

L'ICANN E LA *GOVERNANCE* DI *INTERNET*

BRUNO CAROTTI*

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Le origini - 3. L'ICANN: funzioni e organizzazione - 4. L'influenza dei pubblici poteri - 5. Legittimazione e *accountability* - 6. Strumenti di controllo - 6.1 Rapporti gerarchici - 6.2 Meccanismi di supervisione - 6.3 Controllo giurisdizionale - 6.4 Meccanismi «elettorali» - 6.5 Processi decisionali - 7. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Nel 1998, un ingegnere statunitense, che rispondeva al nome di Jon Postel, inviò un *e-mail* a una serie di operatori, chiedendo che determinati dati tecnici relativi a *Internet* fossero trasferiti sul suo *server*. Questo semplice messaggio mise in allerta il governo degli Stati Uniti, il quale minacciò di ricorrere all'uso della forza. Cosa temeva l'esecutivo? Postel stava cercando di aggirare il controllo statale sul funzionamento dei nomi a dominio, uno strumento tecnico che consente il collegamento immediato tra i vari punti della rete, al fine di visualizzare le informazioni richieste. Era considerato il «padre» di *Internet* e godeva di un grande prestigio. Per questo, la sua richiesta fu prontamente esaudita e, per alcuni, giorni riuscì nel suo intento: assunse il controllo della rete¹, dimostrando che i suoi fondatori (gli scienziati che l'avevano ideata) avevano una voce rilevante in capitolo. L'intervento del governo, però, ebbe un effetto risolutivo: Postel desistette e il dominio delle autorità statunitensi sul nuovo mezzo di comunicazione fu consacrato².

Questo episodio, le cui conseguenze si protraggono sino ad oggi, svela un aspetto essenziale della *governance* di *Internet*: la presenza di un conflitto (ancora attuale, sotto

* Versione aggiornata e ampliata del contributo presentato al secondo «*Global Administrative Law Seminar*» (Viterbo, 9-10 giugno 2006). Sono grato ai professori Sabino Cassese, Stefano Battini, Giacinto della Cananea, Bernardo Giorgio Mattarella e Giulio Vesperini per i loro commenti ad una prima versione di questo scritto. Ringrazio anche Lorenzo Casini, Martina Conticelli e Marco Macchia, per le loro osservazioni e il loro aiuto, nonché Dario Bevilacqua, per le stimolanti discussioni sull'argomento.

¹ Tecnicamente, si trattò di una duplicazione della rete: quella esistente, infatti, non smise di funzionare, ma fu affiancata da un secondo sistema, quello di Postel. Attraverso questo «test», si voleva dimostrare la «forza» delle regole tecniche adottate dagli inventori di *Internet*: la rete, infatti, era stata concepita al fine di funzionare in modo decentrato, cosa che vanificava, almeno secondo le prime ricostruzioni, qualsiasi forma di controllo statale, geografico o territoriale. Gli altri operatori erano consapevoli dei rischi che correavano (stavano violando determinati ordini federali), ma adempirono alla richiesta, per il grande rispetto verso le doti umane e scientifiche dell'ingegnere.

² Fu Ira Magaziner, consigliere del Presidente Clinton, a sostenere il mantenimento del controllo statunitense sul mezzo, per esigenze legate allo sviluppo commerciale. Per una brillante ricostruzione della vicenda e per le sue implicazioni di ordine giuridico, si veda J. GOLDSMITH e T. WU, *Who controls the Internet*, Oxford, Oxford University Press, 2006, (tr. it. *I padroni di Internet. L'illusione di un mondo senza confini*, Milano, 2006), p. 46 ss.

molteplici profili) tra soggetti privati e pubblici, tra singoli e governi nazionali, avente ad oggetto il controllo del mezzo. Ma cosa significa «controllo di *Internet*»? È effettivamente realizzabile o la sua natura decentrata, unitamente all'estensione globale, impedisce una gestione unitaria?

La diffusione della rete, ormai divenuta uno dei principali e più importanti mezzi di comunicazione, ha comportato l'emersione di rilevanti problematiche giuridiche, che spaziano dal diritto d'autore alla tutela delle libertà fondamentali, dalla protezione della *privacy* al controllo sul contenuto delle informazioni. Il sistema dei nomi a dominio è centrale in tale contesto e la sua gestione può considerarsi, in effetti, un modo per controllare il funzionamento di *Internet*. Si tratta dell'aspetto che maggiormente inerisce a profili istituzionali: in altri termini, mette in luce, oltre agli aspetti commerciali, finora predominanti nello studio della materia, le problematiche relative ai rapporti tra singoli, poteri privati e poteri pubblici.

Questo scritto esamina il ruolo dell'ente che si occupa della loro gestione, la «*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*» (ICANN), un'organizzazione dai caratteri originali, che si trova ancora in una fase di assestamento. La sua creazione ha concluso un processo di istituzionalizzazione particolarmente spinoso, originato dall'incessante espansione del mezzo e dal moltiplicarsi degli interessi sottesi. Tale processo presenta caratteristiche innovative e solleva interrogativi di rilievo. La *governance* instaurata con l'ICANN, infatti, è un tema di portata giuridica e politica globale. Quest'affermazione potrebbe apparire priva di fondamento, in quanto l'argomento sembrerebbe limitarsi a questioni di ordine tecnico. In realtà, il dibattito sollevato attorno all'ente è divenuto un «*hot political issue*»³. Vengono in luce questioni aperte legate alla crescente influenza dei poteri pubblici, al problema della legittimazione (l'ente svolge una funzione di portata mondiale, ma è stato creato in un ambito nazionale ed è sottoposto ad una supervisione unilaterale), alla opportunità di un livello di governo internazionale e alla predisposizione di meccanismi di partecipazione e controllo.

Nello specifico, si registrano, come accennato, numerose dispute tra i soggetti coinvolti. La attività dell'ICANN produce effetti su utenti e operatori di ogni parte del mondo. Anche gli stati sono presenti in misura sempre maggiore. Ogni gruppo di attori

³ J.P. KESAN e A.A. GALLO, *Pondering Politics of Private Procedures: The Case of ICANN*, University of Illinois College of Law, *Law and Economics Working Papers*, n. 74, 2007, (<http://law.bepress.com/uiucwps/papers/art74>), p. 4 dell'introduzione e p. 86.

reclama più ampie possibilità di interazione, attraverso la partecipazione ai processi decisionali dell'ente.

La tesi sostenuta in questo scritto è che, nel tentativo di risolvere tali problematiche, possono essere applicati all'ente i «principi emergenti» del diritto amministrativo globale: giovane, al riguardo, le seguenti considerazioni. L'ente rappresenta una nuova forma di amministrazione globale, in quanto svolge una funzione di rilevanza pubblica, di portata sovranazionale; vi partecipano soggetti pubblici e privati e la cooperazione al suo interno, tra soggetti di diversa natura, si svolge principalmente attraverso strutture amministrative che operano «oltre lo Stato»⁴.

Per arrivare a una simile conclusione, è necessario svolgere alcuni passaggi preliminari. L'analisi, quindi, muove dalle origini di *Internet*, illustrando la sua origine informale e il successivo processo di istituzionalizzazione; quindi, descrive le funzioni e l'organizzazione dell'ente, per poi soffermarsi sul crescente intervento degli Stati nazionali. Inizialmente, il settore doveva essere lasciato alla *self regulation* dei privati: la presenza degli stati, sempre più interessati alla regolazione della rete, mette in luce come la forma di governo settoriale abbia acquisito una natura mista, pubblico-privata. Allo stesso tempo, solleva delicati problemi di legittimazione: molti governi nazionali, infatti, reclamano una forma di controllo multilaterale e sono arrivati a sollecitare l'intervento delle Nazioni Unite. È, questo, un esempio della tendenza alla stabilizzazione e alla politicizzazione dei sistemi di diritto tipici del *pluralismo giuridico* globale⁵. Diversi stati reclamano una modifica dell'ente dall'alto (attraverso il ricorso al diritto internazionale), opponendosi alla riforma che origina dal basso (interna allo stesso ente). Tali tentativi, però, non hanno sortito i risultati sperati: l'adozione di un trattato multilaterale si fa ancora attendere.

Ciò induce a considerare l'immediata utilità del ricorso a meccanismi di controllo, che verranno descritti nell'ultima parte del lavoro. La loro analisi testimonia come gli strumenti concettuali forniti dal diritto amministrativo globale possano essere proficuamente utilizzati nel caso di specie, nel quale vi è una struttura organizzativa di nuova concezione, che presenta soluzioni finora non sperimentate, in seno alla quale il rapporto autorità-libertà è ridefinito, instaurandosi tra un ente di particolare natura e soggetti operanti su scala mondiale, pubblici e privati. Il discorso porta anche a riflettere

⁴ Si veda S. BATTINI, *Amministrazioni Internazionali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, p. 282 ss., spec. p. 283.

⁵ G. TEUBNER, «*Global Bukowina*»: *Legal Pluralism in the World Society*, in *Global Law without a State*, a cura di G. Teubner, Aldershot, Dartmouth, p. 3 ss., spec. p. 22.

sull'utilizzabilità o meno di canoni giuridici tradizionali per questa nuova forma di regolazione. Si assiste, in particolare, alla rimodulazione di principi e concetti, una volta che questi siano applicati nello spazio giuridico globale, che si trova ancora in uno stato di assestamento e di evoluzione.

2. Le origini

La formazione dell'ICANN presenta aspetti davvero singolari⁶: per comprenderla è necessario risalire alle origini della «rete delle reti»⁷. Il progetto ebbe origine negli anni Sessanta, in ambito nazionale⁸. Elemento chiave dello sviluppo del settore fu l'adozione di un metodo di cooperazione informale, attraverso la coordinazione dal basso. Il progresso tecnico fu garantito dall'adozione, da parte dei ricercatori impegnati nella costruzione di *Internet*, di un sistema di dialogo – ancora in uso – basato sulla circolazione di documenti denominati *Request for Comments* (RFC). Essi furono fatti circolare tra la «comunità telematica» per l'adozione di alcuni accorgimenti tecnici. Se accettata, la nuova proposta diveniva uno *standard* che, poi, era rispettato⁹.

Inizialmente, non vi fu un'autorità centrale, preposta al controllo del settore: all'amministrazione statunitense (si trattava della *Advance Research Project Agency*, ARPA) era riservato un mero ruolo di finanziamento¹⁰. I soggetti che si occuparono della

⁶ M. MUELLER, *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, Sabon, Mit, 2002, p. 1 ss.

⁷ L'interesse crescente della dottrina verso la regolazione di *Internet* è dovuta allo stretto legame tra diritto e tecnica; l'espansione della rete solleva problematiche che interessano l'ordinamento giuridico nazionale e internazionale. Si veda J. DELLAPENNA, *Law in a Shrinking World: The Interaction of Science and Technology with International Law*, in *Kentucky Law Journal*, LXXXVIII, 1999-2000, p. 809 ss.; J.H.H. PERRITT, JR., *The Internet is Changing the Public International Legal System*, *ivi*, p. 885 ss.; Nella letteratura italiana, C. ROSSELLO, *La governance di Internet tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, in *Dir. commercio intern.*, XX, 2006, p. 45 ss., con riferimento alle fonti normative idonee a regolare il commercio elettronico; P. COSTANZO, *I profili costituzionali di Internet*, in *I problemi giuridici di Internet*, a cura di G. Tosi, Milano, Giuffrè, 2003, p. 53 ss. Sulla relazione tra diritto e tecnica, D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985; ID., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982; V. OTTAVIANO, *Scritti in tema di diritto pubblico dell'economia*, (Scritti giuridici, 3 voll.) Milano, Giuffrè, 1992. Con specifico riferimento alle norme tecniche, A. RAVÀ, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, Dessi, 1911, ora in *Diritto e Stato nella morale e idealistica*, Padova, Cedam, 1950; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, I, 1983, p. 371 ss.; G. M. AZZONI, *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*, Milano, Angeli, 1991; A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Dir. econ.*, 1996, V, p. 282 ss.; F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2001. Sul rapporto tra spazio e diritto, N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, II ed., 2006.

⁸ La rete, infatti, si è sviluppata sotto l'egida del governo statunitense, il quale si è avvalso degli studi effettuati dalle università.

⁹ Per la storia degli RFC, si veda l'RFC 1000, disponibile sul sito <http://www.faqs.org/rfcs/rfc1000.html> (tutti i siti *Internet* sono stati visitati il 24 maggio 2007).

¹⁰ Si veda M. FROMKIN, *Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route around the APA and the Constitution*, in *Duke Law Journal*, XX, 2000, p. 17 ss., spec. p. 57 ss.; J. ZITTRAIN, *Between the Public and Private Comments before Congress*, in *Berkeley Technology Law Journal*, XIV, 1999, p. 1077 ss.

iniziale gestione della rete si erano sviluppati negli anni Settanta, in maniera informale: per esempio, l'*Information Science Institute* (ISI), un centro di ricerca affiliato alla *University of South California*¹¹.

Negli anni Ottanta, a causa della progressiva crescita della rete, si assistette ad una prima, timida forma di istituzionalizzazione e centralizzazione. In quest'ottica deve essere letta la sostituzione dell'ARPA con la *Defence Advance Research Project Agency* (DARPA), la quale godeva di una posizione più forte. Lo stesso accadde con l'istituzione dell'*Internet Activities Board* (IAB) e dell'*Internet Engineering Task Force* (IETF), con funzioni tecniche e di standardizzazione¹². Questi hanno continuato ad operare secondo la regola del consenso¹³, tanto che l'IETF è stato sempre considerato l'emblema di una «comunità telematica» paritaria¹⁴. Nel 1988 vi fu anche il primo riferimento alla *Internet Assigned Names Authority* (IANA)¹⁵, il vero predecessore dell'ICANN. Guidata da Jon Postel e priva di personalità giuridica, la IANA iniziò ad operare sulla base di un contratto con le università (ISI) e con l'amministrazione (DARPA). Il suo ruolo è stato determinante nella creazione del sistema dei nomi a dominio.

Nel corso degli anni Novanta lo sviluppo di *Internet*, ormai inarrestabile, cominciò a metterne in luce le enormi potenzialità commerciali e comunicative. Nel 1992 fu creata la *Internet Society* (ISOC), un'organizzazione privata senza scopo di lucro concepita al fine imporre un controllo quasi-gerarchico sui gruppi esistenti¹⁶. La sua istituzione determinò l'insorgere di contrasti con gli altri enti, in special modo con l'IETF. Si manifestarono, dunque, le prime controversie in merito al controllo del settore (la costituzione dell'ICANN servì proprio a risolvere simili questioni¹⁷).

