

Esame in sede referente dei DDL 1317 e 1561 (diritto di accesso ad Internet)

**Audizione del 24 febbraio 2015 presso la 1<sup>a</sup> Commissione permanente (Affari Costituzionali) del Senato della Repubblica**

**Oreste Pollicino\***

Occorre far luce su un interrogativo di fondo nell'affrontare il tema al centro di questo intervento: di cosa parliamo quando ci riferiamo a un diritto di accesso a Internet? Forse può rivelarsi utile, al fine di rispondere al quesito e a fare chiarezza sul punto, resistere alla tentazione di una "retorica" dei diritti fondamentali e dei diritti umani diffusa in diverse trattazioni relative all'impatto di Internet.

Un'impostazione di questo di questo genere, tendente a fare emergere i limiti di tale retorica, può apparire anomala in questa sede, ma può forse essere utile a interrogarsi sull'effettiva configurabilità di questo diritto e sulla sua giustiziabilità, guardando a una prospettiva di diritto internazionale e di diritto comparato, per comprendere se la nostra esperienza costituzionale rappresenti o meno un'anomalia e, se sì, in che senso.

Un primo profilo che deve essere messo in luce attiene alla nozione di diritto umano, un concetto tipico del linguaggio del diritto internazionale. In effetti, si riscontrano vari report da parte delle Nazioni Unite in cui si fa riferimento a Internet come diritto umano e si promuove un intervento attivo dei pubblici poteri e degli stati per realizzare un accesso a Internet di tutti.

Il primo esempio è costituito dal *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue* presso l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, del 16 maggio 2011.

Al punto 85 si legge: «*Given that the Internet has become an indispensable tool for realizing a range of human rights, combating inequality, and accelerating development and human progress, ensuring universal access to the Internet should be a priority for all States. Each State should thus develop a concrete and effective policy, in consultation with individuals from all sections of society, including the private sector and relevant Government ministries, to make the Internet widely available, accessible and affordable to all segments of population*».

Non solo. Al successivo punto 87, infatti, si precisa che: «*Where the infrastructure for Internet access is present, the Special Rapporteur encourages States to support initiatives to ensure that online information can be accessed in a meaningful way by all sectors of the population, including persons with disabilities and persons belonging to linguistic minorities*».

Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca l'Organizzazione sulla cooperazione e sicurezza in Europa (OSCE), che in un report del 2011 (a cura dell'Office of the Representative on Freedom of the Media Dunja Mijatović, dal titolo *Freedom of Expression on the Internet - A study of legal provisions and practices related to freedom of expression, the free flow of information and media pluralism on the Internet in OSCE participating States*) sottolinea: «*Everyone should have a right to participate in the information society and states have a responsibility to ensure citizens' access to the Internet is guaranteed*». In altri termini, un diritto alla partecipazione di tutti i cittadini alla società dell'informazione e la correlata garanzia da parte degli stati che i cittadini dispongano dell'accesso a Internet. Anche in questo caso si

---

\* Professore associato di diritto pubblico comparato, Università Commerciale "L. Bocconi"

assiste a un richiamo a un intervento attivo dei pubblici poteri e quindi si nota un riferimento che corre non soltanto a una libertà negativa, che esige la semplice astensione dei poteri pubblici, ma anche a una dimensione positiva, di intervento. Emergono in particolare due elementi: da un lato, la dimensione sociale, “prestazionale”; dall’altro, la strumentalità dell’accesso a Internet rispetto all’esercizio di altri diritti fondamentali.

Occorre nondimeno evidenziare che l’accesso a Internet, così come delineato in questi documenti, non configura un diritto umano in senso stretto, anche approcciando queste enunciazioni da un punto di vista tipicamente di diritto internazionale. Un diritto umano, infatti, secondo il diritto internazionale, deve indefettibilmente essere sancito da trattati e da disposizioni ivi contenute che, oltre a prevederne l’esercizio, provvedano anche ad assicurarne l’*enforcement*.

Tuttavia, a livello del diritto internazionale disposizioni di questo tipo sono in realtà assenti: vi sono dei report, senz’altro importanti, che non possono però essere considerati riconoscere o istituire diritti umani in senso stretto. Semmai, essi evocano l’idea di una libertà che è strumentale all’esercizio di altri diritti e che, in quanto tale, non deve essere ostacolata.

Anche la prospettiva di indagine offerta dal diritto comparato si rivela utile alla causa del diritto di accesso a Internet. Sono proprio i report poc’anzi richiamati, infatti, a precisare come a livello delle costituzioni di alcuni Stati, il diritto di accesso a Internet assurgerebbe a diritto fondamentale.

