

Diritto all'esistenza digitale

Fernanda Faini*

THE RIGHT TO DIGITAL EXISTENCE

ABSTRACT: After examining the peculiar aspects that characterize the legal regulation of the digital society, the contribution deals with the pervasive impact of technologies on human rights. In the light of the possibilities allowed by technological evolution, the so-called ICT freedom today assumes a broad meaning as the right to the development of one's own digital existence, which allows and conditions the exercise of individual and social rights. This meta-right, an umbrella under which to give hospitality to the rights invested by technological development, requires protection based on the centrality of the person, on the quality of the data, on the technology and on the responsibility of the subjects, also envisaging new forms of collective protection. The protection of the right to digital existence can find an appropriate landing in an Internet Bill of Rights of supranational level, suitable to dictate common rules and to balance the interests involved.

KEYWORDS: Human rights; digital society; data governance; law; Internet bill of rights

SOMMARIO: 1. Regolazione giuridica e società tecnologica – 2. I diritti dell'uomo nella *digital age* – 3. Dalla libertà informatica al diritto all'esistenza digitale – 4. Forme di tutela – 5. Pericoli presenti e scenari futuri

1. Regolazione giuridica e società tecnologica

La tecnologia, che domina l'esistenza contemporanea, ha ormai abbandonato il ruolo di mero ausilio per giungere ad esercitare un impatto ampio, profondo e irreversibile sulla vita degli uomini e determinare, di conseguenza, veri e propri mutamenti sociali accompagnati da esigenze e problematiche inedite, incidendo sulle attività, sulle relazioni e sulle modalità di partecipazione alla vita pubblica.

La realtà digitale è mossa da una costante evoluzione capace di espandere le possibilità di azione e le capacità dell'essere umano. Tale sviluppo emerge già nel passaggio dal *web 1.0* al *web 2.0*, quando l'utente da una parte acquisisce un ruolo significativo, grazie a un alto livello di interazione e alla

* Dottoressa di ricerca (PhD) in diritto e nuove tecnologie presso l'Università di Bologna, collabora nell'insegnamento di "Informatica giuridica" presso l'Università degli Studi di Firenze, dove è membro dello Steering Committee dell'Unità di ricerca "Babel – Blockchains and Artificial Intelligence for Business, Economics and Law". Docente del corso "Diritto e nuove tecnologie" presso l'Università Telematica Internazionale Uninet-tuno. Responsabile dell'assistenza giuridica in materia di amministrazione digitale, innovazione tecnologica e informatica giuridica presso la Regione Toscana. Mail: fernandafaini@gmail.com Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

possibilità di contribuire ad arricchire il web¹ e dall'altra, allo stesso tempo, aumenta le proprie capacità di ricercare, memorizzare, interagire e partecipare grazie al mondo digitale. Mutano le relazioni, evolvono le formazioni sociali (non più fondate solo su aggregazioni territoriali), collassano i confini geografici: i processi "analogici" sono sostituiti da rappresentazioni informatiche, la digitalizzazione pervade ogni aspetto dell'esistenza e l'uomo acquisisce una propria estensione nel mondo digitale.

Le potenzialità della tecnologia arrivano a sostituire prerogative umane grazie a dati, connessioni, algoritmi e intelligenza artificiale nei passaggi al *web 3.0* e al *web 4.0*, quando la rete si integra negli oggetti (*Internet of Things*), acquisisce piena pervasività nella realtà (*Internet of Everything*) e rende lo stesso corpo "elettronico" (*device* indossabili che monitorano la condizione fisica): si parla di quarta rivoluzione industriale². Salta la barriera fra "interno" ed "esterno" alla rete e diventa sempre più impercettibile il confine stesso tra essere umano e mondo digitale: la vita si sposta dalla realtà "analogica" a quella "digitale"³. I dati, capaci di dare forma alle identità digitali e parte integrante di ogni attività umana, costituiscono il fondamento della *digital society*.

La rivoluzione digitale colpisce lo stesso ordinamento democratico, inevitabilmente condizionato dalla diffusione di dati e informazioni, capaci di influire sulla capacità di giudizio dei cittadini, sulla partecipazione consapevole, sulla formazione di una coscienza civica⁴.

In parallelo con le nuove potenzialità della tecnologia, con l'evoluzione inarrestabile dei *social media* e con l'aumento dei dati a disposizione, crescono le torsioni tese a limitare l'utilizzo del valore dei dati in mano a pochi soggetti: nella società contemporanea assumono un potere smisurato i gestori delle grandi piattaforme digitali, detentori di *big data*, dai quali, per mezzo di algoritmi, riescono ad

¹ Negli anni 2000 avviene l'evoluzione dal *web 1.0*, costellato da siti statici, servizi offerti in modo unilaterale e interazioni limitate dell'utente, al *web 2.0*, caratterizzato da una serie di applicazioni e servizi che garantiscono un alto livello di interazione e si avvalgono in maniera sostanziale del ruolo e del contributo degli utenti. Il web diventa testo "riscrivibile", alla cui evoluzione tutti possono partecipare, grazie a un insieme di strumenti diversi come *social network* (es. Facebook, LinkedIn, Instagram), piattaforme per la condivisione di contenuti (es. YouTube), *wiki* (es. Wikipedia), *forum*, *chat*, messaggistica istantanea (es. WhatsApp, Telegram), etc.

² Secondo L. FLORIDI, *La rivoluzione dell'informazione*, trad. it., Torino, 2012, pp. 3 ss. stiamo «sperimentando una *quarta rivoluzione*, che si manifesta nel processo di dislocazione e ridefinizione dell'essenza della nostra natura e del ruolo che rivestiamo nell'universo» (p. 14). Secondo S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 323 diversamente dal *web 2.0*, che realizza un passaggio dall'Internet degli individui a quello delle reti sociali, il *web 3.0* realizza una separazione tra il mondo delle persone e il mondo degli oggetti, dotato di autonomia. Secondo C. ACCOTO, *Il mondo dato. Cinque brevi riflessioni di filosofia digitale*, Milano, 2017, p. 128 dati, algoritmi, piattaforme e intelligenza artificiale «programmando sovranamente e invisibilmente la nostra nuova realtà, [...] stanno ridefinendo in profondità concetti e prospettive filosofiche (dall'antropologia all'ontologia, dall'etica all'epistemologia) e con esse la nostra comprensione del mondo».

³ Secondo R. BRIGHI, *Dati informatici e modelli dei dati. Verso "una nuova dimensione della realtà"*, in R. BRIGHI, S. ZULLO (a cura di), *Filosofia del diritto e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca tra teoria e pratica*, Roma, 2015, pp. 281 ss. «le tecnologie informatiche forniscono quella che si può definire una "nuova dimensione della realtà" poiché, aggregando e combinando (e quindi "creando") dati, trasformano la realtà e riducono la distinzione tra essa e la sua rappresentazione digitale».

⁴ Cfr. T.E. FROSINI, *Liberté, Egalité, Internet*, Napoli, 2015, pp. 40 ss.

estrapolare un'ampia conoscenza del passato, del presente e del futuro, in relazione ai più svariati ambiti afferenti a fatti, beni e persone⁵.

In tale contesto, il cambiamento determinato dall'evoluzione tecnologica investe i complessi equilibri tra diritti, il bilanciamento tra interessi e il rapporto tra poteri; la *digital society* mostra il bisogno di regolazione e, pertanto, chiama in causa il diritto, che deve essere capace di tracciare principi e valori condivisi, disciplinare comportamenti, definire responsabilità, tutelare i diritti e sanare conflitti. L'impatto della tecnologia è particolarmente significativo e porta a riflettere sulla regolamentazione giuridica di tali fenomeni, dal momento che in questa complessa età di trasformazione è in gioco la stessa "tenuta" del diritto e la sua capacità di regolare la realtà di riferimento; il diritto deve riuscire ad assolvere alla sua funzione di indirizzare la tecnologia verso i valori fondamentali, le libertà e i diritti dei soggetti senza subire passivamente l'evoluzione tecnologica⁶.

La complessa regolazione giuridica della società tecnologica espone il diritto a mutamenti significativi, conseguenza delle caratteristiche stesse della società digitale⁷, quali l'immaterialità dell'oggetto di regolazione; l'identità digitale dei soggetti; il superamento degli ostacoli e dei confini territoriali dal punto di vista dello spazio; l'immediatezza, la persistenza dell'informazione e i relativi mutamenti nella dimensione del tempo; la trasversalità e la globalizzazione dei problemi oggetto di disciplina.

L'oggetto di regolazione, infatti, è costituito da beni intangibili, diversi dalle *res corporales* cui il diritto è tradizionalmente abituato: il paradigma della proprietà viene rimpiazzato dall'accesso ai dati, ai servizi, alla rete, alla propria esistenza digitale⁸.

Nello spazio digitale, su cui nessuno può vantare un potere esclusivo⁹, attività e relazioni non scontano più il limite geografico e questo determina la necessità che, parallelamente all'oggetto di regolazione, le risposte giuridiche abbiano una veste sovranazionale per poter essere omogenee e, quindi, pienamente efficaci, evitando di generare altrimenti una discrasia tra la dimensione globale delle fattispecie e il carattere territoriale delle norme da applicare. Ciò permette di comprendere l'importanza del ruolo che nella regolazione delle tecnologie informatiche già sta svolgendo il diritto sovranazionale, come quello europeo, idoneo a dare impulso alla produzione di norme nazionali¹⁰.

⁵ Al riguardo cfr. le forti prese di posizione di Tim Berners-Lee; è il caso delle dichiarazioni rilasciate il 12 marzo 2018, in occasione dei 29 anni dalla nascita del web, in merito alla posizione dominante assunta dalle piattaforme, capaci di controllare la visualizzazione e la condivisione di idee e opinioni, con il rischio di trasformare il web in un'arma di dimensioni globali; secondo Tim Berners-Lee è necessario l'intervento di regole giuridiche atte a confinare l'attuale potere di poche piattaforme dominanti.

⁶ Cfr. R. BORRUSO, voce *Informatica giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, agg., I, Milano, 1997, pp. 640 ss., che al riguardo avverte in merito al «rischio che lo "Stato di diritto" si tramuti in una tirannica tecnocrazia».

⁷ V. ZENO-ZENCOVICH, *Informatica ed evoluzione del diritto*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 1, pp. 89 ss.: «se il diritto si attegga alla società come un guanto alla mano, è inevitabile che la diffusione delle tecnologie informatiche influenzi il diritto».

⁸ Esempi di tale trasformazione sono il *car sharing* o la fruizione di contenuti in *streaming*. Cfr. J. RIFKIN, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, trad. it., Milano, 2000; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 105 ss.

⁹ Tali caratteristiche hanno portato alcuni a vedere Internet come "spazio senza legge"; in proposito si può ricordare la «*Declaration of the Independence of Cyberspace*» di J. Barlow nel 1996 (www.eff.org/cyberspace-independence).

¹⁰ U. DRAETTA, *Internet nel diritto internazionale*, in G. FINOCCHIARO, F. DELFINI (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Torino, 2014, pp. 3 ss.

Il mondo digitale, privo di riferimenti terreni e di “sovrani”, conduce a un inevitabile ripensamento del potere nazionale e a un’erosione dei monopoli statali¹¹.