La diffusione della rete su scala mondiale attirò l'attenzione di diversi soggetti, in ambito nazionale e internazionale, che iniziarono ad interrogarsi sui possibili modi di gestione e di controllo di questa innovativa risorsa. Si trattava dei fondatori di *Internet* (gli ingegneri che l'avevano ideata) che, attraverso la ISOC, ne rivendicavano la

¹¹ I ricercatori coinvolti nello sviluppo del mezzo erano riuniti, in via informale, nel *Network Working Group* (NWG). Si veda M. FROMKIN, *Habermas@Discourse.Net: Toward A Critical Theory Of Cyberspace*, in *Harvard LR*, CXVI, 2003, p. 749 ss., spec. p. 785 ss.

¹² M. MUELLER, *Ruling the Root*, cit., p. 78 ss., dove è compiutamente riportata la storia di questi gruppi. Si veda anche M. FROMKIN, *Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route around the APA and the Constitution*, cit., p. 51 ss.

¹³ I membri dell'IETF erano considerati dal punto di vista individuale, e non come rappresentanti di qualche organizzazione (come accade, invece, con altre organismi di standardizzazione); sugli *standard* creati non sono stati imposti diritti di proprietà intellettuale.

¹⁴ M. MUELLER, *Ruling the Root*, cit., p. 91.

¹⁵ Il primo riferimento alla IANA è contenuto nell'RFC 1083 (1988).

¹⁶ Ad esempio sull'*Internet Activities Board*, il cui nome fu significativamente cambiato in *Internet Architecture Board*.

¹⁷ M. FROMKIN, *Habermas@Discourse.Net: Toward a Critical Theory of Cyberspace*, cit., p. 788.

coordinazione; delle organizzazioni dei titolari di diritti di proprietà intellettuale, che vedevano minacciate le loro prerogative da un uso illecito del nuovo mezzo; del governo statunitense che, respingendo ogni diversa pretesa, affermava il suo esclusivo controllo. Tra le diverse proposte¹⁸, la più rilevante fu avanzata, negli anni 1996-97, da un comitato internazionale, l'*International Ad Hoc Committee* (IAHC), istituito su istanza del primo dei gruppi indicati e composto da esperti di diverse organizzazioni, tra cui, principalmente, la *International Telecommunications Union* (ITU), un'agenzia delle Nazioni Unite (a partire da questo momento, si sono verificati numerosi attriti tra questa e l'esecutivo statunitense)¹⁹. La soluzione indicata mirava alla creazione di una struttura a carattere internazionale, con sede in Svizzera (quindi, si noti, al di fuori del territorio degli Stati Uniti), denominata *International Council of Registrars* (CORE), la quale avrebbe gestito la rete in maniera indipendente rispetto a qualsiasi stato nazionale. Come è stato scritto, se fosse stata attuata, essa avrebbe condotto i futuri gestori della rete «*into a highly politicized arena, moving away from their past focus on technical standards settings and embracing a new role as policymakers and regulators*»²⁰.

A prevalere, però, fu il governo statunitense. Questo fece leva sul fatto che *Internet* era stata sviluppata grazie ai propri finanziamenti e, dato ancor più importante, che l'infrastruttura primaria, essenziale al suo funzionamento (il *root server* autoritativo, su cui si tornerà più avanti), era ubicata nel proprio territorio: quindi, poteva esercitare il proprio potere di coercizione, ed effettivamente lo fece (sconfessando così quanti sostenevano che la rete rappresentava un limite alla sovranità statale)²¹. Allo stesso tempo, per evitare le critiche legate al suo intervento, cercò di eliminare l'influenza dei pubblici poteri e di consentire un'ampia partecipazione. A tal fine, da un lato, privatizzò il settore, affidandone la gestione ad esperti tecnici e lasciando la rete al suo autonomo sviluppo. Dall'altro, sollecitò l'internazionalizzazione dell'ente, per consentire un adeguato coinvolgimento di tutti i soggetti interessati. Queste, almeno, le intenzioni dichiarate. Nel 1997 fu presentato il cd. *Green Paper* (nel quale la proposta dello IAHC non era nemmeno menzionata), che incontrò, però, forti resistenze (ad esempio, l'Unione europea richiedeva una maggiore possibilità di intervento per la protezione dei propri

¹⁸ Un'analisi completa delle varie istanze è fornita da M. MUELLER, *Ruling the Root*, cit., p. 134 ss.

¹⁹ W. KLEINWÄCHTER, *Beyond ICANN vs. ITU? How WSIS tries to enter the new territory of Internet Governance*, su <http://www.unicttaskforce.org/perl/documents.pl?id=1294>, p. 5. Vi erano, poi, l'IETF, la IANA, la *World Intellectual Property Organization* (WIPO) e la *International Trademark Association* (INTA). Si veda il sito <http://www.iahc.org>.

²⁰ M. MUELLER, *Ruling the Root*, cit., p. 147.

²¹ Si veda l'episodio citato all'inizio dello scritto e le relative note.

interessi)²². L'anno seguente, quindi, fu pubblicato il cd. *White paper*, nel quale si indicava una «NewCo» cui affidare la cura del settore. Nel giro di pochi mesi l'ICANN fu costituita, sotto la veste di una *not-for profit corporation*, assoggettata al diritto californiano e con sede a Marina del Rey. L'ICANN iniziò a svolgere le sue funzioni a seguito della stipula di un *Memorandum of Understanding* con il *Department of Commerce* statunitense. Essa ha assunto un ruolo centrale nella gestione dei nomi a dominio e ha ereditato numerose questioni, di ordine politico e giuridico, non ancora risolte.

3. L'ICANN: funzioni e organizzazione

La regolazione di *Internet* è frammentata; è ripartita, infatti, tra una pluralità di soggetti, ognuno competente in riferimento a specifici aspetti²³. Ad esempio, *Internet* si basa sulla presenza di infrastrutture, che sono regolate dagli operatori di telefonia. Diverse organizzazioni internazionali, poi, si occupano della elaborazione di *standard*, come l'*International Organization for Standardization* (ISO), o della tutela di alcuni diritti, come il Consiglio d'Europa²⁴. In questo caso, il discorso è limitato ai nomi a dominio e, dunque, all'ICANN e ai soggetti che gravitano nella sua orbita. È necessario, innanzitutto, illustrare la natura della rete, in modo da comprendere appieno le funzioni del nuovo ente.

Internet può essere definita come un metodo di trasmissione di dati²⁵. Il suo nome («*Inter*» – «*net*») è già indicativo. Le prime connessioni, realizzate negli anni Sessanta, riguardavano un numero limitato di apparecchi: ciascun gruppo di macchine connesse costituiva una rete separata e autonoma. Ognuna, inoltre, aveva caratteristiche tecniche proprie e, in assenza di una piattaforma comune, la comunicazione dei dati non era realizzabile. Il passo successivo, quindi, è stato quello di collegare non solo singoli

²² H. BURKERT, *About a Different Kind of Water: An Attempt at Describing and Understanding Some Elements of the European Union Approach to ICANN*, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, XXXVI, 2003, p. 1111.

²³ Se ne veda la puntuale analisi in J. MATHIASON (team leader), M. MUELLER, H. KLEIN, M. HOLITSCHER e L. MCKNIGHT, *Internet Governance: The State of Play* (9 settembre 2004) Internet Governance Project, *paper* IGP04-001, disponibile sul sito <http://www.ip3.gatech.edu/images/IGP-State-of-Play.pdf>.

²⁴ J. MATHIASON et al., *Internet Governance: the State of Play*, cit., p. 27.

²⁵ Realizzato attraverso la loro frammentazione al momento dell'invio e la loro ricomposizione al punto di destinazione (*packet switching*): la trasmissione di dati, in questo modo, non avviene secondo percorsi prestabiliti, ma utilizzando i canali liberi in un particolare momento. In base al principio definito «*end to end*», inoltre, è assicurato un alto grado di neutralità, in quanto i dati inviati non vengono sottoposti a controllo durante il «tragitto», mantenendo inalterati i loro contenuti dal punto di partenza a quello di destinazione. In altre parole, il controllo sui dati inviati ricevuti avviene nel punto iniziale e in quello finale, non durante il loro trasferimento. Si veda J. MATHIASON et al., *Internet Governance: the State of Play*, cit., p. 7.

apparecchi, ma differenti tipi di reti. Questa funzione è stata attuata attraverso l'adozione di un protocollo denominato *Transfer Control Protocol* che, insieme all'*Internet Protocol* (da cui il nome composto, TCP/IP), ha definito la funzione di «*Internetworking*», poi abbreviata in «*Internet*». Il protocollo, si noti, è ancora il pilastro alla base del suo funzionamento²⁶.

La rete è costituita da differenti punti, chiamati «nodi»²⁷. Per essere riconoscibile, ogni nodo deve essere individuato in maniera esatta; tale funzione è realizzata dagli indirizzi IP. Questi consistono in una serie di quattro gruppi di numeri²⁸. Per raggiungere una particolare destinazione (vale a dire per rendere possibile la trasmissione di dati e informazioni), occorre conoscerne l'«indirizzo». Ricordare queste serie numeriche, però, è difficoltoso; è più semplice il ricorso a caratteri alfabetici o a parole di senso compiuto. Il «sistema dei nomi a dominio» (*Domain Name System*, DNS) risponde proprio a questa funzione: opera la trasformazione dei numeri in parole. Ad esempio, l'indirizzo «207.142.131.248» è trasformato in «www.wikipedia.org».

I nomi a dominio sono strutturati in maniera gerarchica: nell'esempio riportato, «.org» è il nome a dominio di primo livello (*top-level domain name*, TLD); «wikipedia» è il nome a dominio di secondo livello (*second level domain name*, SLD). Altri livelli gerarchici possono essere utilizzati: ad esempio, «admin.wikipedia.org»²⁹. Ogni livello, ossia ogni parola compresa tra i punti, costituisce una «zona». Per ogni zona è competente un differente soggetto, in relazione all'assegnazione e alla gestione dei dati. Se un solo soggetto avesse il pieno controllo di tutta la gerarchia di un nome a dominio, vi sarebbe un punto di allocazione centrale della risorsa. Ciò complicherebbe l'accesso a *Internet* e rallenterebbe il suo funzionamento. Questa forma di gestione, al contrario, permette la delega dei differenti livelli del nome a dominio, creando un modello di «*distributed administration*»³⁰.

I *top-level domain* sono divisi in due categorie: *generici*, come «.org», «.com» o «.net» (*gTLD*) e nazionali (*country code*, *ccTLD*), usati per un determinato Paese, come «.it», «.fr», «.es». Tale classificazione è stata introdotta dalla IANA e, con riferimento ai *ccTLD*, si basa su uno *standard* della ISO, che stabilisce la corrispondenza tra il codice a

²⁶ *Present at Creation*, in *The Economist Technology Quarterly*, 10 giugno 2006, p. 31-32.

²⁷ Si tratta dei *computer* degli utenti così come dei *server* che forniscono servizi di connessione e trasmissione dati.

²⁸ I numeri che compongono le serie sono compresi tra 0 e 255.

²⁹ L'esempio è tratto dal sito http://it.wikipedia.org/wiki/Nomi_a_dominio. Il sistema dei nomi a dominio fu ideato nel 1983. Le specifiche originarie sono descritte negli RFC 882 e 883 (1983) e, in seguito, negli RFC 1034 e 1035 (1987). Tutti i documenti sono consultabili al sito <http://www.rfc-editor.org>.

³⁰ M. MUELLER, *Ruling the Root*, cit., p. 41-42.

due lettere e una determinata area geografica³¹. In questo caso, si manifesta una particolare forma di standardizzazione. Un gruppo informale come la IANA non aveva l'autorità per imporre una simile definizione a soggetti pubblici e privati, su scala mondiale. Quindi, ha fatto ricorso ad uno *standard* creato da un'organizzazione internazionale per altre finalità.

È stata la crescente importanza dei nomi a dominio, dal punto di vista commerciale, a comportare la necessità di istituzionalizzazione del settore. Poiché essi costituiscono una risorsa scarsa (possono essere assegnati una sola volta), l'adozione di nuove regole per la loro allocazione è stata indispensabile³².

Si può, a questo punto, comprendere il ruolo della nuova istituzione. Ad essa sono attribuite funzioni essenziali per il funzionamento della rete (*core functions*). Queste includono l'assegnazione e la gestione dei nomi a dominio, degli indirizzi IP e dei protocolli *Internet* e la supervisione dei *root server*. Le prime due sono volte a regolare le richieste di appropriazione degli operatori e a determinare gli *standard* tecnici su cui poggia l'intero sistema³³. La terza è di primaria importanza. La «radice» (*root*) contiene l'elenco dei TLD esistenti. È gestita dai *root server*: si tratta di alcuni centri (tredici in tutto) che amministrano il vertice della struttura gerarchica dei nomi a dominio³⁴. Uno di questi è definito autoritativo, in quanto *prevale* sugli altri: la *root authority*, infatti, consiste nel «potere di emanare ordini in merito all'assegnazione dei numeri di dominio e di far in modo che vengano eseguiti»³⁵. In questo modo, è possibile creare un *database* «ufficiale» dei TLD registrati (*root zone file*): si tratta, in senso lato, del contenuto stesso della rete³⁶. Il *server* autoritativo, in altri termini, è il centro del sistema: tutte le

³¹ Si veda l'RFC 1591 (1994), uno dei più importanti e attualmente ancora in uso. Il documento è disponibile al sito <ftp://ftp.rfc-editor.org/in-notes/rfc1591.txt>. Si veda anche P.K. YU, *The Origins Of Ccld Policymaking*, in *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, XII, 2004, p. 387 ss.

³² La loro scarsità potrebbe essere superata mediante l'utilizzo di una nuova tecnologia, ideata nei primi anni Novanta, che potrebbe considerevolmente aumentare le possibilità di creazione – e conseguente assegnazione – dei nomi a dominio di primo livello. Tuttavia, ancora non è stata utilizzata, sia per alcune difficoltà oggettive, sia per motivi di ordine economico (inciderebbe, infatti, sulle posizioni di mercato degli operatori attuali). La nuova tecnica è denominata IPv6 e si basa su un sistema di indirizzi a 128-bit, invece dei 32-bit dell'attuale sistema, l'IPv4.

³³ Anche questo è un aspetto essenziale, in quanto controllare la standardizzazione equivale a determinare le modalità di diffusione della rete. Prima tale compito era svolto dai tecnici; ora è discusso in seno all'ICANN, nel quale sono rappresentati operatori, organizzazioni di diversa natura che si occupano di *Internet* e poteri pubblici. La definizione di *standard*, quindi, diviene una scelta «politica», in quanto incide sui molteplici interessi coinvolti, non solo tecnici, ma economici e commerciali.

