IL DIRITTO DELL'INFORMAZIONE E DELL'INFORMATICA
ISSN
Anno XXXIV Fasc. 3 - 2019

Andrea Gatti

ISTITUZIONI E ANARCHIA NELLA RETE. I PARADIGMI TRADIZIONALI DELLA SOVRANITÀ ALLA PROVA DI INTERNET

Estratto

Giuffrè Francis Lefebvre

ANDREA GATTI

ISTITUZIONI E ANARCHIA NELLA RETE. I PARADIGMI TRADIZIONALI DELLA SOVRANITÀ ALLA PROVA DI INTERNET

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica: oggetto e obiettivi del presente scritto. — 2. La *crisi* della *sovranità:* ancora qualche precisazione di ordine ermeneutico. — 3. Istituzioni e sovranità. — 3.1 La plurisoggettività delle *Communities*. — 3.2. L'esistenza di un non-luogo digitale. — 3.3. Il problema della sovranità come a-sovranità. — 3.4. L'elemento finalistico: dal fine di lucro alla realizzazione di interessi generali. — 4. Internet come modello alternativo alla sovranità: i *Bitcoin*. — 5. In cerca di nuovi approcci regolatori. — 6. Oltre una regolazione condivisa: il mito di Internet e la frontiera della *Algorithmic regulation* rispetto al problema della sovranità.

« *Il mondo dei fatti storici conosce soltanto il successo attraverso il quale il diritto del più forte diviene il diritto riconosciuto da tutti* ».

(O. Spengler, *Il tramonto dell'Occidente*, 1918)

1. Premessa metodologica: oggetto e obiettivi del presente scritto.

Come è noto da tempo, lo Stato-Nazione appare sempre più inadeguato a risolvere i problemi di una società globalizzata. La crisi della sovranità viene ricondotta ad una doppia origine: da un lato, un'origine consensuale, in virtù della recezione che lo Stato compie, in via generale o caso per caso, degli atti deliberati nell'ambito dei rapporti interstatali; dall'altro lato essa può essere condizionata dalla natura stessa di alcuni fenomeni, di per sé non riconducibili ad un modello di controllo statale. Dei vari fenomeni che trascendono la realtà statuale perché intrinsecamente trans-nazionali il presente scritto ha scelto di occuparsi del problema di Internet. Il processo di interazione tra grandi operatori della rete e Stati (o ordinamenti rappresentativi di una

* Il presente lavoro è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato a un componente il Comitato Scientifico dei Referenti della Rivista secondo le prassi correnti nella comunità dei giuristi.

** Il presente scritto costituisce una rielaborazione dell'intervento tenuto in occasione del primo congresso organizzato dall'*Italian Chapter* di Icon-s Society (Roma, 23-24 novembre 2018) all'interno del *panel* "Governare l'ingovernabile: l'erosione della sovranità statale da parte dei fenomeni sovra-nazionali".

formazione di Stati, come l'Unione europea) rappresenta, infatti, un fenomeno di portata materialmente costituzionale il quale non può essere ignorato quando si prendono in considerazione alcuni ambiti anch'essi transnazionali come le libertà politiche, la sicurezza globale, la *privacy*, il *copyright* e, per certi versi, la stessa libertà di iniziativa economica [1].

L'opzione di disconoscimento della realtà digitale, cioè l'approccio meramente censorio tipico della modalità di azione degli Stati autoritari — definito come « la frontiera più estrema a cui si spinge la sovranità statale » [2] — è una alternativa possibile, ma impraticabile per le democrazie liberali non solo per ragioni di aderenza al dato costituzionale, ma anche per l'impossibilità di sostenere economicamente tale scelta [3]. Il presente contributo si muoverà sul piano del "dialogo", ovvero sul processo di riconoscimento (spontaneo o necessitato) delle posizioni dei soggetti coinvolti nella gestione di Internet e, in questa prospettiva, esaminerà una serie di ambiti tra loro apparentemente disarticolati, ma in realtà tenuti insieme da un minimo comune denominatore: il ruolo dei privati nella Rete.

Al problema riguardante l'adeguamento delle cd. *regole di Internet* alle normative (e talvolta alle Costituzioni) [4] sta affiancandosi, negli ultimi anni, un fenomeno ancora relativamente nuovo: un'emersione di soggetti privati con poteri di controllo e di intervento sulla struttura secondaria della Rete tanto incisivi da

[1] Sulla realtà (ed i limiti) della cd. agorà digitale, M. Cuniberti, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in questa *Rivista*, fasc. 2, 2015, 275.

[2] A. Oddenino, *La* governance *di Internet fra autoregolazione, sovranità statale e diritto internazionale*, Torino, 2008, 76.

[3] Al di là della configurazione di Internet come diritto umano, l'accesso e l'uso libero di Internet è ad oggi una necessità riconosciuta, seppure in misura diversa rispetto ai Paesi democratici, anche da quelli autoritari. Si può dire che ad oggi Internet sua totalmente limitato solo in Stati politicamente isolati come Cuba e la Corea del Nord. Sul legame indissolubile tra liberalismo economico, Stato democratico e libertà di Internet, v. K.W. Grewlich, *Governance in Cyberspace: Access and the Public Interest in Global Communications*, The Hague, 1999. Sulla necessità di una regolazione da parte statale per evitare che il diverso di accesso ai benefici della rete possa diventare fonte di nuove ingiustizia, M. Durante, *Il futuro del web: etica, diritto, decentramento. Dalla sussidiarietà digitale all'economia dell'informazione di rete*, Torino, 2007.

[4] La letteratura sul tema è sconfinata. Sui problemi giuridici di rango costituzionale di Internet v. E. Castorina, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015 che sottolinea la necessità di « specifici interventi a livello normativo (nazionale, europeo e internazionale) anche di rango costituzionale in ordine all'utilizzo della nuova tecnologia, com'è il caso del ventilato diritto di accesso a Internet: "metafora felice" di una serie di situazioni eterogenee e strumentali, di carattere costituzionale (artt. 2, 3, comma 2, 15, 18, 21, 41, 49, 97 Cost.) ». R. Calo, *Robotics and the Lesson of Cyberlaw*, in *Cal. L. Rev.*, vol. 103, 2015, 518, nonché M. Cuniberti, *Le libertà politiche nell'era digitale*, in Aa.Vv. *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, vol. 2, Napoli, 2014, 166. Tra coloro che invece hanno affrontato il problema inverso: costituzionalizzare Internet. Si v. S. Rodotà, *Una Costituzione per Internet*, in *Politica del Diritto*, n. 3/2010, 337; G. Azzariti, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2011; l'interrogativo rappresenta il punto di partenza anche dei contributi contenuti nel volume curato da N. Nisticò - P. Passaglia, *Internet e Costituzione*, Torino, 2014. Per Y. Benkler, *In-*

regolarne il suo funzionamento e persino alcuni aspetti della sua architettura. Si tratta di soggetti con un'autorità che, al di là di qualsiasi investitura formale, per continuità ed efficacia delle misure adottate discende da un potere di autodeterminazione di fatto di molte regole riguardanti la Rete. Si tratta di poche, potentissime imprese che operano su Internet e che sono conosciute come *Over the Top* (OTT). Ad essi è imputata un'erosione non solo degli spazi, ma anche di molte forme dello Stato-nazione.

Si cercherà dunque di comprendere l'estensione della *sovranità digitale* attraverso l'evoluzione del rapporto tra i grandi operatori economici della Rete (a cui appartiene di fatto il potere di gestire Internet) e gli Stati nazionali (a cui tale facoltà apparterrebbe di diritto) prendendo in considerazione tre profili cruciali che hanno portato Internet, da mero luogo di scambio di informazioni quale era, ad assumere alcuni tratti propri di un ordinamento giuridico.

Un primo aspetto, di carattere ordinamentale, riguarda la sua "architettura costituzionale" e, in particolare, la natura delle sue grandi piattaforme, rispetto alle quali si pongono, a loro volta, due questioni: si possono applicare le tradizionali categorie riferibili alla forma storica di organizzazione del potere politico, e cioè i concetti di popolo, territorio e sovranità, anche agli OTT? E se così fosse, possiamo affermare che, pur in forme particolarissime, stia iniziando a costruirsi una sovranità propria *nella* e *della* Rete?

Il secondo aspetto è invece di carattere assiologico e riguarda i "compiti" che si prefiggono gli OTT: essi trascendono il mero aspetto economico-commerciale e si pongono su un piano di interessi generali, trasformando tali soggetti in vere e proprie "istituzioni di Internet".

Il terzo aspetto consiste nello "spazio vuoto", l'ambito privo sia di Stato che di istituzioni anche solo astrattamente capaci di esercitare una qualche sovranità: un "territorio" in cui la sovranità è del tutto assente, di cui un esempio è costituito dal problema dei *Bitcoin*, la moneta virtuale.

Sulla base dell'analisi di questi ambiti ci si chiederà infine quali siano i margini di dialogo tra l'ordinamento giuridico Internet e gli ordinamenti giuridici tradizionali.

---

ternet Regulation: A Case Study in the Problem of Unilateralism, in *European Journal of International Law*, 2000, 171, pur essendo un controllo statale inevitabile, l'adeguamento della Costituzione alla realtà informatica permetterebbe di pensare ad una "clausola digitale" quale parametro giuridico indefettibile, perché in grado di dare efficacia a decisioni che altrimenti rimarrebbero sulla carta.

2. La *crisi* della *sovranità*: ancora qualche precisazione di ordine ermeneutico.

« Tu non avresti alcun potere su di me se non ti fosse stato dato dall'alto » [5]: questo riconoscimento di una rigida linea di successione rispetto ad una fonte originaria che trova nello Stato il primigenio soggetto titolare esprime il millenario fondamento logico, prima ancora che giuridico, di ogni sovranità. Gli attributi e gli ambiti di efficacia della sovranità, nelle forme in cui essa ha caratterizzato l'evoluzione storica delle configurazioni istituzionali, sociali e territoriali di organizzazione del potere politico in Occidente, sono ormai da tempo in questione. Lo Stato, per ragioni, organizzative, politiche o perché spinto dalla necessità di regolare uniformemente alcuni particolari fenomeni di natura transazionale, ha rimesso volontariamente parte del suo *imperium* ad altri organismi [6], determinando, come è ripetuto da lungo tempo, una "crisi della sovranità" [7].

Crisi e *sovranità* sono due termini che necessitano di una breve premessa chiarificatrice. Evitando di addentrarci nel loro sconfinato confronto teorico, ai fini della nostra analisi è sufficiente riprendere il concetto cui la sovranità è tradizionalmente assimilata dalla più autorevole dottrina: il potere, il suo vertice, il luogo dove si prendono decisioni politiche [8]. Mentre delle varie acce-

[5] Così Giovanni 19,11 riporta parte del confronto tra Gesù e il rappresentante dello Stato romano Pilato.

[6] È questo il caso che riguarda, ad esempio, il versante economico-finanziario e commerciale dove è possibile constatare una cessione di potestà normativa, regolamentare e perfino giurisdizionale: il concepimento delle politiche e atti normativi riguardanti i settori compresi nelle materie riservate alla Unione europea, così come gli ambiti oggetto di accordi trans-nazionali, vedono la nascita di istituzioni politiche e organi giurisdizionali di risoluzione eventuali controversie. Tra di essi possono ricordarsi il trattato istitutivo della *World Trade Organisation* (WTO), *dell'World Intellectual Property Organisation* (WIPO), così come l'*Anti Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA), il *Trans-Pacific Partnership* (TPP) ed infine il *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA). Per un approccio dogmatico si rinvia innanzitutto al risalente, ma visionario saggio di L.L. Thompson, *State Sovereignty and the Treaty-Making Power*, in *Cal. L. Rev.*, vol. 11, 1923, 242.

[7] Sulla crisi della sovranità è fiorente la letteratura scientifica. Dalla fondamentale prolusione di S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Pisa, 1909, tenuta per l'inaugurazione dell'anno accademico dell'Università di Pisa passando dal precoce contributo di G. Del Vecchio, *La crisi dello Stato*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Di*ritto, 1929, 1, si ricordano, *ex multis*, L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari, 1997, e la ricognizione di A. Bosio - S. Dellavalle, *Crisi e ridefinizione della sovranità nel contesto plurilivellare*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2016; argutamente, poi, B. Caravita, *Il tabù della sovranità e gli istituti tipici di ordinamenti statuali di tipo federale in radice incompatibili con il grado di autonomia regionale attualmente assicurato nel nostro ordinamento costituzionale*, in Federalismi.it, n. 22/2007, 1, ricorda come la sovranità « da dogma è diventata un tabu ».

[8] Cfr. *ex multis*, M.S. Giannini, *Sovranità*, in *Enc. Dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, 224; C. Mortati, *Commento all'Art. 1*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975. Sui fondamenti teorici del concetto di sovranità si deve invece risalire al pensiero di J. Bodin, *I sei libri dello Stato* (1576), tr. it., Torino, 1964, e di T. Hobbes, *Il Leviatano* (1651), tr. it., Roma-Bari, 2008; per un approccio erme-

zioni con cui può essere preso in considerazione il termine crisi, si opta in questa sede per l'idea di passaggio, di transizione verso una nuova fase, per approdare alla quale si rivela necessaria una scelta. Parlando di crisi o di erosione della sovranità non si vuole alludere ad una scomparsa della sovranità in sé, ma a un mutamento dei soggetti che esercitano la decisione politica [9]. In particolare, soprattutto per la regolazione di alcune dimensioni plurali e sovranazionali, il tentativo di trovare un dialogo tra l'ordinamento nazionale e altri attori si rende necessario per almeno tre ordini di ragioni: innanzitutto per la riscontrata inefficacia dei modelli di *governance* articolati sul modulo Stato sia in termini di contenuto sia per ciò che concerne la natura formale delle sue decisioni [10]; in secondo luogo, per ciò che concerne l'ambito effettivo di incidenza dei poteri esercitati a tutela di interessi pubblici la cui dimensione appare esorbitare il limite territoriale, elemento essenziale dell'esercizio della sovranità; in terzo luogo, infine, per ciò che concerne l'approntamento di sistemi di tutela giurisdizionale effettiva, non solo perché disseminati in una complessa rete multilivello, ma anche perché di fatto, a seguito della globalizzazione, difficilmente circoscrivibili nei loro confini [11].

