

Diritti fondamentali e costituzione digitale^(*)

Vasco PEREIRA Da SILVA *

Sommario: 1. Digitalizzazione e diritto pubblico 2. La digitalizzazione del diritto costituzionale 2.1. La necessità di una teoria costituzionale culturalmente adeguata 2.2. L'attuale modello di Stato post-sociale e i diritti procedurali 2.3. I nuovi diritti fondamentali digitali 2.4. La situazione attuale in Portogallo 3. Informazioni e nuove tecnologie nel diritto amministrativo

1. Digitalizzazione e diritto pubblico

L'atteggiamento dei pubblicisti, così come dei giuristi in generale, nei confronti della nuova realtà digitale non si allontana molto da quello espresso dalla comunità dei non specialisti¹. In effetti, le reazioni oscillano tra i seguenti poli opposti.

a) L'euforia, che consiste nel considerare il digitale come una "soluzione miracolosa" a tutti i problemi dell'umanità. Questo ottimismo, in relazione agli effetti delle tecnologie dell'informazione sulle società umane, porta spesso alla creazione di nuove utopie. È il caso della cosiddetta "terza ondata" di Alvin Toffler², in cui le "cassette elettroniche", che diventeranno le nostre case, sono viste come un "microcosmo globale", una "capsula" in grado di risolvere tutti i problemi politici, economici e sociali delle società moderne. Allo stesso modo, anche alcuni studiosi di diritto costituzionale e amministrativo accettano acriticamente una totale apertura al "nuovo mondo" della digitalizzazione del diritto, sempre fiduciosi che i problemi giuridici che ne derivano saranno risolti in futuro solo grazie al progresso della scienza e della tecnologia.

b) Lo scetticismo nei confronti dell'informazione e delle nuove tecnologie, generalmente accompagnato da ignoranza tecnologica e rifiuto. Il digitale è solo una nuova realtà nel mondo dei fatti, che non ha conseguenze nell'universo del diritto, e i computer sono visti solo come "un'altra macchina", una sorta di "sostituita macchina da scrivere", come spesso si sostiene. Questi specialisti di diritto costituzionale e amministrativo tendono a sostenere che non è necessaria una regolamentazione giuridica specifica della digitalizzazione e delle nuove tecnologie. Non sono necessari né principi internazionali, né regole globali relative a Internet; non è necessario inserire nella Costituzione i principi generali della società dell'informazione, né i nuovi diritti della cittadinanza digitale; non è necessario regolamentare in modo specifico il funzionamento della pubblica amministrazione, né istituire procedure digitali speciali; non è necessaria un'azione legale contro le decisioni amministrative prese dalle macchine, non è necessario elaborare norme per monitorare gli algoritmi, né controllare il loro uso davanti a un tribunale.

Bisogna evitare entrambi gli estremi – euforia e scetticismo – mentre sono necessarie prospettive "aperte" e pensiero critico per affrontare questi nuovi fenomeni. L'informazione e le nuove tecnologie

(*) Traduzione dal portoghese di Giacomo Palombino.

* Professore di Diritto pubblico, Università di Lisbona.

¹ M. Castels, *The Information Age: Economy, Society and Culture*, v. I, Oxford, 1996; Id., *The Rise of the Network Society*, v. II, Oxford, 1997; Id., *The Power of Identity*, v. III *End of Millennium*, Oxford, 1998.

² A. Toffler, *The Third Wave*, New York, 1980; Id., *Future Shock*, New York, 1970; Id., *Powershift: Knowledge, Wealth and Violence at the Edge of the 21st Century*, New York, 1991; A. & H. Toffler, *Creating a New Civilization: The Politics of the Third Wave*, Nashville, 1995.

non rappresentano una “ricetta miracolosa” per tutti i problemi dell’umanità, ma nemmeno il “male supremo”. Certamente, l’informazione e le nuove tecnologie introducono enormi cambiamenti nel comportamento degli individui, delle comunità e dei poteri politici, a causa sia dei loro vantaggi che dei loro svantaggi, ovvero delle sfide e dei rischi che suppongono, così come dei benefici e delle perdite che determinano. Tuttavia, tutte queste trasformazioni del mondo dei fatti non potevano e non dovevano essere lasciate fuori dall’ambito di regolamentazione della legge.

Sulla base dei seguenti punti, si vogliono allora analizzare alcune delle conseguenze che l’informazione e le nuove tecnologie determinano nel campo del diritto pubblico.

1. I cambiamenti tecnologici hanno conseguenze drastiche sulle azioni delle autorità pubbliche in relazione all’esercizio dei loro poteri legislativi, amministrativi o giudiziari. In tal senso, potrebbero qui menzionarsi realtà diverse, come il risultato del funzionamento delle macchine attraverso l’azione umana, la sostituzione dei documenti cartacei con quelli digitali, la necessità di scoprire nuove procedure e processi digitali nel processo decisionale. Tali sono le trasformazioni, sia in senso generale che per quanto riguarda il potere amministrativo in particolare, per cui si fa ricorso al termine “e-government” (“governo elettronico”) per riferirsi al nuovo livello delle condizioni tecniche generali e il loro impatto sull’azione” delle autorità pubbliche, “tenendo conto del fatto che Internet, come mezzo di informazione, comunicazione e transazione, sta plasmando la teoria e la realtà³. Così, in termini di “definizione funzionale”, l’e-government potrebbe essere considerato come la gestione di processi sociali, di carattere governativo (più in generale, di carattere statale), con l’aiuto delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione attraverso mezzi elettronici⁴.

2. In termini di attività e organizzazione dei servizi, è necessario considerare anche il problema della “produzione in massa” di decisioni legislative, amministrative e giudiziarie, dovuto all’intensificarsi e moltiplicarsi dei procedimenti e dei ricorsi. Lo stesso vale per la “produzione in massa” di una molteplicità di azioni da parte di parlamentari, organi amministrativi, giudici, magistrati e avvocati. Questo porta Balkin, da un lato, a chiedersi se il governo non debba adottare un modello operativo simile a quello di una fabbrica” e, dall’altro, a porsi anche il problema di come sia possibile “razionalizzare i compiti legali senza perdere la loro dimensione umana⁵.

3. I cambiamenti tecnologici consentono di avvalersi di una gigantesca disponibilità di informazioni, che rappresentano al tempo stesso uno strumento indispensabile per lo svolgimento degli agenti e dei servizi pubblici. Infatti, le nuove tecnologie semplificano i compiti degli avvocati, fornendo un modo facile e affidabile per trovare leggi, statuti, regolamenti, decisioni giudiziarie; permettendo così di effettuare facilmente ricerche di dati e di elaborare informazioni. In breve, si può affermare che stiamo assistendo a un cambiamento nel comportamento di tutti gli attori giuridici come conseguenza della digitalizzazione (ad esempio, giudici, agenti amministrativi, studi legali)⁶. Un’altra questione che potrebbe essere sollevata è se possa ancora esserci posto per la teoria e la filosofia del diritto in questo universo digitalizzato. O anche la questione di sapere se l’eccesso di informazione giuridica possa dare origine a “meno diritto”; o cosa si può fare per evitare che la banalizzazione dell’uso delle macchine trasformi i loro utenti in “macchine di carne e sangue”?

