* – benché «*con riferimento al momento del mancato contraddittorio*», come è precisato in Cass., sez. un., n. 24823/2015, sub VII-1 – da parte del giudice dell'impugnazione dell'atto, delle possibili, ma impedito dalla violazione del contraddittorio, allegazioni del soggetto passivo si palesa opinabile e complessa e deve, altresì, trovare pieno riscontro nella motivazione della sentenza. Nell'ordinanza della Corte di Cassazione, sez. VI-trib., n. 527/2015, tra gli svantaggi del recepimento automatico dell'orientamento della Corte di Giustizia in materia di contraddittorio procedimentale, è indicato quello di «*poggiare il giudizio sulla validità dell'atto emesso in violazione del contraddittorio su un criterio di individuazione labile e malcerta, quale quello dell'idoneità delle difese che il contribuente avrebbe spiegato in sede procedimentale a modificare l'esito del procedimento*». Gravi preoccupazioni sono espresse da S. MULEO, *Il contraddittorio procedimentale: un miraggio evanescente?*, cit., 241, il quale si interroga a proposito di «*come si comporterà la giurisprudenza futura dinanzi all'accoglimento di alcuni soli rilievi dell'atto impositivo*» e, ad esempio, nel caso in cui «*un atto, emesso con violazione del contraddittorio procedimentale, riporti la ripresa di diverse poste ed il giudice riconosca che una di esse è infondata (o lo sono alcune, ma non tutte)*». Secondo l'Autore, qualora fosse provato che il contraddittorio avrebbe avuto una sua utilità, l'atto dovrebbe essere annullato totalmente.

## 6. Considerazioni conclusive

La breve rassegna che precede induce a dubitare che, allo stato attuale, nell'ordinamento italiano i contribuenti godano di una tutela effettiva, quantunque differita, che consenta di porre efficacemente rimedio a situazioni di illegittima acquisizione di informazioni e a ipotesi di inesattezze ed erroneità dei dati acquisiti e messi in circolazione.

Si osserva, comunque e conclusivamente, che uno spiraglio in vista del superamento della situazione tratteggiata nei paragrafi che precedono è stato aperto da una recente sentenza della Corte Costituzionale<sup>84</sup> che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale – sollevata dalla Commissione tributaria regionale per la Toscana, Sezione prima, in riferimento all'art. 3 della Costituzione – dell'art. 12, comma 7, legge 27 luglio 2000, n. 212 (Statuto dei diritti del contribuente), nella parte in cui non estende il diritto al contraddittorio procedimentale alle ipotesi di verifiche effettuate “a tavolino” e non nei luoghi nei quali il contribuente svolge la sua attività.

La Corte Costituzionale ha ritenuto che il principio della partecipazione procedimentale del contribuente sancito dall'art. 12, comma 7, dello Statuto del contribuente, «*ancorché esprima una esigenza di carattere costituzionale*», non possa essere esteso in via generale con una propria sentenza, in quanto tale soluzione «*potrebbe creare disfunzioni nel sistema tributario, imponendo un'unica tipologia partecipativa per tutti gli accertamenti*», in particolare, alle c.d. verifiche “a tavolino”. Ad avviso della Corte, «*di fronte alla molteplicità di strutture e di forme che il contraddittorio endoprocedimentale ha assunto e può assumere in ambito tributario, spetta al legislatore, nel rispetto dei principi costituzionali evidenziati, il compito di adeguare il diritto vigente, scegliendo tra diverse possibili opzioni che tengano conto e bilancino i differenti interessi in gioco, in particolare assegnando adeguato rilievo al contraddittorio con i contribuenti*».

Nondimeno, nella sentenza la Corte ha cura di sottolineare che «*la mancata generalizzazione del contraddittorio preventivo con il contribuente, fin qui limitato a specifiche e ben tipizzate fattispecie, risulta ormai distonica*

---

<sup>84</sup> Corte cost. 21 marzo 2023, n. 47, commentata, ad esempio, da A. COLLI VIGNARELLI, *Anche la Corte Costituzionale (sent. 21 marzo 2023, n. 47) si esprime sull'essenzialità del contraddittorio endoprocedimentale (in nuce nella recente delega fiscale)*, in *Riv. dir. trib. tel.*, 29 aprile 2023, e da R. MICELI, *L'auspicato riconoscimento del contraddittorio nelle indagini tributarie. Un passaggio storico in attesa di attuazione*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 2023, 657 ss.

*rispetto all'evoluzione del sistema tributario, avvenuta sia a livello normativo che giurisprudenziale»,* indicando con chiarezza il compito del legislatore<sup>85</sup>.

Inoltre, la recente Delega al Governo per la riforma fiscale, contenuta nella legge 9 agosto 2023, n. 111, contiene, fra i principi e criteri direttivi, previsioni interessanti per la materia in esame. In particolare, l'art. 3, recante «*Principi generali relativi al diritto tributario dell'Unione europea e internazionale*», stabilisce che il Governo, nell'attuazione della delega osservi, tra i principi e criteri direttivi generali, anche (comma 1, lett. a) quello di «*garantire l'adeguamento del diritto tributario nazionale ai principi dell'ordinamento tributario e ai livelli di protezione dei diritti stabiliti dall'ordinamento dell'Unione europea, tenendo anche conto dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia tributaria*». Ma soprattutto, l'art. 4, dedicato alla «*revisione dello statuto dei diritti del contribuente*», assegna al Governo il compito (comma 1, lett. e) di «*prevedere una disciplina generale del diritto di accesso agli atti del procedimento tributario*» e di (lett. f) «*prevedere una generale applicazione del principio del contraddittorio a pena di nullità*»<sup>86</sup>.

Anche tali previsioni concorrono a rafforzare l'auspicio che, nell'ordinamento nazionale, sia in futuro garantita ai contribuenti una tutela effettiva, quantunque differita, con riguardo alle ricadute dello scambio automatico di informazioni.

---

<sup>85</sup> Nella sentenza n. 47/2023 la Corte Costituzionale rammenta che in precedenza (si vedano le sentenze n. 71/2015 e 210/1995 espressamente richiamate) aveva «*già riconosciuto che il contraddittorio endoprocedimentale, quale espressione del "principio del "giusto procedimento" (in virtù del quale i soggetti privati dovrebbero poter esporre le proprie ragioni, in particolare prima che vengano adottati provvedimenti limitativi dei loro diritti)*», ha assunto un ruolo centrale nel nostro ordinamento (...), anche come criterio di orientamento non solo per l'interprete, ma prima ancora per il legislatore (...))», estendendo espressamente tale riconoscimento alla materia tributaria. L'intervento del legislatore è necessario, ad avviso della Corte, a motivo del fatto che «*dalla pluralità dei moduli procedurali legislativamente previsti e dal loro ambito applicativo, emerge con evidenza la varietà e la frammentarietà delle norme che disciplinano l'istituto e la difficoltà di assumere una di esse a modello generale*», come invece aveva suggerito il giudice a quo.

<sup>86</sup> Cfr., in proposito, G. MELIS, *Il contraddittorio procedimentale nella riforma fiscale: un balzo in avanti verso il "giusto procedimento tributario"*, in *Il fisco*, 2023, 1318 ss., specie 1323 ss., il quale osserva, in particolare, che «*verrà meno la "prova di resistenza", il cui significato, assolutamente vago, costituisce fonte di ulteriore contenzioso che la relativa soppressione è finalizzata ad eliminare*».



Elena Marinucci, Silvia Zorzetto

## *Transizione digitale e processo civile*

### *Digital transition and civil process*

#### **Abstract**

*Lo scritto, prendendo le mosse dai più recenti interventi del legislatore italiano sulla disciplina del processo civile che – al fine di semplificarlo e renderlo più efficiente – promuovono e regolano (in senso lato) la digitalizzazione, tenta di individuarne le indirette ricadute sul terreno sia applicativo, sia della cosiddetta giustizia predittiva.*

*L'indagine si allarga poi al tema dell'impatto delle intelligenze artificiali sul sistema giustizia e alla questione cruciale – da tempo al centro del pensiero filosofico-giuridico – se il diritto possa essere tradotto in elementi quantitativi, suscettibili di calcolo, tali da essere (inters)oggettivamente esperibili e misurabili.*

*Starting from the recent reforms of civil procedure in Italy, which promote and regulate its digitalisation (in order to simplify civil procedures and make them more efficient), the essay attempts to identify the indirect effects of digital transformation both at the application level and on so-called predictive justice.*

*The investigation then extends to the impact of artificial intelligence on the justice system and to the crucial question that has long been at the core of legal philosophical thought: whether law can be translated into quantitative, computationally ascertainable elements so that it becomes (inter)objectively tangible and measurable.*

*Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit,  
que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés,  
qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur*

(MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, t. 1, L. XI, Ch. VI, 1772)

SOMMARIO: 1. La c.d. giustizia digitale: la riforma Cartabia del processo civile tra innovazione e *vexatae quaestiones*. – 2. Il diritto processuale vivente digitale tra tecniche e ga-



ranzie “vecchie” e “nuove”. – 3. Sulla forma degli atti giudiziari digitali: in special modo in appello. – 4. La via digitale per la chiarezza: una critica futuristica.

### 1. *La c.d. giustizia digitale: la riforma Cartabia del processo civile tra innovazione e vexatae quaestiones*

Negli ultimi anni il legislatore è intervenuto più volte per promuovere e regolare la digitalizzazione del processo civile.

Da ultimo importanti novità si devono al d.lgs. n. 149/2022. Si legge in proposito nella relativa nota illustrativa che «in ossequio a un’esigenza sempre più avvertita che risponde del resto anche alle mutate modalità di ogni forma di relazione e di comunicazione, nella generale finalità di aumentare la digitalizzazione nell’amministrazione della giustizia, la riforma ha inteso rafforzare gli strumenti informatici e le modalità di svolgimento delle udienze da remoto, prevedendo l’estensione e il rafforzamento del processo civile telematico nei procedimenti davanti al giudice di pace, al tribunale, alla corte d’appello e alla Corte di Cassazione (comma 17, lett. a) – c) e h), legge n. 206/2021), la semplificazione delle modalità di versamento del contributo unificato (comma 17, lett. f), legge n. 206/2021), e la possibilità per il giudice, fatta salva la possibilità per le parti costituite di opporsi, di disporre che le udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti, dal pubblico ministero e dagli ausiliari del giudice si svolgano con collegamenti audiovisivi a distanza o siano sostituite dalla modalità c.d. a trattazione scritta, dallo scambio di note (comma 17 lett. l), legge n. 206/2021)».

Le novità sono molte e muovono tutte nel senso della semplificazione e maggiore efficienza del processo.

A titolo esemplificativo, per esempio, all’art. 193 c.p.c. si prevede che, in luogo dell’udienza destinata al giuramento del consulente tecnico d’ufficio, il giudice autorizzi il deposito di una dichiarazione sottoscritta dal consulente con firma digitale, recante il giuramento il ricorso introduttivo<sup>1</sup>.

Importante è poi il nuovo Titolo V *ter* delle disposizioni di attuazione,

---

<sup>1</sup> A. CARRATA, *Le riforme del processo civile*, Torino 2023, 64 ss.; N. VICINO, in D. DALFINO (a cura di), *La riforma del processo civile*, in *Foro it. – Gli speciali*, 2022, 123 ss.

intitolato “Disposizioni relative alla giustizia digitale”, un vero e proprio nuovo corpo normativo in materia di giustizia digitale che raccoglie, in un unico contesto normativo, le disposizioni in materia di giustizia digitale armonizzate e rese coerenti anche al fine di agevolarne la «modifica nel momento in cui si dovessero rendere necessari futuri interventi, tanto più probabili in quanto si tratta di materia in rapida evoluzione in conseguenza dell’evolversi delle tecnologie»<sup>2</sup>. Tra le varie disposizioni spiccano per importanza l’art. 196 *quater* disp. att. c.p.c. che sancisce la ormai generalizzata “Obbligatorietà del deposito telematico di atti e di provvedimenti” e l’art. 196 *duodecies* disp. att. c.p.c. che disciplina l’udienza con collegamenti audiovisivi a distanza<sup>3</sup>.

