Osservatorio sulle fonti

INTERNET E LE SUE FONTI*

di *Giovanna De Minico***

SOMMARIO: 1. Quale è il diritto giusto per Internet? - 2. Quale *self-regulation* per Internet? - (2.1 Una *self-regulation* pura? - 2.2 Oppure la *co-regulation*?) - 3. La *self-regulation* è al servizio del bene comune? - 4. Il Legislatore della *self-regulation*. - 5. Gli attributi dell'eteronomia di Internet. - 6. Quale relazione tra eteronomia e *self-regulation* in Internet? - (6.1 La lezione americana sul rapporto tra eteronomia e autoregolazione in rete). - 7. La tensione tra l'essere e il dover essere.

Which is the better regulation for the Internet? Binding or spontaneous? Homogeneous or territorially differentiated? Narrow or as large-meshed net?

To respond, the Author adopts a twofold criterion: defining the objective and a pragmatic approach. The former, a bottom-up approach, enables one to design well-tailored rules to the specificity of the Internet. The latter, as a purposive criterion, presupposes as solved the alternative between a network geared to the benefit of all or only a few. Entrust the regulation to the uncontrolled self-regulation shifts the balance to the benefit of private power - media companies, content providers and other net's Giants - undermining social cohesion and territorial equilibrium. Therefore, the Author suggests to the reader a different perspective. On the one hand, it is binding to assign to the self-regulation the objectives of substantial equality and maximum expansion of individual freedoms; on the other, it is spontaneous for what concerns the methods of implementation of the goals, trying to hold together fairness and individual freedom.

* Il presente lavoro è tratto dal volume di G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Jovene, Napoli, 2012, in particolare dal cap. I, che ha richiamato l'attenzione anche del recensore, G. PITRUZZELLA, *Principio di uguaglianza e Internet: verso una misura di equilibrio*, in *http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/temi_attualita/diritti_liberta/0040_pitruzzella.pdf*.

** Professoressa di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

1. Quale è il diritto giusto per Internet?

Nella vita di tutti, Internet è una realtà pervasiva e onnipresente. Non solo nella manifestazione del pensiero e nella comunicazione, ma nel lavoro, nell'apprendimento, nello studio e nella ricerca a ogni livello, nella formazione professionale, nella tutela della salute, nella fruizione di servizi, nel tempo libero, nel gioco. Dal telelavoro alla medicina a distanza, dal commercio all'impresa *online*, Internet ha già cambiato – e ancor più cambierà secondo il ritmo di una innovazione tecnologica che non si arresta – le concrete condizioni in cui vivono e operano persone, famiglie, soggetti pubblici e privati di ogni dimensione e natura. I *social networks* hanno modificato l'essere comunità e i rapporti interpersonali. E con la dimensione individuale è cambiata quella collettiva. Cambia la politica, dove la competizione per *leadership* e candidature trova in Internet uno strumento ormai essenziale, e la comunicazione in rete si sovrappone e si sostituisce ai modi tradizionali, ai comizi, alle assemblee. Dalla campagna presidenziale negli Stati Uniti, all'emergere di *newcomers* che sconvolgono gli assetti tradizionali del sistema politico, la rete svolge un ruolo insostituibile. Come accade, dove c'è un dissenso verso pulsioni autoritarie di regime, che trova in Internet la prima trincea. Come è accaduto in momenti rivoluzionari, dove la rete ha reso possibili i movimenti di massa che hanno travolto regimi fino a pochi anni addietro all'apparenza granitici. Tutto questo nel volgere di un tempo breve, con un ritmo imposto dall'evoluzione tecnologica. Un potente mago, con la bacchetta offerta dalla rete, gli *smartphone*, i *tablet*, i *computers*, ha cambiato il mondo, e noi con esso.

Nella nostra esperienza, avvertiamo questa realtà come vera. E vediamo nella rete un potente strumento di universalità e di eguaglianza. Libertà e diritti non sono più misurati solo sul metro concesso dalle discipline applicabili nel luogo di vita e di lavoro. Esiste un termine di paragone che un tempo sarebbe stato noto a pochi, offerto oggi dalla rete a tutto il popolo dei "netizens": è quel che accade altrove. In luoghi lontani, che forse non abbiamo mai visto, o che magari nemmeno sapevamo esistessero, tra persone che non conosciamo e mai conosceremo. Se c'è qualcuno più libero di noi, o i cui diritti sono meglio garantiti, lo sapremo. Se c'è qualcuno privato delle sue libertà, dei diritti, o persino della vita per motivi che consideriamo spregevoli, lo sapremo. Conosceremo lo straniero di cui condividiamo in rete la vita come conosciamo il nostro vicino, osservando le diversità e così inizieremo a comprenderle. Ed è solo dalla consapevolezza delle diseguaglianze che può venire la domanda di eguaglianza. È questo il senso primario di Internet come il più grande spazio pubblico della storia.

Ma esiste anche una realtà contrapposta. Un recente rapporto OSCE[1] riferisce di

[1] OSCE, *Freedom of Expression on the Internet*, luglio 2011, in *http://www.teutas.it/altre-fonti/altri/836-osce-report-freedom-of-expression-on-the-internet-.html*: «The past few years have shown that more people access the Internet, more content is made available online and more states feel obliged to regulate online content. […] Governments are particularly concerned about the availability of terrorist propaganda, racist content, hate speech, sexually explicit content, including child pornography, as well as

una pressione crescente verso forme di regolazione restrittiva di Internet, in vista di obiettivi molteplici, che vanno dalla lotta al terrorismo alla disciplina delle attività commerciali, dal contrasto a reati comunemente ritenuti esecrabili come la pedopornografia alla difesa di valori religiosi o culturali identitari. Obiettivi diversi, che danno luogo a discipline diverse a dimensione statale: ogni Stato cerca la propria specifica regolamentazione di Internet. Il controllo di Stato, dunque, segue da vicino la crescente pervasività di Internet.

Emerge una singolare contraddizione. Da un lato, universalità, espansione prima impensabile di diritti, e eguaglianza oltre gli argini di territorio; dall'altro, discipline restrittive e differenziate Stato per Stato. Un contrasto reso stridente dalla natura dell'innovazione tecnologica. Un tempo, la separatezza territoriale inevitabile si traduceva in una diversità altrettanto inevitabile, e dunque fisiologica. La censura sulla stampa in uno Stato non era annullabile dall'accesso alle notizie liberamente circolanti di là del confine. La bassa qualità di un insegnamento universitario non sarebbe stata ovviata da un corso *online*, magari tenuto a migliaia di chilometri di distanza. L'insufficienza di un sistema sanitario non sarebbe stata corretta da un sistema di diagnosi a distanza e di telemedicina. La distanza e l'esclusione sociale di zone isolate e difficili da raggiungere non sarebbero state istantaneamente superate premendo un tasto su un computer. Come la solitudine dell'emigrante non sarebbe stata mai temperata dal Voip[2]. La consapevolezza del mondo globale resa possibile dalla rete spiega perché il contrasto più forte a una libera rete viene dagli Stati che avvertono come pericoloso il confronto con culture fondate su valori diversi e visti come incompatibili. È proprio il riconoscimento di Internet come grande spazio pubblico che rende lo scontro inevitabile. Assistiamo a un'inedita guerra tra il bene e il male, una nuova versione di *cold war* fondata non sul confronto delle armi tra imperi geopolitici, ma sulla competizione intrinseca nella potenzialità espansiva delle idee.

Per il giurista tutto questo si traduce in una domanda: qual è il "diritto giusto" per Internet? Una normazione autoritativa, o una *self-regulation*? Una disciplina restrittiva, o a maglie larghe? O magari una totale assenza di regole? Queste domande attraversano il dibattito sulla rete, e non trovano una risposta univoca e generalmente condivisa.

A mio avviso, il diritto giusto per Internet non può che riflettere le caratteristiche fondamentali della rete. La aterritorialità della rete non deve essere letta come mancanza di un proprio territorio, sicché se ne giustifichi il contenimento nella dimensione geografica dei singoli Stati. Un territorio di Internet esiste, anche se virtuale: è il territorio geneticamente unico e globale. Da questo punto di vista il diritto più giu-

---

state secrets and content critical to certain governments or business practices. […] "Harm criteria" remain distinct within different jurisdictions with individual states deciding what is legal and illegal based upon different cultural, moral, religious and historical differences and constitutional values».

[2] L'acronimo sta per "voice over Internet": un sistema di comunicazione a distanza di voci e immagini che si trasmettono tramite Internet, non tramite la rete telefonica. Questa diversità di mezzo, non necessariamente di prestazione resa all'utente, comporta per l'imprenditore una diversa qualificazione giuridica e, quindi, la soggezione a regole non omogenee.

sto per Internet è il diritto il più possibile eguale. Una regola che non sia determinata – o sia determinata nella minima misura possibile – dai confini geopolitici. E il contenuto della regola non può non rispettare quel che si mostra come connotato essenziale della rete, e cioè la capacità espansiva che essa trasfonde nei diritti e nelle libertà classiche. Quindi, una regola eguale e liberale, che si applichi a quel che è il popolo della rete: i "netizens", tutti quelli che acquisiscono con l'accesso alla rete l'equivalente della cittadinanza nel mondo virtuale. Una disciplina ideata e applicata da strutture di *governance*, democratiche e rappresentative della pluralità degli attori sociali a vario titolo operanti in Internet, che riflettano l'universalità della rete e la sua intolleranza a quei confini. La "legge" di Internet deve essere per una parte definizione autoritativa, e per l'altra autodeterminazione e *soft law*, e quindi in una parola, *co-regulation*, al fine di rispettare la multiforme e fluida realtà che viene dalla continua evoluzione tecnologica.

Dunque, Internet dovrebbe poter contare su proprie regole, che sarebbe un errore ridurre nel "diritto dei privati"[3] per la presenza di una volontà normativa pubblica; questa combinazione dalle proporzioni variabili di diritto spontaneo e di regole imperative esclude l'accostamento della rete a un ordinamento giuridico originario, che come tale non tollera ingerenze altrui, a meno che non le voglia. Piuttosto, la rete sembra condividere con l'ordinamento derivato[4] la ripetizione della legittimità dei suoi atti da un ordine giuridico sovrano. Quest'ultimo abilita Internet a creare diritto oggettivo verso tutti, a condizione di osservare i requisiti di validità dettatigli dall'ordinamento riconoscente[5].

Questo rapporto di dipendenza è una relazione tra distinte entità: da un lato quella derivata, Internet; dall'altro quella derivante, il termine soggettivo che genera dipendenza, perché non si è indipendenti o dipendenti e basta[6], lo si è sempre nei con-

---

[3] L'espressione molto felice si deve al lavoro di W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Giuffrè, Milano, 1963, *passim*. Sono norme che si nutrono delle idealità di base, "stanno in un *continuum* con norme etiche": così J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, trad. it., vol. II, Il Mulino, Bologna, 1986, p. 1036.

[4] La letteratura americana può esibire opinioni differenti quanto alla veste giuridica di Internet. Tra i sostenitori della rete come realtà *extra-ordinem*, allergica, quindi, a ogni forma regolativa si veda: D. R. JOHNSON, D. POST, *Law and Borders. The rise of law in Cyberspace*, in *Stan. L. Rev.*, 48, 1995-1996, in part. p.1370 ss. Tra coloro che ritengono possibile la duplicazione in Internet delle esperienze tratte dal mondo concreto: E. COHEN, *Cyberspace as/and Space*, in *Colum. L. Rev.*, 107, 2007, in part. p. 216; T. S. WU, *Cyberspace sovereignity? - The Internet and the international system*, in *Harv. Jour. L. Tecn.*, 10/1997, p. 662-665. Ancora una posizione diversa è quella di chi sostiene il ricorso alla *self-regulation* contenuta in una cornice disegnata in anticipo da un Legislatore, non meglio identificato, tra i primi, cfr.: L. LESSIG, *Code Version 2.0*, Perseus Books Group, New York, 2006, p. 290 ss.