4. In ognuno dei diversi settori giuridici sorgono anche nuovi specifici problemi legati all’uso delle informazioni e delle nuove tecnologie. Solo per citarne alcuni tra i più rilevanti, dovremmo considerare: (a) nel campo del diritto costituzionale, le nuove esigenze culturali della teoria costituzionale, l’evoluzione del modello di Stato post-sociale nella post-pandemia; (b) nel campo dei diritti fondamentali e dei diritti digitali, il diritto all’autodeterminazione digitale, il diritto di accesso, modifica e cancellazione dei dati digitali, il diritto all’oblio; c) nel diritto amministrativo, le decisioni amministrative prodotte in serie, l’autorizzazione e i limiti dell’automazione dell’amministrazione, le

³ H. Maurer, C. Whaldoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Monaco, 2020, p. 502.

⁴ *Ibid.*, pp. 552-553. Tuttavia, a mio avviso, la *e-administration* è una forma di gestione comune a tutte le autorità pubbliche.

⁵ J. M. Balkin, *What is a Postmodern Constitutionalism*, in *Michigan Law Review*, 1992, p. 1 ss.; V. Pereira Da Silva, *A Cultura a que Tenho Direito - Direitos Fundamentais e Cultura*, Coimbra, 2007, pp. 21-25.

⁶ J.M. Balkin, *op. ult. cit.*; V. Pereira Da Silva, *op. ult. cit.*, pp. 21-25.

procedure digitali, gli algoritmi e il loro controllo amministrativo e giudiziario, le forme di controllo giudiziario delle decisioni digitali.

Tutte queste sono nuove questioni che cercheremo di trattare nelle pagine seguenti.

2. La digitalizzazione del diritto costituzionale

Per quanto riguarda la digitalizzazione del diritto costituzionale, affronterò ora tre punti specifici: la necessità di elaborare una teoria costituzionale culturalmente adeguata; l'attuale modello di Stato post-sociale e i diritti procedurali; infine, i nuovi diritti fondamentali digitali.

2.1. La necessità di una teoria costituzionale culturalmente adeguata

I cambiamenti tecnologici richiedono un rinnovamento dell'approccio teorico al diritto costituzionale. È necessario promuovere sia la comprensione dei cambiamenti della realtà sociale, che un'interpretazione giuridica culturalmente appropriata delle norme costituzionali.

La società postmoderna in cui viviamo è caratterizzata da pratiche industriali e meccanismi di produzione di massa, applicati non solo agli oggetti materiali (automobili, computer), ma anche ai prodotti spirituali, tra cui il diritto, le arti e la musica, l'informazione e la conoscenza⁷. Così come in passato era impossibile comprendere il modernismo senza comprendere la rivoluzione industriale, oggi è impossibile comprendere il postmodernismo senza comprendere i cambiamenti tecnologici e culturali della società che lo hanno accompagnato⁸.

Ciò richiede una visione aperta e informata dei fenomeni giuridici e una loro comprensione in termini culturali. È necessario intendere il diritto come un fenomeno culturale, che plasma i valori della comunità e li rende effettivi in un dato momento e in un dato luogo, ma che è, allo stesso tempo, una realtà autonoma, incarnata in norme e principi giuridici, dotata di una propria logica e dinamica. Il diritto costituzionale deve quindi essere in grado di considerare contemporaneamente valori, fatti e norme, nell'interattività e nella reciprocità del loro complesso rapporto, coniugando dimensioni etiche, artistiche, tecniche e scientifiche, nel contesto di una comprensione dei fenomeni costituzionali che sia insieme culturale e giuridica⁹.

Gli approcci possibili a questa "nuova" prospettiva culturale del diritto costituzionale sono molteplici. Peter Häberle intende il diritto come cultura, considerando la teoria costituzionale come una scienza culturale (e non solo una scienza di natura economica o sociale). A suo avviso, è necessario conciliare diritto e cultura, comprendendo sia la cultura del diritto che il diritto della cultura, per consentire la costruzione di "una costituzione aperta per una società aperta"¹⁰.

La teoria dei "Critical Legal Studies", nota anche come "teoria postmoderna del diritto" (Postmodern Jurisprudence)¹¹, è diversa ma complementare a tutto ciò. Questa corrente dottrinale ricerca metodologie scientifiche di natura interdisciplinare per realizzare l'inquadramento culturale dei

⁷ J.M. Balkin, *op. ult. cit.*, e V. Pereira Da Silva, *op. ult. cit.*, pp. 21-25.

⁸ J.M. Balkin, *op. ult. cit.*, e V. Pereira Da Silva, *op. ult. cit.*, pp. 16-24.

⁹ V. Pereira Da Silva, *op. ult. cit.*, p. 25.

¹⁰ P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2 ed., Berlino, 1998; Id., *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, Roma, 2001.

¹¹ J. Boyd White, *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison, 1985; Id., *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago, 1990; Id., *The Edge of Meaning*, University of Chicago Press, Chicago, 2001; C. Douzinas, R. Warrington, S. Mcveigh, *Postmodern Jurisprudence - The Law of Text in the Texts of the Law*, London/New York, 1991; I. Ward, *Law and Literature, Law and Critique*, in *Springer Philosophy of Law Journal*, vol. IV(1)/1993, p. 43 ss; *Introduction to Critical Legal Theory*, Oregon, 2004; G. Minda, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York, 1995; K. Luederssen, *Produktive Spiegelungen: Recht in Literatur*, Baden, 2002; S. Levinson, J.M. Balkin, *Law, Music and other Performing Arts*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 139/1991, p. 1597 ss.; J.M. Balkin, *Cultural Software: A Theory of Ideology*, Yale, 1998; J. M. Balkin, S. Levinson, *Interpreting Law and Music: Performance Notes on "The Banjo Serenader" and "The Lying Crowd of Jews"*, in *Cardozo Law Review*, 20/1999, p. 1513 ss.

fenomeni giuridici. In questo tentativo di mescolare realtà culturali e scienza giuridica, sono state tentate varie combinazioni, come quella di intendere il diritto come un “genere letterario” (“law as literature”¹²), o come una “traduzione” (“law or justice as translation”)¹³, o come una “manifestazione musicale” (“law as music”), o ancora come un’“arte drammatica” (“law as performative art”)¹⁴. Per quanto mi riguarda (in precedenti scritti)¹⁵, a queste combinazioni ne ho aggiunte diverse altre, come quella di vedere il diritto come un’“arte culinaria” (un “approccio culinario al potere discrezionale”), o come “cinema” (insegnando il diritto ambientale a partire da una lista di film sull’ambiente)¹⁶, o anche come “psicoanalisi” (insegnando il diritto amministrativo o il contenzioso amministrativo attraverso una “psicoanalisi culturale”)¹⁷.

