



CONVEGNO DEL GRUPPO DI PISA
IL DIRITTO COSTITUZIONALE E LE SFIDE DELL'INNOVAZIONE TECNOLOGICA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA – 18-19 GIUGNO 2021

POTERI PUBBLICI E POTERI PRIVATI NEL MONDO DIGITALE*

MARCO BETZU**

SOMMARIO: 1. Le idee delle origini. – 2. La sovranità statale nel mondo digitale. – 3. La regolazione di Internet come attuazione della Costituzione. – 4. Il sistema di controllo dei contenuti: il caso *Facebook*. – 5. *Ubi social, ibi potestas*: le costituzioni sociali del mondo digitale. – 6. La timida risposta europea: il *Digital Services Act*. – 7. Problemi di oligopolio. – 8. Abbiamo bisogno di un costituzionalismo digitale? – 9. Una proposta brandeisiana: spezzare gli oligopoli digitali.

1. Le idee delle origini.

Idee dominanti nei primi anni Novanta hanno collocato il mondo digitale in una dimensione a-giuridica, basata su una autoregolamentazione di tipo tecnico che, da un lato, avrebbe consentito il superamento dei limiti territoriali su cui si fondano i modelli tradizionali di *government* e, dall'altro, avrebbe garantito la libertà degli utenti rispetto ai poteri centralizzati. Si è teorizzato, così, l'avvento per autopoiesi di una *Lex Informatica*¹, intesa come un sistema di regole automatizzate e autoapplicative², non meramente integrative di quelle legali, ma in grado di dar luogo ad un ordinamento

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.

** Professore associato di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Cagliari.

¹ J.R. REIDENBERG, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, in *Texas Law Review*, 1998, 553 ss.

² J.R. REIDENBERG, *Lex Informatica*, cit., 568: «Lex Informatica, however, allows for automated and self-executing rule enforcement. Technological standards may be designed to prevent actions from taking place without the proper permissions or authority».

speciale rispetto al quale l'intervento degli Stati sarebbe stato necessariamente sussidiario.

Questa impostazione ha ricevuto la sua più compiuta (e consapevole) elaborazione nella fondamentale opera *Code* di Lawrence Lessig, ove il termine *code* è usato come sinonimo di *Lex Informatica*³. In informatica, *code* è il codice di testo che costituisce il programma o applicazione (ad esempio, il codice sorgente). Alla base dell'idea di Lessig vi era l'assioma per il quale è il codice che, primariamente, regola il cyberspazio, non necessariamente le fonti normative classiche, perché è il codice che lo fonda: «Life in cyberspace is regulated primarily through the code of cyberspace»⁴. Ciò, peraltro – e questo segna un'evoluzione della tesi di Lessig rispetto a quelle più liberiste – non significherebbe che gli Stati sarebbero impossibilitati a regolare il cyberspazio, ma che l'unica capacità di regolamentazione che essi avrebbero è quella di intervenire sul codice e sull'architettura del sistema: «control of code is power»⁵.

In origine, il codice era stato pensato per realizzare una piattaforma puramente neutrale, improntata alla comunicazione *end-to-end*, ossia da punto a punto, indifferente ai contenuti trasmessi. Era, questa, un'architettura che disabilitava «chiunque fosse al centro *dal* controllare il modo in cui interagiva chi era agli estremi»⁶. La struttura, sotto la pressione delle istanze economiche di cui le *tech companies* sono le prime portatrici, si è nel tempo evoluta, diventando più complessa e realizzando un'interazione tra economia elettronica e infrastrutture di rete. Esse, insieme, lentamente hanno modificato l'architettura di Internet, definendo i termini in base ai quali sono consentiti l'accesso e l'attività nel cyberspazio. Le fonti della regolazione non sarebbero più fonti dirette, ma indirette, perché necessitano, per essere effettive, di avvalersi dell'intermediazione del codice, che incorpora certi valori o ne rende impossibile l'attuazione. Il codice, infatti, veicola le diverse istanze (giuridiche, sociali ed economiche) all'interno della Rete, stabilendo – *de facto* – ciò che l'utente può o non può concretamente fare. Ne regola la vita virtuale, così come le leggi della fisica regolano la vita reale dell'uomo, tanto che qualcuno ha addirittura sostenuto che «il *code* sostituisce il diritto»⁷.