Altre previsioni rilevanti si rinvencono nelle disposizioni di attuazione anche fuori dal Titolo V *ter*: tra queste merita di essere segnalato l’art. 36 disp. att. che regola la tenuta e la conservazione del fascicolo informatico stabilendo che essa equivale alla tenuta e conservazione del fascicolo d’ufficio su supporto cartaceo, fermi restando gli obblighi di conservazione dei documenti originali unici su supporto cartaceo, previsti dal codice dell’amministrazione digitale e dalla disciplina processuale vigente.

La sensazione è tuttavia che le innovazioni derivanti dalla giustizia digitale andranno ben oltre le singole disposizioni introdotte e che i risvolti applicativi saranno assai più ampi sulla disciplina del processo civile<sup>4</sup>.

Invero, la traiettoria di crescente digitalizzazione – di cui anche la ri-

---

<sup>2</sup> A. CARRATA, *Le riforme*, cit., 232 ss.; G.G. POLI, S. RUSCIANO, in D. DALFINO (a cura di), *La riforma del processo civile*, cit., 13 e 57 ss.

<sup>3</sup> Per un inquadramento del percorso della giustizia digitale in ottica comparata cfr. A. BIGI, *Una corte on-line come possibile vettore di giustizia digitale nel sistema di diritto processuale civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 68 ss.

<sup>4</sup> È del resto oramai consolidato il contesto di riferimento non solo nazionale, ma eurounitario da decenni guidato da un’*agenda digitale*: cfr. ad es. Ministero della Giustizia, *Ricognizione della digitalizzazione del processo civile e penale e della transizione digitale del ministero della giustizia*, 2021, rammenta, a partire dall’Agenda Digitale Italiana del 2012, fa un bilancio della strategia digitale, 2014-2020, all’interno del quadro programmatico e normativo *EUROPA 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva* (cfr. Comunicazione della Commissione europea del 3 marzo 2010, approvata dal Consiglio europeo il 17 giugno 2010). A livello eurounitario, sono note le iniziative della Commissione europea per l’efficienza della giustizia del Consiglio d’Europa (CEPEJ), tra cui la *Carta etica europea sull’utilizzo dell’intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi* adottata in data 3-4 dicembre 2018 e i documenti 2022-2025 *CEPEJ Action plan: Digitalisation for a better justice* e *Revised SATURN guidelines for judicial time management (4th revision)* adottate in data 8-9 dicembre 2021. Da ultimo si v. Ministro della Giustizia, *Atto di indirizzo politico-istituzionale per l’anno 2023*, 10 gennaio 2023, consultabile all’indirizzo [https://www.giustizia.it/giustizia/it/contentview.page?contentId=ART410478&previousPage=mg\\_1\\_29\\_6](https://www.giustizia.it/giustizia/it/contentview.page?contentId=ART410478&previousPage=mg_1_29_6).

forma in commento è parte – prende le mosse da lontano<sup>5</sup> e allo stato è aperta a una pluralità assai varia di approdi<sup>6</sup>. Molti e stretti sono infatti i nessi con la generale questione della cosiddetta giustizia predittiva<sup>7</sup>.

Come è stato osservato<sup>8</sup>, la nozione che è un «calco dell'inglese “predictive justice”») non ha ancora «un significato tecnicizzato consolidato». Ancorché, letteralmente, sottenda la idea della predizione della “giustizia” (*id est*, di ciò che sarà deciso come giusto, nel senso di conforme a diritto), nei discorsi attuali è impiegata «per indicare obiettivi che vanno da quello pratico minimo della reperibilità di tutti i dati relativi ai processi, passando per l'obiettivo teorico massimo della previsione delle decisioni, per arrivare all'obiettivo pratico massimo della sostituzione di giudici umani con automi»<sup>9</sup>. Questi testé citati, peraltro, sono solo alcuni dei possibili obiettivi a cui guardano gli studi di *machine learning*, *deep learning* e di robotica in

---

<sup>5</sup>Tra gli studi pionieristici, vale richiamare quello di R.C. LAWLOR, *What Computers Can Do: Analysis and Prediction of Judicial Decisions*, in *American Bar Association Journal*, 49, 4, 1963, 337-344, il quale rilevava «Computer technology is the cornerstone of the second Industrial Revolution. Will computers revolutionize the practice of law and the administration of justice, as they will almost everything else? Will they help the legal profession in the analysis of legal material? Will they help make law less unpredictable?», sostenendo che la prevedibilità sia impossibile senza un sistema ordinato di precedenti giudiziari.

<sup>6</sup>Si possono ad esempio richiamare gli studi filosofico-informatico-giuridici che, a partire dagli anni Sessanta del Novecento, si sono cimentati con l'applicazione al diritto della cibernetica e delle tecnologie informatiche-digitali: cfr. ad es. M.G. LOSANO, *Giuscibernetica: machine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino 1969; V. FROSINI, *Cibernetica, diritto e società*, Milano 1973; S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna 1973. Si veda la ricostruzione storica di L.L. VALLAURI, *Algoritica e informatica giuridica*, in *i-Lex – Rivista di Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive ed Intelligenza Artificiale*, 15, 1, 2022, 29-35.

<sup>7</sup>Per una introduzione si v. A. SANTOSUOSSO, G. SARTOR, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, in *Giur. it.*, 174, 7, 2022, 1760 ss.; M. BARBERIS, *Giustizia predittiva: ausiliare e sostitutiva. Un approccio evolutivo*, in *Milan Law Review*, 3, 2, 2022, 3 ss.; F. ROMEO, *Giustizia e predittività. Un percorso dal machine learning al concetto di diritto*, in *Riv. fil. dir.*, 1/2020, 107-124; nonché L. VIOLA, *Giustizia predittiva*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 2018. Invero, nella letteratura si parla – oltre che di ‘giustizia digitale’, ‘giustizia predittiva’ – anche di “giustizia aumentata” e giurimetria: cfr. ad es. Osservatorio di L. Gatt, I.A. Caggiano, G. d’Aietti e L. Viola consultabile all’indirizzo <https://dirittodiinternet.it/giurimetria-giustizia-predittiva-aumentata/>; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, in *Saggi – Dir. pubbl. comp. eu. online*, 3/2020, 3369-3389.

<sup>8</sup>M. BARBERIS, *Giustizia predittiva: ausiliare e sostitutiva*, cit., 3 ss.

<sup>9</sup>M. BARBERIS, *Giustizia predittiva: ausiliare e sostitutiva*, cit., 3. A. CARRATTA, *Decisione robotica e valori del processo*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 15, 22, 2, 2021, 89-119, spec. 111-113 considera le innovazioni digitali-intelligenti quali utili strumenti integrativi (non sostitutivi) di valutazione e formazione del convincimento giudiziario. Sul tema si v. anche E. BATTELLI, *Giustizia predittiva decisione robotica e ruolo del giudice*, in *Giust. civ.*, 2, 2020, 281-319.

ambito giuridico/giudiziario<sup>10</sup>. Si va ad esempio dalla ideazione di banche dati giurisprudenziali capaci anche di redigere parti di provvedimenti a sistemi volti a valutare la iterazione di condotte e la loro pericolosità con applicazione in innumerevoli istituti processuali; dall'applicazione in ambito probatorio a livello di reperimento di elementi documentali fino a strumenti che coniugano anche le conquiste neuro-scientifiche che dovrebbero essere in grado di sondare la credibilità dei testimoni, e così via<sup>11</sup>.

Come è evidente, al centro dei dibattiti odierni sulla giustizia digitale vi è la intelligenza artificiale<sup>12</sup> con le sue applicazioni, già in corso di speri-

---

<sup>10</sup> Questi studi sono oggetto di grande attenzione da parte di tutti gli operatori giuridici (teorici e pratici) e sono oggetto di un dibattito vivacissimo che non si presta a essere facilmente diviso in schieramenti. Ciascun autore evidenzia spesso pregi e difetti, possibili rischi e potenzialità, avendo ben chiaro che nulla è a costo zero e che quasi paradossalmente il tasso d'incertezza che caratterizza oggi questi studi è assai elevato. Che la tecnologia digitale e il suo frutto più maturo, ossia l'intelligenza artificiale, possa essere la chiave della certezza (del e nel diritto) è insomma – allo stato – incerto. Una panoramica della evoluzione dei dibattiti teorico-giuridici è offerta dai contributi raccolti da A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna 2017 e ID., *Decisione robotica*, Bologna 2019, nonché da A. ANDRONICO, T. CASADEI nel numero dedicato ad *Algoritmi ed esperienza giuridica*, in *Ars interpretandi*, 1, 2021. Vedasi inoltre G. ALPA, *L'intelligenza artificiale. Il contesto giuridico*, Modena 2021.

<sup>11</sup> L'elenco sarebbe assai lungo. Si punta a creare infrastrutture digitali (piattaforme/*tools*) per raccogliere e archiviare provvedimenti e atti giudiziari, semplificare l'accesso ai documenti legali, automatizzando le attività di ricerca sintattico-semantiche, anonimizzare i flussi di dati per facilitarne riutilizzo e condivisione a livello di analisi statistiche, mappare i processi giuridici, elaborare possibili linee guida e protocolli, creare reti di professionisti (giuristi e non), spiegare il ragionamento giuridico, tentare di tracciare i confini tra interpretazione e creazione da parte dei decisori, etc. Sono numerosissimi i progetti fioriti in questi anni a livello nazionale e internazionale, anche grazie alla collaborazione tra istituzioni e centri di ricerca universitari; si vedano ad esempio, *Stanford Law School's Center for Legal Informatics (CodeX)* consultabile all'indirizzo <https://law.stanford.edu/codex-the-stanford-center-for-legal-informatics/>; la francese *Predictice* che mira alla costruzione di *une legaltech française* consultabile all'indirizzo <https://predictice.com/>; *Predictive Justice* della Scuola Superiore Universitaria Sant'Anna di Pisa consultabile all'indirizzo <https://www.predictivejurisprudence.eu/>; *Legal Machine Lab* dell'Università di Bologna consultabile all'indirizzo <https://site.unibo.it/legalmachinelab/en/>; il Sistema di giustizia predittiva della Corte d'Appello di Brescia e del Tribunale di Brescia, sviluppato in collaborazione con l'Università degli Studi di Brescia consultabile all'indirizzo <https://giustiziapredittiva.unibs.it/>. In particolare, va ricordato il progetto *Universitas per la Giustizia. Programma per la qualità del sistema giustizia e per l'effettività del giusto processo (UNI 4 JUSTICE)* che coinvolge 13 atenei e i distretti delle corti di appello di Ancona, Bologna, Trento, Venezia e Trieste, in seno al quale è stata inaugurata a novembre 2022 una piattaforma di giustizia predittiva basata su *Natural Language Understanding & Processing*. Per alcuni altri esempi nel mondo si v. F. FARRI, *La giustizia predittiva in materia tributaria*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 12 ottobre 2022, 1-18 e F. BELL, L.B. MOSES, M. LEGG, J. SILOVE, M. ZALNIERIUTE (eds.), *AI Decision-Making and the Courts. A guide for Judges, Tribunal Members and Court Administrators*, Sydney 2022.