[5] P. GROSSI, *Un diritto senza Stato*, già in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXV, Giuffrè, Milano, 1997, poi in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 290, valorizza l'autonomia come "motore primo" di un numero illimitato di ordinamenti minori e la completa col concetto di dipendenza. Ne consegue che l'ordinamento autonomo, in quanto soggetto derivato da quello originario, non potrà decidere da sé le regole del suo funzionamento o le condizioni di legittimità dei suoi atti, dovendosi attenere a quelle eteroimposte.

[6] Chiare le parole di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, (1ª ed., 1918), 3ª ed., Sansoni,

fronti di un altro: ma chi è questo altro per Internet?

A questa, come ad altre domande, cercherò di rispondere nel lavoro.

In conclusione, siamo dinanzi a un dover essere lontano dall'essere? Certo, oggi l'ipotesi di un diritto globale ed elastico volto a massimizzare le potenzialità di Internet è una proiezione astratta e di principio, che esprime una precisa scelta di valori, e che si scontra non di rado con una realtà diversa. Ma questo non esime il giurista dall'esserne consapevole, e dall'orientare la propria riflessione nel senso opportuno. Per il giurista, accanto alla lettura del diritto che esiste, si pone appunto sempre la domanda su quale sia il diritto giusto. Anche per Internet.

2. Quale self-regulation *per Internet?*

Personalmente, non mi convince l'identificazione di Internet nel "heaven of the self-regulation", tesi[7], questa, che si basa sull'assunto indimostrato dell'idoneità dell'autoregolazione a creare *ex nihilo* un ordine equilibrato, cioè un complesso sistematico di regole dirette a orientare le condotte dei consociati versi fini comuni prestabiliti. È, infatti, tutta da dimostrare la capacità della rete di proteggere categorie meritevoli di tutela aggiuntiva. Invero, i minori, i cittadini della rete o i nuovi operatori economici uscirebbero perdenti da una negoziazione con i gruppi privati forti, perché le loro legittime aspettative verrebbero sacrificate da regole, formalmente concordate, ma sostanzialmente disequilibrate nella misura di contemperamento degli opposti interessi.

Ne sia prova il fatto che il legislatore europeo quando ha deregolato intere materie, non le ha girate in bianco all'autoregolazione, ma le ha parzialmente disciplinate con principi-guida, obiettivi-orientatori e norme prescrittive in modo da contenere in un perimetro normativo l'autonomia decisoria del regolatore privato.

Il legislatore europeo ha, dunque, evitato il ricorso incondizionato al diritto consensuale in presenza di interessi contrapposti e riferibili ad attori sociali non equiordinati, le cui diverse fortune iniziali avrebbero neutralizzato l'effetto equilibratore dell'accordo, che funziona bene con contraenti pariordinati sin dall'inizio. In assenza di questo presupposto, il contratto normativo non può bastare da solo, perché la parte forte orienterà le trattative e quindi l'accordo finale a suo vantaggio. Diventa pertanto necessario un intervento eteronomo che pareggi le disuguaglianze con norme

---

Firenze, 1977, in part. il cap. II., *passim*, che all'equazione "un solo diritto per un solo Stato" sostituisce una pluralità di diritti corrispondenti a una molteplicità ordinamentale. Nei *Frammenti di un dizionario giuridico*, (voce *Autonomia*), Giuffrè, Milano, 1947, p. 29, l'Autore ritorna sul tema aggiungendo che il carattere specifico dell'autonomia di un soggetto risiede, non tanto nell'elemento volontaristico, quanto nel fatto oggettivo del suo venire in essere come entità con «certi requisiti di indipendenza e, nello stesso tempo, di dipendenza, cioè di limitata indipendenza da un altro ordinamento», quello originario e sovrano.

[7] La paternità della tesi si deve all'*Electronic Frontier Foundation*, il cui *leader*, L. P. Barlow, arrivò a sostenere che «Governments of Industrial World, you weary giants and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. Yet are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather».

asimmetriche benevole per il contraente debole, ma odiose per quello forte, perché annullano il vantaggio che lui vorrebbe conservare.

Qualsiasi valutazione sulle attitudini protettive della autoregolazione - su cui mi soffermerò nel corso del lavoro – impone una riflessione preliminare sul concetto stesso di autoregolazione.

2.1. Una self-regulation *pura?*

Condurrò questa riflessione riferendomi alla *self-regulation* come "tipo" regolativo, privilegiando la ricerca di attributi comuni che la accompagnano a prescindere dal suo ambito materiale di intervento. Poi mi interrogherò se sia necessario individuare un modello autoregolativo *ad hoc* in ragione delle peculiarità di Internet che comporti deroghe al "tipo" generale di riferimento.

La *self-regulation*, termine polisemico[8], abbraccia atti anche molto diversi, il cui denominatore comune è dato dalla coincidenza soggettiva tra l'autore delle regole e i suoi destinatari. Tale sintesi soggettiva da elemento strutturale dell'atto regolativo si converte in un attributo dell'efficacia, che in obbedienza alla regola civilistica della relatività vincolerà solo le parti negoziali, coincidenti con l'ambito associativo che si autoregola. Questo modello di regolazione non integra l'ordinamento giuridico; quindi, non crea diritto oggettivo; in sintesi, non è fonte del diritto, con tutto ciò che ne segue in termini di disciplina giuridica.

Quando la dualità soggettiva si semplifica nell'unità del regolatore/regolato il difetto di imperatività delle regole[9] è una mancanza lieve, che non compromette la forza "conformativa debole" dei suoi precetti, in quanto l'autoregolazione potrà contare su un'effettività naturale delle regole consigliate. Infatti, chi detta norme a se stesso è più incline a osservarle – proprio perché i limiti alla sua libertà nascono da un proprio atto di volontà – di quanto lo sarebbe nei confronti di vincoli impostigli dal potere pubblico, non a caso completato dalla forza cogente della sanzione.

2.2. Oppure la co-regulation*?*

La dottrina, prevalentemente straniera, ha coniato per l'autoregolazione l'espres-

---

[8] Sia consentito nel merito, ma anche per la prospettazione dei diversi punti di vista di pubblicisti e civilisti sul tema, il rinvio a G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Giappichelli, Torino, 2005, capitolo quarto.

[9] L'assenza di forza legale non esclude la rilevanza giuridica riflessa della *soft-law*, *ex multis*, si ricordano: F. SNYDER, *Soft law and institutional practice in the European Community*, in S. MARTIN (*ed.*), *The construction of Europe: essays in Honour of Emile Noël*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1994, p. 198; D. THÜRER, *The role of soft law in the actual process of european integration*, in O. JACOT-GUILLARMOND, P. PESCATORE (*eds.*), *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?* Schultess Polygraphischer Verlag, Zürig, 1990, p. 131; C. A. MORAND, *Les recommandations, les résolutions et lesa vis du droit communautaire*, in *Cah. Dr. Eur.*, vol. 6, 2/1970, p. 626 ss.

sione di "umbrella concept"[10] a sottolinearne una fisionomia mutevole in forza dei destinatari o della funzione[11]. Ai fini del mio ragionamento, sarà preferibile che questa flessibilità sia coniugata, invece, in base alla variabile dell'efficacia soggettiva.

Dell'autoregolazione con effetti limitati alle sole parti ho già detto prima; qui, l'istituto viene richiamato per sottolineare la sua distanza dal negozio normativo[12] con forza conformativa nei confronti di un ambito soggettivo più ampio della categoria sociale di riferimento. Quest'ultimo, infatti, pone problemi di compatibilità col sistema delle fonti, qualunque sia l'ordinamento di appartenenza, perché i soggetti obbligati a rispettare norme non volute vivono una condizione analoga a quella del cittadino tenuto a osservare i precetti ordinati dal potere autoritativo. L'unica differenza che corre tra l'eteronomia, cioè le regole del Principe, e l'autoregolazione dei regolati con efficacia *erga omnes*, interessa l'autore: nel secondo caso un privato, il quale non potrebbe disporre dell'altrui sfera giuridica, in assenza della necessaria legittimazione politica, che, invece, assiste l'autorità pubblica[13].

A prescindere dall'ordine giuridico di riferimento, nazionale, comunitario o internazionale, tali atti appaiono illegittimi in base al generale principio di autonomia negoziale (di cui sono espressione e, al tempo stesso, violazione): la sua accezione positiva riconosce al singolo il potere di dettare regola ai propri interessi, ma quella negativa, il suo lato speculare, gli assegna altresì il potere di respingere le limitazioni alla propria sfera giuridica provenienti da atti negoziali altrui.

L'esperienza europea conferma questo giudizio negativo quanto a un uso troppo disinvolto della *self-regulation* che, come disciplina privata, non dovrebbe avere effetti nella sfera giuridica di chi è terzo rispetto all'accordo normativo. L'Unione, attenta a questo profilo, ha prescritto stringenti condizioni di legittimità cui si deve attenere la *self-regulation* con ambizioni di legge *erga omnes*. Esse riguardano la procedura, la natura sostanziale dell'atto e il suo rapporto con l'eteronormazione, e si possono sintetizzare nelle seguenti necessità: condivisione del momento deliberativo del negozio normativo con tutte le parti del rapporto sostanziale da regolare; anticipazione del negozio ad opera di un atto di eteronomia; e, infine, secondarietà del negozio al comando politico, il quale non potrà mai essere preceduto dal primo, neanche in caso di sua assenza[14].

---

[10] L'espressione di deve a L. SENDEN, *Soft law in european community law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, p. 110.

[11] A livello di ordinamento comunitario, una tenue linea di confine la separa dalla *soft-law*, la quale, diversamente dalla prima, si può rivolgere ai cittadini europei, privi di pretese cogenti in virtù dell'atto, come agli Stati membri, non obbligati a conformare la normativa interna al diritto debole. Sia consentito il rinvio al mio lavoro, *Soft law* (voce), in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, diretta da S. PATTI, Il Sole 24 ore, Milano, 2008, *passim*.

[12] Per tutti nella dottrina civilistica italiana: G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Cedam, Padova, 1994, p. 188 ss., con buoni riferimenti anche alla letteratura straniera.

[13] Cfr.: C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, p. 4, l'Autore a ragione legge nella nuda attribuzione del potere normativo a un privato un *vulnus* al principio di uguaglianza per le ragioni prima esposte.

[14] Commissione Europea, *2009 Report on Subsidiarity and proportionality. 16th Report on Better*

Questo secondo tipo di *self-regulation* vanterebbe anche un nome proprio, *co-regulation*, almeno così la chiamano quegli autori che vogliono sottolineare la partecipazione necessaria del soggetto pubblico alla produzione spontanea del diritto. La *co-regulation* ricorre all'autorità perché rivendica l'attitudine a conformare una pluralità astratta e indeterminata di rapporti intersoggettivi, lasciandosi dietro la relatività negoziale superata con l'efficacia generale, propria della fonte del diritto.