Tradizionalmente questa erosione è ricondotta a due macrofenomeni: da una parte gli ordinamenti giuridici sono sempre più strettamente legati gli uni agli altri attraverso la proliferazione di

neutico in una prospettiva storico-giuridica si guardi a M. Galizia, *La teoria della Sovranità dal medioevo alla Rivoluzione francese*, Milano, 1951 e più recentemente E. Cortese, *Sovranità (Storia)*, in *Enc. Dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, ma anche F. Fardelli, *Il dogma della sovranità. Un consuntivo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 1065 ss. Da ultimo l'esaustivo contributo, A. Morrone, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017.

[9] L'idea di sovranità, a partire da Bodin, è sempre stata una idea collegata all'esercizio di un potere, di un *imperium*, da parte di una entità politica. In questo senso la sovranità è sempre intrinsecamente politica, in quanto regola inevitabilmente il vivere dei consociati, dei cittadini.

[10] Le problematiche, a cui in questa sede è possibile solo accennare, si riferiscono in primo luogo all'inadeguatezza dell'utilizzo della legge nella regolazione di fenomeni la cui natura cangiante e plurale ne farebbe emergere la rapida obsolescenza. In secondo luogo, va accennato al mutamento di ruolo della legge quale espressione generale della sovranità popolare mediata dal circuito politico rappresentativo, non raramente sostituita da provvedimenti a contenuto generale imputabili al Governo, fenomeno che comporta anche un ripensamento dell'intero sistema dei rapporti tra le fonti. Su questo ragionamento si snoda anche il pensiero di P. Caretti, *La crisi della legge parlamentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1/2010; così anche R. Tarchi (a cura di), *Governo vs. Parlamento? Evoluzioni del potere di normazione al tempo della crisi economica*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3/2016. Sulla crisi del sistema delle fonti del diritto, si v. già G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale, vol. I* (*Il sistema delle fonti del diritto*), Torino, 1990, 153 ss.

[11] Si pensi al condizionamento operato dalle Corti supreme sovranazionali — solo in parte rimediato dal cd. *dialogo* — ma anche dalla portata di decisioni formalmente ricadenti nel perimetro della giurisdizione interna ma destinate ad avere ripercussioni su sistemi diversi da quello nazionale di riferimento: si guardi, a titolo di esempio, al ben noto caso del default dell'Argentina nel 2001 che non è dipeso dalla decisione del Fondo Monetario Internazionale o di organi dell'ordinamento internazionale, ma da una decisione di un giudice ordinario americano in forza delle clausole contenute nella emissione di *bonds* piazzati ad investitori istituzionali.

accordi o sistemi giuridici internazionali e sovranazionali che formano una fitta trama regolatoria [12]; dall'altra, gli organi delle organizzazioni di natura finanziaria o di tutela dei diritti umani inter- o sovranazionali stanno gradualmente assorbendo le competenze statali. Si tratta dunque di un processo di fisiologica trasformazione all'interno del quale gli Stati sovrani hanno ceduto o condiviso alcuni aspetti del loro imperio [13]. Per tale ragione in questi casi *erosione della sovranità* significa solo apparentemente *erosione della statualità*. Essa continua sotto altre forme ed in quanto totalità continua ad appartenere al modulo Stato. Non è irrilevante, infatti, che per costituire enti internazionali così come per l'applicazione delle decisioni prese da questi sia comunque necessaria la partecipazione dello Stato. In quest'ottica, l'ordinamento inter e sovra-nazionale presuppone gli ordinamenti giuridici statali [14].

In questo contesto, le spoglie della sovranità statale sono contese da un terzo genere di attori, le imprese multinazionali di grandi dimensioni rappresentative del potere economico globalizzato, anch'essi dunque espressive di realtà che trascendono i singoli Stati e ordinamenti. La loro considerevole influenza nel *law-making process* di numerosi ordinamenti ha fatto sì che quest'ultimi, per contemperare il principio democratico e il principio di trasparenza con quello pluralistico, predisponessero strumenti e

[12] Di *treatification* parla provocatoriamente numerosa letteratura: S. Vöneky, *Verfassungsrecht und Volkerrechtliche Verträge*, in J. Isensee - P. Kirchhof (a cura di), *Handbuch des Staatssrecht*, *vol. XI (Internationale Bezüge)*, Heidelberg, 2013, 236 ss.

[13] Solo per rimanere nel contesto europeo, la cessione della decisione politica è prevista esplicitamente dalle Costituzioni della maggior parte dei Paesi del continente: si ricordino, tra gli altri, gli artt. 34 e 169 della Costituzione belga; l'art. 24 § 1 del *Grundgesetz*; l'art. 93 della Costituzione spagnola, l'art. 92 di quella olandese e l'art. 28 di quella greca. E ovviamente gli artt. 11 e 117 della nostra Carta fondamentale. Contemporaneamente un trasferimento di poteri sta realizzandosi anche all'interno della stessa dimensione comunitaria — si ricordi come gli stessi Trattati istitutivi parlano di un « Unione sempre più stretta » (Preambolo TUE). Non è possibile tuttavia tacere quelli che sono gli elementi di intrinseco disordine nel ridisegnamento degli assetti di potere. Resistenze e scontri sono stati e sono all'ordine del giorno nella definizione del *limes* di operatività dei distinti poteri che segue l'espansione materiale degli ambiti di competenza comunitaria e sovra-nazionale). A tal fine è necessario ricordare l'importanza del metodo dialettico (e dunque bilaterale) che si instaura nel "passaggio di consegne" che, se da una parte ingenera resistenze e velleità (su entrambi i fronti), dall'altra legittima le rispettive posizioni e la titolarità di ogni rivendicazione. Gli ordinamenti giuridici, infatti, si riconoscono l'uno con l'altro e il problema dei rispettivi ambiti di sovranità si pone, nella maggior parte dei casi, non in termini di abuso di potere, quanto in quelli, meno impegnativi, di un suo eccesso. Come si vedrà, questo aspetto è assente nella definizione dei rapporti tra Stati e attori privati "statalizzanti".

[14] La tesi della necessaria interdipendenza tra Comunità internazionale e Stato trova il suo primo concepimento in H. Tripiel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899 a cui si contrappone l'approccio monista di impostazione kelseniana (H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale* (1920), tr. it. Milano, 1989). La teoria dualista trova adesso i suoi epigoni nella scuola del pluralismo giuridico, tra cui A. v. Bogdandy, *Pluralism, Direct Effect and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law*, in *Intern. Journal of Constit. Rev.*, vol. 6, 2008, 397.

modalità di regolamentazione del fenomeno [15]. Il ruolo di tali imprese si limita tuttavia ad orientare l'esercizio della sovranità che rimane, in ultima analisi, prerogativa statale [16]. Limitandosi di fatto ad immettere nel processo decisionali altre "voci" e conservando l'*imperium* sulla decisione finale, il concetto di sovranità ha quindi assunto una dimensione plastica conservando al tempo le sue peculiarità.

Ma cosa succede se ci si sposta sul piano della Rete? È sulla dimensione digitale che, forse per la prima volta, un fenomeno del tutto nuovo, frutto dell'evoluzione tecnologica, recide il nucleo

[15] La notevole influenza degli interessi economici privati nelle decisioni pubbliche non è un fenomeno nuovo: cfr. *ex multis* C.A. Cutler - V. Haufler - T. Porter (a cura di), *Private authority and International Affairs*, New York, 1999, in particolare 16, dove si osserva come « private actors are increasingly engaged in authoritative rule-making that was previously the prerogative of sovereign states ». Un'ammissione implicita della diffusione dell'influenza dei gruppi di pressione portatori di interessi delle imprese multinazionali è l'attenzione che i legislatori hanno riservato alla sua regolamentazione. Non è raro persino che il *lobbying* economico quale strumento di indirizzo sia formalmente riconosciuto come una variabile necessaria e utile nell'ordinamento comunitario. In Francia la materia è regolata dalla *Loi Sapin II* del 2016 relativa alla *Transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*. Registri per le *lobbies* si trovano in Spagna, e Gran Bretagna. Si vedano M. I. Vélez Álvarez - F. De Montalvo Jääskeläinen, *Los lobbies en el marco de la Unión Europea: una reflexión a propósito de su regulación en España*, in *Teoría y realidad constitucional*, 2014, 354; P.L. Petrillo, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobbies nel diritto pubblico comparato*, Milano, 2011; Ufficio Legislazione Straniera Del Servizio Biblioteca Della Camera Dei Deputati, *La disciplina dell'attività di lobbying in Francia, Germania, Regno Unito e USA*, Appunti 58, 2014. In Germania il ricorso ai pareri esterni di lobbisti e di esperti (i cui rispettivi confini sono sempre più sottili) non è mai stato, di per sé, un problema nel sistema decisionale legislativo tedesco; basti pensare agli ufficiali *wissenschaftliche Beiräte* che hanno accompagnato la maggior parte dei ministri nel corso degli anni. Inoltre, sempre più spesso, il ricorso alle cd. *externe Sachverständige* si mostra necessario visto il grado di specificità e di complessità delle materie oggetto di legislazione. Ad oggi, in tema di *lobby*, la questione più dibattuta consiste proprio nel delineare la loro capacità di azione e i loro limiti all'interno dell'ordinamento politico tedesco. È già prevista nel Regolamento del *Bundestag*, sulla scorta del già presente Registro di trasparenza europeo, l'istituzione di una lista dei gruppi di pressione (v. *Geschäftsordnung* BT, Allegato 2, Registrazione delle associazioni). Per un commento, si v. T. Leif, *Lobbyismus und Transparenz*, in H.-H. von Arnim (a cura di), *Transparenz contra Geheimhaltung in Staat, Verwaltung und Wirtschaft*, Berlin, 2015, 59; così anche M. Gerig, *Der rechtliche Rahmen für Lobbyisten*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n. 8/2014, 247). Sul problema teorico legato all'intervento delle lobbies nel Parlamento tedesco, si v. in particolare nel contributo di K. von Lewinsky, *Gesetzesverfasser und Gesetzgeber, Outsourcing und fertige Produkte im Normsetzungsverfahren*, Baden-Baden, 2015. L'A. sostiene che l'intervento delle *lobbies* nel processo decisionale sia un concetto di per sé neutro, ma che un eccessivo utilizzo di tale strumento rischi di far perdere al Parlamento non tanto le competenze formali, quanto quelle reali, cioè che la capacità di legiferare autonomamente su tematiche specifiche potrebbe venire inficiata da un processo di "impigrimento" portando così, sul lungo periodo, ad uno scostamento dalla volontà popolare. Pur non ravvisando alcun limite predeterminato, da un punto di vista costituzionale, all'intervento delle *lobbies* ne auspica una più incisiva regolamentazione. Per il caso italiano, si v. sempre P. L. Petrillo, *Il dialogo in Parlamento tra politica e interessi organizzati*, in V. Lippolis - N. Lupo (a cura di), *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale - Il Filangieri* (*Quaderno 2015-2016*), Napoli, 2017, 283.

[16] Sul punto A. Morrone, *op. cit.*, in particolare 55; la dimensione pluralista si contrappone, va da sé, a quella monolitica, dove la sovranità era statica, unica, assoluta e concentrata nelle mani del Monarca, ovvero dello Stato.

del principio di trasmissibilità, anche indiretta, del potere. Si tratta della nascita di uno spazio virtuale dove l'informazione diviene bene immateriale che circola in modo globalizzato, interattivo e onnicentrico e dove le pretese di sovranità statale si stemperano per via delle difficoltà di esercitarla di fatto [17]. Parlare di sovranità sul web impone quindi di adottare un'ottica parzialmente diversa rispetto al paradigma tradizionale, per via della peculiare posizione in cui si trovano gli attori a cui si è accennato nel precedente paragrafo, gli *Over the Top*. Si considerano rientranti nel concetto di *Over the Top* quelle imprese che forniscono, attraverso la rete Internet, servizi, contenuti e applicazioni di tipo "*rich media*". Esse traggono ricavo, in prevalenza, dalla vendita di contenuti e servizi agli utenti finali o di spazi pubblicitari e si rivolgono ad un mercato globale con spese di gestione ed organici ridottissimi. Tra di esse sono ricomprese piattaforme [18] o motori di ricerca [19] come *Google*, *Amazon*, *Yahoo*, *Facebook*, la cui dimensione strutturale permette loro di esulare dal tradizionale sistema di distribuzione formando non raramente un'endiade con l'idea stessa di Internet [20]. Il confine tra autodeterminazione e esercizio della sovranità da parte degli *Over the Top* è diventato nel tempo tanto labile, da far parlare più di un rapporto di reciproca implicazione che non di polarità tra i due concetti. La loro importanza ai nostri fini non deriva solo dalla quantità del flusso di dati che esse gestiscono o custodiscono, ma dalla capacità di influenzare l'informazione stessa e dunque l'intera costruzione del sistema virtuale. Il reperimento dell'informazione e la valutazione della correttezza, completezza e,

[17] Alcuni autori, tra i quali J. Everard, *Virtual State*, London, 2000, hanno osservato che la Rete pone sfide in primo luogo metodologiche allo Stato-nazione, il cui destino non è l'estromissione, ma una sua trasformazione all'interno del mondo digitale. L'A. analizza in particolare il passaggio da un'economia di beni e servizi all'economia basata sulla digitalizzazione di questi e considera il passaggio all'amministrazione digitale il primo passo per la riappropriazione da parte dello Stato di una parte della propria sovranità sul Web.

[18] Termine che indica quelle basi software su cui sono sviluppato e/o eseguite applicazioni di interconnessione tra utenti.

[19] Sistemi che permettono la ricerca (per termini, per sistemi o libera) in un archivio alfabetico attraverso l'utilizzo di un *daimon*, un software che si muove lungo la rete intercettando ogni link ed indicizzando i risultati o i *link* selezionati per pertinenza, cronologia, ecc.