<sup>12</sup> Sono passati circa settant'anni da quando questa nozione è stata utilizzata per la pri-

mentazione e potenziali, al sistema giustizia, e ciò a moltissimi propositi<sup>13</sup>. E gli impatti visibili e non, la loro ampiezza e profondità, sono tali e tanti da indurre a parlare di una vera e propria rivoluzione<sup>14</sup>, e di una nuova era per il Pianeta (e l'umanità): dopo il c.d. Antropocene, il Novacene<sup>15</sup>.

---

ma volta nella nota *Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence* formulata da John McCarthy, Marvin L. Minsky, Nathaniel Rochester, e Claude E. Shannon. La proposta è consultabile all'indirizzo <http://jmc.stanford.edu/articles/dartmouth/dartmouth.pdf>. Secondo la proposta, i problemi di intelligenza artificiale erano: "1. Automatic Computers"; "2. How Can a Computer be Programmed to Use a Language"; "3. Neuron Nets"; "4. Theory of the Size of a Calculation"; "5. Self-Improvement"; "6. Abstractions"; "7. Randomness and Creativity". Una riflessione a cinquant'anni di distanza è fornita da J. MOOR, *The Dartmouth College Artificial Intelligence Conference: The Next Fifty Years*, in *AI Magazine* 27, 4, 2006, 87-91, che ricorda *the Dartmouth College Artificial Intelligence Conference: The Next 50 Years (AI@50)* tenutasi il 13-15, luglio 2006. La conferenza aveva tre obiettivi: celebrare il *Dartmouth Summer Research Project* del 1956, verificare i passi in avanti compiuti in mezzo secolo e fare proiezioni e previsioni sui possibili progressi fino al 2056. Si v. [www.dartmouth.edu/~ai50/](http://www.dartmouth.edu/~ai50/). Per tutti, si v. G. SARTOR, *L'intelligenza artificiale e il diritto*, Torino 2022 che fornisce un quadro concettuale, teorico nonché un approfondimento sulle applicazioni giuridiche anche in ambito giudiziario.

<sup>13</sup> D'altro canto, non è certo d'oggi la convinzione che sia in atto una trasfigurazione generale capace di mutare complessivamente nel lungo periodo l'ambiente giuridico e processuale: cfr. R. WIDDISON, *Electronic Law Practice: An Exercise in Legal Futurology*, in *Modern Law Review*, 60, 2, 1997, 143-163. Per una generale introduzione storica a livello internazionale e anche delle frontiere della ricerca e applicative, si v. ad es. D. KATZ, R. DOLIN, M. BOMMARITO (eds.), *Legal Informatics*, Cambridge 2021.

<sup>14</sup> Condivisibili sono le osservazioni di A. ANDRONICO, *Giustizia digitale e forme di vita. Alcune riflessioni sul nostro nuovo mondo*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2, 2021, 1 ss., spec. 3 così riassunte in quattro punti: «Il primo: quando si parla di giustizia digitale si parla di una rivoluzione. Il che vuol dire che non sta cambiando solo qualcosa, ma sta cambiando tutto. Il secondo: la rivoluzione digitale è, innanzitutto, una rivoluzione grafica. Il che vuol dire che si tratta di una rivoluzione che riguarda la scrittura del nostro mondo: il modo di metterlo in forma, appunto, e di registrarlo. Il terzo: come ogni rivoluzione, anche quella digitale, implica una rottura con il passato. Il che vuol dire che, per essere compresa, richiede nuove categorie. E infine, la quarta: questa rottura con il passato è, innanzitutto, una rottura con un certo modo di pensare l'uomo. È una rottura antropologica». Si v. anche l'opera A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna 2021 da cui prende le mosse la riflessione di Andronico. Discute del carattere antropogenico e antropocentrico dell'intelligenza artificiale F.H. LLANO-ALONSO, *L'etica dell'intelligenza artificiale nel quadro giuridico dell'Unione europea*, in *Region pratica*, 2, 2021, 327-347.

<sup>15</sup> Cfr. J. LOVELOCK, *Novacene. L'età dell'iperintelligenza*, Torino 2020. La proliferazione di neologismi che caratterizza il pensiero filosofico e giuridico contemporaneo è indice della difficoltà di comprensione dei fenomeni attuali e di per sé non è garanzia di capacità esplicative. A proposito si evoca quindi la categoria del mito (cfr. E.J. LARSON, *Il mito dell'intelligenza artificiale. Perché i computer non possono pensare come noi*, Milano 2022), non come vuota formula, ma in chiave escatologica. Del resto, la stessa nozione di intelligenza artificiale racchiude in via metaforica il binomio che costituisce il problema dei problemi, ossia il rapporto tra natura umana e artificialità.

La frontiera dello sviluppo scientifico-tecnologico interseca così *due* tra le più classiche questioni che da sempre percorrono il pensiero filosofico-giuridico nelle diverse culture giuridiche.

Dal punto di vista del metodo e della metodologia giuridici, la questione di se e come il diritto possa essere una pratica sociale *inter-soggettiva*, vale a dire che possa essere conosciuta, compresa, comunicata, condivisa in qualche modo apprezzabile tra persone, a prescindere dalla ineliminabile soggettività individuale<sup>16</sup>; la sfida è tradurre un mondo normativo e permeato dai valori come è il diritto<sup>17</sup>, in elementi quantitativi, suscettibili di calcolo, appunto tali da essere (inters)oggettivamente esperibili e misurabili<sup>18</sup>.

Dal punto di vista dei contenuti e valori, la questione è se e come sia possibile la prevedibilità del diritto, la cui ragione giustificativa è la garanzia di certezza<sup>19</sup>.

Dietro a queste due questioni si staglia una convergente preoccupazione etica e politica<sup>20</sup>: quella appunto per la giustizia. Giustizia quale regolazione dei rapporti umani non arbitraria, non rimessa alla soggettività umana e alle preferenze dei singoli o alla contingenza del caso. Giustizia quale regolazione dei rapporti basata su norme che costituiscono guide della condotta e criteri di sua valutazione tali da consentire a ciascuno di agire in funzione di esse, potendo conoscere *ex ante* contenuti e possibili conseguenze (in caso di conformità/non conformità)<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Si v. da M. JORI, *Esistenze. Appunti di metafisica giuridica*, Modena 2022.

<sup>17</sup> Come evidenziò Uberto ScarPELLI, peraltro in una temperie culturale sensibile agli ideali delle scienze (formali e naturali) e ai connessi profili di metodo e analisi, la dimensione umana, etico-politica, eminentemente valutativa del diritto è ineliminabile se ne sia o meno consapevoli. E questa consapevolezza è un antidoto contro approdi scettici, decisionisti o soggettivisti: in particolare si veda U. SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, Roma 1962.

<sup>18</sup> È stata coniata la nuova parola *algoretica*, per raccogliere questa sfida: P. BENANTI, *Oracoli. Tra algoretica e algocrazia*, Roma 2018. Si v. A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *An. giur. econ.*, 1, 2019, 47-63 auspica a un nuovo «momento “costituente”» per la società digitale in una dimensione di responsabilizzazione etica.

<sup>19</sup> Sul concetto di certezza e sui nessi con la prevedibilità sono ancora attuali e utili anche nell'era digitale le analisi teoriche di G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino 2005 e L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. DICCIOTTI, V. VELLUZZI, rist. riv. a cura di S. Zorzetto, Torino 2018, 81-88.

<sup>20</sup> Merita di essere ricordata la opinione tagliente di L.L. VALLAURI, *Algoretica e informatica giuridica*, cit., 31, «più il giudice è politicizzato, più è computabile dal punto di vista informatico (...) La presenza di un quadro di riferimento etico-politico non rende la decisione del giurista meno prevedibile: anzi, è proprio il “giudice pensoso”, non schierato, che risulterà più imprevedibile. Pertanto, i programmi informatici più facilmente potranno dare soluzioni prevedibili, quanto più solido sarà il sistema etico-politico che avrà assimilato».

<sup>21</sup> Sulla nozione di giustizia e sui suoi volti (concettualmente l'un l'altro legati), si vedano per

Nel presente contributo non essendo possibile toccare *vexatae quaestiones* di tale portata, ci si concentrerà su alcuni problemi legati alla riforma in atto in cui si intersecano profili processual-civilistici e teorico-generalisti.

Nel prossimo paragrafo sarà esaminata la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 16 febbraio 2023, n. 4835 che discutendo l'attuale "sistema a doppio binario (cartaceo e digitale)" della giustizia civile costituisce un esempio paradigmatico di ricaduta della transizione digitale sul diritto processuale vivente.

Nel successivo paragrafo si rifletterà sulle possibili implicazioni della transizione digitale sulla "forma dell'appello" considerando in particolare il già citato art. 46 disp. att. c.p.c. che prevede la introduzione, in via ministeriale, di «schemi informatici degli atti giudiziari con la strutturazione dei campi necessari per l'inserimento delle informazioni nei registri del processo» e «limiti degli atti processuali, tenendo conto della tipologia, del valore, della complessità della controversia, del numero delle parti e della natura degli interessi coinvolti».

Infine, nell'ultimo paragrafo si svolgeranno alcune considerazioni più generali sulla chiarezza nel processo: un *fil rouge* che da anni percorre le riforme processuali civili, inclusa l'ultima, e che sembra trovare nella digitalizzazione un alleato sempre più stretto. L'alleanza tra la chiarezza e la digitalizzazione ha sullo sfondo un idealtipo a livello metodologico: un modello di diritto e di linguaggio assiomatico, per definizione, chiaro e suscettibile di calcolo. Ma quand'anche un ambiente giuridico calcolistico-disumanizzato fosse realizzabile tecnicamente, di per sé resterebbe da chiedersi se un simile ambiente giuridico potrebbe essere strumento funzionale agli scopi del diritto (*id est* dei diritti vigenti per "noi umani"). E come noto, ogni forma, tecnica, struttura e funzione non è neutra, per cui il quesito di fondo è se esso sarebbe eticamente e politicamente meritevole: se vogliamo e sulla base di quali valori che esso costituisca la modalità di regolamentazione delle società future<sup>22</sup>.

---

tutti gli scritti di N. BOBBIO: *Sulla nozione di giustizia*, in *Teoria politica*, 1, 1, 1985, 7-19; *I criteri di giustizia e La regola di giustizia*, in *Eguaglianza e libertà*, Torino 1995, risp. 10-13 e 13-16; nonché *La virtù della giustizia*, in *La Stampa*, 8 gennaio 2009, 1, 30, 31 che riproduce un testo inedito degli anni Cinquanta (tutti consultabili nella bibliografia degli scritti del Centro Gobetti: <https://www.centrogobetti.it/>).

<sup>22</sup> Condivisibilmente riflette A. PUNZI, *Difettività e giustizia aumentata. L'esperienza giuridica e la sfida dell'umanesimo digitale*, in *Ars interpretandi*, 1, 2021, 113 ss., spec. 121-122: «viene da chiedersi se non sia proprio la difettività, che ci connota in senso sia ontologico che assiolo-

## 2. Il diritto processuale vivente digitale tra tecniche e garanzie “vecchie” e “nuove”

Vi è un ampio dibattito su quali siano le ricadute della c.d. giustizia digitale sul diritto processuale civile vigente: *rectius* vivente. Merita di essere considerata in questa sede in particolare la recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 16 febbraio 2023 n. 4835 in materia di onere della prova in appello. Con la decisione, le Sezioni Unite hanno infatti mutato il proprio orientamento in materia, e il mutamento è stato indotto dalla *transizione digitale* che progressivamente sta toccando anche il processo civile in questi anni<sup>23</sup>.

Vediamo in estrema sintesi il contesto giurisprudenziale e dottrinale in cui sorge la questione di massima sottoposta alla Corte.