A questo elenco vanno aggiunte, oggi, molte altre discipline scientifiche, frutto delle nuove esigenze legate al campo dell’informazione e delle nuove tecnologie; ad esempio, intensificando il ricorso al metodo culturalista, pena l’impossibilità di comprendere le nuove tendenze del diritto attuale. Per questo motivo sarebbe necessario studiare, tra le tante discipline, anche le seguenti.

La “sociologia dei media”, che oggi costituisce un approccio scientifico essenziale per comprendere il diritto e la politica, a causa degli enormi cambiamenti apportati dai media al funzionamento delle istituzioni. Quando ci concentriamo sulle azioni del Parlamento, dell’Amministrazione, dei Tribunali, dei partiti politici, assistiamo a un cambiamento di “scenario”, prima dai giornali alle televisioni e, poi, dalle televisioni a internet (*you-tube, Facebook, my space, blog, app, twitter*, e tutti i tipi di social network). D’altra parte, ognuno di questi cambiamenti, nello spazio scenico, trasforma il modo in cui il discorso viene creato e diffuso attraverso il “marketing politico”, i “sound-byte” o i “law-byte”, le “fake news”¹⁸. Se pensiamo all’episodio dell’attacco al Campidoglio negli Stati Uniti, dopo le ultime elezioni presidenziali, vediamo una combinazione di discorsi confluenti, che prendono forma in scenari diversi, che vanno dai social network su Internet ai discorsi in diretta nei comizi politici (come quello del Presidente), mescolando “hate speech” e “fake news”, e facendo sempre appello all’irrazionalità del comportamento di massa.

Le “neuroscienze computazionali”, che studiano il funzionamento del cervello per applicarlo a strumenti digitali di valutazione delle decisioni pubbliche (politiche o giuridiche). Secondo David Eagleman, il cervello non è totalmente pre-programmato, ma “riconfigura incessantemente il proprio cablaggio”, in un processo che egli chiama “live wire”, applicabile anche agli strumenti digitali¹⁹. Così, l’obiettivo del “Center for Science and Law” (da lui creato presso l’Università di Stanford) è quello di “sfruttare la tecnologia per colmare il divario tra neuroscienze e diritto”, sfruttando “la scienza dei dati e la ricerca giuridica per far progredire la giustizia”. Inoltre, uno degli strumenti sviluppati da questo Centro è la “valutazione del rischio neuro-cognitivo” (NCR), che mira a “misurare i processi decisionali”, utilizzata “per identificare gli autori di reato che hanno maggiori probabilità di commettere un altro crimine” ed è di grande utilità per i tribunali nei procedimenti penali²⁰. Tale valutazione può avere molteplici applicazioni in tutti i procedimenti pubblici.

¹² J. Boyd White, *Heraclides’ B. E. on the R. and P. of the L.*, cit.

¹³ J. Boyd White, *Justice as T. An E. in C. and L. C.*, cit., p. 229.

¹⁴ J. M. Balkin, S. Levinson, *Interpreting L. and M.: P. N. on “The B. S.” e “The L. C. of J.*, cit.

¹⁵ V. Pereira Da Silva, “*My Fair Lady*”: *introductory lecture*, in C. F. Germelmann (ed.), *Innovative Teaching in European Legal Education - International Conference within the Framework of the 2019 ELPIS Network Meeting*, Baden, 2021, p. 41-53; V. Pereira Da Silva, *Culture of the Constitution and the Culture in the Constitution*, in J. Cremades, C. Hermida (coord.), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Berlino, 2020.

¹⁶ S. Greenfield, G. Osborn, P. Robson, *Film and the Law*, London/Sidney, 2001. Si veda anche M. Á. Presno Linera, B. Rivaya, *Una Introducción Cinematográfica al Derecho*, València, 2006.

¹⁷ V. Pereira Da Silva, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, 1996; Id., *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Ações no Novo Processo Administrativo*, Coimbra, 2009.

¹⁸ J. M. Balkin, *What is a Postmodern Constitutionalism*, cit., p. 13. Si veda anche V. Pereira Da Silva, *A Cultura a que tenho direito*, cit.

¹⁹ D. Eagleman, *Livewired - The Inside Story of Ever-changing Brain*, New York, 2020; Id., *O Cérebro em Ação - Nos Bastidores do Cérebro em Constante Mudança*, Alfragide, 2021, pp. 15-66.

²⁰ Si rinvia a: <https://scilaw.org/>.

Si pensi poi alla “logica delle probabilità” e della statistica²¹, sempre più necessaria per comprendere i fenomeni complessi, con causalità multiple e interconnesse, che caratterizzano la realtà giuridica odierna. È il caso, ad esempio, della responsabilità civile (soprattutto quando si tratta di situazioni di rischio, delle nuove discipline giuridiche), in particolare della responsabilità ambientale. Pertanto, trovare il corretto nesso di causalità nel diritto ambientale non deve significare cercare un fatto concreto remoto (e impossibile da trovare) all’interno di una complessa catena di cause, ma sostituirlo con un ragionamento di probabilità e statistica per determinare la causa prevedibile dei fatti.

2.2. *L’attuale modello di Stato post-sociale e i diritti procedurali*

L’informazione e le nuove tecnologie hanno conseguenze anche sulla comprensione e la pratica del diritto, della costituzione, dei diritti umani e della democrazia. Da qui la necessità di comprendere come la cultura e le tecnologie postmoderne abbiano influenzato il diritto come istituzione²².

L’evoluzione dello Stato è strettamente legata alle c.d. generazioni dei diritti fondamentali, che possono essere sinteticamente caratterizzate nei seguenti termini²³:

- lo Stato liberale (del XVIII e del XIX secolo), attraverso una filosofia non interventista dei poteri pubblici nella società civile, che riduce la presenza pubblica e garantisce i diritti di libertà e proprietà attraverso la sicurezza pubblica (la “prima generazione” di diritti fondamentali).

- lo Stato sociale (fine del XIX secolo e prima metà del XX secolo, fino agli anni ‘70), che si caratterizza per l’assunzione di nuovi compiti da parte dei poteri pubblici nei settori dell’economia, della società e della cultura, attuati principalmente attraverso la “amministrazione del benessere” (“*Leistungsverwaltung*”)²⁴ e dando vita al nuovo modello di diritti economici, sociali e culturali fondamentali (la “seconda generazione” di diritti fondamentali).

- lo Stato post-sociale in cui viviamo oggi (dagli anni ‘70 in poi), quale risposta costituzionale alla crisi dello Stato sociale, favorendo un modello di programmazione e regolamentazione delle politiche pubbliche e sulla cooperazione, insieme ai cittadini e alla società civile, nella gestione delle infrastrutture (*Infrastruktur Verwaltung*)²⁵. Oltre a far nascere nuovi diritti fondamentali, soprattutto nel campo dell’ambiente e delle nuove tecnologie, per proteggersi dalle nuove minacce alla dignità umana, nonché a sancire diritti fondamentali di natura processuale (creando uno *status activus processualis*)²⁶, dando vita a un’altra generazione di diritti fondamentali (la terza, secondo il mio albero genealogico).