La sovranità statale è minacciata anche dai poteri privati, che, a differenza degli Stati, grazie alla rilevanza nel mercato hanno conquistato la dimensione globale, regolando l’accesso a servizi e utilità, incidendo così sui diritti e sulle libertà dei singoli¹². Google, Facebook, Amazon, Apple, Microsoft¹³, seppur privi di legittimazione democratica e guidati non dall’interesse pubblico, ma dal profitto economico, nel porre le condizioni generali e i termini di accesso e utilizzo dei propri servizi, di fatto producono regole capaci di influire sulla vita quotidiana e sulle attività degli individui quanto le norme con efficacia vincolante prodotte dagli Stati.

In questo contesto arretra lo spazio giuridico pubblico, soppiantato dal ruolo svolto dal mercato: la società degli algoritmi, se lasciata all’autoregolazione, rischia una torsione atta ad assegnare il potere nelle mani di pochi, detentori di dati e conoscenza.

In tal modo i colossi tecnologici assumono il ruolo di controllori del pedaggio di accesso alla vita digitale: gli individui godono di una libertà apparente, perché il passaggio è obbligato per godere di servizi, relazioni e possibilità; parallelamente è apparente la gratuità dell’accesso, dal momento che il pedaggio è per lo più pagato con la moneta dei dati personali, dei propri comportamenti, delle proprie preferenze, dei propri interessi, in una profilazione che riesce a rendere maggiormente mirati, personalizzati ed efficaci gli stessi servizi offerti¹⁴.

La realtà assume connotati più cupi laddove, in considerazione dei reciproci interessi, il potere degli Stati e dei colossi tecnologici converga: i governi, per mezzo di accordi negoziali di collaborazione, possono decidere di servirsi dei dati raccolti, detenuti e utilizzati dai giganti digitali e, di conseguenza, dare luogo a forme di controllo sociale, mettendo a rischio diritti e libertà dei singoli. Sotto l’egida della protezione di interessi generali, come la sicurezza nazionale e internazionale, la prevenzione del crimine, la lotta al terrorismo, l’ordine pubblico e il “bene collettivo”, i dati possono essere gestiti dai pubblici poteri in modo improprio e possono trasformarsi in uno strumento di monitoraggio e sorveglianza della collettività¹⁵. Al riguardo Lessig parla di una sorta di *Big Brother* moderno, generato dalla collaborazione tra le istituzioni governative (*Big Government*) e le grandi aziende tecnologiche (*Big Business*)¹⁶.

¹¹ Cfr. E. MAESTRI, *Lex informatica e diritto. Pratiche sociali, sovranità e fonti nel cyberspazio*, in *Ars Interpretandi*, 2017, 6, p. 19: «Il diritto digitale segna irreversibilmente la crisi della sovranità dello Stato: la rigidità del diritto statale si rivela incapace di regolare le nuove modalità delle azioni umane; la destatalizzazione produce un diritto flessibile, che si adatta al modello reticolare del mondo digitale».

¹² M. MEZZA, *Algoritmi di libertà. La potenza del calcolo tra dominio e conflitto*, Roma, 2018, p. 62: «Oggi la rete è uno spazio pubblico, gestito per lo più in termini oggettivamente privatistici, con una funzione sempre più intensamente commerciale, confiscato da pochi monopoli del software, che guidano i comportamenti di miliardi di naviganti».

¹³ Questi soggetti sono definiti i *big five* delle nuove tecnologie.

¹⁴ Secondo P. MARSOCCI, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?*, in *Rivista AIC*, 2015, 1, p. 7 «la digitalizzazione ha aumentato la fragilità di ciascuno di noi non meno di quella delle nostre nazioni».

¹⁵ Cfr. P. TINCANI, *Controllo e sorveglianza*, in R. BRIGHI, S. ZULLO (a cura di), *op. cit.*, pp. 19-40.

¹⁶ In merito cfr. l’intervista tra Moyers e Lessig su *Big Brother’s Prying Eyes* del 14 giugno 2013, riportata da G. ZICCARDI, *Internet, controllo e libertà. Trasparenza, sorveglianza e segreto nell’era tecnologica*, Milano, 2015, pp. 63 ss. (consultabile al link <https://billmoyers.com/episode/big-brothers-prying-eyes/>).

In tale direzione il mondo rischia di prendere la piega distopica della sorveglianza descritta da Bentham¹⁷ o da Orwell¹⁸, facendo leva però su strumenti più pervasivi, capillari e continui di controllo che fanno parlare di *superpanopticon* o *post-panopticon* per evidenziare il rafforzamento del potere dei dominanti sui dominati, ma anche il cambiamento nelle modalità oggi flessibili, seducenti e divertenti, tipiche del consumismo, distanti da connotazioni carcerarie e maggiormente vicine al modello di Huxley¹⁹.

Al riguardo non mancano esempi celebri. Il *Datagate*, tramite le dichiarazioni di Snowden, nel 2013 ha portato alla luce l'esistenza di accordi tra il governo degli Stati Uniti e i colossi tecnologici e ha fatto conoscere una concreta sorveglianza di massa a livello globale, condotta servendosi delle enormi quantità di dati che circolano negli strumenti digitali di utilizzo quotidiano, motivata dalla necessità di garantire sicurezza e lotta efficace a fenomeni come il terrorismo, soprattutto dopo l'attentato dell'11 settembre 2001²⁰.

Anche nel caso *Facebook - Cambridge Analytica*, a seguito delle rivelazioni di Wylie nel 2018, è emerso uno spregiudicato utilizzo di dati personali forniti dagli utenti da parte dell'azienda Cambridge Analytica, che ne è venuta in possesso per mezzo di accordi con il titolare di una *app* di Facebook, che raccoglieva i dati dal *social* a fini di ricerca²¹; Cambridge Analytica ha utilizzato i dati acquisiti con la finalità di influenzare e manipolare il voto in occasioni quali la campagna per il referendum sulla Brexit e le elezioni presidenziali americane che hanno portato alla vittoria di Trump.

La società digitale ridefinisce, pertanto, la sfera pubblica e privata, disegna diversi equilibri tra le forze in gioco e nuove geometrie di potere.

In questo scenario, come emerge anche dai casi esaminati, la tecnologia può essere orientata in una direzione o nell'altra: la sua regolamentazione giuridica involge la stessa questione democratica, la fisionomia da offrire alla società, i bilanciamenti da disegnare tra interessi e la tutela da garantire ai diritti dell'uomo.

¹⁷ J. BENTHAM, *Panopticon ovvero la casa d'ispezione*, trad. it. a cura di M. FOUCAULT, M. PERROT, Venezia, 1983.

¹⁸ G. ORWELL, *1984*, trad. it. a cura di G. BALDINI, Milano, 1989.

¹⁹ A. HUXLEY, *Il mondo nuovo*, trad. it. a cura di L. GIGLI, Milano, 1933. Al riguardo cfr. Z. BAUMAN, D. LYON, *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, trad. it. a cura di M. CUPELLARO, Roma-Bari, 2015.

²⁰ Nel caso svelato da Snowden è emersa la sorveglianza condotta dalla *National Security Agency* (NSA) statunitense e da altre agenzie governative (Canada, Gran Bretagna, Australia e Nuova Zelanda), detti "i cinque occhi", in collaborazione con aziende come Google, Skype, Facebook, Microsoft, Apple, Yahoo. Sul *Datagate* cfr. G. GREENWALD, *Sotto controllo. Edward Snowden e la sorveglianza di massa*, trad. it., Milano, 2014 e, sotto il profilo delle problematiche giuridiche, M. NINO, *Il caso "Datagate": i problemi di compatibilità del programma di sorveglianza PRISM con la normativa europea sulla protezione dei dati personali e della privacy*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 3, pp. 727-746.

²¹ L'applicazione "thisisyourdigitalife", realizzata dal ricercatore Aleksandr Kogan, consentiva di effettuare una sorta di test della personalità, realizzando profili psicologici e permettendo di prevedere il comportamento degli utenti, basandosi sulle loro attività online; per utilizzare la *app*, gli utenti dovevano collegarsi con Facebook Login.

2. I diritti dell'uomo nella *digital age*

Nell'esaminata inarrestabile evoluzione tecnologica capace di incidere significativamente sulla vita, il ruolo del diritto è cruciale per proteggere i diritti e le libertà dell'uomo, parimenti soggetti a mutamenti nel mondo digitale²².

In merito, fin dagli anni '80, la dottrina parla di "libertà informatica" per intendere una nuova forma di libertà generata dall'impatto delle nuove tecnologie²³, l'evoluzione della libertà personale che si connota come una libertà *di* e non solo *da*²⁴, dal momento che assume allo stesso tempo la connotazione "negativa" come *right to be let alone* e protezione della propria sfera autonoma, ma altresì quella "positiva" e "attiva" quale diritto all'autodeterminazione informativa e al controllo relativo ai dati sulla propria persona. Si tratta di un diritto all'*habeas data*, sviluppo dell'*habeas corpus*, da cui è originata la libertà personale.

L'avvento e lo sviluppo di Internet e del web portano la libertà informatica ad acquisire un'ulteriore e ampia connotazione quale diritto di partecipazione alla società digitale per mezzo dell'esercizio di diritti diversi. Di conseguenza, l'evoluzione della libertà informatica, frutto delle possibilità consentite dalle tecnologie e composta da un insieme di diritti, si declina in senso individuale e sociale, due aspetti che si integrano reciprocamente e trovano entrambi il presupposto necessario nel diritto di accesso a Internet, prodromico alla possibilità di sviluppo degli altri diritti e libertà della persona.

L'anima individuale riguarda il concetto di libertà personale e la tutela della persona, mentre l'anima sociale è maggiormente collegata alla dimensione pubblica e politica dell'uomo e al processo democratico, prendendo forma nella pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche.

Il concetto di "cittadinanza digitale" si colloca nell'alveo delle due anime della libertà informatica e vuole richiamare l'evoluzione che interessa la cittadinanza, che nella realtà digitale non è ancorata in modo rassicurante a un territorio e ai suoi confini, ma si riferisce allo spazio – non spazio digitale. Si tratta di una configurazione dinamica come l'evoluzione incessante delle tecnologie e indivisibile nei diritti e nelle libertà che vuole definire, come inestricabili sono gli intrecci di dati e algoritmi nella società digitale²⁵: la cittadinanza "digitale" si salda fino ad essere indistinguibile dalla cittadinanza "analogica".

²² Il presente contributo muove dalle riflessioni contenute in F. FAINI, *Diritti digitali. Libertà costituzionali e tecnologie informatiche*, in F. FAINI, S. PIETROPAOLI, *Scienza giuridica e tecnologie informatiche*, Torino, 2017, pp. 67-110 e F. FAINI, *Data society. Governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, Milano, 2019.

²³ Sulla teoria della libertà informatica cfr. V. FROSINI, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, in N. MATTEUCCI, *Privacy e banche dati*, Bologna, 1981, pp. 37 ss.

²⁴ Cfr. T.E. FROSINI, *Costituzionalismo 2.0*, in *Rassegna parlamentare*, 2016, 4, pp. 678-679, che qualifica la cosiddetta libertà informatica come «una pretesa di libertà in senso attivo, non libertà *da* ma libertà *di*, che è quella di valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere. È il diritto di partecipazione alla società virtuale, che è stata generata dall'avvento degli elaboratori elettronici nella società tecnologica: è una società dai componenti mobili e dalle relazioni dinamiche, in cui ogni individuo partecipante è sovrano nelle sue decisioni».