Stiamo osservando una figura ibrida: in parte a genesi naturale, il diritto dei privati, la cui provenienza dal basso la accosta alla *self*; in parte imperativa per la presenza del soggetto autoritativo, che cede la forza tipica dei suoi atti dietro la riduzione dell'autonomia negoziale degli autori privati.

L'ordinamento anglosassone, attento a queste forme di interazione pubblico-privato, ha letto un rapporto di proporzionalità diretta tra la presenza pubblica e il regime giuridico dell'atto, nel senso che al crescere del coinvolgimento autoritativo alla funzione normativa privata corrisponde un progressiva cessione all'atto privato della forza propria della legge.

Così si va da una partecipazione minima del potere pubblico che si limita a minacciare l'uso della legge se i privati non si autoregolano, meglio definita come "coerced private regulation"[15], fino alla sua estrema manifestazione che impone al privato un preciso obbligo regolatorio. In particolare, quest'ultima forma, "mandated private regulation"[16], prevede sanzioni imperative per l'inosservanza delle regole autodettate e riserva allo Stato avanzati poteri di controllo preventivi e successivi sull'atto privato. In questo caso di privato rimane ben poco, eccezion fatta per l'autore delle regole, il quale è presente, non a titolo individuale, ma come un delegato dello Stato per assolvere un compito pubblico, al quale lo Stato ha reputato idoneo anche un suo cittadino. Quindi, in questa ipotesi limite il diritto dei privati si sottrae alla funzione civilistica diretta alla costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale tra soggetti determinati per scivolare verso l'esercizio di una pubblica funzione, quella normativa, doverosa nell' *an* e conformata nel *quomodo* da quel soggetto pubblico, che non è affatto uscito di scena, ma ha solo cambiato le modalità del suo stare sul mercato delle regole.

Così il pensiero inglese recupera la filosofia di fondo che aveva suggerito a Hart[17] un concetto di Legge disponibile al principio del «involvement government actually devolves to private actors», che testimonia la rinuncia dello Stato alla pretesa di esaurire in sé ogni manifestazione della giuridicità, perché esiste anche un diritto non concepito dalla sua volontà autoritativa, ma da essa fatto proprio in un successivo

---

Lawmaking covering the year 2008, COM (2009) 504, *Cons*. 17, in *http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/reports_en.htm*.

[15] Può risultare utile la schematizzazione riportata da C. T. MARSDEN, *Internet Co-Regulation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 52.

[16] Dovuto il rinvio a J. BLACK, *Constitutionalising self-regulation*, in *Mod. L. Rev.*, vol. 59, 1/1996, p. 25 ss.; R. BALDWIN, M. CAVE, *Understanding regulation*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 125, privilegiano un'impostazione generale, e, quindi, meno dettagliata di quella offerta dalla Black.

[17] H. L. A. HART, *The Concept of law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, *passim*.

momento. Insomma, lo Stato non è più l'unico autore della regola e l'assunto che al di fuori dell'ordinamento esista solo illiceità o irrilevanza giuridica[18] lascia spazio alla *co-regulation*: «[…] the public use of private organized interests requires a strong rather than a weak state […] this has to be accompanied by a simultaneous acquisition by the state of a capacity to design, monitor, and keep in check the new self-regulating systems»[19].

Quindi, con la *co-regulation* si ripropone l'antico e mai sopito conflitto tra autorità e libertà, uno scontro in cui si consuma da un lato, il tentativo di un ordinamento di aprirsi ai privati senza rinunciare a ideare il progetto politico-regolatorio, di cui conserva la responsabilità ultima; dall'altro, l'accettazione da parte dei privati di un metodo ispirato al *self-restraint*, il prezzo da pagare per l'imperatività e la generalità delle proprie regole, altrimenti volontarie e relative.

3. La self-regulation *è al servizio del bene comune?*

Le garanzie europee prima ricordate sono indispensabili, in quanto l'autoregolazione non è in grado di proteggere di per sé valori oggettivi, se non eteroguidata in tale direzione. Quindi, la sua attitudine, per niente scontata, ad attendere compiti sociali va sottoposta a verifica in ragione del "tipo" specifico di potere autoregolativo di volta in volta esercitato.

Pertanto, se una certa fattispecie di *self-regulation* ha contemplato una partecipazione negoziale limitata a una sola parte del rapporto sostanziale da regolare, la disciplina risulterà sbilanciata a favore di questa, pur vincolando anche le parti escluse dalle trattative del negozio normativo.

Le esperienze autoregolative, nazionali o straniere, a gestione solitaria hanno prodotto regole egoistiche: un esempio era il nostro «Codice di autoregolazione Internet e minori»[20]. L'atto, infatti, introdusse una disciplina favorevole agli *Internet providers*, risultato inevitabile stante la sua provenienza solitaria. A ciò si aggiunga che la sua natura negoziale gli negava la forza cogente della legge, privando di ogni efficacia punitiva le sue già deboli sanzioni. Queste si risolvevano, dunque, in misure reattive interne al rapporto endoassociativo tra *provider* e associazione di categoria, quali, ad esempio, il divieto al *provider* di usare il marchio di qualità, riservato

---

[18] Limpide le parole di P. GROSSI, *Un diritto senza Stato*, già in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXV, Giuffrè, Milano, 1997, ora in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 290.

[19] A. W. STREECK, P. C. SCHMITTER, *Community, market, state – and associations? The prospective contribution of interest governance to social order*, in W. STREECK, P. C. SCHMITTER (*eds.*), *Private interest government: beyond market and State*, Londra, 1985, p. 26.

[20] Codice di autoregolamentazione "Internet e minori", reperibile in: *http://www.privacy.it/codinternetminori.html*. Per un commento, si legga il *paper* della Fondazione Ugo Bordoni, *Codice di autoregolamentazione "Internet e minori"*, 2003, (disponibile in *http://www.osservatoriominori.org/files/codice_internet_minori.pdf*) e ivi per la bibliografia richiamata. Per un raffronto tra queste due esperienze autoregolative, si veda G. DE MINICO, *Il* favor constitutionis*: realtà o fantasia?*, in *Pol. Dir.*, 2-3/2012, in part. p. 242-244 e 253.

solo a chi avesse osservato il codice. In sintesi, un codice incapace di attendere compiti protettivi nei confronti delle fasce deboli; lo dimostrò la sua progressiva inoperatività, che non affievolì la tutela dei minori, che evidentemente non era stata rafforzata dalla sua emanazione.

L'esempio nazionale si inserisce perfettamente nel panorama internazionale, che presenta una diversificata casistica di modelli negoziali dannosi per il contraente debole: dalle autodichiarazioni sull'età di chi s'iscrive alle comunità virtuali, reputate da Facebook valide esimenti dall'accertamento sull'effettiva età dell'utente[21], alle clausole di esonero da responsabilità per contenuti illeciti ospitati da Youtube e Google, complici le obsolete definizioni di *broadcaster* inapplicabili a chi a rigore non sarebbe riconosciuto autore dei palinsesti perché confezionati da altri[22]; dalle presunzioni di coincidenza tra la legittimazione legale e la situazione effettiva rispetto ai codici delle TV *on demand* [23]alle esimenti da responsabilità per il contraente forte accordate dagli utenti su diritti inviolabili, non suscettibili dunque di atto dispositivo[24].

Ma non era nell'ordine delle cose che si producesse una misura regolativa di equilibrio, essendo mancato, non solo il contratto come momento compensativo delle contrapposte pretese delle parti, ma anche l'eterodirezione dell'autoregolazione verso fini obiettivi. Con ciò non intendo svalutare il necessario consenso, ma neanche assegnargli una funzione che non gli compete, perché il *consensus in idem placitum* non basta a conseguire il bene comune. In compagnia con la dottrina anglosassone[25],

---

[21] La normativa sull'inserimento e l'utilizzo dei dati da parte di Facebook è reperibile all'indirizzo: *http//it-it.facebook.com/about/privacy/*.

[22] La Direttiva 2010/13/UE, che nel *Cons*. 4 aveva posto la correlazione tra l'omogeneità dei contenuti e la relativa disciplina dei mezzi, nell'art. 1, lett. *a*) sembra dimenticare la sua premessa, stabilendo che «Per siffatto servizio di media audiovisivo si intende una trasmissione televisiva come definita alla lettera *e*)», cioè «fornito da un fornitore di servizi di media per la visione simultanea di programmi sulla base di un *palinsesto* di programmi» (corsivo mio). In proposito, le faq interpretative dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni si conformano all'orientamento europeo nell'escludere i siti aggregatori di contenuti dal *genus* dei fornitori di servizi (*http://www.agcom.it/Default.aspx?message=contenuto&DCId=481*). Sulla contraddizione della Direttiva che «[…] non mantenne la promessa e lasciò pressoché invariata la diversità dei contenuti in ragione del mezzo impiegato» sia consentito il rinvio a G. DE MINICO, *Sul broadcasting etichette giuridiche ormai superate*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 aprile 2012.

[23] Tale problematica è estranea al mio tema di indagine, ma per una chiara comprensione degli intrecci tra il tecnicismo dei codici di accesso e la presunta tutela dei minori si rinvia a: M. AVVISATI, *I minori e la* governance *dei soggetti istituzionali*, in G. DE MINICO (a cura di), *Nuovi* Media *e Minori*, Aracne, Roma, 2012, in corso di pubblicazione.

[24] Il caso è illustrato nel lavoro di F. DONATI, *I nuovi mezzi di comunicazione e la tutela dei principi costituzionali*, in A. CIANCIO, G. DE MINICO, G. DEMURO, F. DONATI, M. VILLONE (a cura di), *Nuovi mezzi di comunicazione e identità. Omologazione o diversità?*, Aracne, Roma, 2012, con richiami anche alla giurisprudenza europea, da cui l'Autore costruisce il suo ragionamento sull'illegittimità di tali clausole perché incidenti su situazioni soggettive che, come diritti inviolabili, non si prestano a essere negoziati neanche dal loro titolare.

[25] J. KAY, J. VICKERS, *Regulatory reform: an appraisal*, in G. MAJONE (*ed*.), *Deregulation or re-regulation? Regulatory reform in Europe and the United States*, Londra-New York, 1990, p. 239 ss.

ritengo che la realizzazione del *common good*, se non affidata alle regole imperative precedenti la *self-regulation*, rischia di essere un evento futuro e incerto, rimesso nella sua realizzazione all'occasionale coincidenza con gli interessi dei gruppi privati[26]. E anche se «the parties can be counted on to assert their own interests and those of the organizations they represent, what assurance is there that they can represent the interests of society at large?» [27].

La dottrina americana[28], delusa da un'autoregolazione egoistica, ha incontrato quella anglosassone sul terreno comune della necessità di una presenza pubblica che orienti in anticipo la *self-regulation* e, al tempo stesso, detti regole immediatamente prescrittive[29]; ne risulterà una *self-regulation* a vocazione limitata perché destinata a continuare il discorso politico intrapreso dalla prima, non anche ad avviarlo *ex novo*.

4. Il Legislatore della self-regulation.

Nella mia ricostruzione la *self-regulation* perde il prefisso *self*, sostituito da "co", quando è anticipata da una cornice eteroimposta.

La domanda che la *co-regulation* pone è la seguente: chi potrà essere il Legislatore di questa autoregolazione corretta per Internet?