[20] Non è raro trovarsi davanti, nella prassi, ad espressioni sineddotiche o metonimiche, che utilizzano una parte (il nome di un OTT) per il tutto (Internet). Quella di *Over the Top* è un concetto insieme tecnico ed evocativo: tecnico perché queste imprese, possedendo una loro infrastruttura di gestione e trasmissione, riescono ad agire al di sopra delle reti e per loro stessa natura, non richiedono interconnessione; evocativo (e dal sapore hollywoodiano ed amaro al tempo stesso) perché (se è vero come sembra) è ispirato ad un film di Silvester Stallone ("Over the top" appunto), che racconta i soprusi che possono nascere dall'abuso dell'esercizio del potere economico. Per una raccolta, anche esemplificativa, dei passaggi che hanno portato agli scontri tra OTT e Stati, cfr. J. Goldsmith - T. Wu, *I padroni di Internet. L'illusione di un mondo senza confini*, Bologna, 2006. Sul valore quasi ontologico che hanno acquisito alcuni di essi, N. Lee, *Google My Religion: Unraveling the Gordian Knot of Religious, Moral and Political Entanglement*, in Id. (a cura di), *Google.it*, New York, 2016, 53.

talvolta, imparzialità della stessa costituiscono modalità informative che incidono nella trasmissione dei contenuti. Da soggetti privati, gli OTT si avvicinano sempre più, per caratteristiche e funzioni, ad assumere le forme di vere e proprie istituzioni di Internet.

3. Istituzioni e sovranità.

È una regola fisica, ancora prima che giuridica e politica, che il vuoto non esista. In natura, le mancanze di volume vengono immediatamente colmate da altra materia. Non c'è motivo di pensare ché ciò non avvenga anche nella Rete, seppure in maniera del tutto peculiare. Sotto questo profilo, il tema della sovranità *su* Internet non può essere affrontato prescindendo da quello della sovranità *di* Internet e dal rapporto tra i grandi operatori della Rete (a cui appartiene di fatto il potere di gestirla) e gli Stati nazionali (a cui tale facoltà appartiene di diritto). Per questo preliminarmente ad ogni altra questione, devono essere qui affrontate due fondamentali domande: Internet è riconducibile ad un vero e proprio ordinamento? Esistono soggetti sovrani al suo interno?

Innanzitutto, va osservato che il problema della natura giuridica di Internet non sembra trovare una soluzione definitiva. L'assenza di legami (nel senso che la Rete non appartiene a nessuno: non è finanziata né da istituzioni internazionali né da Governi), il liberismo economico a cui si ispira, ma anche l'impossibilità di ridurne natura e funzione alla mera dimensione di servizio commerciale rendono Internet sostanzialmente una realtà anarchica. La sua connotazione acentrica e l'impraticabilità di esercitare su di esso alcuna reale influenza esterna (da parte dei Governi o delle organizzazioni internazionali), non porta però a rendere Internet una realtà del tutto priva di regole. Le disposizioni regolatorie che si impiantano sui connaturati principii fondamentali di apertura, uguaglianza e partecipazione alla base della Rete sono proprio quelle poste, in via di fatto e in maniera per lo più casistica, dagli *Over the Top*. Le autoregolamentazioni sulla raccolta, custodia e utilizzo dei dati personali, la repressione di comportamenti penalmente rilevanti (come la rimozione di *post* offensivi), i modelli negoziali di adesione e le clausole di esenzione da responsabilità, cioè il (pur esiguo) complesso sistematico di regole hanno avuto ed hanno tuttora la loro fonte principale nella *self-regulation*. Ciò non significa beninteso che Internet, come è stato sostenuto, sia l'« *heaven of the self-regulation* » [21], se si dota tale espressione di una dimensione assiologica che vede Internet

[21] Come riporta G. De Minico, *Antiche libertà e nuova frontiera*, Torino, 2016, 197, questa tesi trova la origine nel pensiero di John Perry Barlow, creatore dell'*Elec-*

come un ordine naturalmente equilibrato. Significa però che Internet è capace di esprimere una comunità organizzata che, seppur solo parzialmente, è capace di regolarlo.

Se Internet può essere assimilato, seppure a suo modo, ad un ordinamento giuridico, cosa rende gli OTT le sue istituzioni? I tentativi degli ordinamenti di ogni livello (nazionale, comunitario ed internazionale) di conformare Internet rispetto ai propri interessi, tanto dal punto di vista della struttura quanto dei contenuti, non possono che scontrarsi con gli interessi dei suoi attori intriseci. Il rapporto tra ordinamento Internet e ordinamenti giuridici tradizionali viene investito così da due preoccupazioni opposte: la regolamentazione di Internet (*i.e.* dell'azione degli OTT) e l'assenza di una sua (loro) regolamentazione. Entrambe le soluzioni (regolare o non regolare), infatti, sollevano problemi di non poco conto, anche sotto l'aspetto della forma di Stato [22]. Gli effetti di un esercizio parziale, ma autonomo di potere (perfino sovrano) si riflettono inevitabilmente sull'ordine costituzionale in quanto vanno a spezzare la tendenziale unità dell'ordinamento statale, sia esterno che interno, mettendo in discussione il sistema delle fonti, così come l'effettività della tutela di alcuni diritti soggettivi. Le specificità del sistema digitale sono rivelate nelle forme espressive in cui il nuovo ordine supplisce all'assenza di un ordinamento giuridico in senso tradizionale. Se da una parte questi attori, per la loro natura privata e i loro fini di lucro, non solo non seguono, ma addirittura esulano dalla catena di trasmissione del potere sovrano, dall'altra, per la natura specifica del mezzo in cui operano [23], strappano brandelli di sovranità tanto allo Stato-nazione quanto agli ordinamenti sovra-nazionali.

Nel novero dei soggetti in grado di esprimere, anche astrattamente, una capacità nomopoietica sufficiente per dare luogo ad un'istituzione, nel senso tradizionalmente inteso di « comunità organizzata in vista di uno scopo comune » [24], sembra ragionevole

tronic Frontier Foundation. Si v. anche D.R. Johnson - D. Post, *Law and Borders. The Rise of Law in Cyberspace*, in *Standford Law Review*, n. 48/1996, 1367.

[22] Che il fattore tecnologico eserciti varia influenza all'interno del rapporto governanti-governati è dimostrato dal fatto che l'impiego delle nuove tecnologie ha consentito di dare risposta alle esigenze di modernizzazione dello Stato liberale, in particolare all'espansione dei consumi e degli spazi di libertà. Sull'alternativa tra regolazione e non regolazione e le conseguenze dell'una e dell'altra, si v. il pregevole contributo di G. De Minico, *Internet e Anarchia*, Napoli, 2012, in particolare 7 ss., dove evidenzia un importante problema corollario, la disparità di eventuali discipline della rete: « Emerge una singolare contraddizione: da un lato, universalità, espansione prima impensabile di diritti ed uguaglianza oltre gli argini di territorio; dall'altro, discipline restrittive e differenziate Stato per Stato ».

[23] Non bisogna dimenticare che la diffusa possibilità del mezzo — che non poggia né su risorse naturali limitate, né su investimenti particolarmente onerosi, né soprattutto su un territorio nella sua accezione più tradizionale — e il suo carattere "costituzionalmente" libero lo rendono insuscettibile di reali restrizioni unilaterali.

[24] Si rimanda qui alla ben nota teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici

includere gli OTT. Senza alcuna pretesa di ricondurre a tali soggetti i caratteri propri di istituzioni statali [25], l'attenzione si concentra sugli aspetti ordinamentali che caratterizzano, ogni giorno di più, le specificità degli OTT: plurisoggettività e normazione — cioè l'elemento del popolo e la capacità di emanazione delle norme prodotte da fonti legali e di garantirne il rispetto — si coniugano con un terzo elemento, quello dell'organizzazione (per giunta teleologicamente orientata) [26]. Anche se talora viene avanzato qualche dubbio, a quasi un secolo di distanza dalla sua elaborazione, la teoria di Santi Romano può considerarsi nelle sue conclusioni generali pacifica [27] e pare impensabile oggi tornare a sostenere una assoluta coincidenza tra Stato e diritto [28].

Se l'individuazione delle istituzioni di un ordinamento non passa dalle norme, ma dalla società [29], l'esercizio del potere sociale, a sua volta, è ricondotto a tre forme specifiche: il potere economico, quello ideologico e quello politico. Gli OTT, come si vedrà, in quanto imprese economiche ed enti di promozione di interessi generali con funzione di controparti statali per la conclusione di atti di *softlaw*, possono rientrare a pieno titolo in tale

elaborata da Santi Romano, secondo cui il numero di ordinamenti — che possono qualificarsi in numero potenzialmente illimitato — è connesso alla compresenza delle tre dimensioni costitutive dello Stato (soggettiva, spaziale e materiale che si inverano rispettivamente in popolo, territorio e sovranità). La citazione, in particolare, è ripresa da S. Romano, *L'ordinamento giuridico* (1918), Macerata, 2018, 18.

[25] Se dunque la presenza di un ordinamento e la nascita dell'istituzione sono una conseguenza logica, prima ancor che giuridica dell'avverarsi delle tre condizioni nomopoietiche, altrettanto non si può dire del passaggio alla statualità, la quale invece richiede almeno l'ulteriore elemento dell'imperio quale forza di coercizione legittima. Cfr. A. Morrone, *Sovranità*, *op. cit.*, 64.

[26] I tre elementi, richiamati anche in H. Kelsen, *Lineamenti della dottrina pura del diritto* (1934), Torino, 1967, sono stati precisati da M.S. Giannini, *La relazione tra gli elementi degli ordinamenti giuridici* (1990), in S. Cassese, *Massimo Severo Giannini*, Roma-Bari, 2010, 27, il quale ha ricordato come essi debbano essere uniti da specifici nessi strutturali cosistenti in una « Normazione sulla plurisoggettività, una normazione sulla normazione, una normazione sull'organizzazione » accanto ad una loro organizzazione. Tutto ciò nell'ottica che considera l'ordinamento prima ancora che "norma", "organizzazione" e "struttura".

[27] P. Biscaretti di Ruffia, *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, in *Il Politico*, vol. 40, n. 4/1975, 574.

[28] Ma se le teorie romaniane sono state in certa misura funzionali a un'integrazione delle istituzioni e degli ordinamenti non statuali nello Stato, tramite la « riconduzione degli ordinamenti all'unità dello Stato » (cfr. M. Corsale, *Pluralismo giuridico*, voce in *Enc. dir.*, Milano, 1983, XXXIII, 1016) la presente tesi vuole al contrario saggiare la possibilità che gli OTT costituiscano istituzioni di un ordinamento solo tangenzialmente riconducibile allo Stato.

[29] « L'ordine sociale che è posto dal diritto non è quello che è dato dalla esistenza, comunque originata, di norme che disciplinino i rapporti sociali: esso non esclude tali norme, anzi se ne serve e le comprende nella sua orbita, ma, nel medesimo tempo, le avanza e le supera. Il che vuol dire che il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità » S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, *op. cit.*, 20. Sulla scia del pensiero di Santi Romano, l'attenzione alla prassi è stata sottolineata, tra gli altri, da N. Bobbio *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, in particolare 194, e F. Modugno, *Legge - Ordinamento giuridico - Pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1985.

classificazione [30]. L'applicazione *mutatis mutandis* dei concetti riconducibili alle teorie generali degli ordinamenti giuridici su richiamate alla fenomenologia digitale, permette di evidenziare le sempre più marcate connotazioni ideologiche e politiche che rendono gli OTT *istituzioni* digitali a tutti gli effetti.

3.1. *La plurisoggettività delle* Communities.

La comprensione del valore giuridico della nozione di popolo di Internet non può che partire, a nostro modo di vedere, dal principio di accesso ad internet come diritto fondamentale [31]. Una volta riconosciuta il valore giuridico di diritto fondamentale alla partecipazione digitale, tale accesso viene posto sullo stesso piano di un diritto di voto, cioè della manifestazione prima ed essenziale della propria volontà. Se si assume che l'accesso sia un diritto fondamentale, ciò comporta che la comunità di Internet riserva alla partecipazione un valore equiparabile a quello del diritto di voto nella realtà fisica, e forse addirittura più ampio perché lo stato di inter-connessione permette anche il soddisfacimento di una più vasta gamma di diritti, tra cui quello di espressione, quello di manifestazione del credo religioso e, non da ultimo, quello di circolazione. Inoltre, il contratto di utenza di tali piattaforme richiede la sottoscrizione (o comunque l'accettazione) tanto di una serie di regole, quanto, non raramente, di una scala di principi. L'inclusione all'interno della comunità avviene attraverso una modalità puramente negoziale che è quella della sottoscrizione di un contratto di utenza e di protocolli comportamentali che hanno natura pattizia (come ad esempio avviene per *Facebook*) o che si intendono implicitamente aderiti a seguito dell'accesso ad una determinata piattaforma (è il caso di *Google*) [32]. Sono dunque gli OTT ad individuare i propri criteri di "cittadinanza interna" che diviene parte della più ampia cittadinanza digitale [33]. Le *policy*, ad esempio, a partire da quella sulla

[30] Su tale classificazione v. R. Bin - G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2015, 11.

[31] Una posizione favorevole al riconoscimento del diritto di accesso ad Internet come diritto umano (di natura sociale), v. G. De Minico, *Internet e Anarchia*, *op. cit.*, 128 e T.E. Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, in M. Pietrangelo (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, Napoli, 2010, 23. Contro, F. Borgia, *Riflessioni sull'accesso ad Internet come diritto umano*, in *La Com. Intern.*, 2012, 395; P. Passaglia, *Diritto di accesso ad Internet e giustizia costituzionale*, in http://www.giurcost.org, 20.

[32] Il concetto di *netiquette* è stato creato per descrivere quell'insieme di regole informali proprie di Internet in parte intrinseche al principio della libera partecipazione, in parte richiamate dai contratti di fornitura delle piattaforme. Tra i primi teorizzatori, L. Scheuermann - G. Taylor, *Netiquette*, in *Internet Research*, Vol. 7, n. 4, 1997, 269. Ma tali regole informali non sembrano limitarsi a semplici regole di buona educazione; si trasformano piuttosto in convenzioni con contenuto precettivo che superano i confini degli ordinamenti giuridici e delle giurisdizioni.

[33] La pensabilità di un criterio di appartenenza interna sembra compatibile con

privacy, offrono servizi, ma delineano anche regole di comportamento e di *fair use*, gestiscono interessi di rilevo costituzionale degli utenti, definiscono modalità di pagamento così come il luogo, le procedure e le condizioni di esercizio di eventuali giudizi. Ognuna di queste regole è espressione di sovranità su una collettività organizzata, su una comunità che si presenta come « infrastruttura sociale » il cui compito è quello di « supportare le istituzioni tradizionali » in declino [34]. Come infrastruttura (o istituzione) sociale Internet sfugge a qualsiasi premeditazione (né l'individuo né lo Stato né un insieme di Stati possono crearlo o modificarlo), ma come insieme di regole e di principi portati avanti dalle grandi piattaforme, esso è un contratto collettivo di origine unilaterale. Pur mancando una partecipazione democratica e la concezione di uno *status* che si avvicini a quello di cittadinanza politica [35], nondimeno gli *ethos* di *Facebook* o *Twitter* sono intesi a trasformare semplici consumatori in membri di una comunità che va ben oltre il semplice aspetto culturale, dando luogo ad una vera e propria « *koiné* politica digitale » fondata sui valori democratici [36].