²⁵ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 384 ss., secondo cui l'idea di cittadinanza digitale «è per sua natura dinamica, accompagna la persona nel suo essere nel mondo e, di conseguenza, integra la sua dotazione di diritti tutte le volte che questo suo ampliamento viene sollecitato dall'incessante mutamento prodotto dall'innovazione scientifica e tecnologica, e soprattutto dalle dinamiche sociali che così si determinano» (*ivi*, p. 385).



Anche se il mancato ancoraggio ai confini territoriali, l'espansione e la pervasività del concetto rendono difficile definirla puntualmente, la cittadinanza digitale può essere identificata nella configurazione stessa dei diritti dei cittadini nei confronti dei poteri pubblici, resa possibile dalle nuove tecnologie²⁶. Tale concetto approda anche a livello normativo grazie alla riforma del Codice dell'amministrazione digitale, recata dalla legge 124/2015, che sceglie per l'art. 1 la rubrica «*Carta della cittadinanza digitale*», e dai relativi decreti legislativi: a seguito delle modifiche del d.lgs. 217/2017, questa diventa anche la rubrica della sezione II del capo I del d.lgs. 82/2005, dedicata proprio ai diritti dei cittadini²⁷.

In considerazione di tali riflessioni risulta evidente che, pur nella difficoltà di definizione, i concetti di libertà informatica e di cittadinanza digitale rivestono una connotazione "costituzionale": tutelare i diritti e le libertà nella società digitale costituisce la sfida costituzionale del nostro tempo²⁸.

3. Dalla libertà informatica al diritto all'esistenza digitale

La libertà informatica, nelle sue dimensioni individuale e sociale, permette di rileggere e reinterpretare molti diritti alla luce dell'impatto della tecnologia sull'esistenza dell'uomo: in tale operazione, proprio per la connessione che li caratterizza, è difficile separare i diversi profili²⁹.

Nello sviluppo incessante della realtà digitale, l'impatto delle tecnologie riesce a superare la propria essenza ontologica di "strumento" per assurgere a dimensione che caratterizza l'esercizio dei diritti e delle libertà: si tratta di un mezzo poliedrico, che non consente soltanto l'esercizio di uno o più diritti legati a un aspetto specifico dell'esistenza, ma permette più ampiamente di svolgere la propria esistenza stessa, quella digitale, parte sempre più significativa della vita, indistinguibile ormai dall'esistenza analogica³⁰.

²⁶ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 384 ss., secondo cui più ampiamente il tema della cittadinanza digitale «consente di ricondurre alla persona un insieme di situazioni che concorrono a definirne la condizione nel cyberspazio».

²⁷ Prima della riforma la sezione aveva la rubrica «*Diritti dei cittadini e delle imprese*».

²⁸ Cfr. T.E. FROSINI, *Costituzionalismo 2.0*, cit., pp. 673 ss., che reputa il costituzionalismo come un «plebiscito che si rinnova ogni giorno: perché sviluppa nuove forme di valorizzazione e di tutela della libertà dell'individuo. 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 e i suoi derivati in punto di diritto» (*ivi*, p. 675).

²⁹ T.E. FROSINI, *Liberté, Egalité, Internet*, cit., pp. 47 ss.: «rimane altresì problematico separare le diverse libertà per giungere semmai a un modello olistico di libertà: d'altronde, chi accede a Internet si esprime, corrisponde, naviga, si unisce e si riunisce, in forme variabili e lasciate alla scelta individuale» (*ivi*, p. 50); cfr., altresì, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 384 ss., secondo cui si assiste ad una indivisibilità dei diritti, dal momento che «i diritti in rete non sono gerarchizzabili, perché è la rete stessa che rifiuta le gerarchie, e così promuove una cittadinanza sempre più "orizzontale"».

³⁰ G. SCORZA, *Accedo ergo sum*, in M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet. Atti della Tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia 2010 (Roma, 30 novembre 2010)*, Napoli-Roma, 2011, p. 126: «Accedere, nella società dell'informazione, per un cittadino significa esistere. In difetto dell'accesso si è, inesorabilmente e rapidamente, esclusi dall'appartenenza alla comunità globale, privati della possibilità di fruire di esperienze di relazione, mercato e politica e, soprattutto, dell'esercizio di ogni diritto e libertà che abbia, per presupposto, l'interazione con lo Stato o con gli altri membri della comunità di appartenenza».

Pertanto, nella connessione inestricabile delle due anime che la costituiscono e nell'evoluzione che ha interessato la realtà digitale, la libertà informatica oggi si esplica più propriamente in un meta-diritto allo svolgimento della propria esistenza digitale, che condiziona e permette l'esercizio dei diritti individuali e sociali e incide sul rapporto con i pubblici poteri³¹.

Non si tratta solo del diritto di accesso alla rete, prodromico a tutti gli altri³², ma emergono anche i diritti e le libertà "nella rete", ossia l'uso effettivo che si può fare dell'accesso a Internet e delle tecnologie informatiche, che si traduce nella tutela di diversi diritti individuali, espansione delle libertà costituzionali o configurazioni inedite della nuova realtà³³.

Lo stesso diritto di accesso a Internet si traduce più propriamente nell'«espressione di un diverso modo d'essere della persona nel mondo» e, in tal modo, configura una «sintesi tra una situazione strumentale e l'indicazione di una serie tendenzialmente aperta di poteri che la persona può esercitare in rete»³⁴.

Di conseguenza si può arrivare a parlare di un diritto più ampio e pervasivo, il "diritto all'esistenza digitale", parte integrante e sostanziale, difficilmente separabile e distinguibile dell'esistenza *tout court*, che poggia sui principi fondamentali della dignità e dello sviluppo della persona³⁵. Il diritto all'esistenza digitale altro non è che il diritto all'esistenza nell'era contemporanea, che nelle attuali democrazie non ammette di essere offline se non per propria scelta: *navigo ergo sum*³⁶.

Il diritto all'esistenza digitale si pone come ombrello sotto il quale dare ospitalità ai diversi diritti nei quali si traduce la libertà informatica, che, come già esaminato, involge non solo la dimensione individuale, ma anche quella sociale e collettiva della partecipazione alla società democratica.

Nel garantire ciò che è componente della cittadinanza e, di conseguenza, preconditione della stessa democrazia si pone una chiara responsabilità pubblica³⁷. L'accesso alla propria vita digitale, infatti, è

³¹ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 394 ss.; T.E. FROSINI, *Liberté, Egalité, Internet*, cit., pp. 17 ss.

³² A. MASERA, G. SCORZA, *Internet, i nostri diritti*, Roma-Bari, 2016, p. 12: «Non disporre effettivamente del diritto di accedere a Internet [...] significa essere individui, persone, cittadini in una condizione permanente di semilibertà, di inferiorità sociale, culturale, politica ed economica, impossibilitati a partecipare alla vita della propria comunità, eremiti analogici in un mondo digitale».

³³ Cfr. G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2011,2, pp. 1-6; P. PASSAGLIA, *Diritto di accesso a Internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*, in M. PIETRANGELO (a cura di), *op. cit.*, p. 82, che parla di tutela a "geometria variabile", dal momento che «se l'accesso ad Internet è un diritto strumentale all'esercizio di altri, la sua natura e il suo rango, e, quindi, il grado di tutela ad esso approntata non è determinabile a priori ed in astratto, ma deve essere commisurato al tipo di situazione specifica che l'accesso medesimo è volto a tutelare: al crescere del rilievo del diritto (o del dovere) al cui esercizio è funzionale, la protezione del diritto di accesso si rafforza».

³⁴ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 384.

³⁵ T.E. FROSINI, *Costituzionalismo 2.0*, cit., p. 688.

³⁶ Id., *Liberté, Egalité, Internet*, cit., p. 60 parla di *digito ergo sum* e G. SCORZA, *op. cit.*, pp. 125 ss. utilizza *accedo ergo sum*. M. TAMPRIERI, *Il diritto all'oblio e la tutela dei dati personali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, 3, pp. 1010 ss.: «Il diritto di accesso emerge con urgenza ove il vivere *off-line* non sia frutto di una libera scelta, ma venga imposto dalla mancanza di mezzi, dalla carenza di infrastrutture o, peggio, da forme antidemocratiche di censura».

³⁷ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 387 ss.: «Si colgono così non le peculiarità di una cittadinanza digitale separata, ma l'intima attitudine di questa a contribuire incessantemente alla definizione/costruzione di quel complessivo patrimonio di diritti che si proietta al di là d'ogni luogo, e che appunto chiamiamo cittadinanza, senza aggettivi» (*ivi*, p. 388).

vincolato fortemente dalla possibilità effettiva di accedere a Internet, che i poteri pubblici sono chiamati a garantire, oltre che dall'azione dei controllori del pedaggio di accesso alle autostrade digitali, ossia i colossi tecnologici, che i poteri pubblici devono riuscire ad arginare, garantendo il rispetto della persona.

I diritti afferenti all'esistenza digitale trovano fondamento in interpretazioni evolutive della Carta costituzionale, in alcune significative disposizioni di rango primario³⁸ e nella Dichiarazione dei diritti in Internet, dotata di valore culturale e politico, ma non propriamente normativo³⁹.

La realtà digitale, infatti, riguarda lo svolgimento della propria personalità e l'impianto intero dei diritti e delle libertà della Costituzione⁴⁰. Di conseguenza, parte della dottrina condivisibilmente fonda i nuovi diritti collegati alle tecnologie informatiche sui principi fondamentali della Carta costituzionale, e, in particolare, sull'art. 2, che richiama il concetto ampio di "svolgimento della personalità" sia come singolo, sia nelle formazioni sociali⁴¹, e sull'art. 3, che tutela «*il pieno sviluppo della persona umana*», la «*pari dignità sociale*» e l'uguaglianza non solo formale, ma sostanziale (2° comma), chiamando i poteri pubblici a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale (si pensi al *digital divide*)⁴².

Attraverso l'interpretazione evolutiva degli artt. 2 e 3 della Costituzione e dei concetti di dignità umana e sviluppo della persona è possibile includere le molteplici libertà coinvolte dalle tecnologie informatiche, libertà di carattere personale, sociale e politico, previste nella Costituzione⁴³. In tal modo, inoltre, è possibile dare fondamento, anche in combinato disposto con altre norme (artt. 13,

³⁸ Come precedentemente richiamato, la sezione II del capo I del d.lgs. 82/2005 è dedicata alla cittadinanza digitale e ai diritti digitali dei cittadini nei confronti delle istituzioni.

³⁹ La Dichiarazione, elaborata dalla Commissione per i diritti e doveri relativi ad Internet, composta in modo misto da parlamentari, studiosi ed esperti e nominata con la finalità di realizzare tale Carta, è stata approvata e pubblicata il 28 luglio 2015.

⁴⁰ Cfr. P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in *Consulta OnLine*, 2013, p. 12 e Id., *Diritto di accesso a Internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*, cit., pp. 59 ss., secondo cui condivisibilmente «l'accesso ad Internet prescinde da ogni specifico interesse, per il semplice fatto che l'interesse è presupposto della stessa configurazione di Internet come sede di estrinsecazione della personalità. Più che di un *interesse all'accesso*, dunque, nel caso di Internet può parlarsi di un *accesso all'interesse*, cioè di un accesso rivolto a realizzare un interesse, quale è quello dello sviluppo della propria personalità nella dimensione ulteriore offerta dalla rete».

⁴¹ «*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*» (art. 2, Cost.).