Secondo una parte della dottrina seguita dalla giurisprudenza di legit-

---

gico, a poterci guidare nell'interazione con quelle macchine intelligenti che noi stessi abbiamo creato, da un lato aprendoci alla contaminazione con esse, dall'altro sottraendoci al pericolo di un assoggettamento alla loro potenza [...]. Ecco che la perfetta e disincarnata funzionalità della macchina pensante apre uno scorcio sulla potenza della nostra difettività e, dunque, sull'opportunità di aprirsi con fiducia all'idea di una codeterminazione tra l'intelligenza naturale e quella artificiale. D'altronde, è proprio in ragione della sua difettività che l'uomo, nel tempo, ha composto poemi, esplorato terre ignote e, appunto, progettato macchine intelligenti. E ancora: rivendicato diritti, lottato per la giustizia, conferito un significato sempre più inclusivo a parole come libertà, eguaglianza, dignità. È in ragione della medesima difettività che, nella giurisprudenza, il contributo dell'animale povero di silicio non può mancare, specie se, dialogando con l'intelligenza artificiale, imparerà ad accettare i propri limiti e insieme ad imprimere la giusta direzione alla propria potenza». La nozione di difettività si deve a Pietro Piovani (1922-1980): si veda la opera pubblicata postuma a cura di F. TESSITORE, *Oggettivazione etica e assenzialismo*, Brescia 2010.

<sup>23</sup> Come noto i passi verso la digitalizzazione sono stati tanti e per salti a partire dalle prime sperimentazioni degli anni Duemila: apri pista fu il Tribunale di Milano grazie alla stretta collaborazione con le cattedre di informatica giuridica delle Università di Milano e Milano-Bicocca negli anni 2000-2006 e il contributo di M. Jori, A. Rossetti, G. Ziccardi, G. Vaciago (si v. la panoramica di G. TADDEI ELMI, *L'informatica giuridica tra disciplina e insegnamento*, in G. PERUGINELLI, M. RAGONA (a cura di), *L'informatica giuridica in Italia. Cinquant'anni di studi, ricerche ed esperienze*, Napoli 2014, 75-96). In proposito, va evidenziato che una cosa è la costruzione progressiva del processo civile telematico; altro è la elaborazione di un processo civile digitale in cui l'elemento telematico-digitale non sia solo mezzo o strumento, ma in cui la intera (infra)struttura e il complessivo processo anche decisionale sia digitale. Non siamo ancora a questo stadio evolutivo, come noto. Di là da venire è un processo governato dalla intelligenza artificiale di cui oggi vi sono solo numerosi utilizzi puntuali, incorporati in un ambiente che è ancora nella sua concezione di sfondo “umano”, “materiale” e “tangibile”. Ancora diverso sarebbe ipotizzare un processo concepito secondo una *vita artificiale*. Sulla differenza tra intelligenza artificiale e vita artificiale si veda il dibattito in *Sistemi intelligenti*, 1, 2005, 155-164: D. PARISI, *Dodici differenze tra l'intelligenza artificiale e la vita artificiale*; G. LOLLI, *Turing non sarebbe d'accordo*; D. PARISI, *Risposta a Lolli*.



timità, le modifiche apportate nel 2012 all'art. 342 c.p.c. in punto di motivazione dell'appello ne avevano accentuato (se non chiarito definitivamente) il carattere di mezzo di impugnazione in senso stretto, il cui oggetto non è la controversia decisa in primo grado, bensì la sentenza gravata (al pari di quanto accade in Cassazione)<sup>24</sup>.

Altra parte degli interpreti, invece, negava che il tenore dell'art. 342 c.p.c. avesse assegnato una nuova funzione all'appello e ne avesse modificato l'oggetto. Esso, dunque, continuava ad assolvere alla originaria funzione di strumento per ottenere una nuova decisione sul merito della controversia, diversa, nel suo tenore, da quella resa dal giudice di primo grado. La necessità della formulazione dei motivi stava semplicemente a indicare che l'appello non ha più effetto devolutivo automatico, essendo gli stessi funzionali a dedurre gli errori del giudice di primo grado<sup>25</sup>.

Dalla qualificazione dell'appello come impugnazione in senso stretto la Cassazione ha tratto ricadute applicative importanti: per quel che qui rileva, l'appellante aveva l'onere di provare il vizio della sentenza, anche se il mezzo di prova necessario a tal fine (un documento in quel caso) era funzionale alla prova di un fatto che, guardandosi alla controversia sarebbe stato onere dell'appellato provare<sup>26</sup>. In definitiva l'appellante avrebbe assunto sempre il ruolo di attore nel giudizio d'appello e, ove avesse lamentato una erronea valutazione da parte del giudice di primo grado di fatti sulla base di documenti prodotti dalla controparte, aveva l'onere di produrre questi ultimi in appello, pena, altrimenti la soccombenza. Così, la soccombenza dell'appellante era pressoché inevitabile in caso di contumacia dell'appellato, ove il primo non avesse estratto copia dei documenti

---

<sup>24</sup>R. POLI, *Appello come revisio prioris instantiae e acquisizione del documento erroneamente interpretato o valutato dal giudice di primo grado*, nota a Cass. 8 febbraio 2013, n. 3033, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1186 ss.

<sup>25</sup>A. BRIGUGLIO, *Un approccio minimalista alle nuove disposizioni sull'ammissibilità dell'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 575; G. COSTANTINO, *La riforma dell'appello*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 28 s.; G. BALENA, *Le novità relative all'appello nel d.l. n. 83/2012*, *ivi*, 371; C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svapamento"*, in *Corr. giur.*, 2012, 1135; A. TEDOLDI, *I motivi specifici e le nuove prove in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 150.

<sup>26</sup>Cass. 8 febbraio 2013, n. 3033 ("L'attore in primo grado appellante il quale affermi che la documentazione prodotta dal convenuto in primo grado provi l'esistenza e non il pagamento del suo credito, ha l'onere di provare tale motivo di impugnazione ancorché il convenuto non riproduca in appello la documentazione prodotta in primo grado") in continuità con Cass., sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28498 criticamente annotata da G. BALENA, R. ORIANI, N. RASCIO, A. PROTO PISANI, *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*, in *Foro it.*, I, 2006, 1436 ss.

depositati in primo grado dalla controparte ai sensi dell'art. 76 disp. att. c.p.c. per produrli in sede di gravame<sup>27</sup>.

A fronte di questo diritto vivente (fortemente criticato in dottrina) formatosi in seno a un processo ancora dominato da materialità e fisicità (fascicolo cartaceo incluso), la ordinanza di rimessione in commento<sup>28</sup> chiede alle Sezioni Unite di riconsiderare gli orientamenti valutando:

«a) – se l'adozione del processo telematico, che prevede la creazione di un unico fascicolo e non contempla l'ipotesi del ritiro dei documenti in esso contenuti, comporti l'abbandono della distinzione tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte di cui agli artt. 168 e 169 c.p.c., artt. 72, 73, 74, 75, 76 e 77 disp. att. c.p.c.; b) – se ciò determini il superamento della posizione interpretativa, fatta propria con le pronunce delle Sezioni Unite n. 28498 del 2005 e n. 3033 del 2013, secondo cui l'appellante “subisce le conseguenze della mancata restituzione del fascicolo dell'altra parte, quando questo contenga documenti a lui favorevoli che non ha avuto cura di produrre in copia e che il giudice d'appello non ha quindi avuto la possibilità di esaminare”; c) – se tale superamento valga solo per le cause ove i documenti sono contenuti nel cosiddetto fascicolo informatico ovvero se – al fine di evitare irragionevoli differenze di trattamento – valga anche per cause ove i documenti siano ancora presenti in formato cartaceo nel fascicolo di parte».

Il processo telematico induce quindi a sottoporre a riverifica un tema classico quale l'onere della prova nel giudizio di appello, e conseguentemente, l'oggetto dello stesso.

I principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite in risposta sono i seguenti:

«Il principio di “non dispersione (o di acquisizione) della prova”, operante anche per i documenti – prodotti sia con modalità telematiche che in formato cartaceo –, comporta che il fatto storico in essi rappresentato si ha per dimostrato nel processo, costituendo fonte di conoscenza per il giudice e spiegando un'efficacia che non si esaurisce nel singolo grado di giudizio, né può dipendere dalle successive scelte difensive della parte che li abbia inizialmente offerti in comunicazione.

Il giudice d'appello ha il potere-dovere di esaminare un documento ritualmente prodotto in primo grado nel caso in cui la parte interessata ne faccia specifica istanza nei propri scritti difensivi, mediante richiamo di esso nella parte argomentativa dei motivi formulati o delle domande ed eccezioni ripro-

---

<sup>27</sup> E ciò poiché le prove precostituite restano nel fascicolo di parte.

<sup>28</sup> Cass. 9 maggio 2022, n. 14534.

poste, illustrando le ragioni, trascurate dal primo giudice, per le quali il contenuto del documento acquisito giustifichi le rispettive deduzioni.

Affinché il giudice di appello possa procedere all'autonomo e diretto esame del documento già prodotto in formato cartaceo nel giudizio di primo grado, onde dare risposta ai motivi di impugnazione o alle domande ed eccezioni riproposte su di esso fondati, il documento può essere sottoposto alla sua attenzione, ove non più disponibile nel fascicolo della parte che lo aveva offerto in comunicazione (perché ritirato e non restituito, o perché questa è rimasta contumace in secondo grado), mediante deposito della copia rilasciata alle altre parti a norma dell'art. 76 disp. att. c.p.c.

Il giudice di appello può inoltre porre a fondamento della propria decisione il documento prodotto in formato cartaceo non rinvenibile nei fascicoli di parte apprezzandone il contenuto che sia trascritto o indicato nella decisione impugnata, o in altro provvedimento o atto del processo, ovvero, se lo ritiene necessario, può ordinare alla parte interessata di produrre, in copia o in originale, determinati documenti acquisiti in primo grado.

Allorché la parte abbia ottemperato all'onere processuale di compiere nell'atto di appello o nella comparsa di costituzione una puntuale allegazione del fatto rappresentato dal documento cartaceo prodotto in primo grado, del quale invochi il riesame in sede di gravame, e la controparte neppure abbia provveduto ad offrire in comunicazione lo stesso nel giudizio di secondo grado, sarà quest'ultima a subire le conseguenze di tale comportamento processuale, potendo il giudice, il quale ha comunque il dovere di ricomporre il contenuto di una rappresentazione già stabilmente acquisita al processo, ritenere provato il fatto storico rappresentato dal documento nei termini specificamente allegati nell'atto difensivo».

Come emerge dai suddetti principi e dalla motivazione sottostante, l'elemento digitale è sì parte del diritto processuale vivente e condiziona indirettamente i ragionamenti dei giudici. Tuttavia, esso gioca un ruolo tutto considerato secondario e non appare un fattore decisivo capace di per sé d'imprimere, almeno per il momento, una direzione anziché un'altra al diritto processuale civile. Il processo telematico non è il motivo portante della decisione, ma costituisce innegabilmente l'occasione per un 'ripensamento' della Cassazione; ripensamento che viene poi argomentato sulla base di principi generali del processo civile.

Lo stile argomentativo della Corte di Cassazione è in linea con la tradizione più consolidata e ruota attorno a tre capisaldi del metodo giuridico: principi, sistema(tica), funzionalismo.

La evoluzione giurisprudenziale si basa infatti su *un'argomentazione tutta permeata su, e orientata a principi generali tradizionali*. Spiccano, in particolare, oltre al principio di acquisizione o di non dispersione dalla prova

già citato, il principio dispositivo, il principio d'immanenza della prova, il principio *actore non probante, reus absolvitur*, i principi costituzionali del giusto processo e della sua ragionevole durata. A questi si aggiunge una serie di altri principi, tutti di matrice giurisprudenziale e tratti da precedenti che in qualche modo fanno da corollario o hanno una funzione argomentativa complementare-ancillare<sup>29</sup>.