Rimane tuttavia necessaria un’indagine non superficiale della scelta terminologica: occorre comprendere, in altre parole, cosa si intenda per “diritto fondamentale”.

Nel diritto pubblico, un diritto fondamentale in senso stretto si caratterizza in quanto diritto che trova la sua base giuridica in una fonte di rango costituzionale o para-costituzionale, che quindi non può essere modificata dalla legislazione ordinaria e che gode, in forza di ciò, di una protezione rafforzata.

Precisato questo passaggio, se ci si pone la domanda su quante e quali siano le esperienze costituzionali che, almeno nel contesto europeo, hanno adottato un simile approccio, i riscontri sono davvero marginali. Soltanto in Grecia si è assistito a una codificazione dell’accesso a Internet come diritto fondamentale in senso stretto; altrove, invece, si registrano importanti iniziative in cui l’accesso a Internet non riveste rango costituzionale, bensì è previsto a livello legislativo con disposizioni che possono essere senz’altro modificate da leggi successive in base al criterio cronologico, e quindi risultano derogabili anche *in peius*.

Il denominatore comune di queste esperienze comparate, fra cui si annoverano Finlandia, Estonia, e Spagna è la “trasfigurazione” dell’accesso a Internet quale diritto che si traduce nell’accesso alla banda larga da parte di tutti i cittadini e al servizio universale. In Finlandia, è stato un decreto del ministero dei trasporti e delle comunicazioni (il n. 732/2009) relativo al livello minimo di accesso funzionale a Internet come servizio universale a prevedere che per ogni connessione a Internet sia garantita una velocità di almeno un Megabit per secondo. In Estonia, è stato il *Telecommunications Act* del 2000 a stabilire, nell’ambito della disciplina del servizio universale, che Internet debba essere, per l’appunto, “universalmente disponibile” a tutti gli utenti. Analoga è l’impostazione seguita dalla legge spagnola del 2011, sull’economia sostenibile (n. 2) che ha collegato l’accesso a Internet al servizio universale.

In altre esperienze (come per esempio in Francia e in Costa Rica), è stata invece la giurisprudenza a incaricarsi di fare emergere, attraverso alcune rilevanti decisioni, l’esistenza di un diritto fondamentale di accesso a Internet. E in questi casi, il diritto di accesso a Internet è parso configurarsi come una declinazione tipica della libertà di espressione, quasi una sua

evoluzione o comunque una sua proiezione nell'innovato contesto tecnologico. Così è accaduto, per esempio, in Francia, dove la sentenza emessa nel caso *Hadopi* (2009-580 DC, 10 juin 2009) ha colto il diritto di accesso alla rete eminentemente nella sua dimensione di corollario della libertà di espressione e di comunicazione su Internet. Nella fattispecie, la vicenda era originata dall'istituzione di un'autorità incaricata di monitorare le violazioni del diritto d'autore commesse dagli utenti mediante sistemi *peer-to-peer* e di sanzionare i contravventori recidivi, che fossero stati individuati a compiere operazioni di illecito *downloading* di opere protette per tre volte, mediante la disabilitazione dall'accesso a Internet. Anche la Corte Suprema della Costa Rica (sentenza del 20 luglio 2010) ha solennemente indicato nell'accesso alla rete un presupposto di altri fondamentali diritti di cittadinanza.

Sul piano del diritto dell'Unione europea, invece, non è inutile segnalare come la direttiva 2009/140/CE, modificando la direttiva 2002/21/CE in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica, vi abbia introdotto l'art. 3-*bis*<sup>1</sup>. Detta norma, tutelando l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, prevede un meccanismo di protezione rafforzata simile a quello stabilito dell'art. 10 della CEDU a tutela della libertà di espressione, in base al quale eventuali limitazioni del diritto in questione devono essere necessariamente previste dalla legge, finalizzate a soddisfare obiettivi di interesse generale e proporzionate rispetto all'obiettivo perseguito.

Così, tanto nei documenti quanto nelle decisioni giurisprudenziali che lo hanno codificato, implicitamente o esplicitamente, il diritto d'accesso alla rete è assunto al rango di un diritto che è preconditione per l'esercizio di altre libertà fondamentali, confermando così quel carattere di strumentalità che già si è osservato emergere dai documenti che del medesimo diritto si sono occupati a livello internazionale.

Sono forse queste, allora, le tematiche di cui occorre riappropriarsi e che serve recuperare nell'esperienza italiana, guardando ai due disegni di legge costituzionali n. 1317 e n. 1561 e cercando di inquadrarne luci e ombre nel possibile percorso di sviluppo che su di essi è auspicato.