⁴² «*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge [...]*» (art. 3, comma 1, Cost.) e la Repubblica ha il compito di «*rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*» (art. 3, comma 2, Cost.). Cfr., *inter alia*, G. DE MINICO, *Diritti, Regole, Internet*, in *Costituzionalismo.it*, 2011, 2, pp. 1-23; T.E. FROSINI, *Liberté, Egalité, Internet*, cit.; P. MARSOCCI, *op. cit.*, pp. 8 ss.; A. ROSSETTI, *È necessario il diritto all'accesso alla rete?*, in M. PIETRANGELO (a cura di), *op. cit.*, pp. 89 ss.; P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, cit., pp. 27 ss.

⁴³ In particolare il principio di democrazia e sovranità popolare (art. 1), la libertà personale (art. 13), la libertà di comunicazione (art. 15), la libertà di riunione (art. 17), la libertà di associazione (art. 18), la libertà di informazione (art. 21), la libertà di iniziativa economica (art. 41) e, ancora, il diritto alla cultura (artt. 9 e 33), il diritto alla salute (art. 32), il diritto all'istruzione (art. 34), il diritto al lavoro (art. 35) e le libertà politiche.

15, 21 Cost.), a diritti che emergono in modo inedito nella rete, come il diritto all'identità, la protezione dei dati personali, il correlato diritto all'oblio (*right to be forgotten*), la tutela dell'anonimato e il principio di *net neutrality*⁴⁴.

Al di là di tali condivisibili ricostruzioni, per lo più nella realtà dei fatti i diritti digitali sono diritti "senza legge" (è il caso del diritto di accesso a Internet), dal momento che è insufficiente l'eventuale normazione presente.

Di conseguenza, i diritti digitali finiscono per incontrare una tutela nel momento patologico del conflitto, grazie al ruolo supplente svolto dalle Corti sovranazionali, dimensionalmente più adeguate alla connotazione globale che li caratterizza, ma confinate nella fattispecie da esaminare senza poter offrire quel riconoscimento "generale e astratto" che spetta propriamente al legislatore⁴⁵. Nelle loro sentenze le Corti permettono di far emergere istanze della società prive di riconoscimento e tutela: questi diritti necessitano del diritto positivo e, altresì, per il loro concreto ed effettivo esercizio, di interventi e prestazioni da parte dei poteri pubblici⁴⁶, come peraltro sembra indicare l'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.; è proprio dello Stato costituzionale e degli ordinamenti democratici, infatti, riconoscere e tutelare i diritti fondamentali, colmando eventuali lacune normative⁴⁷.

Nel governo della società tecnologica, peraltro, garantire tutela effettiva ed efficace ai diritti significa affrontare complessi bilanciamenti tra le diverse dimensioni che si intrecciano e confliggono. Una connessione intricata di dati dà luogo, infatti, a una speculare intricata connessione tra diritti indivisibili e difficilmente gerarchizzabili⁴⁸, cui è necessario porre massima attenzione. Il diritto a conoscere deve convivere con il diritto a non essere (più) conosciuti, al fine di rispettare il diritto all'oblio, parte significativa del proprio diritto all'identità; il diritto all'informazione e alla condivisione deve fare i conti con il diritto d'autore e la proprietà intellettuale; il *right to know* e il diritto al riutilizzo devono trovare un faticoso bilanciamento con il diritto alla protezione dei dati personali; la tutela dei diritti dell'individuo deve permettere di garantire anche la libertà di iniziativa economica e lo sviluppo del mercato, scudo dietro al quale si sono efficacemente protetti i colossi tecnologici.

Nelle complesse connessioni tra libertà diverse, i poteri pubblici per mezzo del diritto devono essere in grado di regolare la società digitale e assicurare il bilanciamento tra i diritti che la costellano, proteggendo il diritto all'esistenza digitale dell'uomo.

⁴⁴ Il principio indica il divieto per i fornitori di operare discriminazioni tra gli utenti in relazione alla qualità o alla velocità di connessione, alle applicazioni o ai servizi; cfr. G. DE MINICO, "Net neutrality" come diritto fondamentale di chi verrà, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 1.

⁴⁵ Cfr. A. MORELLI, *I diritti senza leggi*, in *Consulta online*, 2015, 1, pp. 16 ss., che, nell'affidarsi al momento giurisdizionale, evidenzia il rischio di un abbassamento del livello di tutela dei diritti, ancor più per quelli "nuovi", dal momento che il giudice è confinato nei limiti posti dal principio della domanda, è condizionato necessariamente dal caso oggetto di giudizio e non può, come il legislatore, dare un riconoscimento generale e astratto, ma deve limitarsi ad applicare il diritto nei casi particolari e concreti. Del resto le figure del giudice e del legislatore non sono fungibili, ma entrambe necessarie alla democrazia.

⁴⁶ Cfr. A. MORELLI, *op. cit.*, pp. 17 ss., che configura i nuovi diritti come «diritti a prestazione, aspirando ad una legislazione attuativa utile a consentirne l'esercizio» (*ivi*, p. 19).

⁴⁷ Cfr. A. MORELLI, *op. cit.*, pp. 17 ss. L'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. prevede l'esercizio della funzione legislativa esclusiva statale per la determinazione dei "livelli essenziali" delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili. È il caso del diritto di accesso a Internet, che nella sua veste di diritto sociale necessita di adeguati interventi atti ad eliminare problematiche come il *digital divide*.

⁴⁸ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 394.

Il dibattito sui diritti caratterizza tradizionalmente la riflessione umana, in particolare nell'epoca odierna in cui si parla di "età dei diritti", espressione con la quale Bobbio vuole indicare l'ampiezza e l'intensità del dibattito sul tema, da interpretare come indicatore del progresso storico, riferendosi al cambiamento di paradigma, alla "rivoluzione copernicana" che segna il passaggio dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti, invertendo la logica del rapporto tra individui e Stato a favore dei primi, da intendersi non come oggetto di potere, ma come fine⁴⁹.

La tutela dei diritti fondamentali nel corso del tempo diventa quindi legittimazione degli ordinamenti giuridici, vive un processo di positivizzazione (costituzionalizzazione), progressiva estensione e specificazione a partire dalla promulgazione nel 1948 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo: la protezione dei diritti investe l'assetto delle Costituzioni, compresa quella italiana, che anche sotto il profilo della struttura apre con i principi fondamentali. Pertanto, nell'epoca contemporanea, accanto ai diritti individuali di libertà, che originano dall'illuminismo, si affiancano i diritti sociali che esigono un ruolo attivo dello Stato chiamato a prestazioni pubbliche per garantirne il rispetto, i diritti non solo dei singoli, ma delle comunità e della collettività (salute, ambiente) e i diritti correlati all'impatto delle tecnologie informatiche nella società, oggetto di questa analisi.

Senza poter approfondire il dibattito sul bilanciamento dei diritti, per il quale si rinvia alla vastissima letteratura di riferimento⁵⁰, nel caso dei diritti legati alle nuove tecnologie e ad Internet il difficile adattamento dei principi e delle norme esistenti, i conflitti e i correlati necessari bilanciamenti risultano particolarmente complessi in conseguenza anche delle caratteristiche stesse della realtà digitale, sopra richiamate, quali l'identità digitale dei soggetti, l'intangibilità degli oggetti, i mutamenti nelle dimensioni di spazio e tempo, il rapporto che il diritto deve instaurare con la tecnologia e con le regole informatiche per garantire la tutela della persona.

Risulta particolarmente rilevante al riguardo, anche ai fini di questa riflessione, il mutato spazio di riferimento globale in cui i diritti "vivono"⁵¹, che porta a confrontarsi nell'*agorà* della rete ordinamenti e sistemi giuridici diversi; al riguardo è ampia la dottrina, cui si rinvia, che affronta anche sotto il profilo comparatistico l'equilibrio tra diritti e interessi diversi, quali *data protection* e *copyright*⁵².

⁴⁹ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990.

⁵⁰ Sul bilanciamento tra diritti cfr., *inter alia*, P. GROSSI, *Inviolabilità dei diritti*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1972, vol. XXII, pp. 712-731; T.A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale Law Journal*, 1987, 96, 5, pp. 943-1005; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. VITALE, Roma-Bari, 2001; R. ALEXY, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in *Ratio Juris*, 2003, 16, 2, pp. 131-140; B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Torino, 2003; G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 2006, 1, pp. 1-57; E. BREMS (a cura di), *Conflicts between Fundamental Rights*, Antwerp/Oxford, 2008; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit.; A. SCHIAVELLO, *La fine dell'età dei diritti*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 2013, 1, pp. 120-145; G. PINO, *Crisi dell'età dei diritti?*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 2013, 1, pp. 87-119.

⁵¹ N. IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001.

⁵² Cfr., *inter alia*, I. BROWN (a cura di), *Research Handbook on Governance of the Internet*, Cheltenham/Northampton, 2013; R. CASO, F. GIOVANELLA (a cura di), *Balancing Copyright Law in the Digital Age. Comparative Perspectives*, Berlin, 2015; F. GIOVANELLA, *Copyright and Information Privacy. Conflicting Rights in Balance*, Cheltenham/Northampton, 2017; T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in*

Del resto, la ricerca di complessi bilanciamenti ha occupato di frequente anche l'attività della Corte di Giustizia dell'Unione europea, chiamata a delineare in fattispecie concrete l'equilibrio tra diritti diversi quali la protezione dei dati personali, il diritto d'autore, la libertà di informazione e la libertà di iniziativa economica⁵³.

4. Forme di tutela

Nell'era digitale le tecnologie si atteggiavano come "tecnologie del sé", con l'espressione usata da Floridi, e arrivano a plasmare le identità personali⁵⁴: si parla di *data subject*⁵⁵.

I dati formano la proiezione sociale dell'identità e la loro persistenza o meno determina la memoria individuale e collettiva⁵⁶; la capacità di controllare i dati personali caratterizza la propria autodeterminazione informativa; insiemi di dati generano diritti di proprietà intellettuale, ma, al tempo stesso, permettono un'espansione inedita del diritto a conoscere.

Di conseguenza, i dati necessariamente investono i complessi equilibri tra diritti e libertà e il bilanciamento tra interessi contrapposti, influenzando fortemente la direzione etica del futuro: la tutela

Internet, Milano, 2017; C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, Cheltenham/Northampton, 2018.

⁵³ Esemplificativamente, cfr. sentenza *Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU*, 29 gennaio 2008, causa C-275/06; sentenza *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, 24 novembre 2011, causa C-70/10; sentenza *Bonnier Audio AB, Earbooks AB, Norstedts Förlagsgrupp AB, Piratförlaget AB, Storyside AB c. Perfect Communication Sweden AB*, 19 aprile 2012, causa C-461/10; sentenza *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*, 16 febbraio 2012, causa C-360/10; sentenza *Nils Svensson e a. c. Retriever Sverige AB*, 13 febbraio 2014, causa C-466/12; sentenza *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*, 27 marzo 2014, causa C-314/12; sentenza *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV et al.*, 8 settembre 2016, causa C-160/15.

⁵⁴ Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, trad. it., Milano, 2017, pp. 67 ss., secondo cui «ogni singolo dato può contribuire a descrivere l'identità personale di qualcuno» (p. 71). L'Autore sottolinea quanto le ICT siano diventate importanti «nel dare forma alle nostre identità personali. Si tratta infatti delle più potenti *tecnologie del sé* alle quali siamo mai stati esposti», da gestire con attenzione, «poiché stanno modificando in maniera significativa i contesti e le pratiche attraverso le quali diamo forma a noi stessi. [...] Il sé sociale è il principale canale attraverso cui le ICT, e in particolar modo i social media interattivi, esercitano il loro profondo impatto sulle nostre identità personali».