Per quanto riguarda lo Stato post-sociale, una volta terminata la (prima) fase della sua attuazione, ha fatto seguito un (secondo) periodo in cui il modello statale ha dovuto affrontare la crisi finanziaria europea e globale, in particolare attraverso l’introduzione della “regola costituzionale europea” del pareggio di bilancio (dal 2008 al 2012). Oggi, dopo la pandemia del COVID-19 (2020), possiamo parlare di un altro (terzo) periodo dello Stato post-sociale, caratterizzato dalla marcata importanza della tutela dell’ambiente (in quanto la questione della lotta al cambiamento climatico è diventata cruciale), nonché dalla diffusa espansione della digitalizzazione nella vita sociale e pubblica²⁷, che richiedono una regolamentazione più rispettosa dei diritti umani.

²¹ M. Finkelstein, *Basic Concepts of Probability and Statistics in the Law*, New York, 2009.

²² J. M. Balkin, *What is a postmodern constitutionalism*, cit., p. 13.

²³ V. Pereira Da Silva, *Festrede von Prof. Dr. Dr h.c. (Hannover) Vasco Pereira da Silva, anlässlich der Verleihung der Ehrendoktorwürde der Juristischen Fakultät der LUH am 2. November 2018*, in H. Fenge, C.F. Germelmann, B. H. Oppermann, V. Pereira Da Silva (coord.), *International Legal Studies IV*, Wittenberg, 2019, p. 232 ss.

²⁴ O. Bachof, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 30/1972, p. 277.

²⁵ H. Faber, *Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft*, in *Auf einem Dritten Weg - Festschrift für Helmut Ridder zum siebzigsten Geburtstag*, Luchterhand, 1989, p. 291; Id., *Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1992.

²⁶ Si veda P. Häberle, *Verfassungsprinzipien “im” Verwaltungsverfahrensgesetz*, in S. Gläser, *Verwaltungsverfahren - Festschrift für 50 Jährigen Bestehen der Richard Boorberg Verlag*, Stoccarda-Monaco-Hanover, 1977, p. 81.

²⁷ M. Castells, P. Himannen, *The Information Society and the Welfare State*, Oxford, 2002.

A queste due principali finalità o obiettivi (rinnovati) dei poteri pubblici, si aggiunge il compito pubblico in materia di tutela della salute che, a seguito della crisi generata dalla pandemia, ha acquisito una dimensione costituzionale essenziale tra i compiti dello Stato (si veda il diritto dell'UE e i Piani nazionali di ripresa e resilienza)²⁸.

Tornando alla questione dell'informazione e delle nuove tecnologie, è necessario prendere in considerazione sia la loro dimensione individuale che quella collettiva o sociale. Infatti, il mondo digitale spazia dall'uso individuale di Internet ai social network e alle aziende tecnologiche, e questa duplice dimensione comporta rischi e minacce crescenti per i diritti fondamentali, la democrazia e la Costituzione. Come sottolinea Francisco Balaguer Callejón: "ci sono molti ambiti in cui le reti sociali stanno generando disfunzioni dal punto di vista costituzionale e democratico. Dai diritti fondamentali ai processi elettorali, passando per la configurazione stessa dell'ordine costituzionale, in un contesto in cui le condizioni di spazio e tempo si sono trasformate a causa della globalizzazione e dello sviluppo tecnologico. Si stanno generando nuovi modelli culturali e nuovi paradigmi il cui impatto sul costituzionalismo è significativo"²⁹.

Siamo di fronte a un problema globale e multiforme, che richiede risposte giuridiche da tutte le fonti e a tutti i livelli: internazionale, nazionale, regionale e locale. Dal punto di vista delle "leggi fondamentali", si tratta di una questione da equiparare in termini di costituzionalismo globale, Costituzione europea e Costituzioni nazionali³⁰, e da considerare nella sua duplice dimensione: oggettiva (relativa ai principi costituzionali, agli obiettivi, ai compiti dei poteri pubblici) e soggettiva (relativa ai diritti fondamentali, alla tutela della dignità umana). Come abbiamo già detto, la novità consiste nell'emergere di questioni costituzionali oltre lo Stato³¹; nel superamento delle distinzioni formali tra diritti umani e diritti fondamentali; nel tentativo di costruire un costituzionalismo globale, o un costituzionalismo europeo, accanto al costituzionalismo dello Stato³².

2.3. I nuovi diritti fondamentali digitali

La storia dei diritti fondamentali dimostra come sia necessario adottare nozioni flessibili e mutevoli, in cui le successive "generazioni", che hanno accompagnato l'evoluzione dei diversi modelli di Stato, cercano di rispondere alle sfide e alle minacce che potrebbero colpire la dignità della persona umana nel corso del tempo, da parte sia del potere che della società nel suo complesso.

Per quanto riguarda la terza generazione di diritti fondamentali, nata con lo "Stato post-sociale", la tutela della dignità umana di fronte all'informazione e alle nuove tecnologie, così come la garanzia di un ambiente equilibrato, non solo costituiscono i valori costituzionali più "alla moda", ma stabiliscono anche obiettivi, principi e compiti in capo allo Stato; essi danno inoltre origine a nuovi diritti fondamentali – il diritto all'accesso e alla protezione dei dati e (più in generale) all'autodeterminazione digitale, il diritto all'ambiente, i diritti alla tutela della dignità umana nei settori della genetica e della biotecnologia, i diritti procedurali. Si tratta quindi di un insieme di diritti di terza generazione che, ferma restando la loro intrinseca dimensione materiale, hanno anche una rilevante dimensione procedurale, in quanto diritti di partecipazione o di condivisione (*Teilhaberechte*) nel nuovo *status activus processualis*.

Il passaggio "generazionale", a cui abbiamo fatto riferimento, ha prodotto cambiamenti quantitativi e qualitativi nella nozione di diritti fondamentali, provocandone sia l'espansione che la

²⁸ V. Pereira Da Silva, *As medidas extraordinárias da União Europeia face à crise económica real e às dificuldades dos Estados-Membros*, Discurso Introdutório conjunto da Conferência ELPIS (<http://www.elpisnetwork.eu/wp-content/uploads/2021/02/Prof-Vasco-Pereira-da-Silva-Joint-Conference-Introductory-Speech-final-version.pdf>).

²⁹ F. Balaguer Callejón, *Redes Sociales, Companias Tecnológicas y Democracia*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 32/2019 (https://www.ugr.es/~redce/REDCE32/articulos/04_F_BALAGUER.htm).

³⁰ V. Pereira Da Silva, *Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras*, Almedina, Coimbra, 2020.

³¹ S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006.