³⁴ La ricerca di un nome a dominio, infatti, muove dal basso: se la richiesta di un utente non può essere soddisfatta dai *server* di livello inferiore, si sposta «verso l'alto», in senso ascendente, fino a raggiungere i menzionati *root server*, i quali sono in grado di rispondere ad ogni informazione. Dieci *root server* si trovano negli Stati Uniti; due in Europa; uno in Giappone. Il *root server* autoritativo è contrassegnato dalla lettera «A». Ulteriori informazioni sul sito <http://www.root-servers.org/>.

³⁵ J. GOLDMITH e T. WU, *I padroni di Internet*, cit., p. 34.

³⁶ Più esattamente, infatti, il contenuto delle informazioni è vagliato mediante strumenti tecnici (*firewall*) e interventi umani. Il tema solleva delicate problematiche giuridiche legate alla protezione della libertà di espressione e di

informazioni sui nomi a dominio, provenienti da ogni parte del mondo, convergono – indirettamente – verso di esso. I diversi tentativi di istituzionalizzazione, analizzati nel precedente paragrafo, riguardavano proprio il suo controllo.

Questo, inizialmente, spettava alla IANA (che aveva ideato il sistema); in seguito, è stato trasferito ad una società statunitense, la *Network Solutions Inc.* (poi incorporata dalla *Verisign Inc.*), per ragioni commerciali (la prima, infatti, assegnava i nomi gratuitamente, mentre la seconda operava a fini di lucro: il suo intervento ha segnato la nascita del fiorente mercato dei nomi a dominio). Ora si assiste ad un rapporto trilaterale: la società continua a gestire il *server*, ma sotto la supervisione dell'ICANN, attraverso uno specifico accordo con il *Department of Commerce*³⁷. Ciò conferisce all'ente una posizione di vertice. Tecnicamente, sarebbe possibile la creazione di una «nuova» *Internet* (e non mancano tentativi in questa direzione), basato su un sistema indipendente. Un particolare fenomeno, però, conosciuto dagli economisti come «*network externality*»³⁸, ostacola una simile transizione. Gli utenti tendono ad aggregarsi al sistema più utilizzato, il quale offre, di fatto, maggiori possibilità di interazione. Di conseguenza, il controllo sulla «radice» equivale al controllo su *Internet* e l'ICANN, attraverso di esso, ha acquisito la posizione di un'autorità centrale.

Dalla lettura del *Memorandum of Understanding* si evince anche che l'ICANN non può operare nel mercato, limitandosi ad un ruolo di supervisione. Nello specifico, essa non può agire in qualità di *registry* o di *registrar*. I *registries* sono i soggetti cui è affidata la gestione (da parte dell'ICANN) di un nome a dominio di *primo* livello; ad essi possono affiancarsi alcuni conservatori del registro (*registrars*), i quali provvedono in ordine alle richieste di registrazione di nuovi nomi a dominio di *secondo* livello. La loro presenza è prevista per favorire la concorrenza: a fianco di un singolo *registry*, infatti, possono coesistere più *registrars*, che operano nel mercato offrendo i loro servizi ai consumatori. Si deve notare un importante cambiamento rispetto al disegno originario³⁹. Inizialmente era previsto uno schema a cascata: all'ICANN spettava la supervisione dei registri (che dovevano essere enti *no-profit*). Questi, a loro volta, avrebbero stretto

comunicazione, relativamente all'uso di una nuova tecnologia. Si veda J. GOLDMITH e T. WU, *I padroni di Internet*, cit., p. 67 ss., con particolare riferimento alle possibilità di controllo da parte delle autorità statali.

³⁷ Tale cambiamento ha segnato la fine del controllo da parte dei tecnocrati. M. FROMKIN, *Wrong Turn in Cyberspace*, cit., p. 42 ss.; M. MUELLER, *Ruling the Root*, cit., p. 47, dove è illustrato anche il funzionamento del sistema di *routing*.

³⁸ M. MUELLER, *Ruling the Root*, cit., p. 52; W.H. PAGE e J.E. LOPATKA, *Network Externalities*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, a cura di B. Bouckaert and G. De Geest, Cheltenham UK – Northampton MA, USA, Elgar Publishing, 2000, vol. I, p. 952 ss.

³⁹ Si tratta della proposta elaborata dal ricordato IAHC.

accordi con i conservatori del registro, in maniera autonoma e separata. Nel sistema in vigore, invece, vi sono registri che operano a scopo di lucro; inoltre, l'ICANN non solo ha concluso contratti con i registri, ma anche direttamente con i conservatori. In questo modo, la sua posizione è stata ulteriormente rafforzata.

Occorre ora chiarire la *natura* di tali competenze. Formalmente, l'ICANN è responsabile del «coordinamento» del settore: le sue funzioni sono definite meramente tecniche. In realtà, si tratta di funzioni di determinazione degli indirizzi (*policymaking*). Molte disposizioni del suo statuto (*ByLaws*) presentano questa definizione⁴⁰. Essa ha la facoltà di «autorizzare» una società ad operare con un determinato nome a dominio, con effetti sui diritti degli operatori: se la gestione di un particolare nome a dominio è negata, infatti, sarà impossibile operare nel settore⁴¹. Due esempi possono chiarire questo aspetto. Il *Board* può decidere l'introduzione di un nuovo TLD. Il numero dei nomi a dominio di primo livello contribuisce all'estensione della rete e garantisce agli utenti maggiori possibilità di registrazione. Fin dalla metà degli anni Novanta sono state avanzate proposte per l'introduzione di circa cinquecento nuovi TLD. Solo pochi, però, sono stati introdotti. Alcuni sostengono che, in questo modo, sono stati favoriti gli operatori esistenti. È importante porre l'accento sul fatto che lo sviluppo tecnologico consente l'introduzione di nuovi TLD. Il fatto che questa sia mancata testimonia la discrezionalità esercitata dal *Board* e la natura di *policymaker* dell'ICANN: «*the introduction of new Top Level Domains, while basically a technical question [...] is like the creation of "new territory in Cyberspace" and has unavoidable economic and political implications*»⁴². L'altro esempio è legato alla natura delle scelte compiute. Diversi anni fa è stata presentata al *Board* una richiesta per l'introduzione nome a dominio «.xxx» (relativo a contenuti «riservati»), sia per ragioni commerciali, sia per identificare con maggiore facilità alcuni siti e, conseguentemente, vietarli ai minori. L'ICANN in un primo momento ha approvato tale introduzione, ma successivamente ha rigettato la richiesta; le ragioni sembrano di natura etica⁴³.

⁴⁰ K.E. FULLER, *ICANN: The Debate Over Governing the Internet*, disponibile sul sito <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2001dltr0002.html>, punto 12.

⁴¹ Ciò è accaduto in un caso specifico: alla società *Afornic.com*, con sede a New York, fu inizialmente negata la possibilità di operare come *registrar*. Solo a seguito di un procedimento giudiziario la società poté iniziare la propria attività. K.E. FULLER, cit., punto 15.

⁴² W. KLEINWÄCHTER, *Beyond ICANN vs. ITU? How WSIS tries to enter the new territory of Internet Governance*, cit., p. 2.

⁴³ M. MUELLER, *Ruling the Root*, cit., p. 203; Internet Governance Project, *Review of Documents Released under the Freedom of Information Act in the .XXX Case* (19 maggio 2006), *paper* IGP06-003, disponibile su <http://internetgovernance.org/pdf/xxx-foia.pdf>. Si veda anche *infra*, nota 60. Un'ulteriore istanza della società

Sono in discussione, in definitiva, funzioni di indirizzo e non di mera supervisione tecnica.

Dal punto di vista organizzativo, l'ICANN è nello stesso tempo una *corporation*⁴⁴, un ente di standardizzazione e un organo di governo⁴⁵. La sua struttura si articola in un consiglio direttivo (*Board of directors*), in alcune organizzazioni di supporto e in diversi comitati consultivi. Il *Board* è l'organo di direzione e governo della *corporation*, al quale sono rimesse le decisioni più importanti. Nell'assolvere tale funzione, il *Board* collabora con le organizzazioni di supporto. Queste sono tre: una per gli indirizzi (*address*), una per i nomi a dominio generici (*gTLD*) ed una per i nomi a dominio nazionali (*ccTLD*). Il loro intervento è necessario per la formazione delle «politiche» di settore. Queste organizzazioni sono composte in modo tale da rappresentare gli operatori, garantendo il coordinamento dal basso, che costituisce uno dei principi che devono guidare l'azione dell'ICANN (punto I-C del *MoU*). Molto spesso, però, gli attori più «deboli» sono stati esclusi e ciò mette in discussione l'effettiva capacità di rappresentanza dell'ente⁴⁶.

I comitati, invece, hanno solo un ruolo consultivo, come indica lo stesso nome. Vi sono un *At-Large advisory committee*, un *Root-Server System Advisory Committee* (RSSAC), un *Security and Stability Advisory Committee* (SSAC) e un *Technical Liaison Group* (TLG). Vi è, poi, un *Governmental Advisory Committee* (GAC), nel quale sono rappresentati i governi⁴⁷, che riveste un'importanza particolare per la comprensione delle dinamiche di settore. Si aggiungono, infine, alcuni organi indipendenti (che verranno analizzati nel prosieguo), interni ed esterni, ai quali è affidato il controllo sull'attività dell'ente.

Quattro caratteristiche consentono sin d'ora di qualificare l'ICANN come un'istituzione globale. La struttura, innanzitutto, è atipica e conferma la presenza di un sistema multi-organizzativo nell'ordinamento sovranazionale⁴⁸. È evidente che non siamo di fronte ad un'organizzazione internazionale creata da stati nazionali, né ad

interessata, presentata a fine 2006, sembrava aver ottenuto un esito positivo; tuttavia, nel marzo 2007, il *Board* ha rigettato la richiesta, per la terza volta (<http://www.icann.org/announcements/announcement-30mar07.htm>).

⁴⁴ J. ZITTRAIN, *Between Public and Private Comments before Congress*, cit., p. 1084.

⁴⁵ Si veda J. PALFREY, *The End of the Experiment: How Icann's Foray into Global Internet Democracy Failed*, in *Harvard Journal of Law and Technology*, XVII, 2004, p. 409 ss., spec. p. 425 ss.

⁴⁶ J. VON BERNSTORFF, *The Structural Limitations of Network Governance: ICANN as a Case Point*, in *Transnational Governance and Constitutionalism*, a cura di C. Joerges, I.-J. Sands e G. Teubner, Oxford e Portland, Hart Publishing, 2004, p. 257 ss., spec. p. 277.

⁴⁷ Che sono 101, inclusa l'Unione europea: si veda il sito <http://gac.Icann.org/web/contact/rebs/index.shtml>. Sono presenti nel GAC anche alcuni osservatori, come l'*International Telecommunication Union*, l'*African Union Commission* e l'*Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico*.

⁴⁸ G. DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in questa *Rivista*, LIII, 2003, p. 1 ss., spec. p. 17.

un'organizzazione di seconda generazione, ma ad un soggetto di natura privata⁴⁹. L'ente, però, svolge la sua attività su scala mondiale e coinvolge un numero amplissimo di utenti⁵⁰. Si evidenziano, in questo modo, due tratti. L'ente è privato, ma ad esso è affidata una funzione pubblica. È nazionale, ma le sue funzioni hanno una rilevanza globale (tanto che già negli *Articles of Incorporation* si parla di «*global public policy*»⁵¹).

Un secondo elemento riguarda il sistema delle regole: periferico, quasi spontaneo, a-centrico e informale, esso costituisce un esempio delle nuove forme di «*law making*» dell'arena globale⁵². Il sistema di regole dell'ICANN si fonda sul diritto privato. Esso è composto da un *Memorandum*, dagli *Articles of Incorporation* e da uno statuto (*ByLaws*), modificato più volte nel corso degli anni (al punto da risultare quasi «oscuro»). L'«autorità» dell'ente si afferma attraverso la conclusione di contratti con i gestori dei nomi a dominio. È l'adesione a tali accordi che conferisce forza giuridica vincolante alle regole dell'ICANN. Vi è, quindi, una base consensuale, secondo un plesso normativo rispondente a canoni privatistici. Alcune letture, però, contestano tale definizione, trovandola meramente formale. Si sostiene, infatti, che la conclusione dei contratti è determinata dal fatto che l'ICANN dispone del controllo sulla «*root*» e ciò le conferisce una posizione di primazia sugli altri soggetti: gli operatori sono obbligati a stipulare tali accordi, se vogliono operare nel settore dei nomi a dominio. Di conseguenza, tali contratti sono stati definiti, con efficace ossimoro, come «non volontari»⁵³.

Terzo, l'ICANN può essere riconosciuta come un nuovo regime regolatorio internazionale, in quanto governa una risorsa vastissima, adotta regole con effetti su scala mondiale, dispone strumenti e utilizza processi decisionali per la regolazione dell'intero settore⁵⁴. Tale regime incide sui diritti dei singoli. Ad esempio, l'ente può imporre tasse sulla registrazione dei nomi a dominio. Queste sono stabilite per i *registries* e i *registrars* i quali, a loro turno, le riversano sugli utenti finali (si tratta

⁴⁹ Si veda G. TEUBNER, *Global Private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?*, in *Public Governance in the Age of Globalization*, a cura di K.-H. Ladeur, Ashgate, 2004, p. 71 ss., spec. p. 82 ss.; si veda anche H. SCHEPPEL, *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

⁵⁰ Le stime di maggio 2007 parlano di 1,1 miliardi di utenti (<http://internetworldstats.com/stats.htm>).

⁵¹ Si deve precisare però che, secondo una diversa lettura, il termine *policy* in questo caso indica le linee guida di processi decisionali privati e non funzioni amministrative. A. PISANTY, *Internet Names in WGIG and WSIS: Perils and Pitfalls*, sul sito http://www.wgig.org/docs/book/Alejandro_Pisanty%20.pdf.

⁵² G. TEUBNER, *Global Private Regimes*, cit., p. 75-81.

⁵³ S. CRAWFORD, *The Icann Experiment*, in *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, XII, 2004, p. 409 ss., spec. p. 442.