⁵⁵ Nell'*Opinion 4/2015 «Towards a new digital ethics. Data, dignity and technology»* dell'11 settembre 2015, l'*European Data Protection Supervisor (EDPS)* avverte sul pericolo che le pratiche di potenti governi e soggetti privati possano ridurre la persona a mero *data subject*, minacciando i diritti e le libertà fondamentali. In merito cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 394 ss.: «Anche se è eccessivo, e persino pericoloso, dire che "noi siamo i nostri dati", è tuttavia vero che la nostra rappresentazione sociale è sempre più affidata a informazioni sparse in una molteplicità di banche dati, ed ai "profili" che su questa base vengono costruiti, alle simulazioni che permettono. Siamo sempre più conosciuti da soggetti pubblici e privati attraverso i dati che ci riguardano, in forme che possono incidere sull'eguaglianza, sulla libertà di comunicazione, di espressione o di circolazione, sul diritto alla salute, sulla condizione di lavoratore, sull'accesso al credito e alle assicurazioni, e via elencando. Divenute entità disincarnate, le persone hanno sempre più bisogno di una tutela del loro "corpo elettronico"» (*ivi*, pp. 396-397).

⁵⁶ In merito D. TALIA, *La società calcolabile e i big data. Algoritmi e persone nel mondo digitale*, Soveria Mannelli, 2018, p. 61: «Oggi le tante informazioni sulle persone che sono disponibili in rete fanno sì che stiamo diventando, sempre di più, quello che la rete afferma che siamo».

del diritto all'esistenza digitale, quale metaforico ombrello atto a ricomprendere i diversi diritti scaturiti dalla libertà informatica, passa necessariamente dalla *data governance*.

Nel mondo digitale che si erge sui dati, diventano difficili gli equilibri tra diritti che paiono confliggere tra loro nella loro essenza ontologica, senza possibilità di stabilire una gerarchia, dal momento che sono tutti dotati di indiretto fondamento costituzionale⁵⁷.

La libertà di avere, diffondere e condividere informazioni può violare la tutela della persona, dei suoi dati e della sua identità; la persistenza delle informazioni, che facilita conoscenza e memoria, può confliggere con il diritto ad essere dimenticati; la libertà di informazione, la condivisione della conoscenza e la volontà di generare nuova conoscenza possono intaccare la protezione del diritto d'autore ed entrare in conflitto con la *data protection*; diversamente, rafforzare il diritto all'identità, alla protezione dei dati personali, all'oblio e alla proprietà intellettuale può limitare il diritto all'informazione, alla conoscenza e alla memoria.

L'impossibilità di risolvere "gerarchicamente" i conflitti porta a un bilanciamento necessariamente "mobile", che però può trovare un fondamento solido, che rende i diversi diritti indivisibili, seppur nella loro conflittualità⁵⁸. Tale fondamento è costituito dalla centralità della tutela della persona, in particolare della dignità e dello sviluppo della stessa: questo principio, peraltro, costituisce il condiviso fondamento costituzionale, che si situa nella clausola aperta dei diritti della personalità di cui all'art. 2 Cost.⁵⁹.

La persona con la sua identità, intesa in un'accezione ampia, si comporta come un prisma i cui riflessi sono costituiti dai diversi diritti in gioco: l'identità digitale individua la rappresentazione sociale della persona nel proprio contesto di riferimento; il diritto all'oblio coglie la proiezione di quella identità nel tempo; la protezione dei dati personali permette di tutelare i dati che formano la persona stessa, garantendo il diritto di controllo da parte dell'individuo e l'autodeterminazione informativa; la protezione del diritto d'autore da una parte, nella sua componente morale, individua un diritto della persona e, dall'altra, nella sua componente di diritto patrimoniale, attiene all'estrinsecazione "materiale" dello sviluppo della persona stessa, grazie alla tutela dei frutti della creazione intellettuale; la persona, oltre al diritto a essere "conosciuta" correttamente, ha anche diritto alla conoscenza, determinante nella costruzione e nello sviluppo della propria identità, anche per agire pienamente il ruolo di cittadino.

In tale ricostruzione emerge la persona come luogo di sintesi dei diversi diritti che sono indirizzati in modo convergente alla sua protezione. Pertanto, il bilanciamento "mobile", da effettuarsi caso per

⁵⁷ Attraverso l'interpretazione evolutiva della clausola aperta dei diritti della personalità contenuta nell'art. 2 della Costituzione è possibile includere le molteplici libertà coinvolte dalle tecnologie informatiche, che per lo più sono fondate anche su una serie di ulteriori norme costituzionali. Trovano fondamento nell'art. 2 Cost. il diritto all'identità, il diritto all'oblio e il diritto alla protezione dei dati personali, che si fonda a sua volta anche sull'art. 3 e fornisce matrice ideale agli artt. 13, 14 e 15 Cost.; il diritto a conoscere, che si basa anche sull'art. 21 e sugli artt. 1, 3 e 9 Cost.; il diritto d'autore, fondato altresì su un complesso combinato di ulteriori norme costituzionali (artt. 3, 9, 21, 33, 35, 36, 41 e 42 Cost.).

⁵⁸ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 394.

⁵⁹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 154 ss. Sulla centralità della persona e della sua dignità si esprime l'European Data Protection Supervisor (EDPS) nell'*Opinion 4/2015 «Towards a new digital ethics. Data, dignity and technology»* dell'11 settembre 2015, che richiama l'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».

caso, può fondarsi saldamente sulla persona e sull'“io digitale” da proteggere, che tutti quei diritti in diverso modo esprimono, e sugli interessi pubblici generali coinvolti⁶⁰.

Il fondamento costituito dalla centralità della protezione della persona fa emergere significativi punti di contatto e convergenza tra i diversi diritti coinvolti nell'alveo del più ampio diritto all'esistenza digitale, permettendo di disegnare la forma di protezione giuridica adeguata.

La tutela dei diversi diritti implicati nel meta-diritto all'esistenza digitale, infatti, può concretizzarsi in un approccio preventivo *by default* e *by design* basato sull'*accountability*, capace di far leva sulla tecnologia e sulla sicurezza, da una parte, e sulla responsabilizzazione e sulla consapevolezza dei soggetti, dall'altra, grazie anche ad efficaci sistemi sanzionatori, al fine di confinare le repressioni prevalentemente alla tutela sanzionatoria successiva, senza reprimere eccessivamente la libera circolazione dei dati. Tale logica emerge nel regolamento europeo 2016/679 sulla *data protection*, ma si ataglia al rispetto anche degli altri diritti e può accompagnare il diritto all'esistenza digitale: sicuramente ne guadagnano la protezione dell'identità e dell'oblio, strettamente connessi alla tutela dei dati personali, ma anche il diritto alla conoscenza e il diritto d'autore.

Inoltre, la tutela da garantire a tali diritti deve far leva sulla qualità dei dati, che afferisce alla loro esattezza, al loro aggiornamento e alla loro contestualizzazione. La qualità è, infatti, prevista nelle diverse normative e nei vari atti di riferimento⁶¹ e, nelle caratteristiche specifiche in cui si concretizza, emerge come aspetto rilevante e, a volte, dirimente nei casi giurisprudenziali di conflitto tra interessi, si pensi alla contestualizzazione per la tutela dell'identità e del diritto all'oblio⁶².

La qualità “mette d'accordo” i diversi diritti in gioco, dal momento che garantisce un'informazione capace di generare conoscenza e di tutelare l'identità, permette di proteggere i dati personali, si traduce nella corretta attribuzione della paternità/titolarità dei dati stessi e permette di collocare temporalmente il dato in conformità con il diritto all'oblio.

Il diritto all'esistenza digitale può, dunque, essere affrontato con una logica centrata sulla persona, fondata sulla qualità dei dati, basata sulla tecnologia per una tutela *by default* e *by design* e sulla responsabilizzazione dei soggetti. Una tale logica si basa su una valutazione preventiva di impatto ai rischi atta a confinare le repressioni prevalentemente *ex post* e capace, in tal modo, di conferire il corretto ruolo al potere giurisdizionale.

Naturalmente tale approccio deve fare i conti con alcune problematiche scaturenti in modo diretto dal rapporto stesso che lega diritto e tecnica: la tutela *by default* e *by design* che prevede un'incorporazione dei principi giuridici di riferimento nella tecnologia, se garantisce auspicabilmente maggiore sicurezza, rischia però di scontare la “rigidità” ontologica del codice informatico stesso, che si scontra frontalmente con la flessibilità necessaria al bilanciamento “mobile” idoneo a una tutela dei diritti effettiva ed efficace⁶³. Inoltre, emerge anche il rischio che il rispetto dei principi giuridici e il

⁶⁰ In tal senso G. FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, 4-5, pp. 591 ss., in relazione al bilanciamento tra diritto all'oblio e gli altri diritti che vengono in gioco.

⁶¹ Art. 53, d.lgs. 82/2005; art. 6, d.lgs. 33/2013; art. 5, paragrafo 1, lett. d), reg. (UE) 2016/679.

⁶² Cfr. sentenza della Corte di Cassazione, Sez. III civile, 5 aprile 2012, n. 5525.

⁶³ In merito cfr. G. PASCUZZI (a cura di), *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2016, in particolare pp. 43 ss. e pp. 346 ss. e G. D'ACQUISTO, M. NALDI, *Big data e privacy by design. Anonimizzazione, pseudonimizzazione, sicurezza*, Torino, 2017. Sul rapporto tra tecnica e diritto cfr., *inter alia*, L. LESSIG, *Code and Other Law of Cyberspace*, New

delicato equilibrio tra diritti siano di fatto delegati a coloro che sono chiamati a sviluppare le soluzioni tecnologiche, con la conseguente necessità di un'adeguata formazione e di specifiche competenze per assolvere a tale ruolo particolarmente delicato, aprendo la strada ai correlati pericoli laddove tale incorporazione non avvenga in modo corretto o adeguato per errori tecnici o manipolazioni umane. Nonostante tali profili problematici, che devono essere oggetto di precipua attenzione al fine di essere affrontati e, in prospettiva, superati, l'approccio preventivo *by default* e *by design* adottato nel regolamento (UE) 2016/679 per la tutela della *data protection* risulta convincente anche per la più ampia tutela dei diversi diritti in gioco: nel rapporto tra regolazione giuridica e tecnologie informatiche tale approccio permette, infatti, al diritto di avvalersi della tecnica al fine di garantire il suo rispetto, potendosi per tale via auspicare il raggiungimento di quell'equilibrio tra tecnica e diritto che nella sua complessità deve essere obiettivo principale, al fine di tutelare la persona, rispettando e valorizzando al tempo stesso le potenzialità della tecnologia.

Accanto all'approccio di protezione esaminato, è possibile immaginare forme di tutela inedite per rispondere all'esigenza di soluzioni in grado di proteggere efficacemente la persona nel contesto di riferimento dominato dai colossi digitali.

L'aggressività dei comportamenti dei giganti tecnologici, infatti, può svuotare di contenuto strumenti preventivi di garanzia, come il consenso, e toglie libertà al soggetto, che, pur di ottenere accesso ai servizi, è portato a "svendere" i propri dati con scarsa consapevolezza delle conseguenze: rimettere la tutela ai singoli spesso si traduce nell'incapacità dell'individuo di proteggersi nei confronti dei colossi digitali.