La domanda non andrebbe distinta dal più generale interrogativo sull'identità del legislatore che orienta i processi consensuali, se solo la materia da disciplinare potesse essere delimitata entro un preciso ambito territoriale, e, come tale, ricadere nel-

---

«They *(cioè i gruppi privati di interesse*) may claim that their objectives are in line with the public interest, but wheter or not this is so will depend on the frameworks in which they operate» (aggiunta esplicativa in parentesi è mia). Anche M. OLSON, *The logic of collective action*, Cambridge, 1965, in part. il cap. II, esprime seria preoccupazione per i valori sociali, che rischiano l'inattuazione, se la loro realizzazione è nella disponibilità dei gruppi privati organizzati.

[26] L'espressione "private interest governments" si deve a W. STREECK, P. C. SCHMitter, *Community, market, state – and associations? The prospective contribution of interest governance to social order*, in W. STREECK, P. C. SCHMITTER (*eds.*), *Private interest government*, cit., p. 16 ss. Questa denominazione rimanda a un agire autoreferenziale delle autorità private al punto che «[…] the public use of private organized interests requires a strong rather than a weak state […] this has to be accompanied by a simultaneous acquisition by the state of a capacity to design, monitor, and keep in check the new self-regulating systems» (p. 26).

[27] Così J. FIORINO, *Regulatory negotiation as a policy process*, in *Publ. Adm. L. Rev*., vol. 48, 4/1988, p. 769. Sul tema sono intervenute più voci che, con toni diversi, chiedono la presenza di un regolatore pubblico a garanzia del bene comune; sul punto si vedano anche: M. SEIDENFELD, *A civic republican justification for the bureaucratic state*, in *Harv. L. Rev*., vol. 105, 5/1992, p. 1560 e, con anticipo, R. A. SCHOTLAND, *After 25 Years: we come to praise the APA and not to bury it*, in *Admin. L. Rev*., vol. 261, 24/1972, p. 266.

[28] È doveroso il rinvio alla lezione di L. LESSIG, *Code Version 2.0*, cit., p. 290, illustrata al paragrafo 6.1. di questo capitolo.

[29] Una proposta ben articolata, oltre l'insegnamento di Lessig, si deve a: C. D. RAAB, P. DE HERT, *Tools for technology regulation: seeking analytical approaches beyond Lessig and Hood*, in R. BROWNSWORD, K. YEUNG (*eds.) Regulating technologies*, Hart publishing, Oregon, 2008, p. 263 ss.; ulteriori osservazioni si devono a: A. MURRAY, *Information technology law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 62-66.

la giurisdizione domestica degli Stati. L'interrogativo è d'obbligo, invece, in questo caso per la naturale aspazialità della rete, peculiarità, questa, che si riflette sulle condotte che, se pur disciplinate e perfezionatesi in un territorio delimitato, diffonderanno i loro effetti simultaneamente nello spazio globale della rete. Sarebbe sufficiente proibire quella condotta in uno Stato, se poi altri Stati la ammettessero? Certamente no: si pensi alla diffusione di materiale pedopornografico vietato in uno Stato, ma ammesso in altro, con la conseguenza che chi volesse visitare il sito che lo ospita, ancorché residente nello Stato proibente, si connetterà con un *server* collocato nello Stato permissivo; il divieto sarà così aggirato e vanificata la disciplina più restrittiva, pregiudicando l'uniforme protezione dei minori e alterando la parità di condizioni del mercato.

Questo, e gli innumerevoli altri esempi, sollecitano una regolazione sì sovrana, ma con un'operatività tale da abbracciare la totalità dello spazio coperto dalla rete, senza lasciare nessuna zona d'ombra, perché quest'ultima sarebbe il terreno ideale per comportamenti e condotte altrove proibiti.

Il nostro ragionamento intorno al Legislatore ritorna sul concetto di ordinamento, evocato nelle pagine iniziali, e ora richiamato come criterio necessario per individuare il Legislatore supremo della rete. Aver accostato Internet a un ordinamento giuridico derivato pone la questione identitaria del soggetto originario, da cui la rete trarrebbe, non la sua genesi, spontanea in quanto ordine naturale, ma il riconoscimento in termini di cogenza generale delle sue regole.

Un chiarimento si impone. Il progressivo degradare del monopolio statale nella costruzione della giuridicità verso forme di contitolarità della funzione normativa non può però essere imputato a Internet. Lo Stato, infatti, aveva da tempo rinunciato alla sua esclusiva nella produzione del diritto a favore del diritto dei privati; aveva poi accettato i limiti derivanti dalla sua appartenenza a ordinamenti sovranazionali e, infine, condiviso il compito normativo con i suoi enti territoriali minori. Fermo restando tutto ciò, è però innegabile che Internet abbia costretto la sovranità statale a confrontarsi con un diritto "oltre lo spazio"; un ossimoro giuridico se l'unico modello sono le regole a competenza territoriale delimitata. Del resto la funzione primaria assolta dal territorio, fotografare l'ambito soggettivo dei regolati, è un fattore giuridico esclusivo della quotidianità, non trasportabile nella virtualità di Internet, il cui popolo, quello dei naviganti, non s'identifica in ragione di uno stare permanentemente in un certo spazio geografico, ma in forza della virtù opposta: il suo peregrinare continuo da un nodo all'altro della rete. Insomma, se i cittadini di Internet sono un popolo di zingari, questo nomadismo renderà la territorialità un attributo non solo superfluo, ma addirittura dannoso al suo ordine giuridico, perché impedirebbe alla sua disciplina quella portata precettiva transfrontaliera che invece dovrebbe possedere.

Per proprietà transitiva se Internet è incompatibile con la materialità dello spazio fisico, lo sarà anche il suo Legislatore, diversamente la parzialità delle discipline segmentate per ambiti geografici vizierà, non l'autoregolazione di Internet tendenzialmente universale, ma il suo legislatore sovraordinato. Ne consegue che anche

l'ordine giuridico supremo potrà al limite vantare uno spazio, se inteso nell'accezione inedita di mescolanza, sovrapposizione e fusione degli ambiti territoriali delimitati e infungibili dei singoli Stati in un ordine comune in cui ciascuno ritrovi parte di sé.

E se "il senza confini" è l'attributo immancabile di questo nuovo *ordo iuris*, non potranno essere gli Stati o l'Unione il candidato ideale al ruolo di suo Legislatore[30] sovraordinato, impedendolo la pregiudiziale di una sovranità condizionata spazialmente, ma la comunità internazionale, nella sua interezza o in un'articolazione minore, ancora da disegnare[31].

5. Gli attributi dell'eteronomia di Internet.

Completerò il discorso intorno alle regole imperative con gli ulteriori caratteri che questa regolazione affidata alla comunità sovranazionale dovrebbe possedere.

a) Quanto al contenuto di queste regole, si sconsiglia la mera riproduzione dei precetti propri dei mezzi diffusivi tradizionali. L'esperienza americana in proposito - la nostra riflessione si è formata sui casi Reno *vs*. ACLU[32] e sui precedenti - ci ha insegnato che non funziona trasferire *sic et simpliciter* alla realtà di Internet le regole nate nel contesto materiale. Lo dimostra il suo esito, che oscillerà da un eccesso normativo per tutelare i più deboli, con il sacrificio sproporzionato delle contrapposte libertà degli adulti, all'estremo opposto del vuoto normativo per aver consegnato la rete all'anarchia autoregolativa. In sintesi, l'unicità della rete rivendica una regolazione indipendente dalla disciplina vigente per i mezzi classici, come quello televisivo; il caso richiamato del *Communication Decency Act* dimostrò che Internet non era una torta, da tagliare a fette longitudinali sul modello delle fasce orarie televisive. Pertanto, il divieto di trasmettere programmi offensivi durante gli orari protetti, se proiettato su Internet, avrebbe comportato l'assoluto divieto di trasmettere gli *hard content*, negando così agli adulti il diritto di accedervi[33].

Già la nostra Corte Costituzionale[34], date le "ineliminabili differenze tecniche"

---

[30] Interessante la ricostruzione della studiosa, M. VIGGIANO, *Internet, informazione, regole e valori costituzionali*, Jovene, Napoli, 2010, p. 57 ss., che per altra via arriva alla mia stessa conclusione.

[31] Così G. TEUBNER, *Diritti ibridi: costituzionalizzare le reti di governance private*, in Id., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione* (traduzione italiana a cura di R. Prandini), Armando Editore, Roma, 2005, in part. p. 128, in cui l'Autore propone almeno due alternative in merito all'autorità sovranazionale incaricata di stendere il *Bill of rights* di Internet. Quindi, Teubner non mette in dubbio la necessità di una regolazione oltre i confini, perché la sua domanda da per scontato ciò, riguardando, invece, l'identità dell'autore internazionale: la comunità sovranazionale autoritativa o gli attori globali di Internet?

[32] Supreme Court, *Reno vs. ACLU, 521* U.S. 844 (1997), in particolare ho tratto utili spunti per riflettere dall'opinione illustrata dal giudice Robert J. Stevens, *http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=aclu%20v%20reno%20&url=/supct/html/historics/USSC_CR_0521_0844_ZO.html.*

[33] La sentenza, tradotta in italiano da V. Zeno Zencovich, è reperibile in *Il Dir. Inf.e Inform.*, 1998, p. 64 ss.

[34] Corte Cost. n. 155/2002: «In ogni caso la disomogeneità dei mezzi in comparazione (si tratta

tra stampa e radiotelevisione, ci aveva segnalato la necessità di tenere distinte le relative discipline. Ne consegue che una regola adatta a un mezzo può risultare irragionevole, in quanto inidonea, se trasferita ad altro. L'allergia della rete alle automatiche estensioni a se stessa della disciplina vigente *offline* diventa quindi, a mio giudizio, il punto di riferimento anche per affrontare questioni complesse, quali la responsabilità degli *Internet service providers* (I.S.P.). Se e in che termini disciplinare la loro responsabilità per i contenuti illeciti veicolati agli utenti merita una riflessione autonoma da quella già elaborata in tema di responsabilità per omesso controllo del direttore di testata, stante l'obiettiva diversità delle situazioni di fatto in cui i due soggetti concretamente si trovano a operare[35]. Né peraltro sembrerebbe appropriato

---

va appunto della stampa e dell'emittenza radiotelevisiva) é tale da escludere qualsiasi disparità di trattamento, poiché é noto e costante, nella giurisprudenza di questa Corte, il riconoscimento della peculiare diffusività e pervasività del messaggio televisivo (sentenze n. 225 del 1974, n. 148 del 1981 e n. 826 del 1988), così da giustificare l'adozione, soltanto nei confronti della emittenza radiotelevisiva, di una rigorosa disciplina capace di impedire qualsiasi improprio condizionamento nella formazione della volontà degli elettori», ragionamento condotto dalla Corte per escludere che la mancata estensione della disciplina della *par condicio* televisiva alla stampa si risolvesse in un'ipotesi di disuguaglianza censurabile ai sensi dell'art. 3, co. I., Cost.