Questa visione, peraltro, non è rimasta confinata agli albori del cyberspazio, ma è stata più recentemente valorizzata. Si è così sostenuta la necessità di affermare con forza un nuovo «diritto di partecipazione alla società virtuale»⁸. Un diritto variamente declinato e non del tutto intelligibile, ma sempre comunque strettamente legato alla «vocazione liberale di Internet»⁹, in contrasto con «la paura che di questa libertà globale mostrano di avere Paesi intolleranti alla tecnologia, perché la vivono come una minaccia al loro potere assoluto»¹⁰. Comune a quest'ottica è l'idea che siano «i governi nazionali

³ L. LESSIG, *Code. Version 2.0*, New York, 2006.

⁴ L. LESSIG, *Code*, cit., 83.

⁵ W.J. MITCHELL, *City of bits: Space, Place, and the Infobahn*, Cambridge, 1996, 112.

⁶ L. LESSIG, *The Future of Ideas*, New York, 2001, trad. it. *Il futuro delle idee*, Milano, 2006, 125.

⁷ E. MAESTRI, *Lex informatica e diritto. Pratiche sociali, sovranità e fonti nel cyberspazio*, in *Ars interpretandi*, 1/2017, 16.

⁸ T.E. FROSINI, *Internet come ordinamento giuridico*, in M. NISTICÒ, P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2014, 63 ss.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

che insidiano Internet e la sua libertà, e dunque è venuto il tempo non di regole costrittive, ma dell’opposto, di garanzie costituzionali per le libertà in rete, di un *Internet Bill of Rights*»¹¹.

2. La sovranità statale nel mondo digitale.

La conseguenza dell’avvento del cyberspazio sarebbe dovuta essere l’erosione della sovranità statale. In particolare, la “sconfinatezza” territoriale aveva portato molti Autori a ritenere in atto un processo di totale eclissi della sovranità statale¹², sia perché gli Stati nazione apparivano «too big, too slow, and too geographically and technically limited to regulate a global citizenry’s fleeting interactions over mercurial medium»¹³, sia perché il cyberspazio sarebbe stato utilizzato dai poteri economici per slegarsi dai limiti territoriali su cui si fondano i modelli tradizionali di *government*.

Tralasciando la misurazione del grado di tale ineffettività (assoluta per alcuni¹⁴, relativa per altri¹⁵), il punto critico di ogni normativa statale che miri a perseguire una tutela delle libertà costituzionali nel cyberspazio sembrerebbe, infatti, proprio la sua capacità di incidere sui rapporti che vivono nella Rete. Si è detto in questo senso che la “aterritorialità” della Rete inciderebbe in negativo sulla capacità dei poteri territoriali di rendere effettive le regole a difesa dei diritti dei cittadini¹⁶.

Questo apparente indebolimento della capacità regolativa dei poteri pubblici, dovuto all’attenuarsi del vincolo territoriale, che secondo molti è un carattere ontologico del cyberspazio, non è che uno dei molteplici aspetti della globalizzazione, intesa come fenomeno di complessa definizione concettuale che ha profondamente trasformato la società del Novecento e le sue istituzioni. Se nei primi anni del secolo scorso Georg Jellinek ricostruiva il concetto di sovranità statale in relazione al territorio, visto come la «sfera di dominazione delimitata nello spazio ed esclusiva»¹⁷, oggi esso – si sostiene – non è più “l’abitazione della sovranità”¹⁸. Non lo è più quanto meno in senso pieno. Lo spazio della globalizzazione – si dice – non è uno spazio di tipo fisico, come i più o

¹¹ S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, 3/2010, 342.

¹² Secondo H.P. GLENN, *The Cosmopolitan State*, Oxford, 2013, 171, «Land has become an ‘old factor’».

¹³ J. BOYLE, *Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors*, in *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 66, 1997, 177.

¹⁴ Ad esempio H. PERRIT Jr., *Jurisdiction in Cyberspace*, in *Villanova Law Review*, 1996, 41.

¹⁵ Cfr. J. GOLDSMITH, *The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 5, 1998; J. HUGHES, *The Internet and the Persistence of Law*, in *Boston College Law Review*, vol. 44, 2003, 359.

¹⁶ Si v. D.R. JOHNSON - D.G. POST, *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 48, 1996, 1367 ss., secondo cui «Cyberspace radically undermines the relationship between legally significant (online) phenomena and physical location. The rise of the global computer network is destroying the link between geographical location and: (1) the *power* of local governments to assert control over online behavior; (2) the *effects* of online behavior on individuals or things; (3) the *legitimacy* of the efforts of a local sovereign to enforce rules applicable to global phenomena; and (4) the ability of physical location to give *notice* of which sets of rules apply».