Peraltro, la "massa" di fatto detta legge, grazie alle inferenze algoritmiche, e orienta in modo automatizzato decisioni e predizioni anche laddove il singolo non si riconosca e se ne discosti: nelle configurazioni odierne dei dati emerge l'impatto collettivo e sociale del loro utilizzo⁶⁴.

L'autonomia contrattuale del singolo consegna un potere quasi normativo ai giganti tecnologici, che consiste nel vincolare al proprio sistema di regole una generalità di soggetti anche non contraenti, dettando così nei fatti un bilanciamento tra diritti che non dovrebbe spettare ai soggetti privati, ma solo ai soggetti pubblici capaci di interpretare la tutela di interessi generali⁶⁵.

Pertanto, al fine di tutelare più efficacemente la persona possono rivelarsi necessarie forme di protezione collettiva, capaci di limitare anche il diritto individuale del singolo, proprio in relazione al fatto che i suoi atti dispositivi hanno effetto anche sugli altri consociati: i pericoli di discriminazione insiti nella profilazione hanno impatto generale su tutta la collettività; ogni consenso al trattamento dei

York, 1999; L. LESSIG, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, in *Harvard Law Review*, 1999, 113; N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001; G. SARTOR, *Internet e il diritto*, in C. DI COCCO, G. SARTOR (a cura di), *Temi di diritto dell'informatica*, II ed., Torino, 2013; E. MAESTRI, *op. cit.*, pp. 15-28.

⁶⁴ Cfr. C. FOCARELLI, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, Bologna, 2015, pp. 169 ss. e M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 3, pp. 601 ss.

⁶⁵ M.F. DE TULLIO, *La privacy e i big data verso una dimensione costituzionale collettiva*, in *Politica del diritto*, 2016, 4, pp. 665 ss.

dati aumenta il dominio di pochi centri di potere; le scelte, rese possibili grazie ai dati acquisiti individualmente, avvengono non solo sul singolo, ma sull'intero gruppo di cui fa parte⁶⁶.

In considerazione del fatto che l'effetto delle scelte individuali è collettivo, non è infatti possibile affidarsi al singolo, che proteggerà o magari deciderà di "scambiare" i propri dati con un vantaggio individuale senza valutare l'interesse generale, che dalla sua azione è inevitabilmente toccato, e senza prestare attenzione agli effetti sugli altri individui, "conosciuti" anche grazie a quei dati (perché fanno parte dello stesso gruppo o comunità), magari contro la loro volontà: la lesione dei diritti non si limita al singolo, ma mina la vita collettiva e i diritti di tutti nel lungo periodo⁶⁷.

Sono necessari bilanciamenti tra diritti attenti a un quadro collettivo e, di conseguenza, è opportuno non affidare la protezione esclusivamente al singolo, che non è in grado di manifestare la volontà dell'intera comunità, ma direzionarsi anche verso una dimensione collettiva di tutela dei diritti; questa si traduce in una limitazione del potere individuale e nella corrispettiva introduzione di uno strumento di negoziazione collettiva: muterebbe così l'esercizio delle prerogative connesse ai diritti. In tal modo prende vita una forma di autodeterminazione informativa della collettività, che può arrivare a limitare posizioni giuridiche individuali, capaci altrimenti di creare effetti negativi anche su terzi e sulla comunità⁶⁸.

In concreto la negoziazione collettiva potrebbe coadiuvare l'autonomia negoziale del singolo, vietando per mezzo di norme imperative alcune operazioni anche se il consenso sussiste⁶⁹ o imponendole anche se manca⁷⁰: si tratta di deroghe *in melius* al consenso individuale, al fine di garantire una maggiore tutela anche al singolo, in una logica in linea con l'approccio preventivo e tecnologico esaminato, che "decide", *by design* e *by default*, preventivamente al posto del singolo, al fine di tutelarlo⁷¹.

In tal senso, del resto, va tenuto in considerazione che dati, informazioni e conoscenza, che caratterizzano la *digital society*, costituiscono beni collettivi e a titolarità diffusa, che permettono di realizzare interessi generali come democrazia, trasparenza, partecipazione, sviluppo economico, culturale e sociale: in modo conforme alla loro natura necessitano di una tutela collettiva da parte della comunità, che, per essere effettiva, può sostanzarsi anche in una vera e propria capacità di disposizione da parte della comunità al posto e anche contro la volontà del singolo.

Sotto il profilo della tutela collettiva del diritto, il regolamento europeo 2016/679 significativamente ha previsto nell'art. 80, paragrafo 2, che «*gli Stati membri possono prevedere che un organismo, organizzazione o associazione [...], indipendentemente dal mandato conferito dall'interessato, abbia il diritto di proporre, in tale Stato membro, un reclamo all'autorità di controllo competente, e di esercitare i diritti di cui agli articoli 78 e 79 [diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo nei confronti dell'autorità di controllo e diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo nei confronti del titolare del*

⁶⁶ M.F. DE TULLIO, *op. cit.*, pp. 658 ss.: «Ciascuno quindi è giuridicamente interessato a quanti e quali dati rivelano gli altri e alla correttezza di queste informazioni, perché anche in base a questi parametri vengono prese delle decisioni su di lui» (*ivi*, p. 664).

⁶⁷ C. FOCARELLI, *op. cit.*, pp. 169 ss.

⁶⁸ M.F. DE TULLIO, *op. cit.*, pp. 655 ss.

⁶⁹ Ad esempio, può essere il caso del trattamento per finalità puramente economiche e pubblicitarie, che, in considerazione della natura delle finalità, lede in modo irragionevole il diritto alla protezione dei dati personali.

⁷⁰ Ad esempio, può essere il caso di un trattamento finalizzato a perseguire interessi generali.

⁷¹ Cfr. C. FOCARELLI, *op. cit.*, pp. 155 ss.

trattamento o del responsabile del trattamento], *qualora ritenga che i diritti di cui un interessato gode a norma del [...] regolamento siano stati violati in seguito al trattamento*»; nel momento patologico della violazione dei diritti della persona emerge una protezione collettiva, la cui previsione viene raccomandata anche dall'*European Data Protection Supervisor* (EDPS) nell'*Opinion* n. 8 del 2016⁷².

Alla luce di questi aspetti, pertanto, il bilanciamento tra diritti che compongono il più ampio diritto all'esistenza digitale deve poggiare sulla centralità della persona protetta da una forma di tutela preventiva e tecnologica, fondata sulla qualità dei dati e sulla responsabilizzazione dei soggetti, immaginando tutele non solo individuali, spesso insufficienti, ma anche forme di tutela collettiva, in considerazione della corrispondente natura collettiva dei beni da proteggere e dell'impatto sulla comunità degli atti di disposizione sui dati da parte di ciascuno.

Di conseguenza, emerge la necessità di un'evoluzione del diritto, capace di servirsi della tecnica ai propri scopi, dirigendola con approccio etico verso i valori della società democratica del futuro, mantenendo in modo appropriato l'equilibrio che permetta alla tecnica di non prevalere sul diritto, ma neppure al diritto di limitare le potenzialità della tecnologia⁷³.

Immaginare e implementare un approccio preventivo e tecnologico, centrato sulla tutela della persona, basato sulla qualità dei dati e su forme di tutela collettiva ausiliarie alle tradizionali forme di tutela individuale, può consentire di superare le problematiche ingenerate dalla necessità di affidarsi al potere giurisdizionale per indicazioni sui complessi bilanciamenti tra diritti.

La centralità della persona nel bilanciamento tra diritti e l'approccio descritto comportano che le regole giuridiche debbano derivare ed essere coadiuvate da una nuova etica sociale, che richiama il diritto a svolgere la propria funzione ontologica nella società.

Il diritto, infatti, deve essere capace di orientare la regolamentazione verso i valori e i principi della società democratica che animano gli atti sovranazionali e la stessa Carta costituzionale italiana: tali criteri permettono di ampliare le libertà e rafforzare i diritti, mettere al centro e accrescere le potenzialità di sviluppo della persona nel rispetto della sua dignità, aumentare la partecipazione, migliorare le relazioni e le attività, diffondere e condividere la conoscenza e rendere più eguale e democratica la società. Allo stesso tempo un'etica digitale e il conseguente riconoscimento del diritto all'esistenza digitale sono capaci di comprimere il dominio incontrollato del potere economico, la relativa perdita di libertà dei singoli, la mercificazione dei dati e la violazione della dignità, lo squilibrio di potere fra chi lo detiene (poteri pubblici e privati) e chi lo subisce.

In gioco sono le fondamenta di ogni società democratica e spetta all'uomo impegnarsi in un approccio filosofico ed etico, capace di considerare i cambiamenti imponenti della rivoluzione digitale senza smarrire i propri valori e i propri diritti fondamentali⁷⁴. Al riguardo l'*Opinion* 4/2015 «Towards a new

⁷² *Opinion* 8/2016 «on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data» dell'EDPS, 23 settembre 2016.

⁷³ Cfr. N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit.; V. FROSINI, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, 1981; V. ZENO-ZENCOVICH, *Informatica ed evoluzione del diritto*, cit., pp. 89 ss.; G. FINOCCHIARO, *Riflessioni su diritto e tecnica*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, 4-5, pp. 831 ss.

⁷⁴ Secondo T.E. FROSINI, *Costituzionalismo 2.0*, cit., pp. 676 «la tecnologia può essere al servizio dell'uomo buono o cattivo, del governante illuminato o del despota; in uno Stato costituzionale liberale, però, l'indirizzo politico dovrebbe essere sempre rivolto verso interventi che valorizzano e accrescono le libertà dell'individuo, e l'utilizzo delle tecnologie non può che essere strumentale a questo obiettivo».

digital ethics. Data, dignity and technology» dell'European Data Protection Supervisor (EDPS) dell'11 settembre 2015 suggerisce di definire una nuova etica digitale, che consenta di sfruttare i benefici della tecnologia per la società e l'economia in modi idonei a rafforzare i diritti e le libertà degli individui.

5. Pericoli presenti e scenari futuri

La protezione del diritto all'esistenza digitale e delle diverse libertà che esprime assurge a questione ineludibile della società contemporanea, freno alle pretese di potere agite dagli Stati e dai colossi tecnologici.

Nell'esaminata complessità di regolazione causata dal superamento dei confini territoriali e dall'esigenza di nuove forme di tutela, il rischio è che i poteri pubblici "si voltino dall'altra parte"⁷⁵. Il pericolo concreto della *digital society* consiste, dunque, nella possibilità che i poteri pubblici abdichino alla protezione di diritti e libertà, lasciando campo libero alle forze del mercato, indulgendo nella quotidianità alla possibilità della loro violazione e lasciando al singolo la capacità di proteggersi: per poter fruire delle prerogative dell'esistenza digitale senza rinunciare alla tutela della propria persona, l'individuo si trova costretto a mettere in campo un supplemento di attenzione, preoccupazione, strumentazione e azione⁷⁶.

In tal modo sbiadisce il confine tra la dimensione pubblica sovrana e la dimensione privata degli interessi particolari dei giganti tecnologici e il mondo digitale rischia di diventare il territorio della solitudine degli individui.

In origine, emergeva l'idea utopica dell'*agorà* digitale, di una possibile nuova democrazia dei cittadini, caratterizzata da un'inedita libertà, dal ruolo centrale dell'informazione e dalla diffusione del potere. Ma la realtà si è distanziata presto dal mito fondativo della rete, facendo emergere nuovi poteri privati, capaci di controllare e restringere le presunte sconfinata libertà a livello globale, privi della legittimazione democratica e guidati non certo dall'interesse pubblico e dal benessere della collettività, ma dall'interesse economico e dalle logiche private del mercato, favoriti dal carattere sovranazionale delle questioni, dalla libertà di commercio, dalle maglie ampie o dall'assenza di disposizioni a tutela dei diritti⁷⁷.