[35] Il tema della responsabilità dell'I.S.P. è stato definito e trattato nelle corti e in sede scientifica con esiti spesso antitetici. Quanto alle prime, ricordiamo almeno due orientamenti a seconda della rilevanza riconosciuta all'elemento psicologico. Il primo imputa all'I.S.P. una responsabilità di tipo oggettivo, quindi più ampia di quella del direttore di una testata giornalistica (in questo senso, Trib. Napoli, ordinanza, 8 Agosto 1997, in *Dir. Inf.*, 1997, 970, che impone l'obbligo di verificare la legittimità di tutto il materiale pubblicato sul proprio *server*, compreso quello inviato da terzi; anche Trib. Roma, 16 Dicembre 2009, in *Foro It.*, 2010, I, 1348 che afferma addirittura la rimozione in via cautelare dai rispettivi *server* di tutte le immagini tratte da programmi televisivi coperti da diritto d'autore). La seconda impostazione rovescia la precedente, richiedendo la sussistenza quantomeno della colpa dell'I.S.P. *Ex multis*: Trib. Catania, sent. 29 Giugno 2004, n. 2286, in *Guida Dir.*, 2004, 32, p. 77, afferma l'irresponsabilità dell'*access provider*, che - limitandosi a fornire la sola connessione alla rete - è equiparabile al gestore di una rete telefonica e, come tale, non risponde degli illeciti degli utenti. Da ultimo: Trib. Milano, 19 Maggio 2011, 10893, in *www.leggioggi.it*; Corte Cass., Sez. V penale, 1 Ottobre 2010, n. 35511, in *Dir. Infor. Inform.*, 2010, pp. 895 ss.; Trib. Milano, 12 Aprile 2010, n. 1972, in *Dir. Infor. Inform.*, 2010, p. 474; Trib. Roma, 16 Dicembre 2009, in *Foro It.*, 2010, I, p. 1348. Si ricollega alla tesi della responsabilità soggettiva del *provider:* L. NIVARRA, *Responsabilità del provider*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, 2003, p. 1193. In termini più generali, il tema è stato analizzato da: L. VIGNUDELLI, *Il gestore del forum: spunti su identificazione dell'utente, anonimato e (ir)responsabilità*, in *Dir. Infor. Inform.*, 2011, p. 107; P. COSTANZO, *La stampa telematica (tuttora) tra ambiguità legislative e dissensi giurisprudenziali*, in *Giur. cost.*, 6/2010, p. 5239-5258; C. MELZI D'ERIL, G. E. VIGEVANI, *La responsabilità del direttore del periodico telematico, tra facili equiparazioni e specificità di internet*, in *Dir. Infor. Inform.*, 1/2010, p. 91; V. FRANCESCHELLI, *Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vivi Down*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2010, p. 347; C. ROSSELLO, *Riflessioni* de jure condendo *in materia di responsabilità del provider*, in *Dir. Infor. Inform.*, 2010, p. 617; L. BUGIOLACCHI, *(Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli internet provider (ovvero del difficile rapporto tra assenza di obblighi di controllo e conoscenza dell'illecito)*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2010, p. 1568; A. MANNA, *La prima affermazione, a livello giurisprudenziale, della responsabilità penale dell'internet provider: spunti di riflessione tra diritto e tecnica*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1856; M. CUNIBERTI, *Disciplina della stampa e dell'informazione in Rete*, in ID. (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione: profili costituzionali e pubblicistici*, Giuffrè, Milano,

estendere automaticamente l'esonero generalizzato e ingiustificato da responsabilità, previsto dalla Direttiva *E-commerce*[36], agli I.S.P. a prescindere dalla loro posizione nella rete, per niente omogenea e quindi suscettibile di ragionevoli differenziazioni a seconda dei loro concreti poteri di controllo sui flussi di dati in uscita e in entrata. Pertanto, l'inutilizzabilità delle discipline vigenti suggerisce di pensare una regolazione dedicata a Internet.

A tal fine si rivelano preziose le considerazioni della nostra Corte, che, nel silenzio sul tema specifico di Internet, ha comunque affermato il principio "a ciascun mezzo la sua disciplina", pur mantenendo l'omogeneità delle garanzie costituzionali tra libertà *online* e diritti *offline*. E qui leggo una corrispondenza di intenti tra la Corte italiana e quella statunitense, la quale con la pronuncia *ACLU vs. Reno*, 521 U.S. (1997) - nelle chiare parole del giudice Stevens[37] - riconobbe l'"unicità" di Internet rispetto alla televisione e rivendicò per la prima una regolazione indipendente dalla disciplina del *broadcast*.

b) Chi volesse coltivare la felice intuizione della pronuncia *ACLU vs. Reno*, cioè l'adeguatezza delle regole alla tipicità dello strumento diffusivo del pensiero, potrebbe pervenire a un esito che, diversamente dalle conseguenze rese esplicite dalla pronuncia, attiene alla quantità delle regole, non alle loro modalità. La domanda sarà allora: "quante sono le regole da imporre alla rete"?

Il ragionamento sull'unicità di Internet se dilatato, induce a ritenere necessaria la sola normazione mantenuta a un livello il più basso possibile, perché la rete è uno strumento insostituibile per la crescita individuale e per la promozione dei flussi informativi, il che le dà titolo a pretendere protezione dall'eteronomia pesante «the most participatory form of mass speech yet developed it entitled to the hightest protection from governmental intrusion»[38].

Ancora su questo tema ricordiamo un passaggio rilevante ai nostri fini del discorso del Segretario di Stato Hillary Clinton, che, all'indomani dell'esplosione in rete delle rivelazioni di Julian Assange, pur stigmatizzandone l'operato perché violava il segreto di Stato, non criticava la medesima azione divulgativa resa dalla rete o dalla carta stampata in nome del *freedom of speech*, bene dinanzi al quale anche il silenzio

---

2008, p. 232; M. VIGGIANO, *Internet e «privacy»: immunità o responsabilità del «provider»? Un problema di diritto pubblico*, in A. PACE, R. ZACCARIA, G. DE MINICO (a cura di), *Mezzi di comunicazione e riservatezza. Ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, 2008, p. 287 ss.; G. BELLI, *La responsabilità civile dei service providers*, in *Resp. Civ.*, 10/2011, p. 693; S. ALVANINI, *La responsabilità dei service providers*, in *Dir. Ind.*, 4/2010, p. 329; G. CASSANO, A. CONTALDO, *La natura giuridica e la responsabilità civile degli Internet Service Provider (ISP): il punto sulla giurisprudenza*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 1206.

[36] Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 8 Giugno 2000 (in part. l'art. 17), relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, in *G. U. C. E.*, 17-07-2000, L 178/1.

[37] Supreme Court, *Reno vs. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997), in particolare si può leggere l'opinione in proposito del giudice J. Stevens, esemplare sulla unicità della rete: *http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=aclu%20v%20reno%20&url=/supct/html/historics/USSC_CR_0521_0844_ZO.html.*

[38] Ancora le parole del giudice J. Stevens, citato nelle note che precedono.

diplomatico[39] doveva arretrare.

Ed è sempre il *freedom of speech* a far retrocedere anche le legittime preoccupazioni di un uso della rete per scopi terroristici[40], a dichiararlo fu ancora la Clinton, nella prolusione alla *George Washington University*[41], riconfermando la disponibilità degli Stati Uniti a correre il rischio dell'uso eversivo della rete, nella convinzione che tra la repressione delle idee e la loro circolazione dovesse prevalere quest'ultima: «Instead, as it has historically been proven time and time again, the better answer to offensive speech is more speech. People can and should speak out against intolerance and hatred. By exposing ideas to debate, those with merit tend to be strengthened, while weak and false ideas tend to fade away; perhaps not instantly, but eventually». In sintesi, l'affollarsi delle tante idee avrebbe in sé gli anticorpi contro le minacce terroristiche, gli *hard contents*, gli *offensive*[42] e, persino, gli *hateful speeches*[43].

Come in un crescendo rossiniano la libertà di parola si espande a danno di altri valori in nome della democraticità dell'ordinamento, perché «we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship»[44]. I limitati interventi eteronomi per essere legittimi dovranno superare il test dell'indispensabilità, cioè rivelarsi insostituibili per la difesa di un altro valore obiettivo, altrimenti compromesso. La realtà di Internet, per la sua genesi spontanea e inizialmente anarchica, rende la rete più allergica al decisore autoritativo di quanto lo siano le forme di convivenza nate sotto il governo del principe.

Dunque, se lo stesso risultato fosse conseguibile con un mezzo meno intrusivo dell'eteronormazione, quest'ultima andrebbe messa da parte perché come regola d'imperio non ha superato il banco di prova dell'indispensabilità; laddove, nel mondo reale una legge, di per sé inutile, non è per ciò solo illegittima, a meno che la sua inessenzialità non leda un altro valore supremo dell'ordine costituzionale di riferimento.

---

[39] Sia consentito il rinvio a G. DE MINICO, *Privacy e segreto di Stato. Il paradosso americano*, in *Il Riformista*, 5. 2. 2011, p. 4.

[40] Da ultimo: M. BODIE, S .ESTREICHER (*eds.*), *Workplace discrimination, privacy and security in an age of terrorism*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007, la parte I con i contributi di S. F. COLB, D. M. MALIN, D. M. ROSOFF e J. STUMPF.

[41] H. CLINTON, *Internet Rights and wrongs: choices & challenges in a networked word, February* 15, 2011, in *http://www.state.gov/secretary/rm/2011/02/156619.htm*.

[42] C. R. SUNSTEIN, *Believing False Rumors*, in S. LEVMORE, M. C. NUSSBAUM (*eds.*), *The offensive Internet*: *speech, privacy and reputation on Internert*, Harvard University Press, Cambridge, 2010, p. 91-139 ss.

[43] Supreme Court, *Snyder vs. Phelps*, 751 U.S., 562 (2011) in *http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-751.pdf*. Una lettura razionalizzata della casistica si deve a: D. CUCEREANU, *Aspects of regulation freedom of expression on the Internet*, Intersenzia, Oxford, 2008, p. 203-208.

[44] Ancora le parole del giudice Stevens, citato nelle note precedenti.

6. *Quale relazione tra eteronomia e* self-regulation *in Internet?*

La funzione normativa privata deve dunque poter esibire una norma di legge, non solo come titolo attributivo di competenza, ma anche come disposizione sostanziale, immediatamente prescrittiva della disciplina di massima della materia, rimessa all'autoregolazione per gli sviluppi futuri. In altri termini, la scelta della modalità di "massima realizzazione contestuale possibile"[45] dei principi e interessi antagonisti dovrà essere consegnata nella norma primaria, in modo da essere sottratta alla ridefinizione privata. In ragione di ciò, la legge si articolerà in almeno due disposizioni: una sulla produzione giuridica, conferente ai privati il potere di creare diritto oggettivo; l'altra sull'uso della funzione normativa, idonea a conformarne gli esiti futuri secondo precise scelte di valori.

Risultano così chiariti i termini dell'intervento statale, che si risolverà nell'interpretare il bene comune e nel tradurlo «in obiettivi definiti da grandezze quantitative, impartendo così all'azione complementare dei gruppi sociali un quadro di riferimento e di compatibilità oggettivamente verificabile»[46].

Insomma, lo Stato non può scommettere che "la parte migliore dell'uomo" avrà "la meglio su quella peggiore"[47], e perciò si dovrà comportare considerando l'eventualità che ciò non accada, e, di conseguenza, dovrà orientare anticipatamente il percorso dell'azione normativa privata.

Il discorso fin qui sviluppato sulle finalità eteronome dell'autoregolazione assegna al diritto consensuale una precisa collocazione nell'ambito delle fonti: sottostare all'eteronomia e non fare tutto ciò che è consentito a una legge, stante la pregiudiziale della sua genesi privata.

In altri termini, l'autoregolazione non potrà intervenire approfittando del silenzio del legislatore, perché – lo ricorda anche l'Unione - la legge deve parlare per prima con norme, non solo di azione, ma anche di relazione: «These mechanism (cioè il ricorso alla *co-regulation*) will not be applicable where fundamental rights or important options are at stake or in situations where the rules must be applied in a uniform fashion in all Member States» [48].