¹⁷ G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, Milano, 1921, 368.

¹⁸ Per usare un’espressione di N. IRTI, *Norma e luoghi*, Roma-Bari, 2006, 100.

meno antichi confini degli Stati-nazione, ma uno spazio virtuale che vive in un presente «ipetrofico»¹⁹ di cui le nuove tecnologie sono al tempo stesso fattore e prodotto²⁰.

Una simile visione, che come già visto è stata recentemente riproposta nell'ottica di una massimizzazione delle libertà delle persone da affermare contro la pretesa regolativa dei poteri pubblici²¹, risulta tuttavia eccessivamente "ingenua" dinnanzi all'ingresso del potere economico nel cyberspazio. Si pensi non soltanto al fenomeno della tecno-finanza dei *network* economici globali, che ha dato luogo a una «una combinazione agghiacciante e poderosa di impalpabilità e onnipotenza, non-fisicità e potere di determinare la realtà»²², ma anche al recente avvento delle monete virtuali, che non sono emesse da una banca centrale o da altra pubblica autorità e, per questo, costituiscono una minaccia per la sovranità monetaria degli Stati, che da sempre ha costituito la premessa «indispensabile per l'esercizio degli istituzionali compiti di iniziativa e di direzione della politica economica»²³.

Sembra, infatti, che la pretesa libertà del cyberspazio non sia altro che un corollario della nota meta-narrazione dell'idea di "costituzione spontanea"²⁴, che ancora una volta si riaffaccia prepotente nella vita degli uomini e pretende di regolare la realtà sociale celando la sua volontà di potenza dietro lo schermo della neutralità tecnica²⁵, dietro la giustificazione della flessibilità richiesta a un diritto che voglia essere capace di adattarsi prontamente ai continui mutamenti. Giustificazione – pur troppo spesso invocata²⁶ – la quale non può che apparire debole agli occhi del costituzionalista o, quanto meno, di coloro che ritengono di riaffermare i valori delle costituzioni

¹⁹ M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, Bologna, 2002, 7 ss.

²⁰ Così, con preciso riferimento a Internet, G. PASCUIZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2006, 192.

²¹ Si v. S. RODOTÀ, *Recensione a Giovanna De Minico, Internet. Regola e anarchia, Napoli, 2012*, in *Diritto pubblico*, 1/2014, 361: «Se, invece, vi è oggi un oggetto del desiderio degli Stati è esattamente Internet, con interventi molto pesanti, continui, tanto negli Stati autoritari che in quelli democratici. Si può, dunque, comprendere una resistenza volta a garantire il carattere libertario, persino anarchico, di Internet».

²² Z. BAUMAN, *Globalization. The Human Consequences*, New York, 1998, trad. it. *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, 1999, 23, che sottolinea, viceversa, l'asimmetria che così viene a crearsi tra i vincenti della globalizzazione e i perdenti, ossia coloro i quali restano legati a un territorio oramai incapace di attribuire un'identità».

²³ B. INZITARI, *La moneta*, in B. INZITARI – G. VISENTINI – A. DI AMATO, *Moneta e valuta*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. VI, Padova, 1983, 6.

²⁴ Cfr. P. CIARLO, *Contro l'idea di costituzione spontanea*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2002, 101.

²⁵ Giustamente Ch.S. MAIER, *Governance e anti-governance. Note sulla impasse attuale della politica democratica*, in *Parolechiave*, 2/2016, 35 s., sottolinea che al fondo della *governance* risiede la mai sopita aspirazione di governare senza la politica, ovvero «il governo dei "saggi" che detengono una conoscenza scientifica superiore e la cui competenza si afferma in virtù di una superiorità auto-evidente rispetto a obiettivi di parte. Non esclude il consenso popolare, ma assume che il pubblico importante o i gruppi di interesse concordino su procedure e politiche che sono evidentemente a loro favorevoli. Immaginate Sarastro come un ingegnere. I sansimoniani nel XIX secolo e poi i seguaci di Auguste Comte hanno tracciato piani simili di governo per esperti tecnicamente preparati».