³² V. Pereira Da Siva, *A Cultura a que T. D.*, cit.

trasformazione³³. Da un lato, quindi, si assiste alla “scoperta” di nuovi diritti fondamentali, sia in tutte quelle nuove situazioni in cui la dignità della persona umana si trova ad affrontare minacce gravi e diverse (fino ad allora sconosciute o insignificanti) che richiedono una tutela giuridica a livello costituzionale, sia come conseguenza della “scomposizione” o “ricomposizione” di diritti fondamentali “classici” che ne fanno nascere altri, o anche in virtù della mutazione in tutela soggettiva di norme che, fino ad allora, erano semplicemente destinate a una tutela (o garanzia) oggettiva.

D'altra parte, è cambiata la stessa nozione (originaria) di diritti fondamentali, poiché oggi (dopo tre generazioni – e chissà quante altre ne verranno) non si limitano più alle libertà tradizionali, ma hanno iniziato a includere anche i diritti a prestazione e i diritti di partecipazione (procedurali). Così, se i diritti fondamentali possono ancora essere intesi come “diritti di difesa” contro le aggressioni illegali, questa “difesa” non può più essere vista in un'accezione puramente negativa, derivante dalla mera astensione dall'azione dello Stato, ma implica anche l'esistenza di (un'ampia varietà di) prestazioni fornite dagli enti pubblici e la consacrazione di garanzie di partecipazione e procedurali, così come questa “difesa” è valida non solo nei confronti degli enti pubblici ma anche dei privati³⁴.

Per quanto riguarda i diritti dell'informazione e le nuove tecnologie, nel campo del costituzionalismo globale, esiste una “Carta dei diritti umani e dei principi per Internet”, creata dalla “Internet Rights & Principles Dynamic Coalition” del “Forum per la governance di Internet delle Nazioni Unite”. Si tratta quindi di un testo normativo, emesso da un'entità amministrativa globale, nella cornice delle Nazioni Unite, composta da una molteplicità di soggetti interessati, che vanno dai rappresentanti dei governi e degli enti amministrativi alle imprese e ai gruppi della società civile³⁵.

A mio avviso, questa Carta di Internet, al di là della sua natura e del suo valore formale, ha un contenuto materialmente costituzionale, che permette di parlare di diritti digitali fondamentali senza frontiere, come principi generali impliciti dell'ordine internazionale o globale, pronti per essere applicati nelle relazioni private e pubbliche, nonché attuati e controllati da organi amministrativi e giudici. Oppure, seguendo una linea argomentativa alternativa, si può anche sostenere che questi diritti all'informazione digitale, che nascono dai principi giuridici impliciti dell'ordine globale, corrispondono ai valori etici più profondi della comunità internazionale, e quindi fanno parte della cosiddetta “versione moderna” dello *jus cogens*. Oppure, in modo alternativo e dogmatico, si può anche dire che questi diritti digitali fondamentali sono il risultato (o sono in fase di elaborazione procedurale) di una “prassi consuetudinaria internazionale, di comportamenti ripetuti con una convinzione generale della loro applicabilità, che va oltre i testi giuridici (anche quando deriva da essi)”³⁶.

Quella di cui stiamo parlando non può intendersi come una Costituzione vera e propria che valga per l'intero ordinamento giuridico globale³⁷. Si tratta, tuttavia, della manifestazione di un fenomeno costituzionale senza confini, nella misura in cui gli individui sono considerati soggetti dell'ordine giuridico globale, in cui vi è una diretta applicabilità delle norme sui diritti umani ai rapporti giuridici interni, e in cui abbiamo anche una protezione giuridica soggettiva conferita da tribunali reali, costituiti in conformità con l'ordine internazionale, che difendono i cittadini anche contro le azioni e le omissioni dei loro stessi Stati. Si tratta piuttosto di fenomeni di “costituzionalismo multilivello”, diversi

³³ Ciò è avvenuto sia in quei Paesi in cui il potere costituente ha adottato fin dall'inizio un concetto ampio di diritti fondamentali, come in Portogallo, sia in altri in cui il “catalogo dei diritti” della costituzione materiale è stato progressivamente ampliato dall'azione della giurisprudenza e della dottrina, come in Germania (si veda a questo proposito P. Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*, cit. Per quanto riguarda la Germania, come scrive Häberle, “desde 1949 la dogmática jurídica ha desarrollado e intensificado el alcance de las libertades fundamentales, generalizándolas y permitiendo que cada ciudadano, a través de ellas, las tome, en la medida de lo posible, “en serio” como verdaderas ‘libertades reales’”. Esto ha supuesto, en particular, el “descubrimiento de nuevas libertades públicas, como el derecho a manifestarse libremente en las calles o la elaboración de un listado concreto de prestaciones de la seguridad social, hasta llegar finalmente incluso al ámbito de la seguridad procesal y procesal”, P. Häberle, *Teoría de la Constitución*, cit.

³⁴ V. Pereira Da Silva, *A Cultura a que T. D.*, cit., pp. 32 e 33.

³⁵ https://drive.google.com/file/d/1dyhXILBLKJ0v_0sUHRNEaUzKzp2dFr_/view.

³⁶ V. Pereira Da Silva, *Green Constitution: The Right to the Environment*, in J. Cremades, C. Hermida (coord.), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Berlino, 2022 (https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_160-1).

³⁷ S. Cassese, *Oltre lo Stato*, cit.

a seconda del livello regionale, nazionale, federale, europeo e globale in cui si verificano³⁸. O anche, se si preferisce, questioni di compatibilità di “costituzioni parziali” nel campo ristretto dei diritti umani/fondamentali a tutti i livelli del sistema giuridico³⁹.

A livello europeo, abbiamo la “Carta dei diritti fondamentali”, che sancisce il diritto alla protezione dei dati personali (articolo 8), che comprende anche il diritto di accesso e di rettifica dei dati, nonché la garanzia di controllo da parte di un’ autorità indipendente⁴⁰. La Carta europea dei diritti fondamentali fa parte della “Costituzione europea” (almeno in senso materiale), anche se ciò non significa, in questo caso, che si possa (o si debba) parlare di “Stato europeo”, in quanto tale.

Oltre alla Carta, esistono altri testi formalmente legislativi di livello costituzionale, che stabiliscono diritti fondamentali sull’ informazione e sulle nuove tecnologie, come (tra gli altri):

- Direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, relativa al (riesame) del quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica⁴¹;
- Regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 sull’ accesso aperto a Internet⁴²;
- Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile sul Regolamento generale sulla protezione dei dati⁴³;
- Direttiva 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’ 11 dicembre 2018, sul Codice europeo delle comunicazioni elettroniche⁴⁴;
- Quadro finanziario pluriennale dell’ UE 2021-2027 e “Next Generation EU”, sul Patto europeo di resilienza e ripresa, in cui ambiente, digitale e salute sono identificati come obiettivi chiave dell’ UE⁴⁵.