In ragione di quanto detto, risulta inammissibile il "codice indipendente"[49] e, il fatto che sia destinato a venire meno non appena il legislatore interverrà, nulla toglie

---

[45] Così M. VILLONE, *Sciopero e solidarietà nella Costituzione italiana*, Napoli, 1980, p. 87.

[46] Sempre L. MENGONI, *La questione del "diritto giusto" nella società post-liberale*, in *Rel. Ind.*, 1988, p. 27.

[47] L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico*, Cedam, Padova, 2004, pp. 50-51, invece, lo ritiene possibile e imposta il suo ragionamento partendo dalla premessa, non dimostrata, che il diritto endogeno sia naturalmente espressivo delle idealità sociali, a prescindere dall'esistenza di una cornice autoritativa di riferimento.

[48] Così Commissione Europea, *2009 Report on Subsidiarity and proportionality. 16th Report on Better Lawmaking covering the year 2008*, cit., in part. il *Cons*. 17.

[49] Ho usato questo aggettivo per simmetria alla nostra esperienza dei regolamenti indipendenti del Governo, intendendo tali quegli atti che rinvengono nella previa norma di legge solo la loro disposizione sulla competenza.

alla sua natura di decisione politica che, benché transitoria, non comporta però alcuna responsabilità politica per l'Autorità privata che la ha assunta. Quest'ultima non sarà licenziabile per risoluzione anticipata del rapporto fiduciario, perché non esiste alcun rapporto fiduciario, né sarà minacciabile di mancata rielezione alla scadenza del mandato, in assenza di un mandato da rinnovare. Né a mio avviso basterà a colmare questo difetto la trasparenza del loro percorso decisionale o la rappresentatività dei loro organi interni. Il primo attributo garantisce la legittimità formale della decisione, ma qui si tratta del suo merito politico, che è cosa ben diversa; il secondo, la rappresentatività, abilita l'Autorità privata alla cura degli interessi collettivi della comunità che si autoregola, ma nulla ci dice sulla sua esponenzialità rispetto al bene comune.

Infine, è stata prospettata la partecipazione dei terzi al *rule-making* delle Autorità private a sostegno di istanze diverse da quelle proprie delle parti come suppletiva del difetto di legittimazione politica. È facile obiettare che il rimedio dei "laici", se introduce valori ulteriori rispetto a quelli espressi dal regolatore privato, non garantisce la loro identificazione negli obiettivi sociali perseguiti dallo Stato. Ma volendo anche assumere che questa improbabile coincidenza si verifichi, essa snaturerebbe l'autoregolazione, che non può allo stesso tempo essere *responsive* verso il gruppo sociale di riferimento e coerente con gli obiettivi di *public policies*[50].

Né un severo riesame giudiziario sulle decisioni normative delle Autorità potrebbe essere un sostituto valido del giudizio di responsabilità politica, al quale esse si sottraggono per genesi, perché come ogni sindacato giurisdizionale va condotto secondo diritto e, quindi, non potrà entrare nel merito politico delle scelte consegnate nell'atto. Ne sia prova il fatto che questa insufficienza dei rimedi, procedimentali, soggettivi o processuali, ha lasciato insoddisfatta la cultura anglosassone[51] e perplessa quella americana[52], le cui obiezioni sono state raccolte dal decisore politico che

---

[50] I. AYERS, J. BRAITHWAITE, *Responsive regulation*, Oxford University Press, Oxford, 1992, p. 21.

[51] J. SCOTT, D. M. TRUBEK, *Mind the gap. Law and new approaches to governance in the European Union*, in *Eur. L. Jour.*, n. 8, 1, 2002; A. PAGE, *Self-regulation: the constitutional dimension*, in *Mod. L. Rev.*, vol. 49, n. 2, in part. a pp. 141 e 163, dove l'Autore, dove aver esaminato tutte le forme di *accountability* - dalla partecipazione dei laici ai loro processi decisionali alla rappresentatività diffusa dei loro *boards*, conclude che «all of these, it should be stressed, are weak forms of accountability».

[52] Dove il tema è spesso trattato combinandolo con quello affine per molti versi del riesame sugli atti normativi delle autorità indipendenti. A partire dal caso *Chevron* vs. *Natural Resources Deference Council*., 467 US. 837 (1984) - per un esame approfondito della decisione e con riferimenti a commenti adesivi o contrari alla pronuncia, cfr. B. SCHWARTZ, R. L. CORRADA, *Administrative law. A casebook*, New York, 2001, pp. 796 ss. I giudici assunsero un atteggiamento deferente verso le decisioni normative delle Autorità, reputate espressione di tecnica raffinata e di cura esclusiva dell'interesse pubblico, anche perché diversamente i giudici avrebbero finito per sostituire la propria valutazione a quella dell'Autorità. Anche M. SEIDENFELD, *Demystifying deossification: rethinking recent proposals to modify judicial review of notice and comment rulemaking*, in *Tex. L. Rev.*, vol. 75, 1997, p. 523, critica il ritorno a un riesame approfondito, perché esso «creates the possibility that the reviewing court will inflate the importance of marginal issues in the rulemak-

dopo un'iniziale *broad delegation* ha poi conferito alle Autorità private poteri circoscritti entro precisi limiti. Questa cornice di riferimento, anticipando la volontà normativa dei soggetti privati, attenua la valenza politica delle loro scelte[53], ora accostabili più alle decisioni di alta amministrazione che non all'atto libero nel fine.

Invero, il meccanismo fondante di ogni sistema democratico, cioè la corrispondenza decisione politica/responsabilità politica, porta a escludere *tout court* la legittimità del diritto consensuale indipendente: cioè di quello che si sostituisce a una temporanea assenza di volontà normativa cogente, il che restringe l'ammissibilità dell'autoregolazione ai soli codici *secundum legem*, i quali potranno esibire come titolo dell'ordine supremo una norma, non solo sulla produzione giuridica, ma anche orientativa del loro potere normativo delegato ai privati.

La ribadita subordinazione dell'autoregolazione alla legge – che nella mia costruzione è identificabile nelle fonti dell'ordine internazionale – si presenta come la sola collocazione coerente con la dimensione "porosa" dell'ordinamento giuridico, sensibile alle realtà normative extra-statuali, se limitate a completarne il progetto politico. Il necessario coordinamento dell'intervento regolativo pubblico con la voce dei privati si risolverà nell'ausiliarietà della seconda al primo: i privati, promossi a «partenaires de la mise en place et de la mise en oeuvre des politiques publiques»[54], interverranno in aiuto all'ordinamento sovranazionale, nel rispetto delle condizioni previamente dettate loro.

In altri termini, si sta contestando l'equivalenza tra eteronomia e autonomia e con essa la tesi della perfetta fungibilità del diritto imperativo, qualunque sia il suo livello, con quello dei privati perché non tutto ciò che può fare la legge è delegabile alle Autorità private. Propongo, pertanto, in alternativa, un criterio di distribuzione del lavoro normativo obbediente al principio di competenza, in base al quale fonti pubbliche e private potranno intervenire sulla medesima materia, ma a titolo diverso: la legge dovrà parlare per prima, disegnando il progetto regolativo di massima, il codice lo completerà nel rispetto delle indicazioni strutturali e sostanziali poste dalla prima[55].

---

ing. Third, aggressive judicial review clouds the agency's vision of the depth of analysis it must perform on each rulemaking issue». Ha sostenuto le ragioni di un riesame rispettoso verso la scelta discrezionale del regolatore: M. SHAPIRO, *Who guards the guardians? Judicial control of administration*, Atene, 1988.

[53] J. BLACK, *Constitutionalising self-regulation*, cit., p. 30, compensa lo strappo alla democraticità del sistema con uno Stato disponibile ad «ensure that the association takes into account other, wider interests in its decisions».

[54] Così spiegava chiaramente C. A. MORAND, *La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en oeuvre du droit*, in ID. (*pub.*), *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action d'Etat*, Parigi, 1991, p. 207, che rilevava nella tesi dell'equivalenza funzionale tra fonte pubblica e privata il vizio di privare la seconda, una volta elevata a dignità di decisione politica, della necessaria legittimazione democratica: «Lorsque les groupes ne contribuent plus à résoundre les problèmes mais exercent grace à leur position stratégique un veto sur l'adoption de normes nouvelles, […] le processus débouche sur des vides politiques ou juridiques […] le déficit de légitimité démocratique qui lui est inhérent ne trouve plus aucune compensation».

[55] Estremizzano la subordinazione del codice alla legge G. MINERVINI, M. ONADO, *Efficienza dei*

Se, invece, eteronomia e autonomia si collocassero sullo stesso piano, il rispetto dei valori dell'ordinamento superiore dipenderebbe da una mera eventualità: la loro coincidenza con i principi sostenuti dalle autorità private. Ma in mancanza di una cornice normativa alla quale affidare la difesa del bene comune, non ci sarebbe garanzia contro il pericolo di un'involuzione corporativa di Internet affidata ai governi privati forti, cioè niente ci assicurerebbe dal rischio di un esercizio della funzione normativa asservita ai fini individuali.

Pertanto, l'unica modalità di cooperazione tra la fonte imperativa e quella a genesi consensuale sembra compiersi nel modello della complementarità[56], il solo in grado di coniugare il concetto di pluralità degli ordini minori derivati con quello di superiorità dell'ordinamento maggiore originario.

Quanto detto all'inizio di questo capitolo è ora dimostrato: lo Stato, o meglio nel nostro caso il Legislatore sovranazionale, quando ricorre al diritto consensuale per completare l'ordine giuridico, rafforza la sua autorità, perché il rinvio all'autoregolazione è occasione per dettare ai privati gli obiettivi congeniali al suo programma politico, riservandosi di controllarne l'effettivo conseguimento e di intervenire, se necessario, per correggere la decisione normativa inosservante delle istruzioni ricevute[57].

Il Legislatore sovranazionale, dunque, rinuncia alla pretesa di esaurire in sé ogni manifestazione della giuridicità per una nuova identità: quella "riflessiva", aggettivo familiare alla dottrina tedesca[58], che lo intende in relazione, non tanto al verbo "riflettere", quanto a quello "ripiegare". In sintesi, l'ordinamento superiore è paragonabile a quel soggetto che percepisce i "suoi propri limiti" e, interrogatosi su come

---

sistemi finanziari e tutela del risparmio: disciplina o deregolamentazione?, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, p. 122 ss., riducendo l'apporto dell'autoregolazione a un mero «contenuto operativo e pratico alle indicazioni programmatiche della regolazione pubblica».

[56] F. CAFAGGI, *Relazione* tenuta al Convegno su "*La Régulation: nouveaux modes? Nouveaux territoires?*", Parigi, 29 gennaio 2004, che, invece, ammette una coregolazione dove Stato e privati sono equiordinati. Ancora l'Autore, *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, in *Pol. Dir.*, 2/2004, in part. p. 233 ss., ripropone il medesimo concetto con il correttivo delle garanzie per assicurare un certo modello di *governance* delle Autorità private. Fermo restando l'insufficienza di questo rimedio, non si vede in base a quale titolo la legge possa imporre alcunché all'autoregolazione, una volta affermata l'equiordinazione dei due atti.

[57] W. BÜHL, *Grenzen der Autopoiesis*, in *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 1987, 39, p. 247, dove l'Autore chiarisce bene il ruolo dello Stato nel produrre diritto riflessivo: impostare la struttura e l'interazione dei sistemi privati da controllare e da sviluppare, affinché possano ampiamente autoregolarsi e controllarsi reciprocamente.