²⁶ Si v. B. PASTORE, *"Soft law", gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, 1/2003, 8, secondo cui la *soft law* rappresenterebbe un modello di regolazione «attento all'esigenza di fare della normazione uno strumento capace di adattarsi a dinamiche sociali, economiche, tecnologiche in continuo cambiamento, nonché idoneo a tener conto dei vari interessi in gioco, e volto ad orientare il comportamento dei soggetti, senza costringerli a tenerne uno specifico, indirizzandoli invece, per molti versi, al conseguimento di determinati obiettivi».

democratiche di cui gli Stati sono – allo stato, necessariamente – portatori. Accontentarsi di fare affidamento sulle *magnifiche sorti e progressive* che la Rete e i suoi signori sarebbero in grado di garantire significa sottovalutare la garanzia degli interessi dei cittadini che gli ordinamenti giuridici statali, ancorché offuscati, sono in grado di apprestare mercé la loro concreta attribuzione e attuazione; al contrario, «i diritti umani, privi di fondamento e di difese coercitive (le quali sempre hanno riguardo a singoli soggetti, che vantino specifici e determinati interessi), si disperdono nella genericità enfatica di carte e dichiarazioni e protocolli d’intesa»²⁷.

La sovranità negli Stati costituzionali è intimamente legata al concetto di sovranità popolare e alla tutela dei diritti²⁸. Ma vuoto concetto sarebbe la sovranità popolare, se venisse spogliata della potestà di determinare, per mezzo dei propri rappresentanti democraticamente eletti, l’indirizzo politico generale²⁹. Ove si ritenesse che decisioni fondamentali sulla vita delle persone debbano essere delegate a *tech companies* private, sarebbe evidente l’indebolimento del nesso che dovrebbe legare società civile e istituzioni rappresentative: una pur parziale «attribuzione dell’indirizzo politico ad un soggetto tecnico significa determinare l’interruzione del processo rappresentativo e quindi influire sull’essenza del principio democratico»³⁰.

Può aggiungersi che erosione delle sovranità statali o difficoltà dei poteri pubblici nel disciplinare il cyberspazio non significa affatto una loro eclissi. Al contrario, il cyberspazio non è immune alla regolazione di fonte statale, come le ben note gestioni cinesi e russe ogni giorno dimostrano. La narrazione sulla fine degli Stati, di volta in volta riproposta per diversi campi di azione, appare un discorso che pur non privo di elementi di verità fallisce nella dimostrazione delle sue conclusioni³¹.

Se è vero che sussiste un’evidente difficoltà degli Stati-nazione a governare singolarmente le dinamiche delle attività che si svolgono in Rete, non bisogna dimenticare che le caratteristiche assunte oggi dal mondo digitale, più che un mero fatto, sono – anche – l’esito dell’applicazione di normative nazionali (soprattutto statunitensi), internazionali e di numerose Autorità garanti. Se si dimentica questo aspetto, si rischia di perdere di vista la profondità del fenomeno e non si tiene nel debito conto il ruolo di primissimo piano svolto dalle istituzioni statali nel prevedere e mantenere una architettura della Rete nella quale le *tech companies* hanno potuto prosperare. Non diversamente dalla realtà fisica, anche quella digitale può essere

²⁷ N. IRTI, *Norma e luoghi*, cit., 127.

²⁸ Cfr. G. BERTI, *Sovranità*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, I, Milano, 2007, 1068 ss.

²⁹ Si v. C. MORTATI, sub *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 21 ss.

³⁰ Così, pur se con riferimento al diverso tema dei governi tecnici, E. CATELANI, *Politica e tecnica: presupposti inscindibili del buon governo*, in G. GRASSO (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica*, Atti del Seminario Annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, Como, 20 novembre 2015, Napoli, 2016, 125.

³¹ Cfr. M. LOUGHLIN, *The Erosion of Sovereignty*, in *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, Vol. 45, 2/2016, 57, il quale rileva, negli studi sulla sovranità, «a remarkable proliferation in the use of novel adjectival qualifiers: shared, mixed, divided, pooled, cooperative, floating, multiple, perforated, fragmented, reconfigured, complex, decentralized, agonal, and polymorphous are just some of the terms to have been affixed to the concept». Tuttavia, queste tesi «seem only to generate deeper confusion».

oggetto di regolazione e sanzione. Il ruolo svolto dai formanti normativi dimostra inequivocabilmente che «dagli Stati si parte e agli Stati si ritorna»³².

La fine dello Stato è, dunque, un'idea profondamente sbagliata³³.