2.4. La situazione attuale in Portogallo

Per quanto riguarda il Portogallo, l’ articolo 35 della Costituzione sancisce i diritti fondamentali nel campo dell’ informazione e delle nuove tecnologie. In effetti, la versione originale del 1976 si limitava a stabilire i diritti in relazione agli archivi manuali, ma nel frattempo è stata estesa per includere gli archivi digitali in seguito alle revisioni costituzionali del 1982, 1989 e 1997. Così, la Costituzione stabilisce il “diritto di accesso ai dati informatici” dei cittadini, che possono “chiederne la rettifica e l’ aggiornamento, nonché il diritto di conoscere lo scopo a cui sono destinati” (art. 35.1, CRP); “la legge definisce il concetto di dati personali” e il rispettivo regime giuridico, garantendone la protezione, “ossia attraverso un’ autorità indipendente” (ap. 2); è vietato l’ utilizzo di dati personali di qualsiasi tipo (convinzioni filosofiche o politiche, affiliazione a partiti o sindacati, religione, vita privata, origine etnica), salvo “consenso esplicito del titolare” e autorizzazione legale con “garanzie di non discriminazione” o per elaborazioni statistiche (comma 1). 3); “è vietato l’ accesso ai dati personali di terzi, salvo in casi eccezionali previsti dalla legge” (par. 4); è vietata “l’ assegnazione di un numero nazionale unico ai cittadini” (par. 5); la legge definisce il regime applicabile ai flussi transfrontalieri di dati e le forme appropriate di protezione dei dati personali e di altri dati la cui salvaguardia è giustificata da motivi di

³⁸ I. Pernice, *The Treaty of Lisbon: Multilevel constitutionalism in action*, in *Humboldt-Universität zu Berlin*, 2(9)/2009, <http://www.whiberlin.de/documents/whi-paper0209.pdf>; Id., *Global constitutionalism and the internet: Taking people seriously*, in R. Hofmann e S. Kadelbach, *Law beyond the state. Pasts and futures*, Francoforte/New York, 2016, p. 151.

³⁹ P. Häberle, *El Constitucionalismo Universal desde las Constituciones Parciales Nacionales e Internacionales. Siete Tesis*, in *Direito Público*, 54/2013, p. 9; V. Pereira Da Silva, *Green Constitution: The Right to the Environment*, cit.

⁴⁰ Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati personali che la riguardano; 2. Tali dati devono essere trattati in modo lecito per finalità specifiche e sulla base del consenso dell’ interessato o di un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica; 3. Il rispetto di queste regole è soggetto al controllo di un’ autorità indipendente.

⁴¹ https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/dir_2009_136_it.pdf

⁴² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32015R2120>

⁴³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>

⁴⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1972>

⁴⁵ V. Pereira Da Silva, *As medidas extraordinárias da União Europeia face à crise económica real e às dificuldades dos Estados-Membros*, cit.

interesse nazionale (par. 6); questo regime giuridico è esteso alla protezione dei “dati personali contenuti in archivi manuali” (par. 7)⁴⁶.

Nel maggio 2021 (legge n. 27/2021 del 17 maggio) è stato creato un nuovo strumento giuridico, la “Carta dei diritti umani nell’era digitale”, formalmente una legge ordinaria, ma con un contenuto materialmente costituzionale. La legge è stata approvata all’unanimità dal Parlamento e immediatamente promulgata dal Presidente della Repubblica.

La creazione di una Carta dei diritti digitali è stata una buona idea (sebbene esistessero già le norme costituzionali citate), ma si caratterizza per problemi di progettazione e attuazione. Subito dopo il voto, nei media si è aperto un vivace dibattito sui pericoli per la libertà di espressione e l’intervento dello Stato nel digitale, insieme ad alcune critiche sui poteri di supervisione conferiti all’autorità amministrativa indipendente per i media (la cosiddetta “Alta Autorità per i Media”), che secondo molti non sarebbe veramente indipendente.

Il 29 luglio (2021), il Presidente della Repubblica ha deciso di sottoporre l’articolo 6 della Carta al vaglio della Corte Costituzionale, adducendo i seguenti motivi di incostituzionalità⁴⁷.

- Definizione giuridica del concetto di disinformazione. Secondo il Presidente, ci sarebbero problemi di “maggiore solidità e determinabilità” (*densificação e determinabilidade*) dei “concetti con ripercussioni su Diritti, Libertà e Garanzie”; rischi di collisione delle disposizioni di legge con il contenuto della libertà d’informazione e altri principi costituzionali; problemi di proporzionalità delle misure che limitano i diritti fondamentali.

- Poteri sanzionatori dell’autorità amministrativa indipendente. Secondo il Presidente, la legge ha utilizzato concetti vaghi e indeterminati per definire i poteri dell’autorità amministrativa indipendente.

- Strutture di indagine e “marchi di qualità”. La legge non indica quali siano le strutture incaricate di verificare la veridicità dei fatti riportati dai media per attribuire i “marchi di qualità”, né quali siano le loro competenze.

La Corte costituzionale non si è ancora pronunciata sull’incostituzionalità o meno dell’articolo 6 della Carta portoghese dei diritti digitali fondamentali, ma a mio avviso almeno alcuni dei rilievi del Presidente hanno una base costituzionale. In attesa di questa decisione, non è stato preparato alcun regolamento complementare dello strumento legislativo, stante che l’Assemblea parlamentare della Repubblica è stata sciolta e sono state indette elezioni anticipate (30 gennaio 2022), quindi lo strumento è rimasto, in pratica, sospeso.

3. Informazioni e nuove tecnologie nel diritto amministrativo

Una caratteristica dell’odierno Stato post-sociale è la moltiplicazione delle decisioni amministrative derivanti dall’uso delle macchine⁴⁸, la cui teorizzazione giuridica è stata inquadrata nel “discorso dell’automazione” (“Automationsdiskurs”)⁴⁹.

Dalla regolazione del traffico alla liquidazione delle imposte, dall’assegnazione di stipendi e pensioni all’uso di algoritmi che determinano i criteri decisionali, il fenomeno dell’“amministrazione tramite macchine”⁵⁰ cresce esponenzialmente ogni giorno.

Infatti, le nuove possibilità di realizzazione delle moderne tecnologie elettroniche dell’informazione e della comunicazione aprono nuove dimensioni, finora inimmaginabili, per l’attività della pubblica amministrazione”, in particolare per quanto riguarda “l’elaborazione elettronica dei dati e la

⁴⁶ V. Jorge Miranda, R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, v. I, Lisbona, 2017; G. Canotilho, V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 2014, p. 374.

⁴⁷ Si rinvia al sito ufficiale della Presidenza della Repubblica portoghese (<https://www.presidencia.pt/atualidade/toda-a-atualidade/2021/07/artigo-sexto-da-carta-portuguesa-dos-direitos-humanos-na-era-digital/#main-content>).

⁴⁸ V. Pereira Da Silva, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, 1996, p. 481 ss.