3.2. *L'esistenza di un non-luogo digitale.*

Altro elemento sintomatico dell'esistenza di un ordinamento giuridico è la capacità di controllo organizzato su un determinato territorio. Che gli OTT siano strutture organizzate non è in

l'idea di cittadinanza digitale, almeno per come tratteggia quest'ultima K. Mossberger - C.J. Tolbert - R.S. Mcneal (a cura di), *The Digital Citizenship: the Internet, Society and Partecipation*, Cambridge (Massachusets), 2007. In Italia, G. Cogo, *La cittadinanza digitale. Nuove opportunità tra diritti e doveri*, Roma, 2010.

[34] Espressione tratta dal manifesto di M. Zuckenberg, *Building Global Community* (16 febbraio 2017) reperibile *online* (anche da parte dei non iscritti) su https://www.facebook.com/notes/mark-zuckerberg/building-global-community/10154544292806634/.

[35] Come riporta L. Lessig, *Code 2.0*, *op. cit.*, 290 « if cyberspace wants to be considered its own legitimate sovereign, and thus deserving of some measure of independence and respect, it must become more clearly a citizen-sovereignty ».

[36] Così I. Rivera, *Il ruolo di Internet nell'ordinamento democratico contemporaneo. Prospettive evolutive e direttrici di sviluppo*, in *Federalismi.it* - Focus democrazia diretta vs. democrazia rappresentativa, n. 1/2017, https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=34849, in particolare 16, la quale aggiunge: « le nuove tecnologie superano i corpi intermedi tradizionalmente deputati alla rappresentanza popolare in sede parlamentare per accorciare il divario esistente tra governati e governanti. La partecipazione dei cittadini alla vita politica del Paese, grazie alle innovazioni tecnologico-digitali [...] non si esaurisce più nel momento del voto espresso in occasione dell'elezione ma prosegue lungo tutto il mandato politico dei governanti, di modo da produrre un processo di condizionamento circolare, che parte dalle pubblicità sulle misure adottate, e sulla base di queste consente ai cittadini di controllare e di supervisionare l'*efficacia* e l'*efficienza* delle opzioni politiche prescelte ». Ciò osservato, non deve nascondersi il fatto che le comunità forse più forti del *web* sono state poco legate da matrici di natura comportamentale; al contrario sono state unite da un intento fraudolento, come ad esempio quelle nate sulla base dei criteri *peer to peer* nell'ottica della violazione sistematica del diritto d'autore.

questione [37]. È la definizione della natura del *cyberspazio* a costituire, invece, forse il compito più complesso [38].

Secondo la visione puramente libertaria, tesi che si è affermata a partire dagli anni Novanta, Internet è un *où tòpos*, un non-luogo, un a-territorio. In termini pratici gli effetti di tale concezione collocando la Rete totalmente al di fuori delle pretese di regolazione statale, le permette di rivendicare un diritto pieno all'autoregolazione e fintanto di autarchia [39].

Per una seconda linea di pensiero, invece, lo spazio digitale è una semplice proiezione territoriale di una avanzata tecnologia di comunicazione e quindi, pur riconoscendosi un luogo diverso da quello fisico, la sua esistenza non determina alcun distacco qualitativo dal tradizionale modello delle telecomunicazioni, permettendo dunque un certo controllo dello Stato sul "territorio" della Rete [40]. Tale teoria, a nostro modo di vedere, non tiene conto delle modalità di aggiramento della tracciatura le connessioni: la struttura di Internet, reticolare e acentrica, consente il passaggio attraverso una molteplicità di vie diverse, anche extranazionali [41].

Un terzo filone di pensiero si situa in un punto mediano.

---

[37] Il complesso logistico dell'apparato commerciale rende gli OTT formidabili strumenti di controllo capillare sui propri spazi nella Rete. L'uso sempre più incisivo dell'algoritmo, consente una supervisione automatica su tutte le attività svolte dai propri membri. L'algoritmo (una sequenza di istruzioni in base alle quali il calcolatore elabora un processo di calcolo) infatti oltre a stabilire le regole logiche da impiegare nella risoluzione di un problema e la sequenza secondo cui devono essere applicate permette la valutazione di comportamenti attuali e la previsione di quelli futuri (a titolo di esempio, è notizia dell'anno scorso che *Facebook* abbia annunciato l'avvio di un piano per studiare un algoritmo che indentificasse potenziali terroristi). Si v. P. Ferragina - F. Luccio, *Il pensiero computazionale. Dagli algoritmi al coding*, Bologna, 2017, 8; P. Zellini, *La dittatura del calcolo*, Milano, 2018.

[38] La pluralità e l'eterogeneità dei piani sulla quale la sovranità statale può idealmente esercitarsi sul *web*, sia in termini di struttura che di contenuto, non consente di procedere agilmente ad un approccio generale: si pensi solo al sistema dei nomi a dominio (ICANN), alla compartimentazione della rete (*zoning*) alla decisione di impedire l'accesso alla rete, ecc.

[39] Pensare a Internet come "utopia", come riporta A. Oddenino, *op. cit.*, in particolare 59 ss, prima ancora che sottolinearne il valore ideale e programmatico, consente di delimitare anche fisicamente il suo spazio sia dall'esterno che dall'interno. L'A., invero fiero sostenitore della sottoposizione della Rete all'autorità statale, osserva che se Internet non esiste, allora non è possibile nemmeno esercitarvi un'autorità nemmeno da parte di chi lo costituisce.

[40] Svuotando di significato il concetto di possesso della Rete, V. Zeno-Zencovich, *Intorno alla decisine nel caso Schrems: la sovranità digitale e il governo internazionale elle reti di telcomunicazione*, in questa *Rivista*, fascc. 4-5, 2015, 683, afferma « Si dovrebbe, piuttosto, considerare che le reti di telecomunicazioni sono uno straordinario mezzo di comunicazione come lo è stato il mare o [...] il cielo e lo spazio » (690). Così già anche in T.S. WU, *Cyberspace Sovereignty? The Internet and the International System*, in *Harv. J. L.&Tech.*, n. 10, 1997, 647. Dà conto di tale teoria anche A. Oddenino, *op. cit.*, il quale sostiene che, dal momento in cui lo Stato controlla segmenti fisici di Internet (come ad esempio i *server* e gli altri *hardware* di caricamento o immagazzinamento, « la sovranità statale è lungi dal poter essere obliterata » (65).

[41] Sulla possibilità di utilizzo di accessi non localizzabili che superino il country code richiesto, v. R. Koch - M. Gollig - G.D. Rodosek, *Advanced Geolocation of IP Addresses*, in Aa.Vv., *Cyberspace Safety and Security*, 2013, New York, 151.

Ammette che Internet sia un non-luogo, ma in quanto spazio non-fisico, dimensione a-territoriale lo considera assimilato allo spazio fisico e in quanto tale misurabile e suscettibile di regolazione [42]. Sull'idoneità delle « relazioni sociali trans/a-nazionali » create dal fattore tecnologico di dare luogo ad ordinamenti operanti in « una sorta di meta-mondo di relazioni informatiche » insiste buona parte della dottrina italiana [43]. Pur osservando che « i rapporti telematici non si realizzano "con" la Rete, ma si realizzano tra soggetti diversi "nella" Rete » [44], si riconduce la funzione del web non solo a quella di mero contenitore digitale di relazioni fisiche, ma a vero e proprio luogo "altro" rispetto al territorio fisico, nel quale si realizzano rapporti interpersonali in dimensioni parallele rispetto a quella fisica [45]. La realtà digitale come *luogo* trova il proprio maggiore precursore teorico in Lawrence Lessig, secondo il quale « Cyberspace is a place » e in questa architettura spaziale « is a sovereign governing the community that lives in that space. We must consider the politics of the architectures of the life there » [46]. Si riconosce cioè che questo luogo è, sì, manipolabile dalla realtà statale, ma che di fatto sono solo i soggetti che lo abitano gli unici capaci di uniformare gli effetti di ogni eventuale intervento regolativo [47]. Tale ultimo approccio sembra ragionevole dal momento che permette di comprendere come la mancanza di confini possa incidere sul rapporto elementare tra spazio e rete e come la rivoluzione Internet ri-

[42] Tra gli autori che rivendicano la possibilità di un efficace intervento statale sulla Rete (e che la auspicano), si v. A. Baldassarre, *La costituzionalizzazione degli ordinamenti globali*, in A. Vignudelli (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto*, Torino, 2006, p. 46. Di « territorio diverso », « spazio virtuale » e « meta-territorio » parla anche M. Cammarata, *Quali leggi per il "territorio Internet"?*, in *Interlex*, 19 giugno 1997, http://www.interlex.it/regole/mcmeta1.htm.

[43] L'espressione è ripresa da E. Castorina, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, 12.

[44] M. Cammarata, *op. cit.*, 4.

[45] Il territorio di Internet è uno spazio connesso al territorio fisico, ma anche da esso autonomo dal momento che quando è connesso, un utente si trova contemporaneamente in due realtà. Cfr. N. Foggetti, *Il superamento del principio di territorialità: quale diritto applicare ad Internet*, in *Ciberspazio e Diritto*, vol. 5, n. 3/2004, 231; e anche V. De Rosa, *La formazione di regole giuridiche per il "cyberspazio"*, in questa *Rivista*, fasc. 2, 2003, 361; M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006.

[46] L. Lessig, *Code 2.0*, New York, 2006, 293. Nei passi successivi afferma: « Cyberspace is a place. People live there. They experience all the sorts of things that they experience in real space there, and some experience more [...] We want to know which space is responsible. Which space has jurisdiction over them? Which space rules? The answer is both » (298).

[47] Può infatti non risultare agevole predisporre, in concreto, strumenti di controllo che siano al contempo rispettosi della libertà degli utilizzatori e efficaci rispetto alla continua evoluzione tecnologica, che si riflette sulle modalità di trasmissione dei dati. Tali problematiche sono in prevalenza incentrate intorno al cosiddetto 'spillover effect', ossia l'efficacia extraterritoriale di regolazioni statali differenti e potenzialmente o concretamente confliggenti fra loro. Inoltre, l'esercizio del potere statale può essere reso difficoltoso dal punto di vista ancor prima tecnico che giuridico. Può infatti non risultare agevole predisporre, in concreto, strumenti di controllo che siano al contempo rispettosi della libertà degli utilizzatori e efficaci rispetto alla continua evoluzione tecnologica, che si riflette sulle modalità di trasmissione dei dati. Cfr. D. Ma-

manga pur sempre anche una rivoluzione spaziale [48]. Essa tuttavia apre alla terza ed ultima dimensione: la normatività.

3.3. *Sovranità come a-sovranità.*

In questo spazio peculiare, in questo non-luogo-fisico che è la Rete si svolge una vera e propria competizione per l'esercizio della sovranità. Va premesso innanzitutto che la sovranità deve essere considerata nella sua duplice dimensione di perdita di sovranità (degli Stati) e di esercizio di sovranità (delle piattaforme) e va considerata sia nella sua dimensione interna (potestà suprema su un territorio e popolo che nello specifico è sullo spazio digitale e sui membri della piattaforma) che esterna (libertà dallo Stato o da altri ordinamenti giuridici).

Il rapporto tra gli Stati-Nazione e le organizzazioni (politiche o economiche) sovra-nazionali non può essere paragonato, nell'ottica del modello di perdita di sovranità, al rapporto tra Stato-Nazione e OTT. Nel primo caso si è di fronte ad un'ipotesi di cessione di competenze, mentre nel caso di Internet, si assiste ad una dimensione peculiare della sovranità che si potrebbe definire come *a-sovranità*. Le realtà virtuali privatistiche nascono non come una continuazione, ma come modalità radicalmente alternative del modulo Stato dove non è previsto l'esercizio di un potere coercitivo o di controllo, dal momento che lo esclude la stessa natura del mezzo. Per questa ragione, il problema della sovranità digitale, nella misura in cui esso si pone, riguarda essenzialmente un vero e proprio conflitto di poteri. La sovranità in tale spazio non esiste se non nei modi e nelle misure in cui essa è esercitata. Il plesso di norme emanate dai gruppi OTT (norme sui soggetti, norme sull'organizzazione, norme sulla normazione) è legato a doppio filo alla progressiva espansione dell'intervento statale su Internet e sulle attività ivi condotte [49]. La forza di cui queste piattaforme dispongono nella prassi permette loro non solo di sottrarsi alla potestà statale, ma di porsi, per certi aspetti, sullo

---

cLean (a cura di), *Internet Governance: a grand collaboration*, New York, 2004. Ma anche G. Sartor, *Il diritto della rete globale*, in *Ciberspazio e diritto*, vol 4, n. 1/2003., 67.

[48] Su questo concetto è importante partire dalla riflessione schmittiana sul concetto di spazio. C. Schmitt, *Der Nomos der Erde* (1974), tr. it. *Il Nomos della terra*, Milano,1991, pone in luce l'indissolubile legame fra il concetto di diritto e il concetto di spazio su cui questo esercita la sua azione. Spazio è qualsiasi luogo in cui si svolgono rapporti inter-personali e inter-statali. Così come l'aria e lo spazio cosmico rappresentano per Schmitt la sublimazione del concetto di territorio da quello di terra (o di mare), Internet può essere qui concepito come una quarta dimensione: lo spazio digitale.

[49] È solamente quando gli OTT incidono nel flusso di regolamentazione, che si crea un impatto con un'eventuale controregolamentazione statale. Ma è proprio in virtù della loro capacità regolativa autonoma che per J. Mathiason, *Internet Governance. The New Frontier of global Institution*, Abington-New York, 2009, in partic. 70, essi sono da considerare come interlocutori istituzionali.

stesso piano delle controparti statali e di esercitare *de facto* estesi e difficilmente limitabili poteri di *governance* del sistema. In alcuni casi, esse hanno già dimostrato il loro potere contrattuale [50] orientando le scelte compiute dagli Stati nazionali e dagli altri ordinamenti giuridici sovranazionali su un piano di sostanziale parità, senza porsi, come avviene per i gruppi di pressione tradizionali, in una posizione meramente consultiva e di attesa rispetto all'autorità decisionale statale.