3. La regolazione di Internet come attuazione della Costituzione.

Se gli Stati possono incidere sul mondo digitale, occorre però distinguere decisamente in funzione del ruolo che essi hanno assunto, perché esattamente inversi sono i problemi che si pongono³⁴.

Negli Stati totalitari non vi è un problema di regolazione, ma, all'opposto, di lotta per le libertà. Si pensi al caso della Cina: in forza del regime censorio imposto nel Paese il controllo del Governo cinese sulle informazioni che viaggiano in Rete è capillare, perché nel corso degli anni la Cina ha sviluppato un sistema multilivello di controllo del *web*: legislativo; tecnologico, attraverso l'implementazione del controllo dei flussi di informazione nella Rete; economico-coercitivo nei confronti degli operatori esteri del settore; sanzionatorio-individuale nei confronti dei cittadini³⁵. Il controllo della Rete Internet da parte del Governo cinese rispetto alle comunicazioni provenienti o dirette nel Paese è, dunque, pressoché assoluto, analogamente a quanto avviene in altri Stati ove le istanze democratiche continuano ad essere soffocate dall'autoritarismo.

Ben diversa è la situazione nelle democrazie occidentali ove, al contrario, non può più essere messa in discussione la necessità di una regolazione che abbia come obiettivo la riaffermazione, anche nel mondo digitale, dei valori e delle libertà costituzionali pensati per il mondo fisico³⁶.

In questo senso, gli approcci nichilisti o scettici, che conducono a ritenere superati i testi costituzionali e non tengono nella giusta considerazione i rischi derivanti dalla trasformazione del cyberspazio in una «constitution-free zone»³⁷, non hanno ragione d'essere. Le risposte ai problemi generati dall'evoluzione tecnologica, infatti, non vanno ricercate attingendo «alla sempre disputata, disputabile ed incerta natura delle cose»³⁸, ma nell'applicazione delle Costituzioni: è bensì vero che i diritti fondamentali rappresentano la giuridicizzazione di domande sociali sostanzialmente e continuamente avanzate³⁹, ma è altrettanto vero che a quelle domande può esser data risposta perché

³² N. IRTI, *Norma e luoghi*, cit., 158.

³³ P. CIARLO, *Un'idea sbagliata: la fine dello Stato*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana. Atti del XXVI Convegno annuale. Torino, 27-29 ottobre 2011*, Napoli, 2014, 377 ss.

³⁴ Non distingue S. RODOTÀ, *Recensione*, cit., 361.

³⁵ Z. TAI, *The Internet in China. Cyberspace and Civil Society*, New York, 2006, 97 ss.

³⁶ Era questa la tesi di fondo del mio *Regolare Internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2012. Più recentemente, tra i molti, M. MANETTI, *Regolare Internet*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, 2/2020, 35 ss.

³⁷ Cfr. P. SCHIFF BERMAN, *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to 'Private' Regulation*, in *University of Colorado Law Review*, vol. 71, 2000, 1305.

³⁸ C. ESPOSITO, *Considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale 28 dicembre 1962 n. 124 sulla punibilità dell'ammutinamento di marittimi scioperanti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, 1527 s.

³⁹ M. DOGLIANI, *Il «posto» del diritto costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, 534.

l'esistenza dei diritti è un dato giuridico positivo, ossia perché la Costituzione li ha statuiti⁴⁰. Di fronte alla pervasività di ogni tipo di potere, pubblico o privato, la costituzionalizzazione dei diritti svolge appunto una funzione di tutela “superiore”: è il testo, se debitamente interrogato secondo «il solito metodo delle ricostruzioni tecnico giuridiche», come avrebbe detto Carlo Esposito⁴¹, a consentire ai valori costituzionali di fornire le risposte alle richieste di regolazione dei casi nuovi, che alcuni hanno ritenuto di ricavare dalla matrice dell'odierna civiltà tecnologica⁴² e che altri, più correttamente, propongono di ricercare nelle sue pieghe, «saggiando tutte le possibili virtualità interpretative insite nelle disposizioni costituzionali»⁴³. L'interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali⁴⁴ consente loro di garantire le libertà della persona anche nel cyberspazio, fissando i criteri per attuare, pur in quella sede, il corretto equilibrio tra autorità e libertà, sia sul versante pubblicistico che su quello privatistico.