⁵⁴ Questo carattere è stato sottolineato da M. MUELLER, *Ruling the Root*, cit., p. 220.

dell'entrata maggiore per l'ICANN; è stabilita su base contrattuale e causa molte dispute tra l'ente e gli operatori). Inoltre, su richiesta della *World Intellectual Property Organization* (WIPO), nel 1999 l'ICANN ha adottato una *Uniform Dispute Resolution Policy* (UDRP)⁵⁵. Questa stabilisce una procedura per la risoluzione delle controversie sulla titolarità di un particolare nome a dominio. L'analisi dell'intera disciplina e dei soggetti interessati meriterebbe un lavoro a parte; in questa sede, è possibile soffermarsi sul fatto che questo sistema incide sulle situazioni giuridiche dei singoli, attraverso la definizione di un regime unico, globale, che può privarli dell'uso di un particolare nome a dominio. I *registries* e i *registrars* dei *gTLD* devono aderire alla UDRP obbligatoriamente; nei restanti casi (*ccTLD*) è necessario il consenso del registro. L'obbligatorietà della procedura è conseguita attraverso l'inserimento delle relative clausole nei contratti tra operatori e utenti finali: dal punto di vista dell'ordinamento interno, si tratta di condizioni generali del contratto (art. 1341 e 1342 c.c.). È sempre possibile ricorrere ai tribunali nazionali (che applicheranno il diritto interno); in un caso, però, un giudice statunitense ha dichiarato la propria incompetenza, in considerazione del fatto che la medesima lite era stata già giudicata, secondo la disciplina uniforme dell'ICANN. Se affermata in via generale, una simile statuizione comporterebbe una significativa modifica delle modalità di esercizio del diritto di difesa (nel secondo grado di giudizio, comunque, la prima sentenza è stata riformata⁵⁶). In altri casi, i giudici nazionali hanno discusso (negandoli) i possibili effetti vincolanti delle decisioni adottate in base alla UDRP⁵⁷.

⁵⁵ La *Uniform Dispute Resolution Policy* (UDRP) prevede anche alcune regole complementari (*Rules*). Si possono citare i contributi principali: L.R. HELFER, *Whither the UDRP: Autonomous, Americanized, or Cosmopolitan?*, in *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, XII, 2004, p. 493 ss.; L.R. HELFER e G.B. DINWOODIE, *Designing Non-National Systems: The Case of Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*, in *William and Mary Law Review*, XLIII, 2001, p. 141 ss.; M. FROMKIN, *ICANN's «Uniform Dispute Resolution Policy» - Causes and (Partial) Cures*, in *Brooklyn Law Review*, LXVII, 2002, p. 605 ss.; M. GEIST, *Fair.Com?: An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP*, in *Brooklyn Journal of International Law*, LXVII, 2002, p. 903 ss.; ID., *Fundamentally Fair.com? An Update on Bias Allegations and the ICANN UDRP*, su <http://aix1.uottawa.ca/~geist/fairupdate.pdf>; M. MUELLER, *Rough Justice. An Analysis of ICANN's Dispute Resolution Policy*, su <http://dcc.syr.edu/miscarticles/roughjustice.pdf>; L.M. SHARROCK, *The Future of Domain Name Dispute Resolution: Crafting Practical International Legal Solutions from within the Udrp Framework*, in *Duke Law Journal*, LI, 2001, p. 817 ss.; J.G. WHITE, *Icann's Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy In Action*, in *Berkeley Technology Law Journal*, XVI, 2001, p. 229 ss.

⁵⁶ Il caso, conosciuto come *corinthians.com*, è stato deciso dalla *Massachusetts District Court*. La *U.S. Court of Appeal for the First District* ha dichiarato la sua competenza a decidere il 5 novembre 2001. La sentenza è consultabile su <http://www.ca1.uscourts.gov/pdf/opinions/01-1197-01A.pdf>. In letteratura, R. OWENS, *Domain-Name Dispute-Resolution after Sallen v. Corinthians Licenciamentos & Barcelona.Com, Inc. v. Excelentísimo Ayuntamiento de Barcelona*, in *Berkeley Technology Law Journal*, XVIII, 2003, p. 257 ss.

⁵⁷ Come nel caso *barcelona.com*. La prima decisione è stata resa dal *World Intellectual Property Organization, Arbitration and Mediation Center*, UDRP – Domain Name Dispute Resolution, Administrative Panel Decision, *Excelentísimo Ayuntamiento de Barcelona v. Barcelona.com Inc.*, Case no. D2000-0505 (<http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/2000/d2000-0505.html>). La seconda dalla *United States Court Of Appeals for The Fourth Circuit, Barcelona.com Inc. v. Excelentísimo Ayuntamiento de Barcelona*, no. 02-1396,

Quarto, il regime dell'ICANN scavalca gli stati nazionali. Questo aspetto è particolarmente rilevante. Una volta adottate, le norme che regolano *Internet* (più precisamente, i nomi a dominio, gli indirizzi IP e i parametri tecnici, il sistema dei *root server*) non devono essere attuate a livello nazionale, ma si rivolgono direttamente alle parti private⁵⁸. Fanno eccezione, come si vedrà, le regole riguardanti nomi a dominio nazionali.

4. L'influenza dei pubblici poteri

I primi anni di attività dell'ICANN hanno messo in luce molteplici limiti, relativi alle sue capacità decisionali e di rappresentanza. Per questo, nel 2002, il Presidente in carica ha proposto una riforma dell'ente «dal basso», originata al suo interno. Ciò ha condotto ad una profonda modifica nell'organizzazione, i cui esiti possono così riassumersi. In primo luogo, è accresciuto il potere dei soggetti economici più forti, a scapito di quello degli esperti. Indicativo in tal senso è il caso del *Technical Liason Group*, divenuto un comitato consultivo. Prima della riforma, era una organizzazione di supporto (*Protocol Supporting Organization*, PSO) e, come tale, aveva un peso maggiore. La sua modifica indica la perdita di potere dei gruppi «tecnici». La stessa cosa è accaduta con i singoli utenti: l'ente non è più «*a technical corporation with an administrative function*», ma «*a political organization with different constituencies and groups fighting for power and control*»⁵⁹.

In secondo luogo, il peso dei governi è considerevolmente aumentato. All'inizio, l'ICANN presentava effettivamente natura privata: ora si assiste ad una influenza diretta dei poteri pubblici. Ciò comporta una conseguenza di ordine sistematico: si viene a creare un sistema di regolazione ibrida, di natura pubblico-privata.

L'influenza dei governi nazionali è crescente sotto tre profili. Innanzitutto, il GAC, nato come organo di mera consultazione, ha acquistato nel tempo un peso maggiore;

(<http://www.case.info/domain/barcelona2.pdf>). Si veda Z. EFRONI, *A Barcelona.com Analysis: Toward a Better Model for Adjudication of International Domain Name Disputes*, in *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, XIV, 2003, p. 29 ss.

⁵⁸ S. BATTINI, *International Organizations and Private Subjects: A Move Toward a Global Administrative Law?*, IILJ Working Paper 2005/3 (Global Administrative Law Series), su <http://www.iilj.org/publications/documents/2005.3Battini.pdf>, p. 21.

⁵⁹ J.P. KESAN e A.A. GALLO, *Pondering Politics of Private Procedures: The Case of ICANN*, cit., p. 51. Nello scritto sono compitamente indicate le fasi della riforma e sono indicati i «vincitori e i vinti» (p. 61). Degli Autori è anche la distinzione tra riforma dal basso e dall'alto, sulla quale si avrà modo di ritornare.

secondo un'attenta analisi⁶⁰, esso ha assunto la funzione di una vera e propria *supporting organization*, riuscendo ad influenzare l'adozione di *policies* da parte del *Board*⁶¹. Al riguardo, l'art. XI, *section 2*, n. 1, lett. *i*) e *j*), delle *ByLaws* stabilisce che il GAC, spontaneamente o su richiesta del *Board*, può presentare il proprio parere in relazione a questioni di pubblico interesse. Il *Board* deve tenere tale parere in debita considerazione: se intende discostarsene, ne deve informare il comitato. In tal caso, viene avviata una procedura che coinvolge entrambi gli organi, finalizzata al raggiungimento di una posizione comune. Se non si raggiunge un accordo, il *Board* può adottare una decisione difforme solo motivando in ordine alle ragioni che non consentono di recepire i suggerimenti ricevuti (art. XI, 2.1, lett. *k*).

In secondo luogo, nello statuto vi sono molte disposizioni derogatorie in riferimento al GAC. Esso, ad esempio, è sottratto al controllo del *Board*: la *section 4* dell'art. IV delle *Bylaws* dispone che quest'ultimo esercita una funzione di controllo periodica (ad un intervallo massimo di tre anni) sull'operato dei comitati e delle organizzazioni di supporto; all'esito di tale verifica, possono essere adottate le misure opportune. Questa funzione, però, non viene esercitata nei confronti del GAC, il quale deve istituire meccanismi di controllo propri (art. IV, *section 4.3*).

In terzo luogo, gli stati esercitano ancora una forte influenza sui *registries* dei *ccTLD*⁶². In un recente documento, il GAC riconosce e formalizza tale influenza⁶³, stabilendo che le organizzazioni incaricate della gestione dei nomi a dominio nazionali sono sottoposte al diretto (e ultimo) controllo dei governi nazionali. L'ICANN, in questo caso, non è riuscita ad imporre la propria autorità attraverso il regime contrattuale prima descritto. Attualmente, è in corso la sperimentazione di un nuovo «*Accountability Framework*» che coinvolge i registri dei *ccTLD*, ai sensi del quale si chiariscono le rispettive posizioni e i relativi obblighi⁶⁴.

⁶⁰ M. MUELLER, *Governments and Country Names: ICANN's Transformation into an Intergovernmental Regime*, disponibile su <http://ischool.syr.edu/~mueller/gacnames.pdf>. Una conferma di tale affermazione può trovarsi nella recente vicenda del citato nome a dominio «.xxx», che è stato respinto dall'ICANN a seguito dell'obiezione di alcuni governi e del parere negativo del GAC. Si veda il sito <http://www.icannwatch.org/articles/06/05/11/0114241.shtml>.

⁶¹ W. KLEINWÄCHTER, *From Self-Governance to Public-Private Partnership: The Changing Role of Governments in the Management of the Internet's Core Resources*, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, XXXVI, 2003, p. 1103 ss.

⁶² T. FRANKEL, *Governing by Negotiation: the Internet Naming System*, in *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, XII, 2004, p. 449 ss.; S. CRAWFORD, *The Ican Experiment*, cit., p. 409 ss.

⁶³ Si veda il documento *Principles and Guidelines for the Delegation and Administration of Country Code Top Level Domains*, presentato dal GAC il 5 aprile 2005, disponibile su http://gac.icann.org/web/home/ccTLD_Principles.rtf. Una prima versione di questo documento è stata pubblicata nel 2000. In un recente documento, *Gac Principles Regarding New gTLD* (http://gac.icann.org/web/home/gTLD_principles.pdf), del 28 marzo 2007, il comitato sostiene che anche l'introduzione di nuovi nomi a dominio generici è un tema di *public policy*. L'espansione dei governi, come si vede, è crescente e, a quanto sembra, non è più limitata agli aspetti legati ai codici nazionali.

⁶⁴ Gli accordi già stipulati sono consultabili al sito <http://www.icann.org/cctlds/agreements.html>.

L'intervento degli stati comporta una duplice conseguenza. Da un lato, pone regole in un campo che, per le sue peculiarità, si riteneva privo di confini geografici e, come tale, non sottoponibile al controllo statale⁶⁵. Dall'altro, instaura un peculiare rapporto tra l'ente, di natura privata, e i pubblici poteri.

Sotto il primo profilo, gli stati continuano ad esercitare la propria influenza e cercano di estendere la loro competenza (intesa in senso internazionalistico⁶⁶) attraverso il pieno controllo sulla rete. L'intento del governo cinese di creare nuovi nomi a dominio in modo indipendente ne costituisce un esempio⁶⁷.

Sotto il secondo profilo, invece, la commistione pubblico-privato testimonia un importante aspetto della *governance* globale: la presenza dei soggetti pubblici sul settore, sempre più diretta ed influente, si combina con quella dei soggetti privati, pur se non la sostituisce completamente. Considerando l'origine dell'ICANN e l'intenzione di lasciare il settore alla *self-governance* dei privati, si comprende l'importanza di una simile evoluzione.

Nel complesso, l'interazione dei soggetti coinvolti consente di affermare che il ruolo degli stati è limitato, ma dotato di specifica rilevanza. L'analisi di questo settore, dunque, conferma che gli stati nazionali, nell'arena globale, perdono alcune potestà ma non scompaiono definitivamente: piuttosto, rimodulano l'esercizio dei loro poteri. Sebbene il paradigma statale dello Stato «westfaliano» sia superato⁶⁸, l'intervento pubblico non è escluso e si sviluppa secondo formule nuove. Gli stati nazionali escono dai propri confini (secondo un modello di «*open State*»⁶⁹) e, in questo caso, si inseriscono in una struttura privata, dando vita ad una nuova forma di cooperazione al fine di salvaguardare alcuni aspetti della loro sovranità⁷⁰.

⁶⁵ Si veda la famosa dichiarazione di J. PERRY BARLOW, *A Declaration of Independence of Cyberspace*, disponibile sul sito http://www.eff.org/Misc/Publications/John_Perry_Barlow/barlow_0296.declaration.txt. In senso critico, N. WEINSTOCK NETANEL, *Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory*, in *Calif. Law Rev.*, LXXXVIII, 2000, p. 395 ss. Il primo a mettere in luce la possibilità di controllo da parte delle autorità governative è stato Lawrence Lessig. Si veda *Code and other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999, nel quale viene spiegato come l'intervento statale sia reso possibile dal controllo degli strumenti tecnici *software* e *hardware* («code»).

⁶⁶ Si veda M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 339 ss.

⁶⁷ Si legga il commento di M. MUELLER, *Alternate Realities: Playing the China Card*, sul sito <http://www.icannwatch.org/article.pl?sid=06/03/01/156233&mode=thread>.

⁶⁸ K.-H. LADEUR, *Globalization and Global Governance: A Contradiction?*, in *Public Governance in the Age of Globalization*, cit., p. 16. G. DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, cit., *passim*. Si veda anche J. MCLEAN, *Divergent Legal Conceptions of the State: Implications for Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 68, 2005, p. 167 ss.

⁶⁹ K.-H. LADEUR, *Globalization and Global Governance: A Contradiction?*, cit., p. 15.

⁷⁰ *Ivi*, p. 17.

Se i governi nazionali, e non solo gli attori privati, sono coinvolti nel settore, vi è spazio sufficiente per interrogarsi a chi spetti il controllo legittimo sull'ente. Questi aspetti verranno esaminati nel prossimo paragrafo.