Da ciò discende che la realizzazione di una politica di regolazione di Internet (*i.e.* dell'attività degli OTT) comporta necessariamente una certa riduzione dell'area delle scelte politiche consentite allo Stato: esso è sostanzialmente costretto a sottostare al consenso degli OTT per l'implementazione delle sue misure [51]. È ormai appurato che lo strumento di (ri)acquisto di (una pur parziale) sovranità da parte dello Stato avvenga in sostanza attraverso il ricorso alla *soft law* e dunque al modello privatistico o auto-regolamentativo [52]. Non ci si soffermerà sugli sperimentati mezzi di regolazione su cui ha speso molta e autorevole dottrina [53]; ci si vuole qui limitare a sottolineare come la *moral suasion* statale per giungere ad atti di autoregolazione abbia

[50] Si prenda come esempio più recente, lo scontro tra *Apple* e la Repubblica d'Irlanda in materia tributaria. Ad ottobre 2017, la Commissione europea minacciò di aprire una procedura di infrazione contro l'Irlanda perché lo Stato membro si rifiutava di recuperare gli aiuti di Stato versati ad *Apple* così come le tasse arretrate da questa dovuta che ammontavano ad un totale di 13 miliardi di euro (si veda *Il Sole 24 Ore* del 31 agosto 2016). Troppo importante era, per l'economia irlandese, mantenere la sede amministrativa europea di *Apple* sul suo territorio. Tuttavia, questo trattamento esulava dai principi della regolazione europea in materia fiscale e anti-trust. Il 18 ottobre 2018 *Apple*, spontaneamente, ha deciso di rimborsare quanto dovuto.

[51] Non c'è Stato-nazione o attore super-nazionale che non sia consapevole dell'inadeguatezza di un semplice complesso normativo a domare le capacità trasmissiva della rete: endemici ritardi del legislatore, incapacità di prevedere le ripercussioni di un eventuale intervento statale sul pluralismo informativo, frammentarietà normativa e divergenze interpretative si accompagnano all'ostacolo più importante: inefficacia delle misure. È questa la critica, che emerge ancora prima sul piano politico che su quello giuridico, dal pensiero di molti osservatori. Cfr, tra gli altri, R. Hahn - C. Weidtmann, *Transnatioal Governance, Deliberative Democracy and the Legitimacy of ISO 26000: Analyzing the Case of a Global Multi-Stakeholder Process*, in *Businness and Society*, vol. 55, n. 1, 2016, 90.

[52] Il modello privatistico (o auto-regolamentativo), cioè l'accordo tra piattaforme Stato ed altri soggetti coinvolti è in espansione in molti Paesi, anche in quelli tradizionalmente legati al modello di intervento pubblicistico (fondato sull'attività ministeriale o di Autorità indipendenti con poteri autoritativi). Nell'ambito della tutela del diritto d'autore *online*, vedasi J. De Beer - C. Clemmer, *Global Trend in Online Copyright Enforcement: a Non-Neutral Role for Network Intermediaries?* in *Jurimetric*, vol. 49, n. 4, agosto 2009, 375; R.H. Weber, *Realizing a New Global Cyberspace Framework*, New York, 2015, ha elaborato in proposito la tesi che vuole la costruzione teorico-liberale di una sorta di « Stato digitale minimo » (*basic legal structure*) che abbia come fine quello di guidare le attività di contrattazione tra OTT e Stati e di « accomodate the technological and social environment in the online world and provide for rule-making standards » (9).

[53] Il modello privatistico (o auto-regolamentativo), cioè l'accordo tra piattaforme Stato ed altri soggetti coinvolti è in espansione in molti Paesi, anche in quelli tradizionalmente legati al modello di intervento pubblicistico (fondato sull'attività ministeriale o di Autorità indipendenti con poteri autoritativi). Nell'ambito della tutela

costituito e stia tuttora costituendo l'unica via efficace per giungere a colmare parte della mancanza di sovranità dello Stato sulla Rete [54].

In virtù di questa parcellizzazione della sovranità nello spazio digitale, anche l'esercizio della sovranità degli OTT è inibito: in primo luogo essi si limitano ad esercitarla per quanto è in loro possesso, sfuggendo loro la capacità di imporsi sull'intera dimensione digitale. In secondo luogo, essi sottostanno comunque a quello che si potrebbe definire come lo "stato di diritto di Internet", ovvero il rispetto delle leggi universali ed innate della Rete: interattività, apertura, partecipazione, uguaglianza, neutralità e democrazia [55]. Quest'ultimo aspetto — da considerarsi non sotto l'ottica dell'origine democratica della decisione, ma come perseguimento di principi propri dello stato di diritto (tradizionale) e del principio di maggioranza — ha progressivamente assunto un'importanza crescente tanto da costituire la nuova caratteristica strutturale delle "istituzioni di Internet" e costituirà l'oggetto di indagine del seguente paragrafo.

3.4. *L'elemento finalistico: dal fine di lucro alla realizzazione di interessi generali.*

Nel luglio 2017 il Ministero degli Esteri Danese ha inviato presso Google il primo "tech ambassador": il conferimento all'azienda di Palo Alto di dignità diplomatica ha portato ad un'elevazione dei rapporti Danimarca-Google al rango di rapporti interstatali. Caspar Klynge, nella sua lettera di accreditamento, scrive che

del diritto d'autore *online*, vedasi, *ex multis*, J. De Beer - C. Clemmer, *op. cit.*; cfr. anche V. De Rosa, *La formazione di regole giuridiche per il "cyberspazio"*, in questa *Rivista*, fasc. 2, 2003, 361; G. De Minico, *Internet e anarchia*, *op. cit.*, 11; sull'utilizzo ausiliario degli istituti del diritto privato internazionale, C. Rossello, *La* governance *di Internet tra diritto statuale e autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, in *Dir. comm. internaz.*, fasc. 1, 2006, 45.

[54] Quanto detto trova conferma dalle difficoltà trovate nei tentativi di determinare attraverso il diritto nazionale e internazionale chi può o deve controllare la Rete. Tra i casi più noti e controversi che hanno portato alla luce le deficienze del metodo unilaterale, si v. quello di *Google Spain c. Agencia Española de Protecciòn de Datos* (Corte Giust. UE - Grand Chambre - sent. Del 13 maggio 2014 causa C-131/12, e il caso *Schrems c. Data Protection Commisioner* (Corte Giust. UE - Grand Chambre - sent. Del 6 ottobre 2015 causa C362/14) su cui molteplici sono stati i dibattiti dottrinali. Tra gli altri, cfr. il volume di G. Resta (a cura di), *Il diritto all'oblio dopo la sentenza di Google Spain*, Roma, 2015; G. Scarchillo, *Dal Safe Harbour al Privacy Shield. Il trasferimento di dati personali verso gli Stati Uniti dopo la sentenza Schrems*, in *Dir. comm. internaz.* n. 4/2016, 901. Ancora difficile, invece, misurare la portata del nuovo regolamento sulla privacy europeo (GDPR).

[55] Si v. in proposito la *Dichiarazione dei diritti di Internet* (elaborata dalla Commissione per i diritti e i doveri di Internet — Camera dei Deputati, 14 luglio 2015, https://www.camera.it) che ha cercato di positivizzare alcune di queste regole. All'art. 4 la neutralità viene definita, sotto forma di diritto, come la possibilità di « non subire discriminazioni, restrizioni o interferenze nell'uso di Internet », sia nei confronti dello Stato che delle piattaforme stesse.

l'obiettivo danese è « *to promote Danish interests and values on this important agenda* ».

A fine settembre 2018 *Facebook* ha aperto una posizione di *Director of Human Rights Policy* per lavorare su « prevenzione dei conflitti » e « peace building » [56].

Nel gennaio 2019, alla luce dei risultati di una ricerca tesa a dimostrare quanto *Google* possa influenzare i risultati delle elezioni indiane [57] e in vista del rinnovo dell'Assemblea federale di Dehli (la *Lok Sabha*), Google ha proceduto ad aggiornare le condizioni della propria politica sulla trasparenza, modificando i termini per le attività di propaganda politico-elettorale sulla propria piattaforma. Il fine dichiarato è consistito nel promuovere « una campagna politica responsabile » (*sic*), nel rispetto « dei requisiti legali locali, incluse le leggi relative a campagne elettorali e i periodi obbligatori di silenzio elettorale per le aree geografiche interessate » [58].

Infine, il 13 maggio 2019 all'Eliseo, il Presidente francese Emmanuel Macron di concerto con Mark Zuckerberg lanciano la proposta dell'Autorità garante per i *social network*, organo amministrativo ed indipendente finalizzato a moderare i contenuti pubblicati e promossi sulle piattaforme *social*.

Questi quattro esempi vogliono sottolineare la quarta caratteristica peculiare che incide sulla natura giuridica dei grandi gruppi di Internet e che dota gli OTT di molte caratteristiche delle

[56] Sul passaggio di prospettiva delle grandi piattaforme internet — dalla semplice innovazione al cambiamento — si. v. intervista di Sarah Lacy a Mark Zukemberg in occasione del festival SXSW 2008, https://www.allfacebook.com.

[57] La ricerca (R. Epstein, *Democracy at risk: how voters in the 2014 elections in India were manipulated by biased search rankings*, in *American Institute for Behavioral Research and Technology* (AIRBT), maggio 2014, http://aibrt.org/index.php/internet-studies) era basata su uno studio empirico condotto su 2096 elettori indiani indecisi. Divisi per gruppi e applicata a ciascuno di essi una diversa classifica di ricerca (che alterava la visibilità dei candidati dell'una o dell'), i risultati mostravano che Google potrebbe determinare uno spostamento di voti di circa il 12,5%. Cfr. anche R. Epstein, *Subtle New Forms of Internet Influence Are Putting Democracy at Risk Worldwide*, in Aa.Vv. *Google.it*, New York, 2016, 253 e R. Epstein - R.E. Robertson, *The search engine manipulation effect (SEME) and its possible impact on the outcomes of elections*, in *Proceedings of the National Academy of Science* (PNAS), vol. 112, n. 33, Agosto 2015, https://www.pnas.org/content/112/33/E4512; J. Zittrain, *Engineering an election. Digital gerrymandering poses a threat to democracy*, in *Harvard Law Review Forum*, 127, n. 8, 2014, 335.

[58] Cfr. Guida di norme pubblicitarie di *Google Ads* (contenuti politici), https://support.google.com/adspolicy/answer/6014595?hl=it. I contenuti politici includerebbero gli annunci relativi a organizzazioni politiche, partiti politici, promozione di temi politici o raccolta di fondi e singoli candidati e politici. Ogni cittadino, per poter pubblicizzarsi, deve produrre un certificato che attesti la propria condizione di candidato. Tra gli strumenti di supporto a questa *policy*, Google utilizza la cd. *Political Ads Library* (già previsto per le elezioni americane di *Mid-term* 2018), un database che contiene informazioni (consultabili) sui soggetti che acquistano spazi pubblicitari e le somme spese per la pubblicazione degli annunci. Più estesamente, cfr. https://www.indiatoday.in/technology/news/story/google-announces-new-election-ad-policy-in-india-ahead-of-lok-sabha-elections-2019-1436446-2019-01-22.

istituzioni non solo come forma del movimento, ma anche e soprattutto come idea: la costruzione di un vero e proprio simbolismo. Il dialogo (talvolta, i compromessi) che lo Stato è di fatto obbligato a perseguire con gli OTT, si riempie sempre più di rilevanza simbolica nella misura in cui gli OTT tendono a marcare il passaggio dalla mera rivendicazione di autonomia dallo Stato (già peraltro garantita in massima parte dalla struttura stessa della Rete) ad un atteggiamento proattivo di presidio delle libertà e dei principi propri dell'ordinamento liberal-democratico [59]. L'importanza della dimensione assiologica del potere viene ricondotta all'idea di sovranità quale esercizio legale della forza e quale garanzia degli interessi generali anche, come nel caso dei diritti umani, di portata universale [60]. La trasformazione degli OTT da soggetti guidati da una stretta logica di mercato a soggetti rappresentativi di interessi pubblici primari sembra andare ben oltre la mera rivendicazione di uno spazio di autonomia commerciale [61]. Come e più di altri enti dotati di autonomia (università, associazioni, chiese) essi devono ammantarsi di una teleologia, di un'identità che vada oltre quella ludica o commerciale. A partire dalla

[59] Non è irrilevante — ma sarebbe qui parzialmente fuori tema — porsi la domanda sulla democraticità di Internet non solo come valore da "esportare", ma come metodo "da vivere". In altre parole, le grandi piattaforme e i motori di ricerca devono considerarsi semplici imprese private o ad esse deve essere applicato il *modus procedendi* democratico? Tra le riflessioni più brillanti si richiama quella di L. Lessig, *Code 2.0*, *op. cit.*, 287, che vale la pena di riportare parzialmente: « Your relationship to a mall, or to Disney World, is the relationship of consumer to merchant. If you don't like two-all-beef-patties-special-sauce-lettuce-cheese-pickles-onions-on-a-sesa-me-seed-bun, then you can go to Burger King; McDonald's has no duty to let you vote on how it makes its hamburgers. If you don't like the local mall, you can go to another. The power you have over these institutions is your ability to exit. They compete for your attention, your custom, and your loyalty. […] The sovereignties we see so far are all merchant-sovereignties. And this is even more clearly true with the Internet. To the extent sites are sovereign, they are merchant-sovereigns. Our relationship to them is the same as our relationship to McDonald's. Dunque, mentre di fronte ai servizi siamo consumatori, nelle grandi piattaforme online siamo membri. Parte della dottrina ha provato a fondere i moduli e a rendere gli spazi di interazione o tutti come spazi consumo o tutti come spazi appartenenza (come ad esempio Ch. Tiebout, *A pure theory of local expenditures*, in *Journal of Political Economy*, vol. 64 (5), 1956, 416, che sosteneva che i Governi contemporanei sono paragonabili a marche di dentifricio a disposizione dell'elettore/consumatore).

[60] Il riferimento va al pensiero di G. Della Cananea, in particolare a Id., *Al di là dei confini statuali. Principi generali di diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, così come a F. Pizzolato, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999.