Al fine di avere accesso alle possibilità del mondo digitale, l'individuo deve necessariamente varcare i portoni di tali soggetti, nuovi potenti controllori del pedaggio per l'accesso allo svolgimento della propria vita digitale. Gli individui sono pronti a cedere propri dati e informazioni in cambio della possibilità di avere accesso a beni e servizi in uno scambio iniquo che vede la rinuncia ai propri diritti, da un lato, e l'acquisizione di potere non solo economico, dall'altro. Nella realtà digitale la persona finisce per sgretolarsi in frammenti di dati forniti in cambio della possibilità di fruire delle utilità della re-

⁷⁵ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 3: «Diritti senza terra vagano nel mondo globale alla ricerca di un costituzionalismo anch'esso globale che offra loro ancoraggio e garanzia. Orfani di un territorio che dava loro radici e affidava alla sovranità nazionale la loro concreta tutela, sembrano ora dissolversi in un mondo senza confini dove sono all'opera poteri che appaiono non controllabili».

⁷⁶ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 398 ss.

⁷⁷ Cfr. G. ZICCARDI, *op. cit.*, p. 58: «l'innovazione porta in dono libertà in misura, e con modalità, mai viste prima ma, al contempo, può garantire grandi poteri di controllo a chi li voglia utilizzare contro l'individuo stesso».

te, si sottopone volontariamente o meno a sdoppiamenti del proprio io nei diversi profili capaci di sopravvivere alla persona reale, lascia tracce di sé, difficilmente eliminabili e idonee a interferire sulla propria rappresentazione sociale, sulla vita privata, sulla dignità umana e sullo sviluppo della persona.

Di conseguenza, nella rete si generano nuovi squilibri, inedite asimmetrie, nuovi dislivelli di potere e discriminazioni, “polarizzazioni” e “balcanizzazioni” delle opinioni, automazioni incontrollabili e dittature dell’algoritmo, foraggiate dai colossi tecnologici che affidano l’applicazione delle proprie regole al codice (non giuridico). Emergono i rischi di una società, che se lasciata all’autoregolazione porta a concentrare il potere nelle mani di pochi potenti, soggetti economici e Stati, che peraltro in maniera crescente ricorrono ai primi, detentori di dati, informazioni e conoscenza⁷⁸.

In conseguenza di tali pericoli, l’esigenza prioritaria dell’era digitale consiste nel creare un adeguato contesto istituzionale per evitare che le tecnologie informatiche mettano a rischio il diritto all’esistenza digitale e il pieno sviluppo della persona, ristabilendo la supremazia delle libertà e dei diritti fondamentali⁷⁹.

A questo fine, sono necessarie regole comuni formate da una pluralità di attori a diversi livelli, in un processo inedito di collaborazione a cui gli Stati sono chiamati a contribuire attivamente.

Negli assetti generati dalle tecnologie informatiche, infatti, gli Stati non sono gli unici produttori di norme. Oltre che dalle leggi nazionali e sovranazionali, la società tecnologica è regolata dalle regole tecniche (*lex informatica* o *digitalis*), dalle regole per lo più unilaterali fornite dai colossi tecnologici e dal mercato (*lex mercatoria*), da quelle sociali e dalla *soft law*⁸⁰.

⁷⁸ Cfr. A. MASERA - G. SCORZA, *op. cit.*, pp. 60 ss.; G. AZZARITI, *op. cit.*, pp. 4-5: «Se ci affidiamo ai processi spontanei di autoregolamentazione l’esito a me pare scontato: assisteremo ad una concentrazione dei poteri e delle risorse nelle mani delle *corporations* informatiche assieme ad un rafforzamento degli Stati nazionali, i quali continueranno ad imporre la loro presenza [...]. Dal punto di vista costituzionale una torsione autoritaria, con la concentrazione del potere informatico nelle mani di pochi potenti, e la rinuncia a configurare una cittadinanza elettronica democratica, che ponga la protezione dei diritti fondamentali al centro del proprio operare».

⁷⁹ In proposito S. PIETROPAOLI, *Chi deve essere il custode della rete? Considerazioni sul problema dell’esercizio del “diritto all’oblio”*, in R. BRIGHI, S. ZULLO (a cura di), *op. cit.*, p. 546: «Da una parte, permangono oggi le più vistose iatture del vecchio modello statale, della cui “crisi” si parla da un secolo ma di cui si fatica a vedere un vero superamento. Dall’altra, lo svuotamento (politico prima che giuridico) della forma statale ha lasciato un margine di manovra estremamente ampio a istanze che, se non sono più statuali, non sono però neppure latamente “pubbliche”, contribuendo così ad affermare la primazia sregolata della logica economica e del profitto privato».

⁸⁰ Nei termini di servizio, di norma i colossi tecnologici si riservano di sospendere o interrompere la fornitura dei propri servizi in caso di mancato rispetto di regole poste o in caso di accertamento di presunti comportamenti illeciti; peraltro molte regole sono applicate dal codice informatico, che traduce in tempo reale la regola in azione (è il caso della rimozione di un contenuto sui *social*). Per *soft law* si intendono quelle regole non vincolanti, ma non irrilevanti per il diritto che propongono soluzioni, anche basate sulla prassi, svolgendo una funzione ausiliaria di indirizzo che influisce sul comportamento dei destinatari, sia per interpretare norme che per sopperire a lacune normative, come linee guida, *policy*, circolari, comunicazioni; al riguardo G. NOTO LA DIEGA, *Il cloud computing. Alla ricerca del diritto perduto nel web 3.0*, in *Europa e diritto privato*, 2014, 2, pp. 577-658 sottolinea la centralità della *soft law* e della produzione normativa delle autorità amministrative indipendenti. In merito cfr. L. LESSIG, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, cit., pp. 501-546, che nella regolazione del ciberspazio richiama i quattro fattori costituiti dalle regole giuridiche, dalle regole sociali, dal mercato e dalle regole informatiche.

Le regole informatiche determinano ciò che è tecnologicamente possibile, abilitando o meno determinate azioni e collegando effetti alle stesse⁸¹, e, in tal modo, hanno la capacità di condizionare ogni altra forma di regolazione, anche quella giuridica, che, di conseguenza, dovrà intervenire a sua volta con regole legislative per indirizzare le regole informatiche⁸². Il diritto, infatti, come esaminato, può servirsi della tecnica per garantire il suo rispetto attraverso soluzioni che preventivamente risolvano aspetti giuridici, ad esempio rendendo impossibili o disabilitando tecnicamente azioni illecite.

Di conseguenza il diritto deve recuperare spazio mostrandosi capace di incidere sulla realtà che vuole regolare: per farlo è necessario acquisisca un approccio *multistakeholder* e *multilevel*, che tenga conto dei diversi soggetti e dei differenti interessi implicati, riuscendo a integrare i diversi ecosistemi di regole; la regolazione della società tecnologica passa necessariamente da tale logica e dall'integrazione di fonti diverse⁸³.

Il diritto, pertanto, deve recuperare uno spazio giuridico pubblico grazie agli Stati, che, oltre alla loro sovranità e alla possibilità di fornire regole nel proprio ambito territoriale, devono fare uso di nuove forme di cooperazione e collaborazione, idonee a generare regole comuni recanti i principi e i criteri necessari per garantire i diritti e le libertà, messi in pericolo nel contesto attuale.

I nuovi equilibri tra diritti che si generano nel contesto digitale esigono un nuovo diritto rispetto al tradizionale diritto statale, dal momento che la regolazione giuridica deve interfacciarsi con diversi sistemi di regole e deve connotarsi per la sua sovranazionalità, non incontrando più i confini dello Stato. La realtà globale della rete, infatti, implica un mutamento nei confini geografici della regolazione e rende necessario arrivare a soluzioni condivise a livello internazionale: i diritti nel web "vivono" globalmente e, di conseguenza, hanno bisogno di una tutela sovranazionale⁸⁴.

In tale strada si scorge la direzione di un costituzionalismo digitale globale, evocato da Rodotà, che poggia su «una costruzione del diritto per espansione, orizzontale, un insieme di ordini giuridici correlati, non punto d'arrivo, ma strutturati in modo da sostenere la sfida di un tempo sempre mutevole, quasi una costituzione infinita»⁸⁵.

⁸¹ Cfr. L. LESSIG, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, cit., pp. 501-546; G. SARTOR, *op. cit.*

⁸² L. BOLOGNINI, *Follia artificiale. Riflessioni per la resistenza dell'intelligenza umana*, Soveria Mannelli, 2018, p. 38: «Se l'algoritmo è un codice, il codice è legge. Diritto e informatica si confondono perfino nella semantica». Più ampiamente sul rapporto tra macchine e uomini, secondo D. CARDON, *Che cosa sognano gli algoritmi. Le nostre vite al tempo dei big data*, Milano, 2016, p. 88 «è fondamentale lottare contro quella sorta di fatalismo che ci porta a imputare ai sistemi di misura ciò che, in realtà, noi stessi abbiamo chiesto loro di fare» (*ivi*, p. 8).

⁸³ A. MASERA, G. SCORZA, *op. cit.*, p. 92 parlano della necessità di un'integrazione di diverse fonti normative quali l'autoregolamentazione, importante per la definizione di regole tecniche, la regolamentazione degli Stati nazionali e il sistema di direttive, accordi, protocolli europei e internazionali, che hanno efficacia nella dimensione transnazionale, seppur meno cogenza. Secondo S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 418 «è indispensabile far sì che una pluralità di attori, ai livelli più diversi, possa dialogare e mettere a punto regole comuni, secondo un modello definito appunto *multistakeholder* e *multilevel*. Soggetti diversi, a livelli diversi, con strumenti diversi negoziano e si legano con impegni reciproci per individuare e rendere effettivo un patrimonio comune di diritti». Sulla *co-regulation* cfr. L. LESSIG, *Code and Other Law of Cyberspace*, cit.

⁸⁴ Al riguardo cfr. G. CORASANITI, *Il diritto nella società digitale*, Milano, 2018, p. 16: «La trasformazione del diritto coincide con la trasformazione dell'informatica, l'estensione in rete dei *computers* coincide con l'estensione internazionale delle regole giuridiche e con la definizione di spazi omogenei e transnazionali di regolamentazione».

⁸⁵ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 426.

In questo senso si può immaginare una Dichiarazione dei diritti in Internet, che renda centrale la protezione delle libertà nell'era contemporanea⁸⁶, e che, per quanto suddetto, non si limiti solo ai confini nazionali, ma trovi forma in una Dichiarazione condivisa a livello sovranazionale. In modo significativo, al riguardo, nel 2017 l'Unione europea ha invitato esplicitamente «le istituzioni europee ad avviare un processo partecipativo al fine di elaborare una Carta europea dei diritti in Internet», facendo riferimento anche alla Dichiarazione dei diritti in Internet approvata in Italia⁸⁷.

Una Dichiarazione dei diritti appare atto adeguato a frenare l'invasione degli Stati e la nuova "signoria" dei colossi tecnologici, altrettanto capaci di governare le nostre esistenze⁸⁸.