[58] Senza alcuna pretesa di completezza, ricordo le voci più autorevoli sul tema: G. TEUBNER, *Substantive and reflexive elements in modern law*, in *Law and society review*, vol. 17, 1983, p. 239; G. TEUBNER, A. FEBBRAJO (*eds.*), *State, law, and economy as autopoietic systems*, Milano, 1992; G. TEUBNER (*ed.*), *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin, De Gruyter, 1986, *passim*; ID., *Il diritto come sistema autopoietico*, cit.; e, infine, R. MAYNTZ, *Steuerung, Steuerungsakteure und Steurungsinstrumente: zur Präzisierung des Problems*, in *HiMon*, Universität Gesamthochschule Siegen, 1986, 70, p. 24.

"porvi rimedio"[59], imbocca la via della porosità verso il basso, condividendo con i protagonisti del conflitto sociale la costruzione della giuridicità[60].

La quadratura del cerchio si compie: il soggetto autoritativo mantiene la direzione politica dei processi autoregolativi, intervenendo *ex ante* con poteri di conformazione anticipata dei fini, ed *ex post* con poteri di controllo correttivo[61]

Forse gli Americani arrivano alla mia conclusione per altra via. Ritengo opportuno, allora, ripercorrere per punti il pensiero americano alla ricerca di un terreno comune tra questo e l'orientamento europeo sull'ordine di intervento tra eteronomia e autoregolazione.

6.1. La lezione americana sul rapporto tra eteronomia e autoregolazione in rete

Partiamo dalla lezione di Lessig[62], secondo il quale sarebbero quattro gli strumenti da impiegare: *law, self-regulation, market and architecture*[63].

La felice intuizione dello studioso nacque dall'osservazione di un fenomeno reale: precisamente la necessità di comporre il conflitto tra il diritto d'autore in rete, mortificato nelle sue attese patrimoniali dalla pirateria elettronica, e il diritto dei cittadini di accedere liberamente ai siti. Nel caso esaminato da Lessig il ricorso alla sola legge avrebbe funzionato male, perché la repressione penale di singoli episodi di *download* illeciti non avrebbe avuto un effetto deterrente diffuso su quello che era divenuto un costume di massa, scaricare musica tramite sistemi di *peer to peer*, non più avvertito dalla coscienza collettiva come riprovevole socialmente. Quindi, scartata l'opzione dell'eteronomia, Lessig analizza le cause della regressione in atto della pirateria, che per le ragioni dette prima non erano imputabili a una pur severa le-

---

[59] G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano (traduzione italiana a cura di A. Febbrajo e C. Pennisi), p. 153, dove l'Autore riporta testualmente il pensiero di Sousa Santos, che indica nell'*interlegality* l'elemento dominante del diritto "post-moderno", risultante dalla combinazione di diversi spazi giuridici, che «si sovrappongono, si mescolano e si interpenetrano come una rete multipla di ordinamenti giuridici».

[60] Ancora G. TEUBNER, *Diritti ibridi: costituzionalizzare le reti di governance private*, cit., in part. p. 135, dove l'Autore disegna una virtuosa interazione tra le regole sovranazionali riservate a Internet - quali, tra le essenziali, la massima espansione possibile delle libertà, la diffusione equilibrata del potere economico, in compensazione dell'accumulazione nel mondo reale, l'accesso universale, non condizionato al possesso di *username* e *password* a pagamento - e il diritto spontaneo espresso dalla rete stessa.

[61] Occorre prestare attenzione a quelle tesi che addebitano a Teubner proprio ciò che lui aveva escluso, la totale sottrazione della rete a ogni espressione di eteronomia, riferibili a A. D. MURRAY, *The regulation of cyberspace*, Routledge-Cavendish, New York, 2006, p. 244-251. Parzialmente concorde, pur aprendo a forme autoritative di regolazione e di controllo, è J. ZITTRAIN, *The future of the Internet*, Penguin Books, London, 2008, p. 125-126.

[62] L. LESSIG, *Code Version 2.0*, cit., in part. p. 290.

[63] Una proposta ben articolata oltre l'insegnamento di Lessig si deve a C.D. RAAB, P. DE HERT, *Tools for tecnology regulation: seeking analytical approaches beyond Lessig and Hood*, in R. BROWNSWORD, K.YEUNG (*eds.) Regulating technologies*, Hart publishing, Oregon, 2008, p. 263 ss.; da ultimo, ma meno convincente, si veda A. MURRAY, *Information technology law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 62-66.

gislazione penale. Invero, i siti avevano iniziato una politica dei prezzi per i diritti di uso così incentivante il loro acquisto al punto che per l'utente era diventato più conveniente pagare piuttosto che esporsi al pericolo di un'incriminazione penale. Quindi, in questo caso la forza deterrente della sanzione era preceduta dalla forza persuasiva di quella che Lessig chiama la *lex mercatoria*.

A quanto detto si aggiunga un ulteriore elemento di riflessione: la dottrina giuspubblicistica iniziava a studiare forme di licenza collettiva, cioè abilitazioni generali e standardizzate nel contenuto che consentivano agli utenti della rete di esercitare taluni diritti di uso delle opere *online* a fini non commerciali, dietro pagamento di una somma forfettaria all'atto della stipula del contratto di accesso con l'Internet *provider*. Si tratta delle c.d. *creative commons* (licenze creative)[64] alla cui nascita non poco contribuì proprio Lessig[65], che prevengono l'illecito perché lo evitano, educando la collettività dei naviganti alla liceità e offrendo loro una possibilità di "redenzione" a buon mercato. Esaurito il racconto di ciò che fu, se analizziamo i fatti con più attenzione, essi ci dicono due cose: che l'educazione al *fair play*, obiettivo ultimo di quell'episodio di negoziazione collettiva, è stata possibile grazie a un apparato legislativo che indirettamente la promuoveva con la minaccia delle sanzioni penali; e che la *better regulation* è stata l'esito del concorso di più fattori combinati insieme: legge, autoregolazione e mercato.

La lezione americana ha dimostrato che la pluralità di strumenti regolativi poneva e, al tempo stesso, risolveva la questione dell'esistenza di un ordine tra i medesimi; l'esempio già indicava il criterio per fare chiarezza nella sequenza degli interventi: la licenza collettiva era stata preceduta da poche regole autoritative disciplinanti il suo contenuto e la rappresentatività dei soggetti stipulanti.

Quindi, il pragmatismo americano aveva colto un'indubbia necessità: l'autoregolazione richiedeva una cornice eteronoma entro cui muoversi. Questa imposizione di fini all'autoregolazione fa *pendant* con il principio di gerarchia delle fonti, vigente nel nostro ordine giuridico, come in quello internazionale, che limita il "diritto dei privati" a integrare, completare il discorso avviato a livello politico, non già a iniziarlo *ex novo*, altrimenti la sua secondarietà al primo sarebbe solo potenziale. Questo *framework* autoritativo è una sorta di regolamento di confini tra diritto sovranazionale e *self-regulation*, il primo non dovrà solo fondare la competenza della seconda, ma contenere un principio di normazione sostanziale della materia, nonché disegnare la fisionomia[66] dell'autore privato delle future regole in termini di rappre-

---

[64] M. GODWIN, *Cyber rights*, MIT Press, Cambridge, 2003, p. 186-254; da ultimo, C. T. MARSDEN, *Internet Co-regulation*, cit., p. 89 perché «'all rights reserved' model of traditional copyright law, with its complex legal concepts and requirement for permission for all users, does not fit well with an environment with enables sharing and reuse of content by users».

[65] L. LESSIG, *Creative Commons @5Years*, 2007, in *www.Creativecommons.org*. già anticipato in *Code and other laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999.

[66] Se e come tracciare un'identità comune e vincolante i soggetti collettivi, che autoregolano la rete, è una delle questioni aperte nel dibattito sulla *Governance* di Internet, tra i tanti, si vedano: L. B. Solum, *Models of Internet Governance*, in L. A. BYGRAVE, J. BING (*eds.*), *Internet Governance*: *infrastructure and institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2009; S. BEATTIE, *Community*,

sentatività diffusa e di democraticità dei suoi organi decisori[67], soprattutto se l'autoregolazione tenda a vincolare un ambito soggettivo più ampio di quello della comunità che si autogoverna, cioè quando essa aspiri a un'efficacia soggettiva *erga omnes*, obiettivo cui tendono i fenomeni di autoregolazione della rete.

Tale rigoroso ordine di intervento tra eteronomia e autonomia non sembra essere accolto da taluni Stati, ad esempio, da quello francese che espresse nelle parole del presidente Sarkozy illimitata fiducia nella capacità salvifica della *self-regulation*, promossa a panacea per tutti i mali di Internet[68]. Ne conseguirebbe l'affidamento della disciplina delle libertà fondamentali *online* a un'incontrollata autoregolazione dei "governi privati di interessi", cioè ai poteri economici forti operanti in rete, atto che esporrebbe la rete al pericolo di un'involuzione neocorporativa ed egoistica, conseguenza inevitabile dell'assenza di una guida eteronoma e orientata al bene comune. Un esempio potrà servire: si pensi al conflitto tra la *net neutrality*, cioè l'uso indifferenziato di Internet da parte dei fornitori di contenuti, e il diritto di selezionare l'acquirente che i Telecoms pretendono sia a loro riconosciuto. Se la definizione di tale conflitto venisse affidata a questi ultimi, il primato della neutralità sarebbe subito sacrificato, perché ai Telecoms converrebbe diversificare l'offerta di banda in ragione del prezzo che il richiedente è disposto a pagare. Così, il piccolo blog, meno competitivo di una grande testata *online*, si dovrà accontentare di un Internet di serie B, di una semplice super strada, perché l'autostrada veloce è stata occupata dagli operatori economicamente più forti e voraci di banda. Non è un caso se la *Federal Communication Commission* nel recente regolamento[69] ha nuovamente rivendicato

---

space and online censorship, Ashgate, Burlington, 2009, in part. cap. IV.

[67] In tema di trasparenza, legittimazione e responsabilità degli organismi privati preposti alla *Governance* di Internet si veda: R. H. WEBER, *Shaping Internet Governace: Regulatory challenges*, Springer, 2009, p. 105 ss., il cui pensiero, fortemente influenzato dalla *Declaration of Cyberspace Independence* di J. P. BARLOW (in *https://projects.eff.org/barlow/DeclarationFinal.html*) cede alla tentazione di un'assoluta deregolazione del Cyberspazio, piuttosto che avviare una riflessione pacata su come e a quali fini sociali orientare la rete. In termini analoghi, cfr.: J. GOLDSMITH, T. WU, *Who controls the Internet?*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 17 ss.

[68] C. MURSDEN, *Internet Co-regulation*, cit., p. 58 ss.