[61] Di un possibile utilizzo del linguaggio di valori civici (*citizen-sovereign values*) da parte delle comunità del cyperspazio per ritagliarsi una dimensione autonoma, v. ancora L. Lessig, *Code 2.0*, *op. cit.*., 290: « Communities in cyberspace will earn a similar immunity more quickly if they reflect citizen-sovereign values rather than merchant-sovereign values. The more responsible the communities become, the more likely real-space governments will defer to their norms through doctrines like immunity. This maturation — if it is that — is obviously a long way down the road. It depends upon an increasing self-recognition by members of these cyberspace communities that they are, in a sense, separate, or complementary communities ». Pur in tempi risalenti, anche T. Molnar, *L'utopia, eresia perenne*, Torino, 1968, aveva intuito l'importanza che andava assumendo l'idealismo tecnologico.

potestà "sovrana" di controllare *come* le persone si comportano al loro interno, essi si trasformano in strumenti missionari di diffusione dei valori liberal-democratici al loro esterno, si presentano come espressioni culturali portatrici di valori. Laddove c'è uno scontro con una realtà statuale, esse si propongono come una realtà antagonista; laddove vi sia coincidenza di interessi, diventano una risorsa esterna. Lo scopo perseguito dagli OTT sembra quindi quello di dimostrare che Internet possegga una natura intrinseca, una logica ed una teleologia che si ponga, dal punto di vista della legittimità, su un piano equivalente a quello ordinamentale e che li renda, in senso funzionale, un *alter ego* dello Stato.

4. Internet come modello alternativo alla sovranità: i *Bitcoin*.

Diversamente da quella delle grandi piattaforme e motori di ricerca testé esaminati, dove la sovranità, dove è esercitata, può essere contesa da più soggetti, vi è nel mondo digitale una realtà acefala, anarchica eppure intrinsecamente pre-ordinata. Uno spazio senza sovrani e senza para-istituzioni. È il caso del sistema monetario virtuale, del quale i *Bitcoin* costituiscono il più immediato esempio [62].

Qualsiasi valutazione in merito alla natura e al valore del *Bitcoin* impone una breve riflessione preliminare sul concetto di moneta. Come si sostiene, la moneta nasce originariamente da atti di autonomia privata ed entra nella sfera di competenza statale solo successivamente, a causa della necessità di prevedere una garanzia terza sul reale "peso" del metallo scambiato [63]. La complessità dell'esercizio della potestà di battere moneta, quale

[62] La moneta virtuale non deve confondersi con a quella elettronica, sdoganata dall'Unione europea già con la direttiva n. 2009/110/CE (Direttiva del 16 settembre 2009 *concernente l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica, che modifica le direttive 2005/60/CE e 2006/48/CE e che abroga la direttiva 2000/46/CE*.) e con la direttiva 2366/15/UE Direttiva del 25 novembre 2015 *relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE*. Quest'ultima riguarda esclusivamente la forma di pagamento (virtuale senza passaggio fisico di denaro), ma non altera il valore e il corso legale della moneta come deciso dagli organi monetari nazionali o sovra-nazionali deputati. Tra i contributi sul funzionamento dei Bitcoin in una'ottica giuridica, si v., *ex multis*, R. Bocchini, *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in questa *Rivista*, fasc. 1, 2017, 27.

[63] È questa la tesi di A. Bellizzi di San Lorenzo, *Exposé sur la monnaie d'un point de vue juridique*, *Lectio magistralis* tenuta presso il *Centre de recherché en droit privé*, *Université Saint-Louis* - Bruxelles, 26 marzo 2018: « Historiquement aucune Autorité d'aucune sorte n'était nécessaire pour imposer une solution qui émerge et s'impose par le seul jeu des forces du marché pour sourmonter les couts de transaction du troc: réaliser la double coïncidence entre le désir de changer les biens. L'autorité de l'état apparaît sur la scène (VI siècle a.C- Asie mineur), pour rendre le service de garantie de la valeur du métal (Aristote, Politique): la vérification de la valeur d'un morceau de métal à chaque transaction a évidemment

caratteristica manifestazione della sovranità statale, è andata poi stemperandosi ulteriormente dall'invenzione della banconota, quale titolo al possessore emesso da un istituto di credito privato [64]. Fin da subito si avvertì la necessità di ricondurre tale operazione nella disponibilità di uno specifico ordinamento giuridico all'interno di uno specifico territorio per un duplice fine: il riconoscimento legale del valore del credito e la possibilità di calibrare la politica monetaria. È superfluo ricordare che dalla possibilità di emettere o ritirare quantità di contante o di modificarne il valore di scambio oggettivo dipendono vitali conseguenze in termini di politica di sicurezza, commercio ed altri interessi pubblici fondamentali dello Stato [65]. Già ad oggi, tuttavia, tale potere è uscito dalla sovranità dello Stato-nazione per stemperarsi tra istituzioni sovra-nazionali e interconnessioni su scala internazionale. Sul solco di questa evoluzione, il *Bitcoin*, cioè la moneta virtuale (o criptovaluta), costituisce allo stesso tempo una continuazione e un salto di qualità dirompente. È una conferma della vitalità dei privati nel (ri)appropriarsi di uno strumento di determinazione del valore di scambio. È invece una rottura in termini di pienezza della sovranità statale.

Per comprendere la rottura epocale con il modello di sovranità-garanzia è necessario ripercorrere le caratteristiche strutturali del *Bitcoin*. Come afferma quello che viene considerato il suo fondatore, conosciuto con lo pseudonimo di Satoshi Nakamoto, il *Bitcoin* funziona come un « peer-to-peer version of eletronic cash [...] without going through a financial institution » [66]. Il sistema di pagamento elettronico *Bitcoin*, come è noto, è basato su prova crittografica invece che sul riconoscimento del valore della moneta da parte del soggetto pubblico: in tal modo esso consente a due controparti qualsiasi negoziare direttamente tra loro senza la necessità di una terza parte certificante. Lo scopo di fidefacienza è raggiunto attraverso l'istituzione di un server di marcatura temporale immutabile — *blockchain* — che, registrando in ordine cronologico ogni transazione in modo permanente, sicuro e inalterabile, permette al beneficiario di conoscere alle parti contraenti la loro identità reciproca, il bene oggetto di passaggio e così di fidarsi l'uno dell'altro senza bisogno dell'intermediazione del circuito statale di garanzia [67]. Il contante elettronico è quindi

---

un cout. Ce service est à l'origine du droit de seigneuriage: il s'agissait pour le souverain de donner aux pièces de monnaie des valeurs faciales inférieur à leur valeur réel en métal afin de payer les frais de frappe ».

[64] Cfr. L Fantacci, *La moneta. Storia di un'istituzione mancata*, Venezia, 2005.

[65] Tra i fenomeni più rilevanti è da segnalare l'uso del *Bitcoin* per le transazioni illecite, come documentato da L. Trautman, *Virtual Currencies Bitcoin and What Nowafter Liberty Reserve, Silk Road, and Mt. Gox?*, in *Richmond Journal of Law & Technology*, vol. 20 (4), 2014, 2.

[66] S. Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 31 ottobre 2008, 1, https://www.Bitcoin.org.

[67] Cfr. G. Massimo, *La blockchain e gli*

completamente autonomo e non dipende da alcuna autorità per l'emissione della moneta e la validazione delle transazioni. Questa unità monetaria immagazzina e trasmette valore tra gli utenti del *network-Bitcoin*, i quali comunicano tra loro grazie ad un protocollo proprio in cui è inserito un registro pubblico delle transazioni. Non esistendo si per sé, la moneta è sostanzialmente uno strumento al portatore a cui si accede tramite un *software* di raccolta di chiavi e indirizzi.

Al di là del successo e della diffusione che ha goduto e dei margini di incremento prospettati gli analisti, ciò che interessa in questa sede è l'analisi delle opzioni date agli ordinamenti giuridici tradizionali per interagire (interferire?) con il sistema monetario virtuale. Due le strade percorse fino a questo momento: quella della repressione (o nel migliore dei casi della disincentivazione) e quello dell'imitazione, dell'inserimento nel circuito monetario virtuale da parte degli Stati.

La prima strada è appunto quella orientata a creare divieti o a trovare soluzioni contenitive di *soft law* e di rango inter- o transnazionale che vedono il coinvolgimento di specifici *stakeholders* ai quali viene chiesto di non utilizzare il circuito *Bitcoin* [68]. Dal momento che non esiste nessuna catena di trasmissione, nessuna istruzione e nessun referente [69], ogni regolamentazione deve agire non nei confronti dei creatori (che di fatto non esistono), ma degli utilizzatori. Sotto questo aspetto, riscontrata la difficoltà di definire e ricomprendere nelle attuali disposizioni normative il significato ed il funzionamento delle criptovalute, è soprattutto alle Autorità o enti indipendenti (le cd. *Enforcement Agencies*) a cui è demandato il compito di regolazione o repressione [70]. Non così distanti sono gli approcci delle due sponde dell'Atlantico. Se gli Stati Uniti hanno fin da subito implementato

smart contracts nell'innovazione del diritto del terzo millennio, in questa *Rivista*, fasc. 6, 2018, 943.

[68] È questo, ad esempio, il tentativo portato avanti dal *Committee on Payments and Market Infrastructures*, organo operativo della Banca dei Regolamenti Internazionali, con sede a Basilea. Si v. il *Report Digital Currencies*, novembre 2015, https://www.bis.org/cpmi/publ/d137.pdf.

[69] Il *Bitcoin*, opera su Internet, ma gli si nasconde. Come è noto, lo stesso Nakamoto, fantomatico inventore del mezzo, si ritiene comunemente essere uno mero pseudonimo di un insieme di operatori della rete dall'identità sconosciuta e inconoscibile.

[70] Anche tra le esperienze le più avanzate, come quella statunitense, si sottolinea l'inefficacia del canale legislativo, sia per la mancanza di disposizioni *de iure condito*, sia per la difficoltà di un approccio troppo formalistico: « US law does not provide for direct, comprehensive federal oversight of underlying Bitcoin or virtual currency spot markets. As a result, U.S. regulation of virtual currencies has evolved into a multi-faceted, multi-regulatory approach ». Così U.S. Commodity Futures Trading Commission, *CFTC Backgrounder on Oversight of and Approach to Virtual Currency Futures Markets*, Washington D.C., 2018, https://www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/%40customerprotection/ documents/file/backgrounder_virtualcurrency01.pdf, 1. La regolazione statunitense, forse la più avanzata, avviene dunque tramite circolari o linee guida estensivamente interpretative della esistente, ma carente, legislazione fi-

organi di monitoraggio del fenomeno [71], arrivando talvolta a creare *black list* di specifici indirizzi di moneta virtuale rischiosi per gli investitori [72], l'Unione europea ha assunto un atteggiamento più attendista. Da una parte, attraverso la Banca Centrale, ha ufficialmente dichiarato « it is not in the ECB's responsibility to ban or regulate Bitcoin or other cryptocurrencies », dall'altra non ha mancato di manifestare il proprio scetticismo, segnalando ripetutamente il rischio associato all'utilizzo della moneta per la sua natura *del tutto* virtuale [73]. Dalle analisi compiute dalla dottrina in proposito, non ci sono elementi per concludere che la messa al bando dei *Bitcoin* abbia dato fin qui i risultati sperati, almeno nell'ambito delle liberal democrazie [74]. Diversamente, tra i casi di azioni di disincentivazione che hanno riscontrato un certo successo, la dottrina cita l'esperienza cinese, favorita dalla struttura e dalle dimensioni delle proprie imprese e dal capillare sistema di repressione [75].

Ma la strategia degli Stati di contrastare il diffondersi dello strumento e di riappropiarsi della sovranità monetaria passa anche dal riconoscimento del sistema o addirittura dallo sviluppo

scale predisposte da agenzie quali: l'Internal Revenue Service (IRS), la *Commodity Futures Trading Commission*, la *Security and Exchange Commission*, l'*Office of Foreign Assets Control* e la *Financial Crimes Enforcement Network*.

[71] Il Network per il Controllo sui Crimini Finanziari, ad esempio, considera la moneta virtuale « a medium of exchange that operates like a currency in some environments, but does not have all the attributes of a real currency. In particular, virtual currency does not have legal tender status in any jurisdiction ». Così, il Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN), *Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies*, FIN-2013-G001, Washington D.C., 2013, https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/FIN-2013-G001.pdf, 1.

[72] Cfr. O. Jackson, *Ofac's Crypto Blacklist Could Drive Investors to Riskier Exchanges*, in *Intern. Financial L. Rev.*, 6 aprile 2018, http://www.iflr.com/Article/3799007/%5bOPEN- ACCESS%5d-Ofacs-crypto-blacklist-could-drive-investors-to-riskier-exchanges.html.

[73] Cfr. Banca Centrale Europea, *What is Bitcoin*, 13 febbraio 2018, https://www.ecb.europa.eu/explainers/tell-me/html/what-is-Bitcoin.en.html; così anche Autorità Europea per la Sicurezza e il Mercato (ESMA), 13 novembre 2017, https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-highlights-ico- risks-investors-and-firms.

[74] M.P. Ponsford, *A Comparative Analysis of Bitcoin and Other Decentralized Virtual Currencies: Legal Regulation in the People's Republic of China, Canada, and the United States*, in *Jolt Digest*, November 2015, http://jolt.law.harvard.edu/digest/a-comparative-analysis-of-Bitcoin-and- other-decentralized-virtual-currencies-legal-regulation-in-the-peoples-republic-of-china-canada-and-the- united-states.