⁴⁹ A.-B. Kaiser, *Die Kommunikation der Verwaltung – Diskurse zuden Kommunikationsbeziehungen zwischen staatlicher Verwaltung und Privaten in der Verwaltungsrechtswissenschaft der Bundesrepublik Deutschland*, Berlino, 2009, § 5.

⁵⁰ W. Schmidt, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, Monaco, 1982, p. 254.

comunicazione basata su Internet⁵¹. Ciò ha significato il passaggio da una fase di mero “utilizzo dell’elettronica” (“*Elektronisierung*”), o di mero “trattamento automatizzato dei dati” da parte delle istituzioni pubbliche, a una nuova fase di “digitalizzazione dell’amministrazione” e di “tutti i settori della vita”, generando un vero e proprio “e-government”⁵².

Inizialmente, la prima domanda che si è posta è stata come rendere il linguaggio del diritto amministrativo compatibile con quello delle nuove tecnologie. La prima soluzione per risolvere questo problema di compatibilità è stata offerta dalla “teoria dei due livelli” (“*Zwei-Stufen Lehre*”) tedesca⁵³. Questo concetto si basa sull’idea che debba esistere una netta separazione tra il comportamento umano delle autorità pubbliche e l’azione meccanica o elettronica dei computer. Pertanto, la prima era un’attività legale, subordinata alla legge e soggetta al controllo dei giudici, mentre la seconda era una realtà tecnica, che non poteva essere soggetta a regole e principi legali.

Nel dibattito sollevato da questa “teoria schizofrenica”, le critiche principali sono state le seguenti.

L’emissione di decisioni da parte dei computer è programmata dagli esseri umani, perché le macchine, per quanto sofisticate, non operano da sole. La responsabilità delle decisioni del computer è quindi della persona o delle persone che lavorano con la macchina. Pertanto, non dovrebbe esserci alcuna differenza, dal punto di vista legale, tra l’azione amministrativa eseguita “attraverso la macchina” e quella eseguita “manualmente”.

Il diritto amministrativo si occupa di decisioni emesse da “autorità pubbliche”, cioè da persone che esercitano poteri pubblici. L’atto amministrativo è quindi una decisione istituzionale “fittizia”, attribuibile a un’autorità pubblica e non alla persona che ne è autore. Le decisioni pubbliche non sono decisioni personali, sono prese da persone (e macchine) nell’esercizio di poteri pubblici o, in altre parole, “indossando il cappello” della persona giuridica pubblica (per usare un’espressione cara alla dottrina americana). Dal punto di vista giuridico-pubblico, non fa differenza che le decisioni siano prese da un computer o da una persona, l’importante è sapere se sono legali o meno. In breve, possiamo dire che le norme giuridiche sono applicabili alle decisioni informatiche prese nell’esercizio di funzioni amministrative, derivanti da azioni di persone che esercitano poteri pubblici – o, se si preferisce, che agiscono “sotto il cappello” delle autorità pubbliche. Al contrario, la “teoria dei due livelli” era più interessata alla “volontà” degli agenti amministrativi che alle competenze e ai poteri delle autorità pubbliche⁵⁴.

Ciò non significa, tuttavia, che alcune delle preoccupazioni della “teoria dei due livelli” non fossero corrette, in particolare per quanto riguarda la difesa della necessità di una regolamentazione speciale delle decisioni amministrative prodotte per via elettronica. Certo, ci sono problemi giuridici specifici dell’“amministrazione assistita” che non possono essere ignorati, come quelli relativi alla procedura, alla forma, ai vincoli dell’azione amministrativa, alla tutela dei cittadini, ecc. L’amministrazione “a macchina” non può in alcun modo significare una “fuga dalla legge”, da cui la necessità di una regolamentazione specifica per questa nuova forma di azione, a cui si aggiunge l’eventuale applicabilità di norme di carattere generale, cioè (almeno) dei principi generali dell’attività amministrativa⁵⁵.

Nell’esaminare il problema della compatibilità tra “legge e macchina”, dobbiamo concludere che sono in gioco questioni giuridiche identiche e che quindi richiedono lo stesso trattamento. Così: il risultato dell’azione di un computer è un atto amministrativo; un programma informatico è una regola amministrativa. La conseguenza da trarre da questa conclusione è che l’amministrazione assistita da macchine deve essere soggetta sia a norme amministrative speciali che a norme amministrative generali (per tutto ciò che è applicabile e non in contraddizione con le prime). Questo vale per tutte le aree del diritto amministrativo: sostanziale, procedurale e processuale.

⁵¹ H. Maurer, C. Whaldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 502-503.

⁵² *Ibid.*

⁵³ K. Zeidler, *Über die Technisierung der Verwaltung - Eine Einführung in die juristische Beurteilung der modernen Verwaltung*, Karlsruhe, 1959.

⁵⁴ P. Badura, *Das Verwaltungsverfahren*, in H. Erichsen, W. Martens, *Verwaltungsrecht*, Berlino-New York, 1992.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 468.

Per quanto riguarda la giustizia amministrativa, la novità è che tutte le attività elettroniche possono essere portate in tribunale, quindi esiste uno spazio di contenzioso giudiziario per le questioni digitali⁵⁶. Come per tutte le decisioni amministrative, chiunque dovrebbe essere in grado di rivolgersi a un tribunale per chiedere l'annullamento, la condanna o qualsiasi altra iniziativa contro l'azione o l'omissione digitale dell'amministrazione, compreso il tentativo di contestare un algoritmo illegale⁵⁷.

In Portogallo, la base giuridica per il controllo del comportamento amministrativo digitale è l'articolo 268, paragrafo 4, della Costituzione, che sancisce il diritto fondamentale di accesso ai tribunali amministrativi per la difesa dei diritti degli individui, stabilendo la possibilità di reazione giudiziaria contro qualsiasi atto amministrativo in senso materiale ("qualsiasi atto amministrativo che li danneggi, indipendentemente dalla sua forma", dice il CPR). La norma costituzionale determina "l'irrelevanza della forma dell'azione amministrativa per consentirne il controllo giurisdizionale", il che significa che il comportamento digitale dell'Amministrazione deve avere lo stesso trattamento riservato a tutte le altre forme di azione amministrativa.

La disposizione costituzionale è contenuta nell'articolo 52 del Codice di procedura amministrativa ("Irrilevanza della forma dell'atto"), che stabilisce che "la possibilità di impugnare gli atti amministrativi non dipende dalla loro forma" (comma 1). Ciò si applica a qualsiasi azione amministrativa (articolo 37 e seguenti del CPA), sia essa sotto forma di impugnazione di atti amministrativi (articolo 51 e seguenti del CPA), di ordine di esecuzione di un atto dovuto (articolo 66 e seguenti del CPA), di impugnazione di norme e di ordine di emanazione di norme (articolo 72 e seguenti del CPA), o quelle relative all'esecuzione di un atto dovuto (art. 66 e segg. CPA), o quelle relative alla validità e all'esecuzione dei contratti (art. 77-A e segg. CPA), nonché nei casi urgenti (ad es. ingiunzioni per la protezione di diritti, libertà e garanzie, art. 109 e segg. CPA) e nei provvedimenti provvisori (art. 112 e segg. CPA). Tuttavia, va riconosciuta l'assenza di una norma procedurale specifica che regoli, o anche solo menzioni, le azioni digitali, che a mio avviso dovrebbe essere corretta.