Per quanto riguarda il primo, esso preconizza l'introduzione in Costituzione di un art. 21-*bis*, strettamente legato alla tutela dettata per la libertà di manifestazione del pensiero. Bisogna preliminarmente rilevare che il rapporto tra la nuova dimensione tecnologica e la libertà di espressione è particolarmente rilevante. Infatti, le norme costituzionali sono state

---

<sup>1</sup> «I provvedimenti adottati dagli Stati membri riguardanti l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, devono rispettare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dai principi generali del diritto comunitario.

Qualunque provvedimento di questo tipo riguardante l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, che ostacolasse tali diritti o libertà fondamentali può essere imposto soltanto se appropriato, proporzionato e necessario nel contesto di una società democratica e la sua attuazione dev'essere oggetto di adeguate garanzie procedurali conformemente alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e ai principi generali del diritto comunitario, inclusi un'efficace tutela giurisdizionale e un giusto processo. Tali provvedimenti possono di conseguenza essere adottati soltanto nel rispetto del principio della presunzione d'innocenza e del diritto alla privacy. Dev'essere garantita una procedura preliminare equa ed imparziale, compresi il diritto della persona o delle persone interessate di essere ascoltate, fatta salva la necessità di presupposti e regimi procedurali appropriati in casi di urgenza debitamente accertata conformemente alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Dev'essere garantito il diritto ad un controllo giurisdizionale efficace e tempestivo».

redatte in un'epoca in cui il principale se non unico ed esclusivo mezzo per la manifestazione del pensiero era rappresentato dalla stampa. Il mondo di Internet ha aperto a numerose nuove opportunità: la mediazione delle imprese editoriali o di altri canali "istituzionali" è stata così superata dalla disponibilità del nuovo strumentario tecnologico che consente un esercizio della libertà di espressione non più ancorato o vincolato al ruolo di terzi. In questo modo, la semplice disponibilità di un computer è divenuta fulcro della possibilità di diffondere, seppure in forme nuove e non mediate, il proprio pensiero. Diventa così chiaro come la possibilità di esercitare in modo effettivo la propria libertà di espressione passi al giorno d'oggi attraverso una condizione necessaria, ossia la garanzia -sotto il profilo tecnico ed economico- a chiunque dell'accesso a Internet.

Nonostante lo stretto collegamento con la libertà di manifestazione del pensiero, di cui il diritto d'accesso viene considerata una possibile declinazione in una versione "tecnologicamente evoluta", inserire un obbligo prestazionale da parte dello Stato volto non solo a promuovere ma anche a realizzare un diritto di accesso a Internet, all'interno di una *sedes materiae* che è quella tipica delle libertà negative, qual è la libertà di espressione, e segnatamente nel titolo dedicato ai diritti civili, potrebbe essere incongruo rispetto al panorama comparato.

In Grecia, per esempio, unica esperienza in cui l'accesso a Internet è stato codificato a livello costituzionale, tale diritto non è stato delineato come un vero e proprio obbligo positivo, inserendosi nell'ambito dell'art. 5(a), che tutela i diritti sociali e individuali. L'obbligo che grava sullo Stato, infatti, secondo la Costituzione greca, è solo quello di facilitare l'accesso ai dati trasmessi per via elettronica e la diffusione delle informazioni. Così, l'esperienza comparata documenta che, quando il diritto di accesso a Internet viene inserito nella prima parte delle costituzioni, relativa perlopiù alla tutela della libertà negative, non si assiste alla previsione in senso stretto di un obbligo di tipo prestazionale.

Quindi, il requisito della strumentalità, tipico dell'accesso a Internet, è già insito in un'interpretazione evolutiva dell'art. 21 medesimo: basti vedere come la giurisprudenza costituzionale, sin dalla sentenza n. 225/1974, ha qualificato l'accesso al mezzo televisivo, nel momento storico in cui tale mezzo rappresentava lo stadio tecnologico più evoluto, come strumentale all'esercizio di altri diritti, senza però che nessuno abbia mai rivendicato un diritto di accesso al mezzo televisivo nell'art. 21.

Non appare inutile precisare, peraltro, che evocare il diritto di accesso a Internet in termini di diritto fondamentale sembra rompere la tradizionale e consolidata dicotomia che oppone la categoria dei diritti fondamentali intesi come libertà negative a quella dei diritti sociali, che postulano invece un intervento positivo e attivo da parte dei pubblici poteri.