[75] Secondo alcuni autori « China has approached the prohibition of cryptocurrency methodically, gradually instituting new laws since 2013. Second, China appears to have had success in disrupting its domestic cryptocurrency networks ». Cfr. R.L. Frebowitz, *Criptocurrency and State Sovereignty*, Monterey (California), giugno 2018, https://apps.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/1059865.pdf, 44, che continua « China's first impact on the cryptocurrency market occurred after the PBoC forbid Chinese financial institutions from using Bitcoin in late 2013, an occurrence that directly impacted the largest Bitcoin exchange in the world, *BTC China*, and caused the price of Bitcoin to plummet to less than 50 percent over a period of two weeks » (51); Cfr. altresì A. Marshall, *How China Influences Bitcoin Price, Explained*, in *Cointelegraph*, February 15, 2017, https://cointelegraph.com/explained/how-china-influences-Bitcoin-price-explained.

di propri *Bitcoin*. È il caso di Kenia, Sudan, Nigeria, Sud Africa e Zimbabwe che, pur non concedendone alcun supporto diretto, ne hanno agevolato l'utilizzo [76]. Russia (Cryptorublo) e Stati Uniti (Fedcoin) stanno valutando l'opportunità di sviluppare delle proprie monete virtuali all'interno di un sistema di fatto ibrido [77]. Il Venezuela costituisce ad oggi l'unico Paese a possedere una propria criptovaluta. Ancorato al valore di un barile di petrolio, il cd. Pedro è stato lanciato nel mercato anche attraverso l'emissione di titoli di Stato. La sua funzione primaria consiste nel muovere denaro contante segretamente aggirando le sanzioni internazionali e convertendolo in valuta straniera. È difficile valutare questo fenomeno tanto in termini economici che di tenuta giuridica dell'ordinamento nazionale dal momento che si tratta di un intervento emergenziale dello Stato al solo fine di evitare il collasso economico [78]. Nondimeno il Pedro così come i tentativi russi e americani di inserirsi nel mercato monetario digitale costituiscono una prova di come gli Stati possano sviluppare delle proprie strade, sfruttando il mercato libero e costruendovi una propria sovranità [79]. Non va dimenticato che il fenomeno dei *Bitcoin* fonda la sua sopravvivenza sulla fiducia dei suoi utilizzatori: sancirlo con il crisma del riconoscimento legale rappresenterebbe la via per lo Stato di inserirsi in questo nuovo sistema monetario di portata globale e di conseguenza non solo di riacquistare un certo margine operativo sul proprio territorio, ma anche di estendere la propria sovranità ben oltre quest'ultimo, influenzando eventualmente i mercati internazionali. Tutto questo, ben si intende, nella misura in cui sia possibile questo inserimento: la natura anarchica dei *Bitcoin* rischia infatti di rendere lo Stato, sebbene il più importante, solo uno tra i tanti consumatori.

5. In cerca di nuovi approcci regolatori.

Nel tentativo di trarre le fila di quanto riportato, si possono distinguere tre grandi aspetti della *governance* di Internet. In primo luogo, con l'aumentare degli spazi di influenza degli OTT (soprattutto nell'ambito dell'informazione), emerge un fenomeno di privatizzazione della *governance* di Internet. In secondo luogo,

[76] Cfr. O.E. Eigbe, *Investigating the levels of awareness and adoption of digital currency in Nigeria: A case study of Bitcoin*, in *The Information Technologist*, vol. 15, n. 1, 2018, 37.

[77] Cfr. R.L. Frebowitz, *op. cit.*, 80.

[78] Per un approfondimento, v. R. Looney, *Venezuela's Economic Collapse*, in *Milken Institute Review*, febbraio 2018, http://www.milkenreview.org/articles/venezuelas-economic-collapse.

[79] N. Vardi, *"Criptovalute" e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica dei Bitcoin*, in questa *Rivista*, fasc. 3, 2015, 443, in particolare 454, ricorda i tentativi di regolazione multilivello di Germania, Francia e Banca Centrale europea.

la stessa *governance*, più che un disegno unitario, appare come un *bricolage* di una pluralità indefinita di *stakeholders* [80]. In terzo luogo, è mutato lo stesso concetto di *governance*, che dal significato originario volto soprattutto a trovare soluzioni tecniche *standard* come quella di allocare i nomi di dominio, si sta adesso confrontando con l'esercizio del potere di perseguire specifici interessi pubblici [81]. Le sfide di un *cyberspazio* senza confini non si pongo quindi solo nei confronti della sovranità statale, ma anche nei confronti degli individui e dei loro diritti soggettivi che, al momento, data l'assenza di democraticità interna agli OTT, trovano un riconoscimento originario solo nello Stato. Solo attraverso lo Stato, infatti, il cittadino è sicuro di poter vedersi riconoscere le proprie posizioni soggettive e per questo motivo i parametri di derivazione statale devono costituire, se non quello di arrivo, il punto di partenza di ogni tentativo di regolazione di Internet. In questa duplice ottica, il (ri)acquisto della sovranità da parte dello Stato diviene anche strumento di garanzia dei diritti individuali. Ma se ciò è vero, questo comporta un cambio di prospettiva metodologica in merito a "come" realizzare questo acquisto di sovranità.

Del tentativo di regolazione interna o addirittura di appropriazione da parte degli Stati degli spazi totalmente di anarchia della Rete si è già parlato a proposito dei *Bitcoin* nel paragrafo precedente a cui si rimanda.

Laddove invece il sistema abbia degli interlocutori, per la determinazione del regime giuridico che deve guidare la definizione dei rapporti tra Stati e quest'ultimi si è fino a questo momento ricorso a due tesi principali.

La prima riconosce il solo utilizzo del diritto internazionale privato. In fin dei conti — si sostiene — si tratta di attori privati che conoscono e seguono il linguaggio giuridico delle imprese multinazionali. Anche se tale soluzione può vantare una certa coerenza di approccio, sconta almeno due rilievi: da una parte tale soluzione non riesce più a tenere conto dell'inevitabile e ormai formale coinvolgimento degli OTT nel *law-making process*. Dall'altra, le norme del diritto internazionale privato si rivelano solo parzialmente praticabili nella prassi perché, di fatto, consistono in una serie di richiami ai diritti nazionali e spesso determinano situazioni di conflitto di difficile soluzione. Con la sempre

[80] Di "stakeholderism" hanno parlato E. Schmidt - J. Cohen, *The New Digital Age: Reshaping the Future of People, Nations and Business*, New York, 2013.

[81] Come sottolinea R.H. Weber, *Realizing a New Global Cyberspace Framework*, *op. cit.*, è l'acquisita importanza delle attività *online* nella vita quotidiana che ha portato all'allargamento dello scopo della regolazione degli ambiti digitali, fino a interrogarsi sulle sue fondazioni normative. Cfr. anche R. Radu - J-M. Chenou - R.H. Weber, *The Evolution of Global Internet Governance. Principles and Policies in the Making*, New York, 2014.

maggiore diffusione delle transazioni su scala globale è necessaria una regolamentazione per quanto possibile uniforme e accettata dal maggior numero possibile di Paesi [82].

La seconda soluzione, anch'essa ben nota, trova in un codice di regole *ad hoc* basato su quattro elementi: la legge, il mercato, le norme sociali e l'architettura. Ciò, nella visione del suo primo pensatore, Lawrence Lessig, permetterebbe di preservare la specificità di Internet con i bisogni degli Stati-nazione [83]. Tuttavia, l'individuazione di tale regole può risultare oscura e non univoca, dando adito a interpretazioni unilaterali (nel caso in cui le regole fossero decise dallo Stato) o poco omogenee (nel caso si proceda attraverso linee guida da recepire con atti di auto-regolazione) o persino inefficaci (dal momento che non vi sarebbero procedure di *enforcement*).

Ma vi è una terza, nuova risposta per affrontare tali esigenze, è quella offerta dal diritto transnazionale [84]. L'utilizzazione di un processo formale di dialogo (anche conosciuto come *communality*) [85] in un contesto pattizio tra un insieme di Stati (o ordinamenti giuridici rappresentativi di Stati) e le singole multinazionali della Rete avrebbe il duplice vantaggio di garantire una regolazione uniforme e coerente e di rendere possibile l'applicazione del principio di uguaglianza, soprattutto nei confronti dei cittadini [86]. Il rischio di un esercizio della funzione normativa (nella quale si

[82] Una *governance* basata sull'imposizione dell'autoregolazione era stata teorizzata da F. Cafaggi, *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, in *Politica del Diritto*, n. 2/2004, 205. Tuttavia, tale soluzione sembra essere fragile per la difficoltà di implementazione di una normativa unilaterale che regoli la *self-regulation*.

[83] Al proposito si v. la prima, fondamentale opera di L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999.

[84] Nella sua recente monografia S. Sassi, *Diritto transazionale e legittimazione democratica*, Padova, 2018, affronta il problema della partecipazione degli *stakeholders* alla formazione del diritto in ambito transnazionale e il conseguente (solo apparente) indebolimento della realtà statuale. Tra questi attori possono ben ricomprendersi le grandi imprese multinazionali che agiscono in qualità di gruppi di interesse. Secondo l'A., l'utilizzo del diritto transazionale per la regolazione di fenomeni che superano o meglio, con le sue parole, « trascendono i confini degli Stati », potrebbe giovare ad implementare la trasparenza delle decisioni (coinvolgendo appunto la società civile e i gruppi di interesse) e, allo stesso tempo, a mantenere la capacità decisoria finale in capo allo Stato. Il problema della legittimazione degli attori che Stati non sono « deve rifarsi a saldi criteri di rappresentatività, ma anche al principio di sussidiarietà » (194). Ciò sta a significare che lo Stato, in determina circostanze, può decidere il coinvolgimento dell'interessato privato anche in base considerazioni di tipo economico e sociale. Sul punto, cfr. anche G. Cerrina Feroni, *Organismi sovranazionali e legittimazione democratica*, in *Federalismi.it*, n. 20/2016.

[85] R.H. Weber, *A Constitutional solution for Internet Governance*, in *The Columbia Science and Technology Law Review*, vol. 14, 2012, 1.

[86] Infatti, come già detto, il "grande escluso" dell'attuale confronto tra Stati e OTT sono proprio gli individui. Il "dialogo" darebbe modo ai singoli membri della comunità statale di rappresentare i propri interessi quali stakeholders ufficialmente riconosciuti nel processo di decisione. Come è stato rappresentato da G. De Minico, *Internet e anarchia*, *op. cit.*, 33, la più efficace « modalità di cooperazione tra la fonte imperativa e quella a genesi consensuale sembra compiersi nel modello della complementarietà".

può ricomprendere la sottoscrizione di un patto di natura transnazionale) asservita solo ai fini economici o, viceversa, che non tenesse conto degli interessi di tutte le parti interessate (tra cui sono da ricomprendersi gli utenti-cittadini) verrebbe così stemperato nel metodo di partecipazione e nel rispetto del principio di trasparenza [87]. La sperimentazione di soluzioni istituzionali organizzative atipiche rispetto ai modelli statuali finora noti permetterebbe poi un'integrazione normativa tra ordinamenti giuridici tradizionali e "*codes*" (nel senso richiamato da Lessig) degli OTT ed un loro adeguamento reciproco ed effettivo a prescindere dalle rispettive rivendicazioni di un primato originario sulla realtà di Internet [88]. Si tratterebbe così di un'« azione parallela e non gerarchizzata » [89] che darebbe modo di operare proprio in presenza di diverse sfere di sovranità su un piano di sostanziale parità, dando un riconoscimento formale a ciò che costituisce per molti versi già una realtà: che le forze economiche del mondo digitale sono anche, nella stessa misura, forze politiche [90]. È pur vero che l'elemento politico, all'interno del gioco delle forze sociali ha sempre costituito una variabile necessaria, ma la strategia, laddove presente, non era mai stata fino ad ora rivendicata così apertamente e sistematicamente. Il nuovo *status* richiede adesso che esso acquisti anche uno spessore giuridico, affinché si possano tutelare gli spettatori (gli utenti), ancora prima degli attori.

« La legge — è stato detto — è tale quando riesce ad imporsi sia al destinatario che all'autore » [91]: il consenso sembra dunque l'unico metodo tra i vari utilizzati nella *governance* di Internet

[87] Ciò aprirebbe un binario di riflessioni parallelo sui vantaggi dell'amministrazione digitale. Per un approfondimento v. F. Cardarelli, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in G. Acocella (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità*, Torino, 2018.

[88] In questa direzione, cioè quella del riconoscimento della necessità di un dialogo paritario tra tutti gli attori per la regolazione di Internet, M. Hemmadi, *Multistakeholder Processes for Governance and Sustainability*, London-New York, 2002, sul problema di Internet in particolare 105-107; C.K. Ansell, *The governance dilemma. European Political Science*, n. 7/2008, 460; R. Barker, *Democratic Legitimation: What is it, Who Wants it, and Why?*, in A. Hurrelmann - S. Schneider - J. Steffek (a cura di), *Legitimacy in an age of global politics*, Basingstoke, 2007, 19.

[89] A. Oddenino, *op. cit.*, 178.

[90] La funzione diplomatica dell'economia non è un fenomeno nuovo. Già O. Spengler, *Der Untergang des Abendlandes* (1918), tr. it. a cura di J. Evola, *Il Tramonto dell'Occidente*, Milano, 2008, 1353, osservava « Economia e politica non *hanno* una storia, *sono* storia. Il tempo irreversibile, il "quando" regna in esse. […] La politica e il commercio nelle loro forme più evolute — come arte di riportare successi materiali sull'avversario grazie ad una superiorità spirituale — sono entrambi un surrogato della guerra realizzato con mezzi diversi ». Tuttavia, ciò che sembra oggi proporsi è l'assunzione da parte dei grandi gruppi economici di Internet, delle forme e dei simboli di derivazione statale e l'assunzione di un vero e proprio "stile" economico, ambizioso, ma realista. Il salto di qualità rispetto alla prassi precedente, sembra però oggi ravvisarsi nel fatto che il rapporto tra diffusione dell'accesso ad Internet (ed i suoi corollari) e promozione della tutela dei diritti umani sembra rivesta qui un aspetto di fine e non solo di mezzo orientato al profitto.

[91] G. Jellinek, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, 1949, 43.

che prenda in considerazione l'intrinseca pluralità di autori normativi che insistono necessariamente nel processo, non da ultimo i cittadini che, altrimenti, sarebbero ridotti a meri spettatori di un confronto tra giganti dove la forza (contrattuale) si affermerebbe sul diritto.

6. Oltre una regolazione condivisa: il mito di Internet e la frontiera della *Algorithmic regulation* rispetto al problema della sovranità.