Questa tecnica argomentativa si coniuga con un approccio di ordine sistematico, tanto che la Corte riconosce un «nuovo quadro di sistema delineatosi» a seguito delle riforme del processo di questi anni improntate alla digitalizzazione. Per un verso, per le Sezioni Unite, la ricostruzione della portata dimostrativa delle prove deve avvenire «indipendentemente dalla natura informatica o cartacea del supporto» in quanto appunto la si reputa una differenza non rilevante o meritevole al fine di giustificare un trattamento differenziato. Per altro verso, l'approccio generale è di natura funzionale e precisamente «in funzione di una concezione del processo che “fa leva sul valore della giustizia della decisione”»<sup>30</sup>.

*Giustizia del caso singolo ed eguaglianza* sono, dunque, le chiavi di volta del ragionamento della Corte di fronte a un mondo processuale “duplice”, che vive di opposte tensioni: da un lato, quello del processo telematico, governato da immaterialità e da una fisiologica propensione a una costante rapidissima evoluzione *bottom up*; dall'altro lato, quello cartaceo, tradizionale, ancorato invece alla materialità e che sopravvive grazie alla forza d'inerzia e al conformismo tipici della pratica giuridica.

Sullo sfondo della temperata e prudente innovazione delle Sezioni Unite, è manifesta la esigenza di far convivere esigenze di politica del diritto opposte figlie di due dimensioni – “materiale” e “immateriale” – che incarnano concezioni dello spazio e del tempo e valori differenti.

Dalle pieghe della motivazione si affaccia (timidamente, vista la riforma Cartabia recentissima) la esigenza di altri ulteriori interventi del legislatore in particolare rispetto al “doppio binario” telematico/digitale. Ciò non deve stupire in un mondo (anche giuridico) in cui non è certo il legislatore,

---

<sup>29</sup> Ad esempio, secondo le Sezioni Unite, «restano validi i principi più volte enunciati nella giurisprudenza di questa Corte secondo cui il giudice d'appello ha il potere-dovere di esaminare i documenti ritualmente prodotti in primo grado nel caso in cui la parte interessata ne faccia specifica istanza nei propri scritti difensivi, mediante richiamo di essi nella parte argomentativa dei motivi formulati o delle domande ed eccezioni riproposte, illustrando le ragioni, trascurate dal primo giudice, per le quali il contenuto dei documenti acquisiti giustifichi le rispettive deduzioni», in proposito richiamando una sequenza di precedenti sanciti dal 1990 al 2019.

<sup>30</sup> Ciò sulla scia del precedente Cass., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531.

come nessun'altra autorità giuridica, a poter dettare i tempi. È passata molta acqua sotto i ponti da quando si imputava al legislatore di poter fare *tabula rasa* con una riga di penna. Oggi, è un dato assodato da lungo corso che il motore dei diritti vigenti stia nella innovazione scientifica, tecnica, e tecnologica<sup>31</sup>.

Se non sembra ancora maturo il momento per la integrale digitalizzazione dell'ambiente processuale<sup>32</sup>, un processo complessivamente digitale richiederà comunque in prospettiva un ripensamento delle garanzie processuali. Un ripensamento che, salva l'apparizione di una nuova *weltanschauung*, non toccherà i valori e contenuti del processo, quanto le modalità operative d'implementazione<sup>33</sup>.

Proprio perché in continuità rispetto alla *weltanschauung* che fa da sfondo ai diritti vigenti moderni a noi familiari, una simile evoluzione non implicherebbe una rivoluzione della *funzione* del processo, né condurrebbe a rinnegare quale suo faro orientatore la "giustizia" intesa come conformità a diritto (*recta ratio*).

Come è stato sottolineato, la forma di vita che sta dietro al diritto e al processo condiziona i presupposti antropologici e di conseguenza la politica (del diritto)<sup>34</sup>: il digitale evoca il calcolo compiuto con le dita. «Lo sappia-

<sup>31</sup> Si v. ad es. la disincantata analisi di E. RULLI, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, in *An. giur. econ.*, 2, 2018, 533-545.

<sup>32</sup> Come noto, la barriera oggi non è tecnica. Affidare l'amministrazione della giustizia ossia l'applicazione delle norme e la decisione dei casi giudiziari a entità non umane è non solo possibile a livello tecnico, ma avviene anche già da tempo in alcuni particolari contesti soprattutto a livello internazionale ed europeo. Un ambiente precursore è quello delle c.d. forme alternative di risoluzione delle controversie, in cui la via digitale ha trovato più immediato spazio grazie alla circostanza che esse non escludono, né precludono il diritto a "un giudice e un processo" nel senso più stretto e classico. Si v. ad es. già oltre vent'anni fa G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Bologna 2002, 197 ss.

<sup>33</sup> La direttrice che si pensa possa caratterizzare il futuro è tratteggiata da R. BRIGHI, *Informatica forense, algoritmi e garanzie processuali*, in *Ars interpretandi*, 1, 2021, 153-164: la prospettiva dell'attività tecnica, in questo contesto, è quella della «utilizzabilità a garanzia dell'esercizio del diritto di difesa e a tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti. Ogni operazione manuale o automatizzata dovrebbe dunque essere condotta salvaguardando i requisiti tecnici di verificabilità; ripetibilità; riproducibilità e giustificabilità. Tutte le parti coinvolte nel processo devono poter valutare se sono stati seguiti metodi scientifici e appropriati ed essere in grado di eseguire i processi descritti nella documentazione giungendo ai medesimi risultati; l'informatico forense dovrà essere in grado di giustificare azioni e metodi utilizzati e di aver operato le scelte migliori possibili».

<sup>34</sup> Sottolineava la dimensione politica che presiede il rapporto uomo-macchina D. GILLIES, *Intelligenza artificiale e metodo scientifico*, Milano 1998, spec. 181 ss., il quale ripone fiducia sul fatto che la dinamica potere-soggezione possa vedere l'uomo dal lato del potere, e le "macchi-

mo, ma è sempre bene tenerlo presente. [...] *Calculemus*, questo era il celebre motto di Leibniz e il suo sogno visionario» non è chiaro se possa dirsi avverato o se potrà esserlo l'hobbesiano motto *non disserto, sed computo*<sup>35</sup>.

Sostrato filosofico di questi motti (a prescindere dalle plurali e controverse interpretazioni fornite nei secoli) è il *razionalismo moderno*. Sarebbe semplicistico quindi scorgervi inni all'artificialità. Essi piuttosto testimoniano che il problema della intelligenza (artificiale) è vecchio quanto la storia dell'uomo e possono casomai costituire un rinnovato invito al cartesiano dubbio metodico chiave dell'intelletto (*cogito ergo sum*)<sup>36</sup>. Se la tradizione razionalistica ci consegna oggi «un cantiere» con «al centro l'uomo, con la sua capacità di conoscere e volere in modo autonomo, secondo ragione [...] a noi, nell'attuale fase storica, tocca il compito di chiederci quale sia il posto degli esseri umani, e quali siano i loro compiti, in un mondo tradotto in numeri. E, di conseguenza, diviene imprescindibile interrogarsi sul diritto e le sue forme, una volta che la *quantitas* diventa *auctoritas* e – forse – persino *veritas*»<sup>37</sup>.

In proposito, va rilevato uno scollamento tra dibattito giuridico e filosofico in materia: mentre dal punto di vista giuridico, il digitale è visto come strumento di razionalizzazione, che aumenta efficienza, certezza, e giustizia (nel senso della non arbitrarietà, neutralità, etc. rispetto alla possibile umana contaminazione di passioni, preferenze e interessi); la ricerca scientifica in ogni ambito e sapere porta sempre più a emersione che l'universo si caratterizza per entropia, complessità infinita, incompletezza, non computabilità, casualità<sup>38</sup>. È inevitabile che il nostro mondo e le nostre società e istituzioni siano condizionate da questi aspetti universali: la circostanza, tuttavia, non fa venire meno il ruolo del diritto, della politica del diritto e, più a monte, della politica. Anzi, *decidere* come vivere in un ambiente che

---

ne» da quello della soggezione. Come noto, la evoluzione di questi decenni fa dubitare proprio di questo aspetto.

<sup>35</sup> A. ANDRONICO, T. CASADEI, *Introduzione*, in *Ars Interpretandi*, 1, 2021, 7.

<sup>36</sup> A scanso di equivoci, non s'intende con ciò assimilare i pensieri cartesiano e hobbesiano che è noto sono caratterizzati da differenze a ogni livello, dai presupposti più metafisici, alle posizioni in etica e morale. Per un approfondimento sul pensiero filosofico plurisecolare depositato al fondo delle attuali discussioni sulla capacità umana di razionalizzare la complessità, si vedano R. BODEI, *Geometria delle passioni. Paura, speranza, felicità, filosofia e uso politico*, Milano 2007 e J. BENNETT, *Learning From Six Philosophers: Descartes, Spinoza, Leibniz, Locke, Berkeley, Hume*, voll. I e II, New York 2001.

<sup>37</sup> A. ANDRONICO, T. CASADEI, *Introduzione*, in *Ars Interpretandi*, 1, 2021, 7.

<sup>38</sup> Si v. in particolare G.J. CHAITIN, *Teoria algoritmica della complessità*, Torino 2006; U. PAGALLO, *Introduzione alla filosofia digitale. Da Leibniz a Chaitin*, Torino 2005.

stiamo scoprendo essere infinitamente sempre più complesso diventa tanto più cruciale<sup>39</sup>.

Paradossalmente, la c.d. *infosfera*, richiamando il fortunato neologismo di Luciano Floridi<sup>40</sup>, di cui anche la *giustizia digitale* è parte, reclama *più* invece che meno decisioni e scelte: etiche, politiche e giuridiche<sup>41</sup>.

Attrice privilegiata di queste scelte ora come sempre è la giurisprudenza. Ciò a conferma che la costruzione del futuro affonda le proprie radici nel passato: nel diritto, in un metodo e cultura plurimillenari in cui produzione e applicazione delle norme e ragionamento vanno dal particolare all'universale e viceversa.

### 3. Sulla forma degli atti giudiziari digitali: in special modo in appello

Un ulteriore profilo di indagine sulla giustizia digitale è sollecitato da una disposizione legata alla forma degli atti processuali. Si tratta dell'art. 46 disp. att. c.p.c. che per comodità di analisi si riporta di seguito.

«Il Ministro della giustizia, sentiti il Consiglio superiore della magistratura e il Consiglio nazionale forense, definisce con decreto gli schemi informatici degli atti giudiziari con la strutturazione dei campi necessari per l'inserimento

---

<sup>39</sup>Di qui la importanza centrale degli studi di informatica e relativi al mondo digitale nella istruzione a ogni livello, anche in seno ai saperi umanistici e nella educazione giuridica. Nonostante alcuna attenzione da decenni (cfr. a mero titolo esemplificativo, si ricordano G. SARTOR, *Nuovi modelli formali del diritto. Il ragionamento giuridico nell'informatica e nell'intelligenza artificiale*, Milano 1993; R. BIN, N. LUCCHI, *Informatica per le scienze giuridiche*, Padova 2002; T. NUMERICO, A. VESPIGNANI (a cura di), *Informatica per le scienze umanistiche*, Bologna 2003) la formazione dei giuristi in proposito continua a essere del tutto inadeguata e deficitaria.

<sup>40</sup>Cfr. L. FLORIDI, *Infosfera. Etica e filosofia nell'età dell'informazione*, Torino 2009.