Da questo punto di vista sarebbe utile piuttosto riflettere sull'opportunità di introdurre un eventuale art. 34-*bis*, che appare sorretto da maggiori profili di interesse sul piano della sistematica costituzionale.

Il primo: una codificazione di carattere costituzionale di un diritto a una prestazione sociale consentirebbe di ottenere quanto in altre esperienze comparate non è attualmente garantito: ossia la possibilità di tutelare i cittadini rispetto a possibili arretramenti da parte dei pubblici poteri. Finlandia, Estonia e Spagna tutelano sì un diritto di accesso alla banda larga, ma sempre sulla base di una previsione di rango legislativo e non di un fondamento costituzionale diretto. In Italia, invece, una simile garanzia e un simile fondamento potrebbero essere integrati tramite una norma di rango costituzionale come l'art. 34-*bis*.

Un secondo punto merita di essere segnalato: questa opzione consentirebbe di dare un'iniezione di socialità al concetto di servizio universale, con un'operazione che risulta fondamentale perché consente di recuperare un parametro comunitario. Sarebbe molto utile, anzi, provocare una simile iniezione di socialità in questo concetto attraverso un obbligo di intervento che non guardi soltanto agli operatori in un'ottica concorrenziale ma anche allo Stato in via diretta.

Un altro punto, come evidenziato da Giovanna de Minico, sembra poter produrre risvolti di sicuro interesse: potrebbe essere utile cercare di dare immediata attuazione a quelle forme di tutela che sono proprie del *bill of rights* europeo, ossia la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Dagli artt. 25, 26 e 36 della Carta emerge un concetto di *social inclusion* che si materializza nel diritto degli anziani a partecipare alla comunità sociale e culturale, nel diritto delle persone con disabilità a beneficiare di misure per inserimento sociale e nell'obiettivo di una coesione sociale e territoriale dell'Unione.

Un ultimo profilo di grande momento riguarda il tipo di giustiziabilità che appare possibile immaginare per questo diritto.

Possono essere percorse almeno due strade, a questo riguardo.

La prima consiste nel valutare la ragionevolezza dell'intervento del legislatore a tutela del diritto sociale considerato, guardando al bilanciamento con altri interessi contrapposti (per esempio, la disponibilità finanziaria e la salvaguardia del bilancio). Al riguardo, la giurisprudenza costituzionale sul diritto d'istruzione fornisce delle linee guida molto interessanti, a cominciare dalla sentenza n. 80/2010, in materia di insegnanti di sostegno, in cui la Consulta, nel bilanciamento tra interessi finanziari e diritto all'istruzione, si è dimostrata tutt'altro che indifferente a quest'ultimo. Anzi, ne ha assicurata la prevalenza.

La seconda opzione è più radicale. Si può andare oltre la "riserva del possibile"? Si può garantire, cioè, un riconoscimento a livello costituzionale di un diritto sociale che potrebbe condurre a un sindacato della Corte costituzionale rispetto all'omesso intervento del legislatore? In altri termini, la mancanza di un intervento da parte del legislatore può costituire motivo per la Consulta di sindacare la costituzionalità di una determinata situazione? Questo percorso appare oggettivamente complicato, nonostante esistano nel diritto comparato orientamenti anche in questa direzione. È il caso del Tribunale costituzionale federale tedesco, che in una decisione sui sussidi di disoccupazione (sentenza del 9 febbraio 2010, *BverfG* 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09) ha contestato la legittimità del metodo di calcolo del minimo vitale, con un ragionamento che è parso spingersi oltre la semplice valutazione del canone di ragionevolezza e concentrarsi finanche sull'entità del bisogno.

Questi indici restituiscono l'impressione che il campo di gioco in cui bisogna orientarsi sia in realtà duplice.

Il primo è un campo di carattere infrastrutturale e tecnico: occorre garantire la disponibilità di banda larga o ultra-larga. Da questo punto di vista il parametro costituzionale sarebbe un elemento molto importante per sindacare leggi che non offrano un'adeguata implementazione del diritto in questione.

Il secondo versante: occorre agire sulla promozione cognitiva e soprattutto culturale, sull'analfabetismo informatico e digitale, che tocca un aspetto fondamentale del diritto di accesso, vale a dire la sua intrinseca strumentalità. Cosa è più strumentale della dimensione culturale per evitare che il *gap* del divario digitale continui ad allargarsi? Il collegamento tra diritto di istruzione e diritto di accesso non poteva che essere più stretto in questi tempi in cui

l'accesso all'informazione è fondamentale per essere effettivi titolari di un diritto di eguaglianza sostanziale.