Per quanto riguarda la procedura amministrativa, in Portogallo è necessario regolamentare in modo specifico l'azione amministrativa, fatta salva l'esistenza di alcune norme generali immediatamente applicabili. Se analizziamo il Codice di procedura amministrativa (D. L. 442/91, del 15 novembre), nella sua versione originale la situazione era la seguente.

Da un lato, l'articolo 2.3 stabiliva (come stabilisce tuttora) che "i principi generali dell'attività amministrativa e le disposizioni del presente Codice che concretizzano i precetti costituzionali si applicano a ogni atto della pubblica amministrazione, anche se meramente tecnico", il che ovviamente include gli atti digitali. D'altra parte, tutte le norme del Codice erano state concepite per procedure non automatizzate e che non riguardavano specificamente l'e-government, il che non aveva senso.

Questa soluzione legislativa è stata oggetto di dibattito e parte della dottrina ha sostenuto che le norme generali non sono sufficienti (anche se molte di esse sono applicabili), ritenendosi una normativa speciale adattata alle realtà specifiche della sfera digitale⁵⁸. Questo per i seguenti motivi.

L'automazione dell'amministrazione può essere in conflitto con i diritti fondamentali. Secondo il sito, art. 18.2 del CPR, la possibilità di qualsiasi restrizione dei diritti fondamentali può essere effettuata solo per legge;

La legge dovrebbe determinare l'ambito e i limiti dell'automazione nella pubblica amministrazione, al fine di salvaguardare, tra l'altro, che la fornitura di considerazioni legali, che non derivano da

⁵⁶ J. Iliopoulos-Strangas, E. Levits, M. Potacs, J. Ziller (coord.), *Die Herausforderungen der digitalen Kommunikation für den Staat und seine demokratische Staatsform*, Berlino, 2021.

⁵⁷ I. Kucina, *Algorithms in Courts and Predictive Justice*, in J. Iliopoulos-Strangas, E. Levits, M. Potacs, J. Ziller (coord.), *Die Herausforderungen der digitalen Kommunikation für den Staat und seine demokratische Staatsform*, cit., p. 27.

⁵⁸ M.R. De Sousa, A. Salgado De Matos, *Direito Administrativo Geral*, vol. III, Lisbona, 2007, p. 67 ss.; V. Pereira Da Silva, *Em Busca do Ato A. P.*, cit., pp. 481-488; Id., *El Invierno de Nuestro Descontento*, in F. Balaguer Callejón, E. Arana Garcia (coord.), *Libro Homenaje al Profesor Rafael Barranco Vela*, vol. I, Navarra, 2014, p. 189 ss.; Id., *O Inverno do Nosso Descontentamento* - *A Propósito de um Projeto Legislativo de Revisão do Código do Procedimento Administrativo em Portugal*, in *Direito Público*, 54/2013, p. 122 ss.; Id., *Primeiro Comentário acerca do Projeto de Revisão do Código de Procedimento Administrativo (a recordar um texto de Steinbeck)*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 101/2013, p. 83 e ss.

presupposti automatici, sia preferibilmente effettuata da esseri umani.

La legge speciale è necessaria per le procedure speciali, come in generale per tutte le questioni di forma e procedura richieste per l'azione amministrativa.

Nel frattempo, nel 2015, è stata introdotta una riforma del Codice di procedura amministrativa, che ora sancisce alcuni principi generali in materia digitale (sostanzialmente l'articolo 14 del Codice di procedura amministrativa). Secondo questo articolo ("Principi di e-Government"): "(1) Gli organi e i servizi della Pubblica Amministrazione devono utilizzare i mezzi elettronici nell'esercizio della loro attività, promuovere l'efficienza amministrativa, la trasparenza e la vicinanza alle parti interessate; (2) I mezzi elettronici utilizzati devono garantire la disponibilità, l'accesso, l'integrità, l'autenticità, la riservatezza, la conservazione e la sicurezza delle informazioni; (3) L'uso dei mezzi elettronici, nei limiti stabiliti dalla Costituzione e dalla legge, è soggetto alle garanzie previste dal presente Codice e ai principi generali dell'attività amministrativa"; 4) I servizi amministrativi mettono a disposizione i mezzi elettronici necessari per relazionarsi con la pubblica amministrazione e li divulgano in modo appropriato affinché le parti interessate possano utilizzarli nell'esercizio dei loro diritti e interessi giuridicamente protetti, vale a dire per formulare le loro richieste, ottenere e fornire informazioni, fare indagini, presentare denunce, effettuare pagamenti e impugnare atti amministrativi; 5) Gli interessati hanno diritto alla parità di accesso ai servizi dell'Amministrazione e, in nessun caso, l'uso di strumenti elettronici può comportare restrizioni o discriminazioni non previste per coloro che si relazionano con l'Amministrazione con strumenti non elettronici; 6) Le disposizioni del numero precedente si intendono senza pregiudizio per l'adozione di misure di differenziazione positiva per l'uso, da parte degli interessati, di strumenti elettronici nei loro rapporti con la Pubblica Amministrazione".

È stato un passo importante nella giusta direzione, ma non ancora sufficiente. Ecco alcuni dei problemi di questo regolamento.

Alcune di queste norme non sono né adeguate né efficaci: ad esempio, l'articolo 14, comma 1, che stabilisce che "gli organi e i servizi della pubblica amministrazione utilizzano gli strumenti elettronici nell'esercizio della loro attività", in quanto ritenuto privo di contenuto normativo.

Le norme del Codice di procedura amministrativa non disciplinano alcun tipo di procedura digitale. Sono sempre più necessarie regole specifiche e procedure digitali dettagliate.

Le norme in questione non stabiliscono l'ambito o i limiti di applicabilità dei media digitali, in particolare per la protezione dei diritti fondamentali (come già osservato).

Concludo con un auspicio: che ci sia una maggiore e migliore regolamentazione giuridica del mondo digitale, sia nel diritto costituzionale che in quello amministrativo, a tutti i livelli possibili, internazionale o globale, europeo, nazionale, regionale e locale.

Abstract

Il contributo offre una riflessione sulla tutela dei diritti fondamentali dinanzi alle dinamiche introdotte dal processo di digitalizzazione. In particolare, offre spunti di riflessioni in materia di configurazione di una costituzione digitale, adottando una prospettiva sia europea che nazionale.

Parole chiave: digitalizzazione, costituzione digitale, diritti fondamentali

*

This work offers a reflection on the protection of fundamental rights in the face of the dynamics introduced by the digitization process. In particular, it offers food for thought on the subject of configuring a digital constitution, adopting both a European and a national perspective.

Key words: digitization, digital constitution, fundamental rights