<sup>41</sup>L. FLORIDI, *Infosfera*, cit., spec. 212 ss. auspica che gli individui contemporanei possano attecchirsi secondo un nuovo modello di agente morale, denominato, *homo poieticus* che segue un approccio *ecopoietico* basato sul principio di responsabilità. L'Infosfera fa eco a preoccupazioni e riflessioni emerse in un evento in particolare che merita di essere ricordato: il convegno del 5-6 maggio 1989 tenutosi a Roma, dedicato a "Nuovi diritti dell'età tecnologica", significativamente organizzato nel bicentenario della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789. Si ricordano in particolare gli scritti di S. VECA, *Il progetto ottantano-ve due secoli dopo*, 188 ss. e di J. WRUBLEWSKI, *Dilemmi dell'età tecnologica: il diritto e l'omeostasi dell'esistenza umana*, 195 ss., in F. RICCOBONO (a cura di), *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Milano 1991, che pongono al centro la responsabilità come valore cardine per la umanità nell'età tecnologica.

delle informazioni nei registri del processo. Con il medesimo decreto sono stabiliti i limiti degli atti processuali, tenendo conto della tipologia, del valore, della complessità della controversia, del numero delle parti e della natura degli interessi coinvolti. Nella determinazione dei limiti non si tiene conto dell'instanziazione e delle altre indicazioni formali dell'atto, fra le quali si intendono compresi un indice e una breve sintesi del contenuto dell'atto stesso. Il decreto è aggiornato con cadenza almeno biennale.

Il mancato rispetto delle specifiche tecniche sulla forma e sullo schema informatico e dei criteri e limiti di redazione dell'atto non comporta invalidità, ma può essere valutato dal giudice ai fini della decisione sulle spese del processo».

La disposizione merita attenzione per più motivi<sup>42</sup>. Nel presente paragrafo si darà più ampio spazio agli aspetti di ordine tecnico-processuale, limitandosi a un solo cenno preliminare circa i profili di ordine teorico-generale.

In massima sintesi, le *forme giuridiche* non sono forme mere o vuoti strumenti. Le forme nel diritto e che il diritto stesso assume e auto-regola, come in questo caso, sono (anche) *sostanza*<sup>43</sup>. Riflettono valori, a cominciare da quelli di certezza ed eguaglianza, nonché una certa articolazione e allocazione dei poteri tra le autorità giuridiche. Questo intervento legislativo

---

<sup>42</sup> Cfr. F. DE GIORGIS, *Le disposizioni generali in materia di chiarezza e sinteticità degli atti processuali nella riforma Cartabia*, in *Judicium*, 16 giugno 2023, la quale rileva che in realtà “è facile intuire che essa è stata dettata con l’obiettivo di agevolare la tenuta dei registri, l’esecuzione dei rilievi statistici e l’archiviazione degli atti nelle banche dati”. Si veda il D.M. 7 agosto 2023, n. 110 (“Regolamento per la definizione dei criteri di redazione, dei limiti e degli schemi informatici degli atti giudiziari con la strutturazione dei campi necessari per l’inserimento delle informazioni nei registri del processo, ai sensi dell’articolo 46 delle disposizioni per l’attuazione del codice di procedura civile”) che ha ricalcato lo schema sottoposto al parere del Consiglio Superiore della Magistratura e del Consiglio Nazionale Forense. Il provvedimento non ha riservato particolari sorprese. Come ha rilevato il Consiglio Superiore della Magistratura esso infatti “risulta in larga parte vincolato nei contenuti, stante l’elevato grado di dettaglio del citato art. 46”. Detto schema detta, in particolare, per quel che qui rileva, i criteri di redazione degli atti processuali (art. 2; si segnala *sub* lett. c l’invito a indicare parole chiave), limiti (massimi) dimensionali (art. 3), esclusioni dal ‘computo’ dei predetti limiti massimi di alcune parti degli atti (art. 4; esclusioni che, come rilevato dal CSM, “coincidono in larga parte con quelle previste dal Protocollo stipulato in Corte di cassazione”). Si prevedono poi deroghe (che andranno motivate) ai limiti dimensionali in caso di complessità (art. 5): ove essi siano superati il difensore è invitato a inserire un indice, preferibilmente con collegamenti ipertestuali e una breve sintesi del contenuto dell’atto per agevolarne la lettura. Si prescrivono poi tecniche redazionali di natura sia *lato sensu* grafica sia ‘espositive’: da questo secondo punto di vista, il possibile contenuto delle note a piè di pagina viene circoscritto alle citazioni di giurisprudenza e dottrina (art. 6).

<sup>43</sup> Sul formalismo giuridico e sulla sua rilevanza nella giustificazione pratica, v. M. JORI, *Il formalismo giuridico*, Milano 1980.



che potrebbe apparire di carattere operativo o tecnico, ne è la ennesima conferma.

Sarebbe ingenuo pensare che esso sia secondario. Al contrario, è manifesto punto di emersione di una concezione del processo che si sta facendo largo da decenni e che persegue obiettivi e scopi di politica del diritto e giudiziaria che si spiegano generalmente in termini di semplificazione, chiarezza, sinteticità e, in definitiva, maggiore efficienza e ragionevole durata dei processi.

Per comprendere la portata di questa previsione occorre prendere le mosse dal novellato art. 121 c.p.c. a norma del quale «Tutti gli atti del processo sono redatti in modo chiaro e sintetico».

Il requisito della chiarezza è prescritto, unitamente a quello della specificità, per alcuni atti iniziali del processo: per l'atto di citazione («l'esposizione in modo chiaro e specifico dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda») all'art. 163, comma 3, n. 4; per la comparsa di risposta all'art. 167 nel rito ordinario («Nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione in modo chiaro e specifico sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda») e all'art. 281 *undecies*, nel rito semplificato («Il convenuto si costituisce mediante deposito della comparsa di risposta, nella quale deve proporre le sue difese e prendere posizione in modo chiaro e specifico sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda») <sup>44</sup>.

Poi, nelle disposizioni dedicate agli atti introduttivi dell'appello nei riti, rispettivamente, ordinario e del lavoro appaiono tutti e tre i “nuovi” requisiti voluti dalla riforma Cartabia:

«...L'appello deve essere motivato, e per ciascuno dei motivi deve indicare a pena di inammissibilità, in modo chiaro, sintetico e specifico: 1) il capo della decisione di primo grado che viene impugnato; 2) le censure proposte alla ricostruzione dei fatti compiuta dal giudice di primo grado; 3) le violazioni di legge denunciate e la loro rilevanza ai fini della decisione impugnata».

Gli atti introduttivi dell'appello dovranno essere chiari e, al tempo stesso specifici e sintetici, e andranno redatti in modo tale da adattarsi agli schemi informatici definiti dai decreti ministeriali <sup>45</sup>. In sintesi: l'efficienza

---

<sup>44</sup> G.G. POLI, *La riforma del processo digitale: notificazioni e depositi*, in D. DALFINO (a cura di), *La riforma del processo civile*, cit., 40 ss.

<sup>45</sup> Cfr. il già ricordato Regolamento di cui al D.M. 7 agosto 2023, n. 110. Sul tema in generale si v. L. SALVANESCHI, *L'appello riformato*, in *Judicium*; S. BOCCAGNA, *Le nuove norme sulle*

del processo perseguita dalla riforma passa dunque anche attraverso una tecnica redazionale degli atti di parte rinnovata, agevolata o forse meglio indotta da schemi informatici.

Occorre pertanto chiedersi – anche alla luce della pronuncia delle Sezioni Unite del febbraio 2023 sopra commentata – se questo nuovo ‘corso’ avviato dal legislatore inciderà sull’assetto che il giudizio di appello ha assunto negli ultimi anni; ad avviso di chi scrive, gli interventi legislativi e gli orientamenti giurisprudenziali passati sono risultati in direzione opposta rispetto a quella della sinteticità e chiarezza degli atti tanto declamata quanto poco attuata.

In origine, in virtù del c.d. effetto devolutivo automatico, la proposizione del gravame, nell’ambito del capo decisorio impugnato (*ex art. 329, comma 2, c.p.c.*), attribuiva al giudice di grado superiore il potere di conoscere di tutti i problemi e di tutte le questioni proprie della controversia oggetto del giudizio di primo grado o ivi rimaste assorbite. Per questa ragione originariamente i motivi svolgevano un ruolo residuale, tant’è che nel codice del 1865 non si faceva alcun cenno ai motivi o alla motivazione dell’appello.

È solo con il codice del 1940 che il legislatore introduce, all’art. 342 c.p.c., rubricato “Forma dell’appello”, il riferimento ai “motivi specifici dell’impugnazione” e inizia a discutersi se questo requisito sia solo volto a garantire la serietà dell’appello, senza che i motivi circoscrivano l’effetto devolutivo o se invece i motivi delimitino l’ambito della cognizione del giudice superiore, precludendo allo stesso l’esame di questioni ulteriori rispetto a quelle censurate<sup>46</sup>. A quest’ultima lettura si affianca quella secondo cui i motivi dell’appello costituiscono anche un requisito di ammissibilità dello stesso<sup>47</sup>. Che oltretutto è soddisfatto solo se sono specifici<sup>48</sup>.

---

*impugnazioni in generale e sul giudizio appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 643 ss.; A. RONCO, *Il giudizio di appello (e le disposizioni sulle impugnazioni in generale)*, in *Giur. it.*, 2023, 729 ss.

<sup>46</sup> Sul tema cfr. per tutti: A. ATTARDI, *Note sull’effetto devolutivo dell’appello*, in *Giur. it.*, IV, 1961, 145; M. DE CRISTOFARO, *Motivi d’appello e effetto devolutivo*, in *Corr. giur.*, 1997, 191 ss.

<sup>47</sup> Cass., sez. un., 29 gennaio 2000, n. 16, in *Foro it.*, I, 2000, 1606 ss., con note di G. BALENA, *Nuova pronuncia delle sezioni unite sulla specificità dei motivi di appello: punti fermi e dubbi residui*; C.M. BARONE, *Omessa specificazione dei motivi e inammissibilità dell’appello: intervento chiarificatore delle sezioni unite* e A. PROTO PISANI, *In tema di motivi specifici di impugnazione*. Cfr. inoltre, M. DE CRISTOFARO, *Inammissibilità, appello senza motivi ed ampiezza dell’effetto devolutivo*, in *Corr. giur.*, 2000, 750 ss.

<sup>48</sup> Cass., sez. un., 29 gennaio 2000, n. 16; cfr. sul punto A. TEDOLDI, *L’appello civile*, Torino 2016, 140 ss., con la dottrina e la giurisprudenza *ivi* citate.

Contestualmente all'evoluzione interpretativa sulla specificità dei motivi quale requisito di ammissibilità dell'appello, si assiste alla progressiva identificazione della nozione di capo di sentenza (impugnata con appello) non solo con la parte dispositiva e precettiva della stessa, ma anche con ciascun passaggio argomentativo svolto dal giudice nella motivazione della sentenza di primo grado: una «linea evolutiva che allontana il giudizio di appello dal modello del gravame per avvicinarlo all'impugnazione in senso stretto»<sup>49</sup>, con progressivo avvicinamento del giudizio in appello a quello in Cassazione<sup>50</sup>. L'appello da riesame pieno nel merito della controversia (*novum iudicium*) assume i tratti di una impugnazione a critica vincolata (*revisio prioris instantiae*)<sup>51</sup>.

Espressione di questo orientamento è la decisione della Cassazione a Sezioni Unite del 2005 – in parte ‘sconfessata’ dalla decisione del 2023 che si è esaminata nel paragrafo precedente – secondo la quale con i motivi specifici di impugnazione prescritti a pena di inammissibilità non ci si poteva limitare a censurare i capi di sentenza decisori, ma anche i passaggi argomentativi posti dal primo giudice a fondamento della soluzione delle singole questioni su cui si regge la decisione e sulle quali il giudice *ad quem* è chiamato a decidere «sostituendo o meno per ciascuna di esse soluzioni diverse da quelle adottate in prime cure»<sup>52</sup>.