5. Legittimazione e *accountability*

Il ricorso a fonti private per l'istituzione dell'ICANN è stato giustificato dal fine di separare formalmente l'ente dall'amministrazione pubblica. L'intento del governo statunitense, infatti, è stato di quello di escludere ogni sua influenza sulla nuova organizzazione. Si è ritenuto, quindi, che solo un regime privato, dominato da un'*elite* tecnica (in linea con la nascita e l'evoluzione di *Internet*), fosse idoneo a garantire una adeguata apertura e partecipazione, anche a carattere internazionale. Tuttavia, i forti legami con il *Department of Commerce* hanno indotto la dottrina a ritenere che l'influenza governativa sia ancora molto forte⁷¹ (come è stato prima evidenziato, anche il ruolo degli altri governi nazionali è sempre maggiore⁷²). L'ICANN è stata ricondotta, quindi, all'interno del panorama amministrativo statunitense, in quanto attributaria di una tipica funzione regolatoria, propria di un'agenzia. Tale dibattito ha portato alla luce l'aspetto maggiormente problematico: l'assenza di un vero atto di legittimazione, di natura politico-giuridica, delle funzioni attribuite all'ICANN⁷³. Sono state quindi sollevate questioni circa la violazione della «*non delegation doctrine*»; contestualmente, è stata suggerita la piena sottoposizione dell'ente al diritto amministrativo⁷⁴.

Ciò riguarda l'ordinamento giuridico nordamericano. Ma l'ente ha attirato su di sé l'attenzione della comunità internazionale (principalmente, dei Paesi in via di sviluppo) che contesta la gestione «unilaterale» del settore e richiede un controllo intergovernativo,

⁷¹ In questo senso, si vedano i citati lavori di M. FROMKIN (cui si può aggiungere *Form and Substance in Cyberspace*, in *Journal of Small and Emerging Business Law*, VI, 2002, p. 93 ss.), M. MUELLER e J. ZITTRAIN. Si veda anche J. WEINBERG, *Icann and the Problem of Legitimacy*, in *Duke Law Journal*, L, 2000, p. 187 ss. Prova di questa tesi è la menzionata supervisione del *root server* autoritativo, che si basa su un accordo con il DoC (*supra*, par. 3). Per non essere più coinvolta, l'amministrazione dovrebbe dismettere il proprio controllo, realizzando la cd. «transizione del sistema DNS».

⁷² Sotto questo profilo, D. DRAZNER, *The Global Governance of the Internet: Bringing the State Back In*, in *Political Science Quarterly*, CXIX, 2004, 3, p. 477 ss., per il quale sono esclusivamente i poteri pubblici a governare il settore (secondo l'Autore, ciò confermerebbe che gli stati, nell'arena internazionale, non perdono le proprie prerogative).

⁷³ H. KLEIN, *ICANN Reform: Establishing the Rule of Law*, paper presentato al WSIS di Tunisi, 16-18 novembre 2005, disponibile sul sito http://www.ip3.gatech.edu/images/ICANN-Reform_Establishing-the-Rule-of-Law.pdf.

⁷⁴ J. WEINBERG, *ICANN and the Problem of Legitimacy*, cit., p. 218 ss. Si vedano anche i richiami precedenti, in particolare i lavori di Michael Fromkin per quanto concerne la violazione della «*non delegation doctrine*». Un diverso punto di vista, che non ravvisa particolari problemi di «*democratic deficit*» in riferimento all'ICANN, è adottato da D. HUNTER, *ICANN and the Concept of Democratic Deficit*, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, XXXVI, 2003, p. 1149 ss.

attraverso l'adozione di un trattato multilaterale. Si tratta, in questo caso, di una riforma «dall'alto»⁷⁵ (e non «dal basso», come quella descritta in precedenza). L'Assemblea Generale delle Nazioni Unite⁷⁶, con risoluzione n. 183 del 2001⁷⁷, ha invitato l'ITU (che, come visto, ha avuto un ruolo importante nella vicenda dello IAHC) ad interessarsi della questione, promuovendola all'interno *World Summit on Information Society* (WSIS). Il Summit si è svolto in due fasi: a seguito della prima, tenutasi a Ginevra nel 2003, è stato creato un *Working Group on Internet Governance* (WGIG), con il compito di studiare i problemi legati al controllo della rete e di indicare possibili soluzioni alternative. Il comitato, al termine dei suoi lavori, ha presentato un rapporto, discusso nella seconda tappa del WSIS (Tunisi, novembre 2005): sono state indicate quattro ipotesi di riforma che, in maniera più o meno attenuata, sottopongono l'ente alla supervisione dell'ONU⁷⁸. Nel corso di questa fase, l'Unione europea ha cercato di mediare tra i diversi interessi contrapposti, ma il suo intervento ha avuto l'effetto di confinare gli Stati Uniti in una posizione isolata⁷⁹. Peraltro, non sono stati raggiunti risultati tangibili: si è scelto di evitare lo scontro aperto e di rimandare la questione. Recentemente è stato istituito un nuovo *Internet Governance Forum* (IGF), in seno al quale prosegue la discussione sui problemi del settore⁸⁰.

Come influirebbe un trattato internazionale sul settore? Un'interessante proposta contempla l'adozione di una «convenzione quadro» per definire con precisione la *governance* di *Internet* (uno dei punti centrali su cui ha lavorato anche il comitato dell'ONU), il ruolo degli attori coinvolti (precisando quello riservato agli stati nazionali e i rapporti tra poteri pubblici e soggetti privati), le esigenze di controllo giudiziale e le

⁷⁵ Per questa terminologia, J.P. KESAN e A.A. GALLO, *Pondering Politics of Private Procedures: The Case of ICANN*, cit., p. 4, 66 ss.

⁷⁶ Sulle Nazioni Unite, si veda B. CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, Padova, Cedam, 2000; P.C. SZASZ, *The Complexification of the United Nations System*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, a cura di J.A. Frowein e R. Wolfrum, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, vol. 3, p. 1 ss.; M. DIEZ DE VELASCO, *Las Organizaciones Internacionales*, XIV ed., Tecnos, Madrid, 2006.

⁷⁷ Assemblea Generale delle Nazioni Unite, 55ª sessione, Risoluzione n. A/RES/56/183, del 21 dicembre 2001. Nel sito http://www.itu.int/wsis/documents/background.asp?lang=en&c_type=res sono indicati ulteriori documenti rilevanti. È da notare che, inizialmente, durante i lavori preparatori del Summit non si era mai discusso dei problemi della *governance* di *Internet*. Questi sono stati messi in luce solo a partire dal 2002: W. KLEINWÄCHTER, *Beyond ICANN vs. ITU?*, cit., p. 7.

⁷⁸ Il documento è disponibile su <http://www.wgig.org/WGIG-Report.html>, nelle sei lingue ufficiali delle Nazioni Unite.

⁷⁹ M. RUNDLE, *Beyond Internet Governance: The Emerging International Framework for Governing the Networked World*, The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series, Research Publication n. 2005-16, 2005, su <http://cyber.law.harvard.edu/home/2005-16>, p. 10. Si veda anche *The Battle to Control the Internet*, *The Economist*, 6 ottobre 2005. Sul ruolo dell'Unione europea nella *governance* di settore, H. BURKERT, *About a Different Kind of Water* cit., p. 1196 ss. Sia consentito anche rinviare a B. CAROTTI, *European Union and Internet Governance: the Creation of «eu»*, in *European Public Law Series*, vol. LXXXIV, p. 157 ss.

⁸⁰ I risultati dei lavori possono essere consultati sul sito <http://www.intgovforum.org>.

competenze di esecuzione⁸¹. Il passaggio al nuovo regime dovrebbe essere graduale (a questo riguardo, sono state fatte analogie con lo sviluppo della disciplina internazionale in materia di ambiente) e dovrebbe essere limitato ai principi e agli aspetti più importanti, lasciando quelli minori allo sviluppo di una pluralità di regimi differenti⁸².

Dovrebbero, poi, essere stabilite idonee garanzie di rappresentanza e partecipazione ai Paesi in via di sviluppo, non ancora adeguatamente coinvolti nel settore, in modo da assicurare maggiori possibilità di accesso alle nuove tecnologie e ridurre il cd. *digital divide*. Inoltre, uscendo dalla stretta area dei nomi a dominio, potrebbero essere dettate le prime norme a tutela dei diritti fondamentali, come quello di manifestazione del pensiero, che hanno conosciuto una notevole compressione in alcune recenti vicende⁸³. In un caso, un giornalista è stato arrestato e condannato per aver spedito *e-mail* contenenti critiche al governo cinese. Il governo ha chiesto al fornitore del servizio (la società *Yahoo! Inc.*) l'accesso ai contenuti di tali missive e la società ha acconsentito. Vengono immediatamente in rilievo l'eventuale violazione del diritto di manifestazione del pensiero e alla segretezza della corrispondenza. Un altro caso riguarda il funzionamento dei motori di ricerca. *Google*, uno dei principali operatori del settore, è stato obbligato a restringere l'accesso ad alcuni termini per i servizi offerti agli utenti cinesi. In questo modo, accedendo ad *Internet* da quel territorio, non possono essere visualizzate parole come «democrazia»; una recente indagine ha dimostrato che, su 10.000 parole, circa 901 (9%) conducono a risultati censurati⁸⁴. Le società difendono il loro operato affermando che devono rispettare le norme nazionali⁸⁵. Questi fatti hanno suscitato l'attenzione dell'opinione pubblica su scala mondiale; diverse ONG si stanno

⁸¹ J. MATHIASON, *A Framework Convention: An Institutional Option for Internet Governance* (21 dicembre 2004), Internet Governance Project, *paper* IGP04-002, disponibile su <http://www.internetgovernance.org/pdf/igp-fc.pdf>.

⁸² *Ivi*, p. 2 e 3.

⁸³ *China and the Internet*, *The Economist*, 28 aprile 2006; S. RODOTÀ, *Una costituzione per Internet?*, *La Repubblica*, 20 ottobre 2005.

⁸⁴ Si veda <http://blog.ouster-court.com/archive/2006-06-18-n85.html>. Un'ampia documentazione sui controlli effettuati sulle informazioni circolanti in rete è stata raccolta dal gruppo denominato *Open Net Initiative* (<http://www.opennetinitiative.org>).

⁸⁵ *Google* ha recentemente dichiarato che porrà fine a tali restrizioni. Durante il primo *meeting* annuale dell'IGF (Atene, 28 ottobre - 2 novembre 2006: <http://www.igfgreece2006.gr>), la società statunitense *Microsoft* ha addirittura manifestato l'intenzione di ritirare le sedi commerciali dal territorio cinese. A giudizio della società, la crescente pressione governativa comporta un livello di violazione dei diritti umani ormai insostenibile. La strategia delle compagnie private potrebbe costituire uno stimolo per i governi a adoperarsi maggiormente per la protezione dei diritti fondamentali: si veda, ad esempio, *A Moral Sense*, *The Economist*, 11 maggio 2007, p. 47. Sulla necessità di responsabilizzare, in alcuni casi, la condotta delle aziende multinazionali, J.E. STIGLITZ, *La globalizzazione che funziona*, Torino, Einaudi, 2006, p. 224 ss. L'Autore sostiene, inoltre, il ricorso a meccanismi di connessione tra i diversi regimi (cd. *interconnecting regimes*): quando la protezione dei diritti umani o di altri valori, come l'ambiente, risulta difficoltosa, si potrebbero utilizzare gli strumenti giuridici del commercio internazionale, che presentano un grado di efficacia più elevato. Ad esempio, un elevato tasso di emissioni, non sanzionato dal Protocollo di Kyoto, potrebbe essere considerato un sussidio alle imprese ai sensi del regime dell'OMC (p. 199 ss., 326).

impegnando per trovare una soluzione a simili, gravi questioni⁸⁶. Un accordo multilaterale potrebbe stabilire le garanzie di libertà di espressione per il nuovo mezzo di comunicazione, per evitare la violazione di diritti che già sono riconosciuti a livello internazionale. Si pensi solo al Patto sui diritti Civili e Politici delle Nazioni Unite (art. 17 e 18) o, a livello regionale, alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo (art. 8)⁸⁷. Si pone, al riguardo, il problema dell'idoneità delle norme convenzionali esistenti alla nuova realtà offerta dalla rete. La questione è legata all'intrinseca natura di quest'ultima: al riguardo, la dottrina è divisa tra «*unexceptionalists*» e «*exceptionalists*». I primi affermano che i problemi giuridici legati al cyberspazio non differiscono da quelli tradizionali: quindi, non vi sarebbe bisogno di nuove soluzioni normative. I secondi, al contrario, sostengono che gli aspetti tecnici della rete, che presentano notevoli peculiarità, richiedano strumenti differenti⁸⁸. Il secondo punto di vista sembra più convincente. Come i casi menzionati dimostrano, vi sono particolari modalità con le quali i diritti fondamentali sono stati violati: quindi, sarebbe opportuno stabilire la loro protezione in modo innovativo, definendo le responsabilità dei soggetti coinvolti secondo definizioni e criteri giuridici diversi.

Al momento, tuttavia, il ricorso al diritto internazionale è in discussione: gli stati, infatti, non hanno trovato un accordo in merito all'adozione di un trattato. Le difficoltà incontrate dalle Nazioni Unite sono indicative al riguardo⁸⁹. All'intervento dei governi nazionali si oppongono coloro che sostengono la necessità di assicurare indipendenza e autonomia ai soggetti privati. Secondo tale punto di vista, le questioni sottese, di matrice politica, giuridica ed economica, sono particolarmente complesse e non è chiaro quali valori andrebbero a costituire il cardine del nuovo sistema internazionale; si teme che lo sviluppo del mezzo (che, finora, ha conosciuto un'espansione incessante) possa risultarne compromesso e che possano essere messi in discussione, più che rafforzati, i diritti dei singoli.

⁸⁶ Una sezione di *Amnesty International* è interamente dedicata alla protezione dei diritti umani in *Internet*. Si può consultare il sito <http://web.amnesty.org/pages/internet-index-eng>.

⁸⁷ I testi sono reperibili on-line agli indirizzi http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm e <http://www.hri.org/docs/ECH50.html#Convention>.

⁸⁸ Su tale dibattito, si veda D.R. JOHNSON e D.G. POST, *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Rev.*, XLVIII, 1996, p. 1367 ss.; J.L. GOLDSMITH, *Against Cyberanarchy*, in *University of Chicago Law Review*, LXV, 1998, p. 1199 ss.; infine, D.G. POST, *Against «Against Cyberanarchy»*, in *Berkeley Technology Law Journal*, XVII, 2002, p. 1 ss.