Da quanto trattato emerge chiaramente quanto Internet abbia costituito e costituisca un fenomeno rivoluzionario al pari della Rivoluzione francese e della Rivoluzione industriale [92]. La rivoluzione digitale, infatti, non comporta solo una rivoluzione tecnologica, ma anche una più caratterizzante rivoluzione socio-culturale [93] fino ad una vera propria rivoluzione giuridica. Del movimento francese esso condivide l'ambizione "costituente", del liberalismo economico classico l'insofferenza per qualsiasi genere di regolazione etero-imposta. Come per Adam Smith l'economia, anche Internet, nel pensiero di alcuni autori, deve restare un sistema aperto, auto-generativo. Il tentativo di regolazione delle attività delle piattaforme o dei sistemi autosufficienti (come quello monetario digitale) da parte di attori nazionali o sovranazionali si scontra quindi con l'idea che Internet debba essere regolata da regole sue proprie che sono implicite nella sua natura, quella sorta di giusnaturalismo digitale [94]. Non sono poche le dichiarazioni provenienti dalla dottrina e dagli stessi *Over the top* in tal

[92] Non è del tutto condivisibile l'affermazione di certa dottrina (G. Taddei Elmi, *Informatica, integrazione, cittadinanza*, in *Informatica e Diritto*, n.1/1995, 241) secondo cui la rivoluzione digitale costituisca una « terza rivoluzione industriale » dal momento che tale interpretazione rischia di svilire la reale portata del fenomeno. In tal senso essa è considerata come una semplice innovazione di una realtà in atto, mentre l'informatizzazione non investe solo la modalità dei processi produttivi o delle comunicazioni, ma comporta un impatto qualitativo sugli stessi rapporti di potere. Per questa ragione costituisce un evento originario, di natura politica, non ricollegato in alcun modo al passato (Sulla fondazione della cd. tesi discontinuista, si veda M. Mcluhan, *The Global Village* (1989), trad.it. *Il villaggio globale*, Milano, 1992). Il reale inizio della rivoluzione è stato individuato nei primi anni Ottanta, con il passaggio dalla tecnologia dei calcolatori individuali alla fase telematica che, con la creazione delle reti di trasmissione, apre ad un vero e proprio sistema elettronico globale interdipendente (sul punto V. Frosini, *Il giurista e le tecnologie dell'informazione*, Roma, 1998).

[93] Quest'ultima ha tratti propri dello scientismo tecnologico ed influssi filosofici antichi che possono rintracciarsi fin nelle opere di Bacone, Galileo e Cartesio. Inoltre, rispetto alle altre discipline culturali, l'informatica possiede per caratteristiche sue proprie: l'interdisciplinarietà, la dematerialità (poiché riduce l'umano al non-umano), l'artificializzazione (poiché tesa a trasformare l'intelligenza umana e il ragionamento in algoritmo) e la automaticità (poiché esclude ogni valutazione discrezionale).

[94] Per la sua teorizzazione, che vede le regole di internet essere intrinseche alla rete stessa, v. D. Post, *In Search of Jefferson's Moose: Notes on the State of Cyberspace*, Oxford, 2009, 211. Pur non condividendone la tesi, anche L. Lessig, *Code 2.0*, *op. cit.*, 4: « The claim for cyber-space was not just that government would not regulate cyberspace, it was that government *could not* regulate cyberspace. Cyberspace was,

senso: « i legislatori dovrebbero seguire la natura di Internet, invece di andare contro di essa » (Eric Schmidt, *Google*); Rebecca Mackinnon, analista di politiche digitale, attribuisce all'inadeguatezza della classe politica la mancata coordinazione con gli interessi della Rete: « se non ci sarà un definitivo aggiornamento il sistema politico continuerà a produrre leggi incompatibili con internet » [95]. Ma cosa vuol dire seguire la "natura di Internet"? E cosa risulta con essa "incompatibile"?

Non bisogna dimenticare che il pensiero informatico presenta un'analogia di fondo con il diritto: sono entrambi sistemi dotati di regole organizzate loro proprie che coinvolgono il metodo e il fine [96]. Quello che un tempo era chiamato "potere informatico" [97], si ripropone oggi come un sistema organizzato con propri principi e soprattutto proprie regole. Forse può aiutare considerare un esempio pratico: l'anno scorso *Facebook* ha annunciato l'avvio di un piano per studiare (e poi applicare alla propria piattaforma) un algoritmo che indentificasse senza quasi margine di errore crimini d'odio e potenziali terroristi [98]. L'uso dell'algoritmo, ovvero una sequenza di istruzioni in base alle quali un computer elabora un processo di calcolo che stabilisce le regole logiche da impiegare nella risoluzione di un problema, avrebbe dovuto assistere, nelle intenzioni dei creatori, l'attività dello Stato e in particolare del potere giurisdizionale [99]. Il tentativo di accompagnare le decisioni che riguardano interessi generali o diritti fondamentali attraverso un metodo disumanizzato è finalizzato, tra i

---

by nature, unavoidably free. Governments could threaten, but behavior could not be controlled; laws could be passed, but they would have no real effect. There was no choice about what kind of government to install, none could reign. Cyberspace would be a society of a very different sort. There would be definition and direction but built from the bottom-up. The society of this space would be a fully self-ordering entity, cleansed of governors and free from political hacks ». Vi è poi da ricordare la *Declaration of Indipendence for Cyberspace* di John Perry Barlow, fondatore *dell'Electronic Frontier Foundation*, che respinge ogni forma di controllo statale su Internet affermando: « Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh 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. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather ».

[95] Entrambe le dichiarazioni richiamate sono riportate E. Morozov, *The net Delusion: The Dark Side of Internet Freedom*, New York, 2011, 36.

[96] Anche in virtù di questa somiglianza strutturale, la cd. giurimetria, ovvero l'applicazione dei computer nel campo del diritto, è un tentativo teorico abbastanza risalente. Il concetto di giurimetria è stato utilizzato per la prima volta da L. Loevinger, *Jurimetrics. The next step forward*, in *Journal of the State Bar Association*, vol. 33, n. 5, aprile 1949, 455.

[97] V. Frosini, *Informatica, diritto e società*, Milano, 1992.

[98] BBC online, 16 febbraio 2017, https://www.bbc.com/news/technology-38992657.

[99] Già da tempo ci si era interrogati sull'opportunità dell'uso del computer sia in campo giurisdizionale che legislativo, in particolare in quegli ambiti di materie che richiedono un contenuto altamente tecnico. Nella realtà, l'accettazione teorica dell'uso della logica binaria nel campo del diritto si è al momento affermata, come è noto, solamente con funzione di analisi comportamentistica in ausilio ai tribunali e cioè nel prevedere — sulla base dell'elaborazione algoritmica di dati passati — come ragionevolmente un giudice dovrebbe (o sarebbe me-

vari aspetti, a due obiettivi primari: eliminare il più possibile il margine di errore e garantire una totale trasparenza. Nella pratica, però, determinerebbe (non immediatamente, ma certamente nel tempo) un'esclusione o una sostanziale riduzione della sfera di discrezionalità degli organi deputati a definire e poi ad individuare comportamenti illeciti o criminogeni e dunque un'estensione della dimensione autarchica di Internet [100]. L'algoritmo si doterebbe infatti di un'efficacia che va al di là della semplice *conoscibilità*, abbracciando anche il campo della *predittibilità*: da strumento di ausilio della conoscenza (del legislatore o del giudice) diverrebbe qui vero e proprio strumento di previsione e qualificazione della condotta, interferendo in un'eventuale decisione riservata all'organo giudiziale. Questo approccio solleva la domanda se la legge è un oggetto di regolazione in senso cibernetico e fino a che punto un algoritmo può sostituire una regolazione giuridica di una materia. Da una *giurisdizione algoritmica* (ormai in molte forme, seppur con immense riserve, accettata) [101] come giungere legittimamente ad una vera e propria *regolazione algoritmica* [102]. Fino a che punto la sovranità del legislatore può dirsi intatta?

glio dire futuribili) sentenze del giudice. Tuttavia, i processi decisionali coinvolti sarebbero semplicemente quelli legati ad una valutazione tecnica (individuazione di un fatto giuridicamente rilevante e conseguente decisione giudiziale (pena, aggravanti, misure accessorie ecc..). Le asperità riguardanti, ad esempio, l'individuazione del fatto di reato e la concreta decisione giudiziale — che sono state recentemente sottolineate da autorevole dottrina (M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, 872), in particolare sotto l'aspetto dell'equivalenza di tali decisioni con quelle umane e la loro attitudine a soddisfare il principio della tutela giurisdizionale effettiva — non si pongono con la stessa drammaticità con cui si pone l'ingresso dell'algoritmo nella decisione prettamente politica (874). Peraltro, la decisione giudiziaria, almeno nella sua concezione montesquieuana (giudice come *bouche de la loi*) si presta più di quella politica (essenzialmente libera) a essere regolata dall'algoritmo. Cfr. J. Neumann, *The Computer & the Brain* (1958), trad. it. di P. Bartesaghi, *Computer e cervello*, Milano, 2014. Le potenzialità e i limiti del coinvolgimento dell'intelligenza artificiale nelle decisioni giudiziaria sono problemi apertamente dibattuti fin dall'inizio degli anni '60. Si v. H. Baade, *Jurimetrics*, New York-London, 1963. Tale tecnica può trovare un più ampio utilizzo nei Paesi di *Common law*, dove uno strumento di analisi e di previsione dell'orientamento giurisprudenziale su casi concreti appare coerente con il principio dello *stare decisis*. La diversa impostazione degli ordinamenti europei continentali (che prevedono il radicamento del giudice nella norma piuttosto che nel precedente) aveva costituito, almeno nei primi tempi, un freno alla diffusione dello strumento (M. Losano, *Giuscibernetica. Macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino, 1969).

[100] L'algoritmo, che consiste in una sequenza di istruzioni in base alle quali il calcolatore elabora un processo di calcolo « stabilisce le regole logiche da impiegare nella risoluzione di un problema e la sequenza secondo cui devono essere applicate » ed è distinto dal *coding*, che « comanda l'esecuzione dei passi di quella sequenza su un particolare dispositivo di calcolo »: P. Ferragina - F. Luccio, *Il pensiero computazionale. Dagli algoritmi al coding*, Bologna, 2017, 8; P. Zellini, *La dittatura del calcolo*, Milano, 2018.

[101] La letteratura sulle problematiche giuridiche che porta con sé una decisione giudiziaria algoritmica è sterminata. Si v., anche come apporto bibliografico, il già citato contributo di M. Luciani, *op. cit.*

[102] La recentissima teoria dell'*Algorithmic regulation* trova, tra i suoi contributi più significativi M. Hildebrandt, *Algorithmic Regulation and the Rule of Law*, in *The Royal Society*, vol. 376, 18 settembre 2018, https://royalsocietypublishing.org/doi/pdf/10.1098/rsta.2017.0355.

L'aderenza alla teoria della regolazione algoritmica, presentata come il rimedio all'incompatibilità della legislazione statale con Internet [103], determinerebbe un vero e proprio capovolgimento della *form of government* tanto di Internet quanto dello Statonazione. I pericoli connessi alla teoria della *Algorithmic regulation* non sono taciuti dai dibattiti giuridici dei costituzionalisti: il carattere dell'algoritmo è « opaco », « imperscrutabile » [104]; il suo uso « irresponsabile », perché non necessità di una spiegazione [105], la sua tassonomia « pericolosa », dal momento che eroderebbe « the collective moral and cultural fabric upon which democracy and individual freedom rests, thereby undermining the social foundations of liberal democratic political orders » [106]. L'uso dell'algoritmo nelle decisioni pubbliche, non solo limiterebbe il contraddittorio pubblico, trasparente e la partecipazione democratica dei cittadini, ma minerebbe proprio quel delicato equilibrio di contropoteri che opera biunivocamente tra governanti e governati [107].

Ma la prima vittima sul campo sarebbe proprio lo Statonazione, l'ambito di autonomia del prototipo tradizionale di ordinamento statale come lo si conosce oggi, che davanti ad una regolazione puntuale, uniforme, universale perderebbe la sua ragion d'essere. Il riconoscimento di validità giuridica a decisioni "tecniche" quali quelle prese da algoritmi avrebbe ripercussioni immediate sul processo normogenetico in senso lato (legislazione, parere, sentenza, opinione dottrinale) che invece non può dirsi immune da una componente — in senso alto — politica [108], cioè sociologica e filosofica e dunque personale, culturale, territoriale, statale. La regolazione algoritmica è sostanzialmente una *governance*, una gestione fondata su procedure e principi che mettono

[103] « It's time for government to enter the age of big data. Algorithmic regulation is an idea whose time has come ». Così una delle personalità più influenti della Silicon Valley, T. O'Reilly, *Open Data and Algorithmic Regulation*, in B. Goldstein - L. Dyson (a cura di), *Beyond Transparency: Open Data and the Future of Civic Innovation*, San Francisco, 2013, 289.

[104] F. Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Boston, 2015, 25.

[105] Così P. Dourish, *Algorithms and Their Others: Algorithmic Culture in Context*, in *Big Data & Society*, vol. 3, n. 2/2016, 1.

[106] K. Yeung, *Algorithmic regulation: A Critical Interrogation*, in *Regulation and Governance*, vol. 12 (4), 2018, 505, in particolare 519.

[107] « From the internal perspective on law, legal regulation is not merely a matter of influencing or controlling the behaviour of a population. It concerns, on the contrary, a perspective that sees law as addressing individuals as being the author of their actions, meaning that they are capable of giving reasons for their actions ». Cfr. M. Hildebrandt, *op. cit.*, 9.

[108] Un sempre brillante L. Lombardi Vallauri, *Il processo telematico* (postfazione), in G. Taddei Elmi, *Corso di informatica giuridica*, Napoli, 2007, scriveva che « il diritto positivo nell'attuarsi non può, per colmare le sue non sopprimibili lacune, non attingere sempre in qualche misura al non inventariabile e tuttavia non vuoto di criteri e contenuti al non formalmente valido né storicamente effettivo e tuttavia non privo di peculiare vigenza diritto libero. In termini più tradizionali: lo *ius conditum* è sempre in qualche misura ancora *condendum* ».

ordine, archiviano e coordinano una serie di fatti che si trasformano in dati.

Davanti alla forza bruta della logica, la conservazione del debole carattere performativo della decisione politica, della sua provvisorietà e anche della sua perfettibilità diventa l'ultima ridotta dello Stato contro un potenziale pervasivo intervento della tecnica.

Abstract

The general belief holds that Internet Over the Tops (OTT)' mission is to organize the world's information. However, from a perspective of mere international business their role is becoming more and more ideological: promoting democratic values, public security and social peace are becoming part of their own interests, with tensions rising with the States as result. The present essay aims to investigate on which legal basis OTT are exerting their influence, challenging sovereign decisions and even replacing Nation-States in ruling the web. It will also attempt at a hypothesis: whether State's traditional organizational standards (people, territory, sovereignty) may apply to the digital reality, making OTT, from private-law actors, more and more and institution-like entity (§§ 3-4). Finally, the study will also analyze two main fields where no State and no Internet institution play a role: bitcoins and algorithmic regulation (§§ 5-6). The article discusses their legitimacy and, with respect to the latter, its capability to become a new law-making approach in cyberspace.