Il diritto all'esistenza digitale e i diritti della *digital society* esigono, pertanto, un inedito percorso costituente globale, idoneo a individuare direttrici e principi comuni tra sistemi giuridici molto diversi e anche tra diversi ecosistemi di regole⁸⁹; tale percorso può aver luogo all'interno dell'*Internet Governance Forum*⁹⁰ e dovrebbe condurre all'approvazione di una Carta costituzionale globale⁹¹.

Naturalmente la regolazione di dettaglio resterebbe affidata ai diversi sistemi sovranazionali e ai singoli ordinamenti giuridici e la regolamentazione dei singoli rapporti, altresì, sarebbe rimessa all'autonomia negoziale, guidata da norme e regole, che potrebbe essere limitata, come esaminato, da nuove forme di tutela collettiva finalizzate a preservare libertà e diritti.

In tal modo il sistema giuridico è portato a mutare in conseguenza dell'evoluzione dei diritti fondamentali, della dimensione globale di riferimento, della destatalizzazione delle fonti di diritto,

⁸⁶ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 94: «La lotta per i diritti è l'unica, vera, grande narrazione del millennio appena iniziato. Si distende sull'intero mondo globalizzato, costruisce modalità nuove dell'azione e soggetti che la incarnano, e va oltre la tradizionale e indispensabile difesa contro ogni potere oppressivo, perché si presenta come la sola in grado di contrapporsi alla volontà di imporre al mondo una nuova e invincibile legge naturale, quella del mercato, con la sua pretesa di incorporare e definire anche le condizioni per il riconoscimento dei diritti».

⁸⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 2017 «sull'*e-democracy* nell'Unione europea: potenziale e sfide». Nel Preambolo della Dichiarazione dei diritti in Internet si precisa che «una Dichiarazione dei diritti di Internet è strumento indispensabile per dare fondamento costituzionale a principi e diritti nella dimensione sovranazionale».

⁸⁸ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 417.

⁸⁹ V. ZENO-ZENCOVICH, *Intorno alla decisione nel caso Schrems: la sovranità digitale e il governo internazionale delle reti di telecomunicazione*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 4-5, pp. 683 ss.: «La circostanza che nessuno fisicamente possieda le onde del mare, l'aria attraverso la quale volano gli aerei o sono trasmesse le onde radio, e che lo spazio extra-terrestre è al di fuori dell'ordinario controllo degli Stati non ha impedito lo sviluppo di regole comuni le quali consentono la cooperazione internazionale nelle attività marittime, aeree, di telecomunicazione e satellitari. Anche in questi casi si è di fronte ad attività che originano da un paese e sono destinate ad altri paesi, spesso attraverso o sopra altri paesi, o su territori internazionali».

⁹⁰ L'*Internet Governance Forum* (IGF) è un luogo d'incontro globale, multilaterale e *multistakeholder* teso a facilitare il dibattito circa le principali problematiche relative alla *governance* di Internet, promosso dalle Nazioni Unite, che opera dal 2006: ha un ruolo propositivo che si esprime per mezzo di raccomandazioni. Si riunisce periodicamente a livello mondiale, regionale e locale; il dibattito avviene tra i soggetti interessati (rappresentanti del settore pubblico, privato e società civile). Cfr. www.intgovforum.org.

⁹¹ In merito T.E. FROSINI, *Costituzionalismo 2.0*, cit., pp. 673 ss. parla del costituzionalismo come "tecnica della libertà", che si declina «nella separazione dei poteri, nelle garanzie costituzionali e nella tutela dei diritti fondamentali, che sono, infatti, delle tecniche per l'affermazione della libertà dell'individuo, ovvero rappresentano il modo attraverso il quale svolgere una continua ricerca sul come affermare e garantire il diritto di libertà individuale».

dell'autoregolamentazione e dalla presenza di ecosistemi di regole diversi da quello giuridico⁹²: la tutela giuridica deve essere adeguata alla realtà attuale, facendo sì che il diritto assolva al suo compito di fornire regole su cui fondare la civile e democratica convivenza.

La tutela del diritto all'esistenza digitale dovrebbe trovare approdo, pertanto, in un *Internet Bill of Rights*, una Dichiarazione dei diritti nell'era digitale, atto snello e leggero, ma significativo, idoneo a mettere al centro la persona, da salvaguardare nella propria libertà, e a disegnare quell'approccio etico, preventivo e tecnologico di tutela *by design* e *by default* capace di avvalersi di forme di tutela collettiva⁹³.

Al riguardo non si può omettere una constatazione: il percorso per giungere a una Dichiarazione dei diritti in Internet di carattere globale risulta particolarmente insidioso per una serie di ragioni problematiche, prima fra tutte la difficile convergenza di Stati e ordinamenti giuridici diversi su diritti e sistemi di tutela condivisi. La difficoltà è individuabile nell'emersione negli ultimi decenni di forme di sovranismo e nazionalismo e di nuovi blocchi geopolitici, che, nei fatti, si traducono anche in divergenze sul terreno della rete e dei diritti digitali e che, di conseguenza, possono rendere difficile raggiungere una convergenza su principi generali; è sufficiente pensare al riguardo all'abolizione del principio di *net neutrality* (il caso degli Stati Uniti) o al configurarsi di situazioni di sovranità sulla rete Internet con la connessa possibilità di misure quali lo *shutdown* (ad esempio la Cina) o ancora alla diversa configurazione e declinazione di diritti quali *data protection* e *copyright* tra Europa e Stati Uniti. Difficoltà ulteriori emergono nell'attribuzione di efficacia alle regole di una tale Dichiarazione (*soft law* o *hard law*)⁹⁴ e nell'individuazione del "potere costituente" transnazionale⁹⁵, che se forse può essere individuato nella genesi *multistakeholder* e *multilevel* esaminata, mostra però difficoltà a raggiungere in tempi rapidi il risultato a causa della lunghezza del percorso e della complessa conver-

⁹² Cfr. G. PELLERINO, *I rischi del diritto nella Rete globale*, in *Informatica e diritto*, 2009, 1, pp. 256 ss. F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile in Internet: prove di governo dell'anarchia tecnocratica*, in *La Responsabilità Civile*, 2006, 6, pp. 548 ss. reputa tale rivoluzione tecnologica più inesorabile delle precedenti e sottolinea come questo metta in crisi il diritto, che «soffre la fissità e la vetustà delle sue categorie tradizionali» e vede travolta la sua concezione formale e statuale. Peraltro si pongono problemi significativi in merito a chi sia legittimato a regolare Internet e in relazione a quale efficacia abbiano le regole: le posizioni sono svariate tra autoregolazione, regolazione statale e regolazione mista tra Stato e mercato.

⁹³ Cfr. M. PIETRANGELO, *Il diritto e le tecnologie informative: qualche proposta per il nuovo millennio*, in G. PERUGINELLI, M. RAGONA (a cura di), *L'informatica giuridica in Italia. Cinquant'anni di studi, ricerche ed esperienze*, Napoli-Roma, 2014, pp. 621 ss., che auspica per il diritto «un ruolo attivo, ma leggero, privo di peso» (*ivi*, p. 623) e suggerisce di guardare alla necessaria complementarità tra tecnica e diritto, fino ad arrivare a ripensare alcune categorie giuridiche tradizionali.

⁹⁴ Sull'*Internet Bill of Rights* e sull'interrogativo se un tale atto debba essere basato su *self-regulation* o regole vincolanti cfr. G. DE MINICO, *Towards an Internet Bill of Rights*, in *federalismi.it*, 2016, 5, pp. 1-33. M. OREFICE, *I big data. Regole e concorrenza*, in *Politica del diritto*, 2016, 4, pp. 733 ss. sembra preferire la strada dell'*hard law*, quale parametro vincolante per i giudici, capace peraltro di rafforzare il loro ruolo, rappresentando la via per un riconoscimento di diritti più visibili. Altrimenti la via della *soft law* renderebbe la Carta punto di riferimento ermeneutico normativo e giurisprudenziale ed elemento di orientamento, ma possedendo una natura sostanzialmente politica affiderebbe di fatto alla sorte il rispetto di regole, principi e diritti, dal momento che l'elencazione di diritti non sarebbe vincolante per il potere giurisdizionale.

⁹⁵ In merito D. POLETTI, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei "diritti digitali"*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, 1, pp. 8 ss. evidenzia il problema dell'individuazione del potere costituente transnazionale e le condizioni di tale esercizio.

genza tra ordinamenti diversi; parimenti risulta complessa l'istituzione di poteri a protezione del rispetto di un atto del genere.

A tutela dei principi e delle regole racchiuse in una Dichiarazione dei diritti nell'era digitale, si possono immaginare autorità sovranazionali indipendenti da quei poteri che hanno interesse a indirizzare la *governance* dei diritti come il mercato e i singoli Stati; fermo il ruolo del potere giurisdizionale, a tali autorità può essere deputata la tutela dei diritti, in un'ottica che tratti in modo unitario il governo dei diritti implicati nella realtà digitale, fornendo *policy*, linee guida, e indicazioni per bilanciamenti omogenei delle libertà. Potrebbe trattarsi anche di un'autorità sovraordinata formata dalle competenze delle attuali autorità in un approccio olistico, idoneo a rispettare la globalità delle questioni e della necessaria conseguente tutela.

Il ruolo delle autorità indipendenti potrebbe essere significativo e incisivo nei confronti dei giganti digitali e dei singoli Stati, dal momento che avrebbero il potere e l'indipendenza necessari per esigere trasparenza nelle azioni e rispetto delle regole comuni statuite⁹⁶.

Lo stesso *European Data Protection Supervisor* (EDPS) nel 2015 ha evidenziato la necessità di un approccio etico condiviso e multidisciplinare tra i diversi regolatori e le diverse autorità, per fornire raccomandazioni e informare la società⁹⁷ e analogamente, nel 2016, ha suggerito maggior dialogo e più intensa cooperazione tra le autorità e i soggetti che regolamentano i comportamenti nell'ambiente digitale a tutela della protezione dei dati personali, della libertà di espressione, della non discriminazione, della concorrenza e della tutela dei consumatori⁹⁸.

La regolazione della società digitale e la tutela del diritto all'esistenza digitale, nel quale ospitare anche gli altri diritti dell'era tecnologica, sono complesse come lo è l'evoluzione e la rivoluzione digitale che interessa gli uomini e la società: è opportuno disegnare globalmente la strada idonea a ristabilire il ruolo del diritto e la forza dei diritti, senza essere travolti da Stati e colossi tecnologici.

⁹⁶ D. CARDON, *op. cit.*, p. 70 e A. MANTELETO, *Big data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, 1, p. 142.

⁹⁷ L'*Opinion* 4/2015 dell'EDPS «Towards a new digital ethics. Data, dignity and technology» dell'11 settembre 2015 ha istituito a tal fine un *European Ethics Advisory Board* sulla dimensione etica della protezione dei dati, deputato a esaminare le relazioni tra diritti umani, tecnologia, mercati e modelli di *business*, attivo dal 2016.

⁹⁸ Si tratta dell'*Opinion* 8/2016 dell'EDPS «on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data» del 23 settembre 2016, che ha richiesto, a tal fine, l'istituzione di una struttura di coordinamento digitale, un *Digital Clearing House*, ossia una rete a partecipazione volontaria di organismi di regolamentazione che permetta di condividere informazioni, entro i limiti delle rispettive competenze, circa i possibili abusi nell'ecosistema digitale e il modo più efficace di contrastarli, al fine dell'applicazione delle normative nel settore digitale dell'Unione europea.