⁸⁹ Sui risultati del WSIS, si veda H. KLEIN, *An Assessment of the WSIS-2/Tunis '05 Outcomes*, in *Information Technology and International Development, Special Issue on WSIS*, MIT Press, vol. I, 2005, n. 3-4, p. 3 ss. (disponibile all'indirizzo <http://www.mitpressjournals.org/toc/itid/1/3-4>).

Se il ruolo del diritto internazionale è incerto, ci si può interrogare sul possibile utilizzo di altri strumenti: questo è l'aspetto centrale del discorso. Occorre ricordare le evidenziate caratteristiche dell'ICANN (*supra*, par. 3 e 4). Essa rappresenta un nuovo modo di regolazione settoriale; è attributaria di una funzione regolatoria di rilevanza mondiale. La sua organizzazione è complessa: è privata, ma allo stesso tempo viene influenzata dai poteri pubblici, attraverso una innovativa forma di cooperazione tra i diversi soggetti coinvolti. Le sue norme agiscono direttamente sui singoli incidendo sui loro diritti. Gli effetti della sua attività trascendono i confini nazionali.

Le caratteristiche delineate inducono a ritenere che il nuovo ente può essere annoverato all'interno del variegato panorama delle amministrazioni internazionali (soprattutto per l'intervento dei governi nel GAC), il quale offre esempi di strutture organizzative di nuova concezione, con natura e caratteristiche assai diverse⁹⁰. In particolare, può essere inquadrato negli schemi concettuali del diritto amministrativo globale⁹¹. L'ICANN, in effetti, è stata classificata come uno dei nuovi modelli legati all'emergere dei principi della nuova disciplina⁹². L'angolazione offerta da quest'ultima assume una specifica rilevanza in relazione ai problemi evidenziati, come l'assenza di legittimazione e l'inadeguatezza a rappresentare e tutelare tutti i soggetti interessati⁹³, in modo particolare quelli privati e non statali⁹⁴. I suoi meccanismi si rivelano adatti ad

⁹⁰ S. BATTINI, *Amministrazioni Internazionali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., p. 284. Sulle medesime problematiche si veda anche M. CONTICELLI, *Presentazione*, in *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale*, a cura di S. Cassese e M. Conticelli, Quaderno n. 2 di questa *Rivista*, 2006, spec. p. 13 ss.

⁹¹ La letteratura è ormai vasta. Basti qui ricordare B. KINGSBURY, N. KRISCH e R.B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, LXVIII, 2005, p. 15 ss.; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in questa *Rivista*, LV, 2005, p. 331 ss.; ID., *Legal Imperialism and «Raison d'Etat» in the Global Administrative Law*, paper presentato alla NYU Law School «Global Administrative Law Conference» (22-23 aprile 2005); R.B. STEWART, *Il diritto amministrativo globale*, in questa *Rivista*, LV, 2005, p. 633 ss.; D.C. ESTY, *Toward Good Global Governance: The Role of Administrative Law*, paper presentato alla menzionata NYU Law School «Global Administrative Law Conference»; S. BATTINI, *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, Giuffrè, 2003, ID., *L'impatto della globalizzazione sulla pubblica amministrazione e sul diritto amministrativo: quattro percorsi*, in *Giorn. dir. amm.*, XII, 2006, p. 339 ss.; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003; A.C. AMAN JR., *Globalization, Democracy and the Need for a New Administrative Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, X, 2003, p. 125 ss. Si vedano anche L. CASINI, *Diritto amministrativo globale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., ad vocem, M.-C. PONTHEUREAU, *Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public*, in *Act. jur. dr. adm.*, 2006, p. 20 ss.; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000. Infine, il Simposio su «Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order», in *European Journal of International Law*, XVII, 2006. Per ulteriori riferimenti bibliografici, B. CAROTTI e L. CASINI: *Diritto amministrativo globale: bibliografia*, in *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale*, cit., p. 301 ss. (anche in inglese su <http://www.bepress.com/gj/advances/vol6/iss3/art11/>).

⁹² B. KINGSBURY, N. KRISCH e R.B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, cit., p. 9.

⁹³ J. BERNSTORFF, *The Structural Limitations of Network Governance: ICANN as a Case Point*, cit., *passim*.

⁹⁴ E. BENVENISTI, *The Interplay between Actors as a Determinant of the Evolution of Administrative Law in International Institutions*, in *Law and Contemporary Problems*, LXVIII, 2005, p. 319 ss., spec. p. 327.

assicurare una forma globale di *accountability* e il rispetto del «*due process*» e della «*rule of law*» oltre i confini statali⁹⁵.

Da un punto di vista sistematico, si possono avanzare un'eccezione e una contro-eccezione a un simile ragionamento. La prima è che il diritto amministrativo globale non è sufficiente a fini di legittimazione⁹⁶. È stato affermato⁹⁷ che il suo valore può essere accresciuto solo attraverso il rafforzamento del diritto sostanziale sottostante. Ci si riferiva, in particolare, alle fondamenta offerte dal diritto internazionale. La contro-eccezione si fonda sul fatto che l'adozione di norme di rango «costituzionale», in via formale, non è necessaria. Tali norme potrebbero essere ricercate nel sistema esistente. Sarebbe sufficiente riflettere sull'esperienza dell'Unione europea o, principalmente, per riferirsi a un ordinamento nazionale, alla costituzione inglese, che si basa su norme non scritte.

In generale, si deve riconoscere che il sistema di diritto amministrativo globale agisce ancora senza una base costituzionale: ciò costituisce la differenza più rilevante rispetto ai sistemi amministrativi nazionali; ma la situazione sta evolvendo⁹⁸. Dunque, l'introduzione di un atto di «rango costituzionale»⁹⁹, che detti i principi fondamentali che governano la materia, sarebbe estremamente auspicabile. La legittimazione dei poteri sovranazionali, infatti, costituisce ancora la sfida maggiore per il diritto¹⁰⁰.

Certamente, il diritto amministrativo globale è assai indicato per garantire maggiore *accountability*: la proceduralizzazione offre strumenti di garanzia. Ciò significa che non vi è una prevalenza di una singola disciplina; piuttosto, il paradigma del diritto internazionale può essere affiancato e coadiuvato dal diritto amministrativo globale, in uno sforzo congiunto che, forse, può condurre a significativi risultati.

⁹⁵ Si veda D. DYZENHAUS, *The Rule of (Administrative) Law in International Law*, *ivi*, p. 127 ss.

⁹⁶ R.B. STEWART, *Accountability and Discontents of Globalization: US and EU Models for Regulatory Governance*, *paper* presentato al citato «*Second Global Administrative Law Seminar*», p. 10 (versione provvisoria).

⁹⁷ B.S. CHIMNI, *Cooption and Resistance: Two Faces of Global Administrative Law*, IILJ Working Paper 2005/16 (Global Administrative Law Series), disponibile su <http://www.iilj.org/papers/documents/2005.16Chimni.pdf>.

⁹⁸ L. CASINI, *Diritto amministrativo globale*, *cit.*, p. 1948.

⁹⁹ Con riferimento alle nuove vie del costituzionalismo nell'arena internazionale, G. SILVERSTEIN, *Globalization and the Rule of Law: «A Machine that Runs of Itself?»*, in *International Journal of Constitutional Law*, I, 2003, n. 3, p. 429 ss.; *Transnational Governance and Constitutionalism*, a cura di C. Joerges, I.-J. Sands e G. Teubner, *cit.*; A. VON BOGDANDY, *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*, in *Harvard International Law Journal*, XLVII, 2006, n. 1, p. 223 ss.; S. CASSESE, *Oltre lo Stato. Verso una costituzione globale?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006.

¹⁰⁰ A. VON BOGDANDY, *Constitutionalism in International Law*, *cit.* secondo cui il diritto internazionale è lo strumento più idoneo a fini di legittimazione. L'Autore commenta il pensiero di Christian Tomuschat, in cui la *comunità internazionale* acquisisce una posizione centrale (pur presentando ancora significati non univoci). Viene fatto riferimento anche al pensiero di Jürgen Habermas, per il quale la possibilità di conferire poteri alle istituzioni sovranazionali è dovuta alla concezione di una *sovranità divisibile* (mentre l'idea di una *sovranità indivisibile* aveva condotto Immanuel Kant a rigettare la compatibilità di istituzioni sovranazionali con il diritto internazionale). La «via» sovranazionale (quella di una «costituzione») è necessaria per il mantenimento della pace e per la protezione dei diritti umani. In altri casi, sembra sufficiente anche un metodo transnazionale (ad esempio, nei settori economici).

È ora indispensabile analizzare il modo in cui i suddetti meccanismi operano (o dovrebbero operare).

6. Strumenti di controllo

L'assenza di apertura, partecipazione e controllo ha sempre suscitato critiche molto accese nei confronti dell'ICANN. Dal punto di vista funzionale, quindi, la ragione sottesa ai meccanismi che saranno esaminati risponde alla necessità di assicurare maggiore *accountability*, migliorando, di conseguenza, anche l'efficacia della sua azione. È vero che, in un recente rapporto, l'ente è stato definito un'istituzione trasparente, ma in un'accezione specifica, relativa al fatto che tutti i documenti sono disponibili sul sito *web* («forse più che in ogni altra istituzione globale»). Rimangono, quindi, numerose questioni aperte che, in generale, concernono il rapporto tra l'ente, gli *stakeholders* e il pubblico. Il coinvolgimento di quest'ultimo, ad esempio, è ancora insufficiente e dovrebbe essere esteso a un numero maggiore di aree (si avrà modo di ritornare sul punto). Si evidenziano, poi, la segretezza delle decisioni del *Board* e la mancanza di una valida struttura amministrativa a suo supporto. Inoltre, dovrebbe essere illustrata, con maggiore chiarezza e precisione, qual è l'attività effettivamente svolta dall'ICANN¹⁰¹: nonostante sia divenuta particolarmente rilevante, non sempre è adeguatamente compresa. Come ricordato, nessun soggetto può operare nel settore dei nomi a dominio in assenza di un accordo con l'ente. Nello stringere tali relazioni, però, è stato avanzato il dubbio che siano stati favoriti gli operatori più forti (mettendo a rischio l'obiettivo di promuovere la concorrenza¹⁰²). Di conseguenza, «*constraints on decision-making process [are required to] reduce power disparities between strong and weak actors*»¹⁰³.

Si cercherà di chiarire quali sono gli strumenti istituzionali utilizzati e utilizzabili. I differenti modelli di *accountability* saranno divisi in categorie, secondo la classificazione

¹⁰¹ ONE WORLD TRUST, *Independent Review of ICANN's Accountability and Transparency – Structures and Practices*, 2007, p. 34 ss. (<http://www.icann.org/announcements/announcement-4-29mar07.htm>; <http://www.oneworldtrust.org>). Il rapporto (commissionato, si noti, dall'ente stesso), sebbene condotto secondo criteri non giuridici, definisce l'ICANN «un'istituzione globale».

¹⁰² M. MUELLER, *Ruling the Root*, cit., p. 188-189.

¹⁰³ E. BENVENISTI, *The Interplay between Actors as a Determinant of the Evolution of Administrative Law in International Institutions*, cit., p. 325.

indicata da Richard Stewart¹⁰⁴: gerarchica, di supervisione, legale ed elettorale (l'unica non considerata è quella fiscale).

Lo studio di tali fenomeni è ancora in uno stadio iniziale e, chiaramente, non è compiuto. Nel caso in esame si manifesta, in particolare, la difficoltà di distinguere gli aspetti nazionali da quelli sovranazionali: alcuni meccanismi sono previsti dalle norme proprie dell'organizzazione, mentre altri appartengono all'ordinamento giuridico interno. La loro valutazione complessiva, comunque, legata alla natura dell'attività dell'ente (già discussa), induce a riflettere sulla loro portata sovranazionale, perché in grado di coinvolgere soggetti su scala mondiale.

6.1 Rapporti gerarchici

La prima forma di *accountability* riguarda il conferimento dei poteri dell'ICANN, disposto attraverso un contratto con il *Department of Commerce* statunitense. Tale contratto è rinnovato ogni tre anni. Quindi, se l'amministrazione ritiene che l'ICANN non abbia ben operato, potrebbe affidarne le funzioni ad un altro soggetto. Vi è una sanzione, in questo caso, che si concreta nella privazione delle funzioni dell'ente. Questo aspetto è strettamente legato al problema della legittimazione, in quanto dimostra a quale soggetto spetta la competenza ultima a decidere sul controllo del settore. Una prospettiva di riforma dell'istituzione dovrebbe necessariamente affrontare tale questione.

6.2 Meccanismi di supervisione

La seconda forma riguarda gli utenti finali e gli operatori. In questo caso, i meccanismi sono previsti dallo statuto dell'ICANN.

Nel 2002, come detto, l'ICANN è stata interessata da una profonda riforma, che ha comportato la nascita di meccanismi finalizzati ad assicurare un maggiore grado di responsabilità¹⁰⁵. In particolare, lo statuto prevede alcune procedure per il riesame delle decisioni adottate dal *Board*, attraverso tre strumenti: un *Reconsideration Committee*, un *Independent Review Panel* (IRP) e un *Ombudsman*.

Il primo è un comitato *ad hoc*, che si compone di almeno tre direttori del *Board* (art. IV, *section 2, Bylaws*). Esso deve provvedere alle richieste dei soggetti (persone

¹⁰⁴ R.B. STEWART, *Accountability and Discontents of Globalization: US and EU Models for Regulatory Governance*, cit., p. 11.

¹⁰⁵ I quali, peraltro, non hanno raggiunto gli obiettivi stabiliti. Si veda J. PALFREY, *The End of the Experiment: How Ican's Foray into Global Internet Democracy Failed*, cit., p. 446 ss.

fisiche o giuridiche) i cui interessi siano lesi da una decisione o dall'inerzia dello *staff* dell'ICANN o del consiglio. In quest'ultimo caso, affinché la procedura sia esperibile, è necessaria una «violazione dell'istruttoria», che si ravvisa nel caso in cui il consiglio non abbia tenuto in considerazione le informazioni fornite dal ricorrente, a condizione che questi le abbia presentate entro i termini previsti. La partecipazione ai soggetti interessati deve essere garantita. Il comitato emette una decisione nel termine di novanta giorni, motivando nel caso in cui decida di rigettare la richiesta. Si può parlare, per la composizione del comitato, di un «ricorso in opposizione».