[69] Negli Stati Uniti, paese dove Internet riceve da tempo l'attenzione dell'accademia e dell'industria, problemi, da noi ancora futuribili, sono in corso di avanzato esame. Questo è il caso della *net neutrality*. In breve, la sua storia. Nel 2008, la *Federal Communications Commission* sanzionò un *provider*, la cui condotta fu ritenuta violativa del principio perché rallentava il traffico dei suoi internauti, preferendovi blog, giornali *online*, insomma, clienti che potevano permettersi per ragioni imprenditoriali di pagare di più l'alta velocità sulla rete. Nell'aprile 2010, alcuni giudici (*Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, April 6, 2010, N. 08-129) ritennero illegittimo l'intervento della F.C.C. perché priva del potere esercitato. Nel dicembre del 2010 la F.C.C. è ritornata nuovamente sul tema, rivendicando stavolta la titolarità del potere di regolazione, non di ordine, esprimendosi, infatti, con un atto normativo: *FCC Act to preserve Internet freedom and openess* (in: *http://transition.fcc.gov/DailyReleases/DailyBusiness/2010/db1221/DOC303745A1.pdf*), le cui misure, pubblicate nei Registri Federali del 23 settembre scorso, hanno efficacia a partire dal 20 novembre 2011. La questione è in attesa dell'esito delle ulteriori azioni giudiziarie avviate. Sul versante europeo, la Commissione ha indetto una consultazione pubblica sulla neutralità di Internet, i cui esiti, di un certo interesse, sono reperibili nella relazione consegnata nell'Aprile del 2011 (si consulti: *http://eur-*

la sua competenza a disciplinare la *net neutrality* contro le domande discriminatorie di accesso. Per sapere se questa competenza le sarà riconosciuta, dovremo attendere gli esiti della contestazione giudiziaria in atto; qui mi preme però sottolineare che il regolatore pubblico nel rivendicare tempestivamente il potere ha palesato il timore che la neutralità della rete possa essere compromessa, se la sua protezione venisse affidata ai soli operatori del mercato, i quali la venderebbero al miglior offerente.

Questo significa che, se si vuole allontanare il pericolo di un'involuzione egoistica di Internet, la *self regulation* non può operare come fonte esclusiva o anche solo indipendente dal diritto sovranazionale, stabilendosi, invece, la sua sostanziale accessorietà all'atto politico internazionale, relazione, questa, idonea a garantire il conseguimento delle *public policies*, al cui servizio l'autoregolazione si deve porre.

Alla luce di quanto detto risultano ora evidenti le ragioni per cui il Governo francese[70], come altri, accordò una generosa apertura di credito all'autoregolazione: si voleva consentire ai giganti, Google e Yahoo, un'autoregolazione mercantilisticamente orientata, ma in cambio gli Stati chiedevano il pieno controllo sui contenuti della rete. In altri termini, il potere pubblico si sarebbe dovuto astenere dal dettare regole che proibissero il trasferimento di posizioni dominanti dai vecchi terreni di gioco a Internet, o che vietassero la selezione tra i fornitori di contenuti nell'accesso alla rete, lasciando che fossero i Signori di Internet a decidere come trasferire immutate le loro posizioni dominanti e come orientare la *net neutrality* a loro esclusivo vantaggio. Di contro, il potere autoritativo si sarebbe considerato legittimato a limitare la libertà di pensiero degli operatori della rete in nome della protezione dei minori, della sicurezza dello Stato e anche del *copyright*, sacrificando ora la libertà di navigare dei cittadini, sospendendone l'accesso, ora quella di informazione dei fornitori di contenuti, bloccandone i siti. Qui si vuol far passare un triste baratto: *soft*

---

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0222:FIN:IT:PDF). Si consiglia altresì la lettura della corposa documentazione del BEREC, tra i tanti, cfr: *A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe Findings from BEREC's and the European Commission's joint investigation*, 29 May 2012, in *http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/line-public-consultation-specific-aspects-transparency-traffic-management-and-switching-open*. In tema cfr., altresì, le recenti Delibere della nostra Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, che ha indetto due consultazioni pubbliche: *Delibera 39/11/CONS* (*Indagine conoscitiva concernente "Garanzie dei consumatori e tutela della concorrenza con riferimento ai servizi VoIP e peer-to-peer su rete mobile": approvazione della relazione finale e avvio della consultazione pubblica*, in *G.U.*, n. 53 del 05/03/2011), nonché *Delibera 40/11/CONS* (*Neutralità della rete: avvio di consultazione pubblica)*, in *G.U.*, n. 54 del 07/03/201).

[70] G8 Summit of Deauville, *G8 Declaration. Renewed Commitment for freedom and democracy*, cit., 26-27 May 2011, reperibile al seguente indirizzo ufficiale: *http://www.g20g8com/g8g20/g8/english/live/news/renewed-commitment-for-freedom-and-democracy1314.html*, dove si può leggere per sintesi la posizione della Francia, rappresentata dal suo Presidente dell'epoca, N. Sarkozy. Già anticipata in N. SARKOZY, *Speech to the Embassy of France to the Holy See*, riportata da J. MOYA, *Frenc pres: Increased Net regulation is "moral imperative"*, Zeropaid, 11 October 2010, in *http://www.zeropaid.com/news/90997/french-pres-increasedinetregulationismoralimperative/*, in quell'occasione il Presidente dichiarò che «it's important the country gains control of the Internet in order to correct the excesses and abuses that arise from the total absence of rules».

law dei privati forti contro censure indiscriminate sul diritto di parola[71].

Come uscire da questa logica?

Recuperando la costituzionalizzazione della rete; come conseguirla lo dirò nelle considerazioni conclusive del lavoro.

7. La tensione tra l'essere e il dover essere

Chiudo la mia riflessione sul futuro di Internet con una precisazione circa il metodo di indagine: qui sto provando a ragionare per proiezioni future, per anticipazioni di ciò che potrebbe essere, perché al momento non esiste né una regolazione imperativa tendenzialmente universale, né una co-regolazione senza confini per Internet.

La realtà è altro da quanto disegnato: Internet si presenta come un *puzzle* di discipline, geograficamente differenziate, imperative e riferibili ai singoli Stati nazionali, in evidente contraddizione con la sua natura aspaziale, allergica ai localismi regolatori. Questa confusione legislativa è riconducibile, con il limite dell'approssimazione, a due modelli di fondo: da un lato, abbiamo le regole destrutturate sulla *governance* della rete e leggere nei limiti sulle libertà individuali[72] che difendono e fanno crescere un incessante movimento circolare di idee, destinato al cittadino della rete, ricettore della proposta culturale, informativa e di intrattenimento da altri proveniente, ma anche autore di una propria idea integrativa, aggiuntiva o sostitutiva a quella iniziale, la quale dunque risulterà cosa diversa da ciò che era in origine.

Dall'altro lato, incontriamo le regole conformative della *governance*, pesanti sulle libertà, vecchi strumenti di un controllo censorio sulle forme nuove di espressione del pensiero, alle quali ricorrono quei governi che in nome di presunti pericoli alla

[71] G8 Summit of Deauville, *G8 Declaration. Renewed Commitment for freedom and democracy*, già citato precedentemente e reperibile all'indirizzo: *http://www.g20g8com/g8g20/g8/english/live/news/renewed-commitment-for-freedom-and-democracy.1314.html*.

[72] Gli U.S.A. sono stati anche gli autori di posizioni censorie sulla rete, ad esempio, in occasione della presentazione del *Protect IP Act* (Senate Bill 968, *Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act of 2011* in *http://www.opencongress.org/bill/112-s968/show*), una proposta di legge che tendeva a sanzionare a vario titolo il trasgressore del diritto d'autore in rete. Rispondeva alla medesima logica anche lo *Stop Online Piracy Act* (House of Representatives 3261, *To promote prosperity, creativity, entrepreneurship, and innovation by combating the theft of U. S. property, and for other purposes*, in *http://www.opencongress.org/bill/112-h3261/show*), 25 Ottobre 2011, che mirava «a system for taking down websites that the Justice Department determines to be dedicated to copyright infringment». Su questo testo – i cui contenuti erano molto simili a quelli del PIPA – fu posto il veto dal Presidente Obama (15 Gennaio 2012).

Per un'analisi delle proposte appena ricordate, si vedano: A. BRIDY, *Copyright Policymaking as Procedural Democratic Process: A Discourse-Theoretic Perspective on ACTA, SOPA, and PIPA*, in *Cardozo Arts & Ent. L. Jour.*, vol. 30, 2012, p. 153-164; P. K. YU, *The Alphabet Soup of Transborder Intellectual Property Enforcement*, in *Drake L. Rev.*, 2012, p. 16-33; A. CARRIER, *Copyright and Innovation: The Untold Story*, in *Wisconsin L. Rev.*, 2012, in corso di pubblicazione e, infine, D. S. LEVINE, *Bring in the Nerds: Secrecy, National Security and the Creation of International Intellectual Property Law*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 30, 2012, p. 105-151.

democrazia la violentano nel tentativo di soffocare, perché le temono, le incontrollabili correnti che agitano la rete.

E come non esiste una regolazione imperativa oltre i confini, così le esperienze di *self-regulation* hanno conosciuto la sola forma del diritto dei privati a orientamento unilaterale, privo di una cornice eterodettata, stante il difetto di una regolazione imperativa universale, se pur leggera. Intendo dire che la mancanza della *co-regulation* è l'inevitabile conseguenza dell'assenza di una voce legislativa sovranazionale, mentre la presentazione di regole consensuali decise da una sola parte del rapporto intersoggettivo è una precisa scelta dei padroni privati di Internet, che non intendono affatto negoziare la *regulation* con i cittadini della rete. Risultato: regole consensuali vincolano anche i cittadini estromessi dalla loro ideazione in virtù, non del consenso, ma di un comando, come un qualunque precetto eteroimposto.

Ricordata la dimensione effettiva di Internet, il mio discorso sulle regole future, siano esse imperative che consensuali, riguarda l'avvenire, cioè il dover essere della rete.

Infine, mi permetto di esprimere un'esigenza di metodo affinché le proiezioni future possano avere una qualche probabilità di avveramento: nelle prognosi *ex ante* è bene assumere un parametro di giudizio aderente ai fatti per evitare inutili, quanto dannosi, esercizi di pura fantasia giuridica.

Alla luce di questo sano pragmatismo, è difficile pensare che i Paesi, fermamente convinti della necessità di difendere la rete con attività di polizia in nome di presunte minacce alla sicurezza e alla ragione di Stato, siederanno o presteranno il loro consenso agli auspicati tavoli del negoziato. A questi ultimi non si applicheranno le discipline, imperative o autodettate, in mancanza del loro consenso, e, pertanto, nei loro territori la rete sarà protetta da invisibili muraglie cinesi che filtreranno cosa ospitare e cosa no, grazie a sistemi di navigazione selettiva o di pulizia coatta dei siti.

I governanti di quelle terre preferiranno alla filosofia americana del *marketplace of ideas*[73] un pensiero unico e conforme, con la conseguenza che sembra improbabile, almeno al momento, che questa combinazione di diritto imperativo e consensuale, dalle proporzioni variabili e dalla pretesa transfrontaliera, abbia un'estensione universale.

Sarà, invece, possibile che sulla rete si riproduca quella bipartizione, che all'indomani del secondo conflitto mondiale divise Occidente e Paesi del mondo sovietico, con la non trascurabile differenza che la "guerra fredda in Internet" opporrà

[73] Questa metafora tra il mercato dei beni e quello delle idee si legge già nella *dissenting opinion* del giudice J. Holmes rispetto alla decisione della *Supreme Court of the United States*, 250 U.S. 616, B*rahm* vs. *United States*, reperibile in *http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0250_0616_ZD.html*: «But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas - *that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out*» (Corsivo mio).

come avversario all'occidente allargato un protagonista prima sconosciuto: il mondo arabo solidale con una parte della realtà orientale.

Internet, il luogo pubblico più esteso per l'esercizio delle libertà individuali, nonché il terreno ancora disponibile per distribuire le risorse secondo una logica compensativa degli squilibri della realtà materiale, può diventare l'occasione concreta per costruire passo dopo passo l'unità dei Popoli pur nel rispetto delle proprie identità, a condizione che Internet accetti di farsi governare dai principi supremi di libertà e di uguaglianza sostanziale.

Ma anche questo è solo un augurio per l'avvenire.