Nel 2012<sup>53</sup>, l'art. 342, comma 1, c.p.c.<sup>54</sup> viene novellato. La motivazione dell'appello è prescritta a pena di inammissibilità e il contenuto della stessa è definito nei numeri 1 e 2 della disposizione, che riflettono l'orientamento secondo cui la motivazione è requisito di ammissibilità dell'atto di appello. Secondo una generale lettura della novella del 2012, l'appellante deve individuare le parti della sentenza – o meglio, della motivazione della

<sup>49</sup> R. POLI, *L'oggetto del giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1398.

<sup>50</sup> R. POLI, *L'oggetto*, cit., 1403, il quale soggiunge anche che il giudice dell'appello, al pari della Cassazione, non può prendere in considerazione motivi diversi da quelli fatti valere dall'appellante.

<sup>51</sup> A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., 145.

<sup>52</sup> Cass. civ. sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28498, in *Foro it.*, 2006, 1436 ss. con nota critica di G. BALENA, R. ORIANI, N. RASCIO, A. PROTO PISANI, *Oggetto del giudizio*, cit., e con nota di R. POLI, *L'oggetto*, cit.

<sup>53</sup> Per effetto dell'art. 54, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134. La previsione è stata per la precisione introdotta in sede di conversione del decreto ed è applicabile ai giudizi di appello promossi dopo l'11 settembre 2012.

<sup>54</sup> La norma riproduce nella sostanza il § 520, comma 3, ZPO tedesca. Cfr. sul punto A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., 148 ss.

stessa – in cui sia risolta una questione, traducendosi così in legge<sup>55</sup> l'orientamento (che fa capo originariamente a Carnelutti<sup>56</sup>) che frazioni la sentenza in tante parti, quante sono le singole soluzioni di questione<sup>57</sup>.

L'appellante deve poi identificare, a pena di inammissibilità, non solo l'errore di valutazione commesso dal giudice, ma anche l'efficacia causale dello stesso sulla sentenza di *prime cure*, offrendo altresì la ricostruzione in fatto alternativa che assume corretta. Come chiarito dalle Sezioni Unite della Cassazione<sup>58</sup>, senza che ciò implichi l'onere di redigere un progetto alternativo di sentenza. Quando poi l'appellante deduce un errore di diritto in primo grado deve, sempre a pena d'inammissibilità, individuare le norme violate e provare che la violazione ha inciso sulla decisione, rendendola erronea.

In definitiva, l'art. 342 c.p.c. impone una specificazione dei motivi di appello direttamente proporzionale alla specificità della motivazione della sentenza impugnata; senza contare che, rispetto a ciascuna parte di sentenza impugnata, possono essere «denunciati anche più vizi (ossia più motivi di impugnazione)»<sup>59</sup>.

Merita di essere qui sottolineata la modifica dell'art. 342 c.p.c. dovuta al d.lgs. n. 149/2022 per effetto della quale l'appellante dovrà indicare non più le «parti del provvedimento che si intende appellare», bensì il «il capo della decisione di primo grado che viene impugnato»: «su quelle due pic-

---

<sup>55</sup> A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., 148 s.

<sup>56</sup> F. CARNELUTTI, *Sulla "reformatio in peius"*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1927, 181 ss.; ID., *Capo di sentenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1933, 117 ss.

<sup>57</sup> *Contra* ovvero nel senso che capo di sentenza coincide solo con le domande e non con le questioni cfr., per tutti, E.T. LIEBMAN, *"Parte" o "capo" di sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 56 ss.; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili struttura e funzione*, Padova 1973, 155 ss., 283 s., 297 ss. e 583 ss.; A. ATTARDI, *Note*, cit., 153 ss.; E. GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e parti della sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 412 ss.; G. BASILICO, *Sulla riproposizione di domande ed eccezioni in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 122 ss.; S. CHIARLONI, *L'impugnazione incidentale nel processo civile. Oggetto e limiti*, Milano 1969, 43 ss. e 173; A. BONSIGNORI, *L'effetto devolutivo dell'appello*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, 1357; M. DE CRISTOFARO, *Motivi d'appello e effetto devolutivo*, in *Corr. giur.*, 1997, 192.

<sup>58</sup> Cass. sez. un., 16 novembre 2017, n. 27199, in *Corr. giur.*, 2018, 70, con nota di F. GODIO, *Le Sezioni Unite confermano: l'appello "specifico" non richiede all'appellante alcuna sorta di "progetto alternativo di decisione"*. Cfr. sul punto i rilievi formulati già prima della pronuncia a Sezioni Unite da A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., 151 ss.

<sup>59</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 483, il quale soggiunge anche come oggi non sia più concepibile un atto di appello in cui venga svolta una «generica contestazione di ingiustizia della pronuncia impugnata o di una doglianza pur rivolta verso alcune statuizioni su questioni, ma priva dell'enunciazione dell'errore che le affligge».

cole parole “capo” e “parte” della decisione impugnata si potrebbe scrivere molto e [...] i nostalgici di modalità di scansione della sentenza impugnata diverse per l’appello e per la cassazione, in forza dell’esistenza solo per il primo di una norma qual è l’art. 346 c.p.c., potrebbero anche avere buon gioco per qualche ritorno al passato»<sup>60</sup>.

E sarà la prassi futura a dirci se la spinta ‘nostalgica’ potrà essere incoraggiata dai decreti attuativi della riforma. È vero che, di per sé, l’art. 46 disp. att. concerne la «struttura informatica dell’atto e non [il] modo della sua esposizione»<sup>61</sup>; tuttavia, così come è accaduto con la sopracitata pronuncia delle Sezioni Unite, non si può escludere che la “struttura informatica” possa costituire l’“occasione” per mutamenti interpretativi sull’oggetto e sulla struttura del giudizio di appello.

Non è difficile prevedere che se i decreti attuativi saranno concepiti come “costrizioni” eterodosse ovvero capaci di funzionare solo *in vitro* si registrerà l’ennesimo fallimento. Qualsiasi intervento normativo che voglia far presa su come i giuristi scrivono, parlano e in definitiva usano il linguaggio giuridico, non dovrebbe ignorare infatti la *mentalità* giuridica, la quale condiziona in modo fondamentale i discorsi giuridici. D’altro canto, vale anche viceversa: la mentalità giuridica non è un dato acquisito, e può essere porosa o refrattaria alle innovazioni.

Come mostrano gli iterati interventi sul codice di rito di questi decenni, lo stile di redazione degli atti di parte e dei provvedimenti giudiziari dipende sì anche dalle *meta-norme* destinate a regolarli. Ma senz’altro le *meta-norme* sul *legal drafting* come ogni altra norma dipendono dalla loro applicazione. Detto altrimenti: il tasso di (in)efficacia delle norme che disciplinano come scrivere gli atti processuali<sup>62</sup> poggia sugli *usi linguistici degli utenti*: vale a dire di tutti gli attori del processo.

La semiotica e pragmatica (giuridica) insegnano che gli usi linguistici

<sup>60</sup> L. SALVANESCHI, *L’appello riformato*, cit.; sulla distinzione tra capo e parte di sentenza resta fondamentale il saggio di di E.T. LIEBMAN, «*Parte*» o «*capo*» di sentenza, cit., 50 ss.

<sup>61</sup> L. SALVANESCHI, *L’appello riformato*, cit.

<sup>62</sup> Per “efficacia” qui s’intende la capacità di raggiungere lo scopo di politica del diritto (il fine o l’obiettivo, o il valore, a seconda della terminologia preferita) che giustifica le norme. Ad esempio, una (meta)norma che disciplina la lunghezza degli atti processuali e che sia introdotta per renderli più brevi si può ipotizzare che sia efficace se monitorando la prassi, dopo la sua emanazione, si registra che gli atti processuali sono più brevi di quanto lo fossero prima. È bene prudenzialmente parlare di ipotesi perché, salvo avere la prova che gli utenti hanno scritto atti più corti proprio in funzione della norma e quindi che la loro condotta è stata da essa condizionata in maniera decisiva, non si può escludere che la riduzione della lunghezza si debba non già alla norma, ma ad altre concause o distinti fattori che inducano a scrivere atti più brevi.

sono un tutt'uno con il *contesto* (giuridico) di riferimento che essi contribuiscono a costruire. Dal punto di vista semiotico-pragmatico è quindi perfettamente sensato, per modificare una pratica linguistica, intervenire su come gli attori usano il linguaggio e formano i loro discorsi. E come ben sanno i giuristi, per influire sui comportamenti le frecce all'arco disponibili sono numerose: si va dall'imposizione di obblighi, accompagnati o meno da sanzioni (le quali, a loro volta, possono essere di vario genere) a metodi indiretti, basati su persuasione, raccomandazione, educazione, *nudges*, etc.

La scelta della riforma in questo caso è stata in linea con la tradizione. Per il medio dell'attuazione "burocratica" affidata a decreti, si usa una tecnica ibrida: la previsione di obblighi senza automatismi sanzionatori formali (tanto che appunto la invalidità è espressamente esclusa).

L'effetto dissuasivo è affidato alla possibilità di incorrere in maggiori costi processuali. Se la giustificazione tecnico-giuridica a base dell'art. 46 disp. att. c.p.c. si può rintracciare nel principio generale di divieto di abuso del processo e riflette una visione di sistema (cfr. art. 96 c.p.c.), la previsione poggia sulla convinzione, corroborata dalle scienze cognitive e comportamentali moderne, che vede gli individui sensibili ai disincentivi economici (*id est* costi).

Se si considera questo aspetto, è verosimile che la scelta legislativa possa risultare felice se la violazione degli schemi comporterà effettivamente costi legali che siano dissuasivi, così progressivamente inducendo al rispetto delle forme<sup>63</sup>.

#### 4. *La via digitale per la chiarezza: una critica futuristica*

Come si è visto anche nei precedenti paragrafi, nel diritto si parla sovente di giustizia digitale e più in generale d'intelligenza artificiale, assumendo implicitamente oppure esplicitamente auspicando che il diritto

---

<sup>63</sup> Al momento tra le prime pronunce si ricordano ad esempio un decreto ingiuntivo del 29 settembre 2023 emanato dal Giudice di Pace di Verona, che esclude la rifusione delle spese legali per mancato rispetto del regolamento su carattere e interlinea (cfr. il commento del CNF alla decisione è consultabile in <https://www.ildubbio.news/avvocatura/paghi-le-spese-il-suo-legale-ha-sbagliato-interlinea-ldqkscif>); C. App. Milano, sent. 17 luglio 2023 e Cass. civ., sez. lavoro, ord. 19 luglio 2023, n. 21365, che dispongono l'aumento del 30% delle spese di lite liquidate per violazione delle regole redazionali relative ai collegamenti ipertestuali.

(processuale) futuro possa essere più chiaro (trasparente, intelligibile, e così via), appunto grazie alle tecnologie informatiche.

Vice versa, i detrattori del digitale enfatizzano opacità/oscurità delle tecnologie informatiche e paentano che un diritto (processuale) in cui esse diventino pervasive, se non protagoniste, sarebbe una sorta di *black-box* o di *arcana imperii* fuori dal controllo umano.

I dibattiti sulla transizione digitale nel processo non sono né potrebbero essere scevri da un coacervo d'ideologie sui benefici e malefici delle tecniche e tecnologie digitali. Non è qui possibile discutere quanta parte giochino nelle discussioni odierne ignoranza (viste le ricerche scientifiche che rilevano e il loro notevolissimo grado di specializzazione), paure e interessi.

Sta di fatto che da qualunque parte ci si schieri (a meno di assumere il punto di vista dell'anarchico radicale)<sup>64</sup>, la chiarezza/trasparenza è un valore, mentre è un disvalore la opacità/oscurità.

Così, a seconda dei fronti, la tecnologia viene vista come una fonte di luce per l'umanità futura e la costruzione di società migliori, ovvero come una sorta di buco nero che porterà a una crisi irrimediabile delle nostre società e dei sistemi giuridici e, alla fine, dell'umanità<sup>65</sup>.