Il secondo, invece, è un meccanismo di revisione delle sole decisioni del consiglio: è prevista, in questo caso, la presenza di un organo indipendente, che assicuri la sua terzietà e imparzialità (art. IV, *section* 3.1). È stabilito che tale servizio venga reso da un *International Arbitration Provider* esterno all'ICANN (art. IV, *section* 3.4), in modo da garantire un maggiore grado di indipendenza anche dal punto di vista strutturale. Si manifesta, così, un ulteriore tratto tipico del diritto amministrativo globale: l'interconnessione tra regimi giuridici. Vi è, infatti, un regime che «*presta le proprie istituzioni per la risoluzione delle controversie ad altri*»¹⁰⁶.

Nello specifico, all'IRP è attribuita la funzione di accertare se una decisione del *Board* (o la sua inerzia) abbia violato gli *Articles of incorporation* o lo statuto dell'ICANN. Il *panel* può essere monocratico (in assenza di una specifica richiesta delle parti) o composto da tre arbitri. Dispone di limitati poteri istruttori, ma può richiedere al *Board* la sospensione dell'esecuzione della decisione impugnata (o, parallelamente, la rimozione degli effetti derivanti dalla sua inerzia). Al termine della sua attività adotta una *declaration*, in forma scritta, la cui esecuzione dovrà essere discussa, se possibile, nella successiva riunione del *Board* (art. IV, *section* 3.15).

Il terzo, infine, è un ufficio interno alla struttura dell'ICANN, che deve esercitare le proprie funzioni in maniera neutrale e indipendente (art. V, *section* 2). Tale rimedio ha natura residuale, essendo esperibile solo quando una delle due procedure precedentemente indicate non sia stata attivata. In particolare, all'*Ombudsman* è attribuito il compito di risolvere le controversie sollevate dai soggetti le cui posizioni sono state lese da specifiche azioni del consiglio o dello *staff*. Sono espressamente escluse, però, le questioni interne di natura amministrativa, comprese quelle relative al personale. È garantita piena libertà alle azioni dell'*Ombudsman*, assicurandogli l'accesso

¹⁰⁶ S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, cit., p. 340.

ai documenti rilevanti (art. V, *section 3*) e la possibilità di richiedere informazioni anche ad enti esterni all'ICANN (art. V, *section 4*).

L'elemento comune ai tre strumenti delineati consiste nel fatto che nessuno di questi ha la potestà di vincolare il *Board*. Le rispettive decisioni, infatti, devono essere tenute in considerazione dal consiglio, ma a quest'ultimo è lasciata ampia discrezionalità circa la loro attuazione. La portata di questi meccanismi ne risulta indebolita.

Il *Reconsideration Committee* è stato costituito nel 1999 e si è occupato di molteplici questioni¹⁰⁷, dalla modifica delle norme sulla trasparenza¹⁰⁸ al diritto d'uso di un determinato nome a dominio da parte di un'organizzazione internazionale¹⁰⁹. L'*Ombudsman*, al contrario, ha iniziato la propria attività nel 2005¹¹⁰; sono state ad esso presentate numerose richieste, ma nella maggior parte dei casi queste hanno condotto ad una declaratoria di incompetenza («*decline of jurisdiction*»), a causa della loro errata impostazione¹¹¹. L'*Ombudsman* ha rilevato come il carico delle richieste sia sproporzionato rispetto ai mezzi dell'ufficio (che rimane monocratico): a questo proposito, è stata fatta un'interessante comparazione con l'*Ombudsman* delle Nazioni Unite. Mentre il primo dispone di personale e strumenti sufficienti, il secondo opera con mezzi molto più limitati e serve una comunità potenzialmente più vasta, in quanto gli utenti e gli operatori di *Internet* superano il numero degli impiegati dell'ONU¹¹².

Con riferimento all'IRP, invece, si deve parlare di una scarsa effettività. In un caso recente, un giornalista sostiene che la creazione di un nuovo *gTLD*, il «.travel», non risponde a canoni di equità, in quanto i soggetti legittimati alla registrazione con il nuovo nome a dominio sono solo le compagnie che operano nel settore. Al contrario, tale nome a dominio si riferisce a tutte le attività turistiche e, dunque, dovrebbe essere utilizzabile da parte di viaggiatori o giornalisti. Inoltre, gli accordi che hanno condotto alla sua adozione sono rimasti segreti. Quindi, il giornalista ha sollecitato la sottoposizione della decisione che ha introdotto il «.travel» ad una *independent review*, come dispongono le

¹⁰⁷ Complessivamente, sono state analizzate 42 richieste; un'ulteriore richiesta, presentata il 19 maggio 2006, è ancora pendente. Si veda il sito <http://www.icann.org/committees/reconsideration/>.

¹⁰⁸ *Reconsideration Request 00-4, Recommendation of the Committee* del 22 maggio 2000, disponibile su <http://www.icann.org/committees/reconsideration/rc00-4.htm>.

¹⁰⁹ *Reconsideration Request 02-1, Recommendation of the Committee*, del 25 giugno 2002. La decisione, consultabile al sito <http://www.icann.org/committees/reconsideration/rc02-1.htm>, concerneva l'uso del nome a dominio di primo livello «.int» da parte del Segretariato della «Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants (POPs)». A seguito del ricorso, il Segretariato ha potuto registrare il nome a dominio «pops.int», che precedentemente gli era stato negato.

¹¹⁰ A seguito della designazione, avvenuta a fine 2004 da parte del *Board* dell'ICANN, della persona incaricata di ricoprire l'ufficio (<http://www.icann.org/announcements/announcement-24nov04-2.htm>).

¹¹¹ Si veda F. FOWLIE, *Office of the Ombudsman. Remarks at Marrakesh Public Forum*, 28 giugno 2006, disponibile all'indirizzo <http://www.icann.org/presentations/ombudsman-marrakech-29jun06.pdf>, p. 4.

¹¹² *Ivi*, p. 9-10.

ByLaws. Nonostante la presentazione di numerose richieste, ciò non è avvenuto. L'ente sostiene di aver messo a disposizione dell'utente adeguate forme di tutela: queste, però, sono sfociate solo in una pronuncia del *Reconsideration Committee*¹¹³.

A prescindere dal merito della vicenda, vi è da sottolineare l'estrema difficoltà di ricorrere al meccanismo in esame¹¹⁴. Una risoluzione del *Board* dell'ICANN del 2004 ha designato, come fornitore del servizio, l'*International Centre for Dispute Resolution* (ICDR)¹¹⁵. La risoluzione, però, non ha avuto effetto: l'IRP non è mai stato utilizzato. Le ragioni sono molteplici. Primo, si tratta di uno strumento ancora sconosciuto e non facilmente accessibile: sul sito dell'istituzione non ve n'è traccia, nonostante lo statuto disponga in senso contrario¹¹⁶. Secondo, le regole di procedura stabiliscono che le spese sono poste a carico della parte soccombente, e ciò scoraggia gli utenti dal farvi ricorso. Terzo, si tratta di un rimedio dal carattere incerto e instabile: occorrerebbe, invece, un organo istituzionalizzato (come, ad esempio, il *World Bank Inspection Panel*, che svolge una funzione permanente)¹¹⁷.

Dunque, il pubblico non è ancora adeguatamente considerato e protetto e si rivela uno squilibrio nella protezione di alcuni interessi¹¹⁸. Il processo decisionale è ancora poco trasparente. L'IRP può senz'altro contribuire a migliorare la gestione dell'ente, ma la previsione è rimasta «sulla carta» e ciò denota che il sistema è ancora in una fase fluida, in continua evoluzione¹¹⁹. Si percepisce la necessità di un «giudice» che assicuri la tutela di diritti e interessi ai soggetti legittimati, ma questa trova difficoltà a farsi strada.

6.3 Controllo giurisdizionale

In alcuni casi sono ancora i tribunali nazionali a garantire il controllo sull'operato dell'ente. Alcune disposizioni delle *ByLaws* prevedono la registrazione delle riunioni del

¹¹³ La richiesta è stata rigettata in quanto «pretestuosa». Anche l'*Ombudsman* si è pronunciato in questi termini (<http://www.icann.org/committees/reconsideration/response-to-hasbrouck-recon-request.htm>). La vicenda, che ha avuto una vasta eco, è compiutamente descritta all'indirizzo <http://www.hasbrouck.org/icann/>.

¹¹⁴ Ciò ha sollevato ulteriori critiche nei confronti dell'ICANN (i relativi commenti sono reperibili all'indirizzo <http://www.icannwatch.org/article.pl?sid=06/04/24/1518252&mode=thread>).

¹¹⁵ Si vedano le *Supplementary Procedures for Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) Independent Review Process* (<http://www.adr.org/sp.asp?id=32197>).

¹¹⁶ Per venire a conoscenza della sua utilizzabilità, quindi, occorre una ricerca eccessivamente laboriosa. ONE WORLD TRUST, *Independent Review of ICANN's Accountability and Transparency – Structures and Practices*, cit., p. 31.

¹¹⁷ *Ivi*, p. 32.

¹¹⁸ N. KRISCH, *The Pluralism of Global Administrative Law*, in *European Journal of International Law*, XVII, 2006, p. 247 ss., spec. p. 250; R.B. STEWART, *Accountability and Discontents of Globalization: US and EU Models for Regulatory Governance*, cit., p. 7.

¹¹⁹ S. CASSESE, *Un giusto procedimento globale*, in ID., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 120 ss., 172.

Board e la pubblicazione *on-line* delle decisioni più importanti, anche in vista dei possibili commenti da parte di operatori ed utenti (art. III, *section 2*). Attraverso questi strumenti viene timidamente in luce il principio di trasparenza. Questo principio, in un caso specifico, è stato applicato utilizzando le norme dell'ordinamento statunitense, al quale l'ICANN appartiene. Un *ex* direttore del *Board*, infatti, chiedeva l'accesso ad alcuni documenti detenuti dall'ente, riguardanti la situazione finanziaria. L'ICANN aveva risposto negativamente a tale richiesta; un tribunale californiano, cui il richiedente si era rivolto, ha però obbligato l'ente a consentire l'accesso¹²⁰. Dunque, alcuni meccanismi si basano ancora sugli ordinamenti nazionali e sugli strumenti da questi offerti. Vi è una chiara differenza con l'IRP, il quale dispone una *review* basata su un regime regolatorio internazionale.

Un altro caso riguarda una controversia proposta dinanzi ad una giurisdizione diversa, quella canadese. *Pool.com Inc.*, una società che opera nel mercato dei TLD «.com» e «.net», offrendo ai consumatori la possibilità di usufruire dei nomi non più in uso, ha citato l'ICANN dinanzi alla *Superior Court of Justice of Ontario*. L'ICANN e il suo principale contraente, la citata *Verisign Inc.* (il *registry* dei nomi «.com» e «.net»), hanno adottato un nuovo servizio, relativo al sistema di accreditamento degli operatori, denominato *Wait List Service* (WLS). Ad avviso della ricorrente, questo nuovo servizio produce effetti negativi sul suo volume di affari¹²¹ e, inoltre, è in palese contrasto con l'*Accreditation Agreement* che la società aveva già stipulato con l'ICANN (il 10 per cento delle rendite confluirebbe, secondo il nuovo servizio, alla *Verisign*).

Nelle memorie difensive, l'ICANN sostiene che la corte adita non ha giurisdizione per risolvere la controversia e ha richiesto la trasmissione degli atti ad un tribunale californiano. Dunque, si contrappongono due punti di vista: quello degli operatori (che già riconoscono la portata internazionale della funzione regolatrice dell'ente) e quella dell'ente (il quale ritiene di dover essere assoggettato al solo diritto interno). In prospettiva, si potrebbe ipotizzare un sistema di scelta della giurisdizione o la creazione di un tribunale *ad hoc*.

¹²⁰ Ulteriori informazioni sulla vicenda esaminata possono essere reperite su <http://www.icann.org/announcements/advisory-29jul02.htm>, nonché agli indirizzi <http://www.icannwatch.org/article.pl?sid=06/02/06/0354225&mode=thread> e <http://www.icannwatch.org/article.pl?sid=02/03/20/081052&tid=24>.

¹²¹ In quanto sarebbe privata della possibilità di «*assisting customers in obtaining dropped or deleted domain names*»: si veda il *Plaintiff's Statement of Claim*, 8 luglio 2003, punto 6, sul sito <http://www.icann.org/general/litigation-pool.htm>.

6.4 Meccanismi «elettorali»

La rappresentanza è un elemento centrale nella *governance* di *Internet*. Anche prima dell'istituzione dell'ICANN, sono state sollevate numerose domande di questa natura: il nuovo mezzo di comunicazione consente una forma di rappresentanza globale? È possibile individuare nuove forme di democrazia in *Internet*? Si possono distinguere, anche se si tratta solo di questione terminologica, una forma di «selezione» da una di «elezione»: la prima riguarda le questioni legate alla scelta dei rappresentanti dell'ICANN; la seconda questioni più generali.

Le *ByLaws* descrivono una procedura molto articolata per la selezione dei membri del *Board* (art. VII *ByLaws*). Il *Board* si compone di 15 membri con diritto di voto (direttori) e 6 *liaisons* prive di tale diritto, che possono partecipare alle riunioni e accedere al materiale relativo (art. VI, *section 9*). Sei direttori sono scelti dalle tre *supporting organizations*; otto sono selezionati attraverso un organo particolare, denominato *Nominating Committee* (NOMCOM). Una volta costituito, il *Board* sceglie il presidente (art. XIII, *section 2*). La presenza del NOMCOM è volta a garantire un'ampia rappresentanza. Dunque, norme interne dell'ICANN cercano di coinvolgere tutti i soggetti interessati. Il comitato è composto da rappresentanti dei comitati consultivi, del mondo degli affari, degli operatori, consumatori e gruppi civili (art. VII). Esso deve agire in maniera indipendente. Nel 2006, per la rinnovazione del NOMCOM e del *Board*, è stata pubblicata una nuova procedura, accompagnata dall'adozione di un «Codice etico», che detta alcuni principi che devono guidare il comportamento dei delegati (ad esempio, integrità, competenza, assenza di conflitto di interessi)¹²².

La struttura e i procedimenti previsti presentano, però, alcuni inconvenienti. L'art. VI, *section 2*, delle *ByLaws*, stabilisce che l'«ICANN *Board* is composed of members who in the aggregate display diversity in geography, culture, skills, experience, and perspective». La *section 5* parla, inoltre, di «rappresentanza internazionale». I risultati, però, si fanno ancora attendere. Voci critiche sottolineano la modesta posizione riservata al vero nucleo della «comunità telematica», in quanto, l'*At-large advisory committee* elegge solo cinque direttori, invece dei nove previsti dalla prima versione delle *ByLaws*, del 1998¹²³. Nel 2000 è stata attuata una procedura allargata di selezione per i rappresentanti di tale comitato. «*The results [...], were stunning*», in quanto «*all of the candidates nominated by ICANN's nominating committee were defeated*». Nonostante

¹²² Si veda il sito <http://nomcom.icann.org/>.

¹²³ La prima versione dello statuto è reperibile su <http://www.icann.org/general/archive-bylaws/bylaws-06nov98.htm>.

l'esito, i nuovi rappresentanti, che avevano delle posizioni contrarie all'ICANN, «*were put aside in order to reduce their impact over the corporation activity*»¹²⁴. Si è reso evidente, così, che tali meccanismi non sono stati sufficienti per garantire un controllo sull'attività dell'ICANN¹²⁵.

La scelta dei rappresentanti dell'ICANN non assume una valenza generale o politica: piuttosto, si tratta interessi settoriali. Le cose sarebbero diverse se tutti gli utenti finali avessero diritto di voto, ma ciò non è stato mai realizzato: è ancora difficile concepire una forma di «elezione» *on-line* dei direttori. Procedure di «elezione», in senso generale, spostano il discorso sulla possibilità di nuove soluzioni democratiche attraverso la rete. *Internet* è un mezzo capace di ampliare notevolmente le possibilità di partecipazione e interazione tra gli attori¹²⁶. Informazioni prima difficili da reperire si trovano adesso facilmente e a bassi costi. Ciò aumenta il grado di *public knowledge control* tra i cittadini e consente un maggiore controllo sull'operato delle istituzioni¹²⁷.

Nell'arena globale vi è una forte esigenza di promuovere tali valori, al fine di affrontare i problemi di legittimazione politica e democratica¹²⁸. Nel caso in esame, si realizza effettivamente un *trade-off* tra legalizzazione e democrazia: vi è una legalità formale, ma sono in questione i valori sottostanti¹²⁹.

6.5 Processi decisionali

Il *Board* delibera a maggioranza dei membri presenti al momento della decisione; alcune materie richiedono la maggioranza di tutti i membri che compongono il collegio

¹²⁴ M. MUELLER, *Ruling the Root*, cit., p. 200.

¹²⁵ S. CRAWFORD, *The Icann Experiment*, cit., p. 416 ss.; J. PALFREY, *The End of Experiment*, cit., p. 446 ss., spec. p. 450, dove l'ICANN è definito un ente «semi-democratico» (p. 450).

¹²⁶ Y. BENKLER, *Technical is Political: Access to an Open Information Environment*, lezione dell'11 febbraio 2004, *The Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School*.

¹²⁷ La sua rilevanza (anche in chiave politica) è testimoniata dalla presenza di molti centri di ricerca, che si occupano delle nuove definizioni dei diritti e delle libertà costituzionali nel cyberspazio. Si possono ricordare il *Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School*, su <http://cyber.law.harvard.edu/home/>, lo *Stanford Law School Center for Internet and Society*, su <http://cyberlaw.stanford.edu/> e l'*University of Oxford Internet Institute*, su <http://www.oii.ox.ac.uk/>.

¹²⁸ R. STEWART, *Accountability and Discontents of Globalization: US and EU Models for Regulatory Governance*, cit., p. 3; C. MÖLLERS, *Patterns of Legitimacy in Global Administrative Law: Trade-offs between Due Process and Democratic Accountability*, paper presentato al citato «*Second Global Administrative Law Seminar*», *passim*.

¹²⁹ Su tali concetti, C. MÖLLERS, *Patterns of Legitimacy in Global Administrative Law: Trade-offs between Due Process and Democratic Accountability*, cit. L'Autore spiega che i problemi legati al discorso politico in ambito sovranazionale non possono essere risolti attraverso il solo utilizzo di strumenti offerti dal diritto amministrativo. Questi conseguono solo la protezione dei diritti individuali, ma non il raggiungimento di valori politici e di forme egalarie di auto-determinazione. In senso affine, si veda C. HARLOW, *Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values*, in *European Journal of International Law*, XVII, 2006, p. 187 ss. I principi della nuova disciplina sono criticati sotto diversi punti di vista. Quello principale attiene alla considerazione che essi potrebbero mettere in secondo piano, offuscandole, tradizioni giuridiche differenti: in questo modo il pluralismo, essenziale nell'arena sovranazionale, sarebbe negato. L'Autrice spiega anche la differenza tra «principi» e «valori», riconoscendo solo una portata economica e settoriale ai secondi.

(art. II, *section 1, ByLaws*). È prevista, poi, una procedura di *notice and comment* per l'adozione delle *policies*. Questa disposizione era già contenuta nella prima stesura delle *ByLaws*, ma successivi emendamenti hanno contribuito alla sua definizione e al suo ampliamento (art. III, *section 6*). In particolare, prima che il *Board* adotti una misura che coinvolga gli interessi di terzi, deve rendere pubblico il proprio intento, spiegando le ragioni sottese. Tale pubblicazione (sul sito dell'ICANN) deve avvenire tempestivamente, entro un termine tale da consentire ai soggetti interessati di presentare osservazioni; inoltre, deve essere garantita anche la possibilità di replica. Si può parlare, quindi, di meccanismi di partecipazione ai procedimenti decisionali.

Anche qui, però, gli effetti sono discutibili: tali garanzie non ricevono un'adeguata attuazione¹³⁰ e vi sono frequenti episodi di «cattura». Per ovviare a simili problemi si potrebbe scegliere tra due diversi modelli: quello statunitense e quello europeo. Il primo conduce ad un «*adversarial system*», prevedendo meccanismi per limitare la discrezionalità attraverso le norme e stabilendo la possibilità di ricorrere alle vie giudiziarie: è una prospettiva definita di «*hard look*». La seconda, invece, si basa su processi decisionali deliberativi basati sul consenso, sulla scia della teoria della legittimazione procedurale di Habermas¹³¹.

Il metodo fondato sul consenso sembra particolarmente adatto allo scopo. I particolari processi decisionali dell'ICANN dovrebbero essere basati su una nuova forma discorsiva. Attraverso essa si potrebbe dare «voce» a tutti i soggetti coinvolti¹³²: la loro cooperazione potrebbe migliorare le capacità decisionali dell'ente. Attualmente, come accennato, si riscontra un rappresentazione sproporzionata di alcuni interessi, a scapito di altri. È stato dimostrato¹³³ che un simile approccio è particolarmente indicato nei processi decisionali che riguardano aspetti tecnici, in quanto permette risultati migliori. Ciò non esclude la presenza di meccanismi «misti»: il metodo basato sul consenso dovrebbe prevalere nel momento decisionale, ma poi un controllo delle decisioni potrebbe essere assicurato da un organo esterno.

¹³⁰ J. PALFREY, *The End of the Experiment*, cit., p. 437.

¹³¹ R.B. STEWART, *Accountability and Discontents of Globalization: US and EU Models for Regulatory Governance*, cit., p. 29, 32, 38.

¹³² Quest'opinione è espressa anche da S. CRAWFORD, *The Icann Experiment*, cit., spec. p. 436 ss., che ravvisa nel modello basato sul consenso lo strumento per migliorare l'attività dell'ICANN. M. FROOMKIN, *Habermas@Discourse.Net: Toward a Critical Theory of Cyberspace*, cit., afferma una forte prevalenza del metodo discorsivo nel processo di formazione degli *standard* dell'IETF. L'Autore sostiene che questa fondamentale caratteristica dovrebbe essere preservata nelle future scelte di governo della rete.

¹³³ R.B. STEWART, *Accountability and Discontents of Globalization*, cit., p. 25.

Ci si dovrebbe chiedere, infine, *verso chi* l'ICANN dovrebbe essere *accountable*. Come più volte accennato, l'aspetto centrale è legato alla presenza di una risorsa globale. Il pubblico, pertanto, deve essere riconosciuto come vero *account holder*. Non si tratta solo dei governi nazionali, ma anche degli utenti finali e degli operatori. La loro presenza dovrebbe garantire un ente effettivamente basato sul pluralismo¹³⁴.

Nell'insieme, i meccanismi descritti mostrano tre profili di interesse: il rapporto diretto tra ente e soggetti privati; il ricorso a meccanismi propri del diritto amministrativo; il raggio di azione e la portata di alcuni principi nel contesto globale.

Riguardo al primo, si deve evidenziare che il rapporto diretto dei soggetti privati con le istituzioni sovranazionali è uno degli elementi che caratterizza il diritto amministrativo globale¹³⁵. Nel caso in esame si realizza compiutamente una simile fattispecie: l'esperimento delle procedure mette in diretto contatto i privati con l'ente, senza il coinvolgimento degli stati nazionali. Si pensi alle procedure di controllo.

In riferimento al secondo, invece, si osserva che l'ente fa ricorso a strumenti assimilabili a quelli del diritto amministrativo nazionale (come nel caso della partecipazione dei soggetti attraverso la procedura di *notice and comment*). Naturalmente, questi assumono una consistenza diversa rispetto agli istituti di matrice statale: siamo pur sempre in presenza, infatti, di un sistema di *private governance*, con tratti «originali ed innovativi»¹³⁶. I meccanismi si rivelano ancora mutevoli e si concretano attraverso un'osmosi tra distinti regimi e differenti discipline. Inoltre, data la pluralità di enti presenti nel contesto globale, gli strumenti previsti per uno possono differire dagli altri: di conseguenza, non possono essere considerati in maniera unitaria, ma separatamente¹³⁷. È ancora prematuro estrapolare principi comuni e norme generali: i meccanismi delineati hanno un valore specifico che non oltrepassa i «confini» della singola istituzione.

Per quanto attiene al terzo aspetto, alcuni principi traggono la loro origine dagli ordinamenti giuridici nazionali (si pensi ancora alla partecipazione o alla trasparenza). Il loro primordiale sviluppo in questo settore segue un percorso *top-down*¹³⁸: un ente globale applica principi del diritto amministrativo nazionale. Si manifesta però, anche in

¹³⁴ Per questi aspetti, N. KRISCH, *The Pluralism of Global Administrative Law*, cit., per il quale la presenza di diverse «*constituencies*» è considerata uno degli elementi costitutivi del diritto amministrativo globale.

¹³⁵ S. BATTINI, *International Organizations and Private Subjects*, cit., p. 15.

¹³⁶ G. DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, cit., p. 3 e 13.

¹³⁷ E. BENVENISTI, *The Interplay between Actors as a Determinant of the Evolution of Administrative Law in International Institutions*, cit., p. 330.

¹³⁸ R.B. STEWART, *Accountability and Discontents of Globalization*, cit., p. 35.

questo caso, un'importante differenza. Essi non sono stabiliti per governare l'attività di una pubblica amministrazione. Ciò accade, ad esempio, con le disposizioni della convenzione di Aarhus del 1998, o con alcuni principi stabiliti dall'accordo *SPS Agreement*, che dispone garanzie procedurali che devono essere rispettate dalle istituzioni nazionali¹³⁹. Il caso in esame presenta caratteristiche distinte, in quanto i principi sono previsti direttamente per un ente globale – di particolare natura – come l'ICANN.

7. Considerazioni conclusive

L'ICANN è stata concepita come soluzione istituzionale per un mezzo innovativo e straordinario come *Internet*. Il suo ruolo, per le caratteristiche sopra evidenziate, è altamente controverso e suscita complessi problemi di legittimazione e di *accountability*. Le sue funzioni non devono essere completamente cambiate, ma corrette nella giusta direzione.

Essa costituisce un nuovo modello organizzativo, con tratti tipici come il carattere poliedrico delle fonti, l'assenza di una costituzione formale, la presenza di soggetti di diversa natura. Viene confermato – come accade in altri settori, ad esempio l'ordinamento sportivo – un modello di organizzazione privata il quale, però, si è rivelato insufficiente a proteggere gli interessi di settore¹⁴⁰. Da ciò il sempre maggiore coinvolgimento dei soggetti pubblici.

Il diritto amministrativo globale può costituire un mezzo per superare le aporie riscontrate, offrendo gli strumenti per migliorare la trasparenza e la partecipazione dei soggetti interessati. Naturalmente, ci troviamo ancora in una fase primordiale¹⁴¹. I principi affermati, infatti, sono di carattere settoriale e non sono sempre rispettati. La funzione di controllo è ancora inefficiente. Vi sono, inoltre, importanti differenze con le tradizioni nazionali: i meccanismi utilizzati per le amministrazioni statali non possono essere applicati automaticamente in un simile contesto.

Dal punto di vista della legittimazione, comunque, è necessario trovare una soluzione per i problemi sostanziali sottostanti, mediante l'adozione di un vero e proprio

¹³⁹ S. BATTINI, *La globalizzazione del diritto amministrativo e della pubblica amministrazione: quattro percorsi*, cit., p. 341.

¹⁴⁰ J. VON BERNSTORFF, *The Structural Limitations of Network Governance: ICANN as a Case Point*, cit., p. 278-279.

¹⁴¹ Come sottolineato da S. CASSESE, *Un giusto procedimento globale*, cit., p. 174.

«atto costituzionale», idoneo a risolvere i problemi che hanno contrassegnato l'ICANN sin dall'origine. Si prospetta, quindi, una «sinergia» tra il paradigma di diritto internazionale e quello di diritto amministrativo globale, nella ricerca di un legittimo esercizio dei nuovi poteri oltre lo Stato.

Nella Nona Sinfonia di Beethoven vi sono numerosi tentativi di raggiungere la tonalità di Re maggiore, la quale indica il ritorno all'*Elisio*, vale a dire uno stato di purezza, rappresentato musicalmente dall'*Inno alla gioia*. Gli accordi utilizzati dal Maestro, nel corso dei movimenti che precedono l'ultimo, si avvicinano a questa tonalità, ma non la raggiungono compiutamente¹⁴².

La disciplina giuridica della rete presenta lo stesso meccanismo altalenante, nella rincorsa di un assetto stabile e trasparente. Potremmo associare le sue mutazioni con l'uso sapiente che delle triadi fece Beethoven nella composizione del suo capolavoro. Ma, mentre la Nona sinfonia, naturalmente, costituisce un disegno compiuto, definito in tutti i particolari, l'assetto giuridico della rete è il risultato di contingenze. Progressivi assestamenti, come abbiamo visto, hanno cercato di porre rimedio ai difetti strutturali insiti nel modello iniziale, ma i risultati non sono ancora quelli sperati.

Vedremo se il «governo» di *Internet*, almeno in futuro, sarà in grado di condurci ad un «*Elisio* informatico» di simile portata.

¹⁴² M. SOLOMON, *Su Beethoven. Musica, mito, psicanalisi, utopia*, Torino, Einaudi, 1998, p. 20, 24 ss.