Chiarezza/trasparenza – opacità/oscurità sono manifestamente metafore in ambito giuridico: come tali hanno percorso la storia giuridica dall'antichità ai giorni nostri<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Per il quale la massima oscurità sarebbe un pregio portando al collasso del diritto o comunque a non poter distinguere tra cosa è e non è diritto: quindi, alla auspicata situazione per l'appunto di anomia e anarchia. Cfr. R. SCHÜRMANN, *Dai principi all'anarchia. Essere e agire in Heidegger*, a cura di G. CARCHIA, Vicenza 2019.

<sup>65</sup> Si rinvia ai contributi citati nelle note precedenti in particolare di Floridi, Parisi, Lolli, Veca, Wroblewski, Andronico-Casadei e Punzi. Anche le istituzioni alimentano il dibattito cercando di fornire varie mappature dei rischi o dei benefici a vario proposito: si ricordano in particolare le attività del *Council of Europe's Committee for Artificial Intelligence* (CAI), di cui si possono consultare i documenti pubblici nel sito <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/home>. Come noto, sono in corso le negoziazioni per addivenire a una convenzione internazionale sulla intelligenza artificiale. A mero titolo esemplificativo si v. lo studio D. LESLIE, C. BURR, M. AITKEN, J. COWLS, M. KATELL, M. BRIGGS, *Artificial intelligence, human rights, democracy, and the rule of law: a primer*, Council of Europe and The Alan Turing Institute, 2021.

<sup>66</sup> Limitandosi a titolo paradigmatico ad alcuni esempi si va dalla massima *in claris non fit interpretatio* che nei secoli ha assunto significati e impieghi assai eterogenei (cfr. G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 92, 10, 1969, 111-112; 131-132), alla moderna dottrina, in auge nel sistema eurounitario e non solo, dell'*acte clair rule* (cfr. tra i più recenti dibattiti, si v. quelli che hanno accompagnato la causa C-561/19 *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi c. Rete Ferroviaria Italiana* definita dalla CGUE, Grande Sezione, del 6 ottobre 2021). Sono

Chiarezza e oscurità sono concetti relazionali e graduabili<sup>67</sup>. Nulla è chiaro o oscuro *in vacuo* o *in abstracto*. Sia la chiarezza che l'oscurità sono concetti che possono essere ordinati e implicano sempre, anche se implicitamente, una relazione e una gerarchia nel senso di più/meno. Come nel c.d. spettro della luce o come in una linea retta si ha un numero infinito di punti, potenzialmente tendenti al più e al meno infinito: chiarezza assoluta e oscurità assoluta.

In questo caso, le metafore geometrica e fisica danno una rappresentazione abbastanza fedele del funzionamento del linguaggio.

L'arcobaleno è un esempio di spettro continuo (così noi lo percepiamo<sup>68</sup>). In questo caso, i colori si trovano nello spettro visibile tra 380-760 nanometri. La luce in questa gamma di lunghezze è, normalmente, visibile a occhio nudo, mentre non lo è quella con lunghezze d'onda diverse. Un esempio che va oltre il senso empirico della vista è lo spettro elettromagnetico.

Metaforicamente parlando, anche il linguaggio, come la luce fisica, ha una componente oscura o opaca che non pregiudica in alcun modo la sua funzione o l'efficacia della comunicazione. È una risorsa latente e come tale può essere usata bene o abusata dagli utenti.

Il linguaggio come i sistemi digitali è anch'esso caratterizzato da entropia, complessità e ridondanza<sup>69</sup>.

Queste caratteristiche sono tipiche anche del linguaggio e dei discorsi giuridici.

---

rimaste poi le celebri parole di Pietro Calamandrei a proposito della *Chiarezza nella Costituzione* nel discorso pronunciato all'Assemblea costituente del 4 marzo 1947 e nell'*Elogio dei giudici scritto da un avvocato*: «Inutile la chiarezza, se il giudice, vinto dalla prolissità, si addormenta. Più accetta la brevità, anche se oscura: quando un avvocato parla poco, il giudice, anche se non capisce quello che dice, capisce che ha ragione»; si v. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche. Vol. X. Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa*, Roma 2009. Non meno istruttive sono le idee espresse da V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 942 secondo il quale «poiché non vi è pensiero giuridico se non in quanto sia chiaro, tutto ciò che è oscuro può appartenere forse ad altre scienze, ma non al diritto!». Sulla chiarezza nel discorso giuridico sono un punto di riferimento gli studi di F. BAMBI, tra cui: *La chiarezza della lingua del diritto*, in *Quad. fior. st. pens. giur. mod.*, 2013, 191-200.

<sup>67</sup> Resta fondamentale l'analisi dei concetti di C.G. HEMPEL, *La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza empirica*, trad. it. di A. Pasquinelli, Milano 1970, 69 ss.

<sup>68</sup> Per quanto continuo e discreto siano categorie controverse nella (filosofia della) fisica e nella (filosofia della) matematica moderne.

<sup>69</sup> Sul tema si v. R. CATERINA, *La ridondanza del legislatore e il dialogo con gli interpreti*, in *Riv. fil. dir.*, 2, 2020, 383-396; S. ZORZETTO, *Repetita iuvant? Sulle ridondanze nel diritto*, Milano 2016.



Dietro ai tanti annosi dibattiti sulla chiarezza del linguaggio giuridico, vi è una lotta di potere: sul potere delle parole e su chi lo esercita e governa.

Si tratta di una lotta che si gioca su più campi.

In via principale, due sono i principali: una prima alternativa è se dare più spazio al linguaggio *ordinario* (con il suo lessico e le sue sintassi e pragmatica caratterizzati da propri usi, regole e intuizioni), oppure al linguaggio tecnico specialistico-giuridico, ovvero di altri settori – tra cui ad esempio, quello tecnico-informatico. Una seconda alternativa è se utilizzare un linguaggio che sia connotato da minore o maggiore indeterminatezza. Tra le due questioni vi sono relazioni, ma non automatismi. Non è infatti sempre vero che i significati ordinari o gli usi linguistici ordinari siano più indeterminati di quelli tecnici, e non è nemmeno sempre vero che la indeterminatezza sia da evitare. Anzi, un certo tasso d'indeterminatezza è considerato ineliminabile nei diritti che si basano sulle lingue naturali. Ora, con le frontiere della intelligenza artificiale, viene anche revocato in dubbio che il linguaggio algoritmico possa essere del tutto assiomatico, ossia a “zero indeterminatezza”.

A monte di tutto ciò, vi è poi un dato acquisito nella semiotica e pragmatica ossia che la chiarezza non esiste *in re*, non è qualcosa di preconstituito.

Qualsiasi parola e discorso (anche giuridico) può essere più o meno chiaro. E la chiarezza, come il suo opposto, è una proprietà di risultato cioè l'esito di un processo di comprensione intuitiva o *prima facie* o di interpretazione (se del caso, iterata o riflessiva o ricorsiva). In ogni caso, qualcosa è chiaro perché è comprensibile nel circolo ermeneutico dell'utente con il testo, e un discorso è comprensibile anche perché chiaro quando a una medesima stringa di testo l'uditorio rilevante attribuisce medesimi significati.

Finché le lingue naturali e il linguaggio umano saranno il mezzo di rendere intersoggettivo i diritti, di tutto ciò sarà bene tenere conto nel mondo digitale come in quello materiale. Ciò è tanto più vero rispetto al processo (digitale e non) che è l'ambiente per eccellenza in cui il *logos* e le sue abilità d'utilizzo si esplicano secondo dinamiche cooperative e strategiche.

## *Profili Autori*

BENEDETTA AGOSTINELLI è professoressa associata di Diritto privato, Università degli Studi Roma Tre.

FRANCESCO V. ALBERTINI è professore associato di Diritto tributario, Università degli Studi di Milano.

CHIARA AMALFITANO è professoressa ordinaria di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano.

FRANCESCO CIRILLO è dottore di ricerca in *Law and Cognitive Neuroscience* e docente a contratto di Neurodiritto, Università "Niccolò Cusano" – Telematica Roma.

GIOVANNI D'ALESSANDRO è professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università "Niccolò Cusano" – Telematica Roma.

FEDERICO FERRI è ricercatore a tempo determinato B in Diritto dell'Unione europea, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.

GIANPAOLO FONTANA è professore associato di Diritto costituzionale, Università degli Studi Roma Tre.

GIOVANNI GIRELLI è professore ordinario di Diritto tributario, Università degli Studi Roma Tre.

ELENA MARINUCCI è professoressa associata di Diritto processuale civile, Università degli Studi di Milano.

FULVIO MARIA PALOMBINO è professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Napoli Federico II.

ALESSANDRO STIANO è ricercatore di Diritto internazionale, Università degli Studi di Napoli Federico II.

ANTONIO PRETEROTI è professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Perugia.

RAFFAELE TORINO è professore ordinario di Diritto privato comparato, Università degli Studi Roma Tre.

SILVIA ZORZETTO è professoressa associata di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Milano.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2023  
nella Stampatre s.r.l. di Torino  
Via Bologna, 220



# Law and Legal Institutions

---

## Volumi pubblicati

### Monografia/Collettanee

1. GIOVANNI D'ALESSANDRO-SILVIA ZORZETTO (a cura di), *Percorsi in tema di fonti del diritto*, 2017, pp. X-230.
2. SAVERIO DI BENEDETTO, *Sovranità dello Stato sulle risorse naturali e tutela degli equilibri ecologici nel diritto internazionale generale*, 2018, pp. XVIII-286.
3. ANNA PIROZZOLI, *Il potere di influenza nel sistema costituzionale. Le "forze politiche" inaspettate*, 2019, pp. XII-180.
4. GIOVANNI D'ALESSANDRO-OMBRETTA DI GIOVINE (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, 2020, pp. X-470.
5. EUGENIO ZANIBONI, *Sovranità responsabile e processi redistributivi della ricchezza nel diritto internazionale*, 2020, pp. XII-244.
6. EDIGATI DANIELE-TIRA ALESSANDRO (a cura di), *Le minoranze religiose nel diritto italiano ed europeo. Esperienze del passato e problematiche contemporanee*, 2021, pp. XX-268.
7. MARCO MELLONE, *L'accertamento giudiziario della cittadinanza italiana iure sanguinis. Un viaggio interdisciplinare alla ricerca delle origini italiane*, 2022, pp. XIV-410.
8. FABRIZIO FERRARO, *Studio sulla collaborazione coordinata*, 2023, pp. XX-780.
9. FRANCESCO FERRARO-SILVIA ZORZETTO (a cura di), *La motivazione della sentenza tra teoria e prassi*, 2023, pp. XII-236.
10. FRANCESCO CIRILLO, *Neuroprivacy. Problemi teorici e prospettive costituzionali*, 2023, pp. XIV-306.
11. RAFFAELE TORINO-SILVIA ZORZETTO (a cura di), *La trasformazione digitale in Europa. Diritti e principi*, 2023, pp. XVI-296.

### Atti di convegno

1. UMBERTO MORERA-MAURIZIO SCIUTO (a cura di), *Le parole del diritto commerciale*, 2018, pp. XVIII-150.

2. FRANCESCO FERRARO-SILVIA ZORZETTO (a cura di), *La motivazione delle leggi*, 2018, pp. VIII-200.
3. BENEDETTA AGOSTINELLI-VINCENZO CUFFARO (a cura di), *Relazioni, Famiglie, Società*, 2020, pp. X-246.
4. ALESSANDRO NEGRI-GIADA RAGONE-MARCELLO TOSCANO-LUCA PIETRO VANONI (a cura di), *I simboli religiosi nella società contemporanea*, 2021, pp. XXIV-360.