La cartina di tornasole sono la libertà di espressione e le libertà economiche, minacciate – quanto meno nelle moderne democrazie occidentali – non tanto dai poteri pubblici tradizionalmente considerati, ma dalle posizioni oligopolistiche di potere privato delle grandi società dell'economia digitale, la cui neutralità è un mito che è stato definitivamente superato⁴⁵. Si afferma quindi, con evidenza empirica, la necessità di una regolazione pubblica che tuteli le libertà che si esplicano nel mondo digitale contro i nuovi sistemi di controllo generati dalle piattaforme *online*, come Facebook, e più in generale nei confronti dei poteri privati che esercitano la loro influenza sul cyberspazio, senza indugiare in maniera “fideistica”⁴⁶ sulle loro capacità di autoregolazione.

La dottrina anglosassone ha da tempo messo in luce come le piattaforme digitali rappresentino i nuovi controllori della libertà in Rete⁴⁷, i «guardiani dei contenuti e delle informazioni»⁴⁸. Sono piattaforme digitali, secondo la definizione di Gillespie, i siti *online* che ospitano, organizzano e consentono la circolazione dei contenuti degli utenti,

⁴⁰ M. DOGLIANI, *Il «posto» del diritto costituzionale*, cit., 535.

⁴¹ C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 266, in cui «solito» è inteso in senso positivo, in accordo con l'impostazione dell'A., fedele ai canoni argomentativi della tradizione civilistica, cui anche l'interpretazione costituzionale veniva ricondotta.

⁴² Così V. FROSINI, *La democrazia nel XXI secolo*, Roma, 1997, 42, con riferimento alla cosiddetta libertà informatica.

⁴³ A. PACE, *Intervento*, in AA.Vv., *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995, 103.

⁴⁴ Fondamentale sul punto F. PIERANDREI, *L'interpretazione della Costituzione*, in AA.Vv., *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, 509.

⁴⁵ Cfr. M. CUNIBERTI, *Potere e libertà nella rete*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, 3/2018, 13; M. BETZU, *Libertà di espressione e poteri privati nel cyberspazio*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, 1/2020, 117 ss.; C. CARUSO, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, I, Genova, 2020, 159 ss.

⁴⁶ M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, Roma, 2019, 85.

⁴⁷ J.M. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, in *Harvard Law Review*, Vol. 127, 2014, 2296 ss.

⁴⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*, COM/2017/0555 final, par. 23.

assicurandone le interazioni sociali senza essere a loro volta fornitori o produttori di contenuti⁴⁹.

La funzione di questi guardiani digitali è ben diversa oggi da quella svolta dalla figura dell'editore nell'ambito dei media tradizionali, perché essi non veicolano più solo e soltanto informazioni professionali, ma consentono potenzialmente a chiunque di diffondere le proprie idee in ogni parte del globo: *Facebook*, *Twitter* e le altre *tech companies* sono divenute i *gatekeepers*⁵⁰ del mercato delle idee perché, in un regime di sostanziale oligopolio⁵¹, sovrintendono al processo di produzione, distribuzione e controllo del flusso informativo sulla Rete⁵².

Se, come si è in precedenza osservato, l'originaria l'architettura del cyberspazio si basava su una piattaforma neutrale indifferente ai contenuti trasmessi e tale da non consentire a «chiunque fosse al centro di controllare il modo in cui interagiva chi era agli estremi»⁵³, negli ultimi quindici anni, sotto la spinta di nuovi interessi economici e nuove forme di *business*, tale architettura si è evoluta, venendosi a determinare «la singolare situazione per cui gli stessi soggetti che si sono trovati a gestire gli strumenti tecnologici che rendono possibile la più ampia partecipazione all'accesso ed alla diffusione dell'informazione sugli spazi digitali sono allo stesso tempo coloro i quali controllano il flusso dei contenuti che possono transitare sulla rete, in quanto presiedono alla loro rimozione, selezione ed organizzazione»⁵⁴.

Le *tech companies*, pur mettendo a disposizione degli utenti «the most powerful mechanisms available to a private citizen to make his or her voice heard»⁵⁵ e così rappresentando i fori pubblici dell'oggi⁵⁶, hanno lentamente sviluppato l'attitudine a porre regole e sistemi di controllo delle idee immesse nei loro sistemi, creando una formidabile struttura di *governance* privata, tale per cui esse sono divenute i veri “decisori”, coloro i quali hanno «more power to determine who may speak and who may be heard around the world»⁵⁷. Questa *governance*, pur talvolta costituendo una risposta a specifiche richieste da parte degli Stati, come nel caso della legge tedesca sui

⁴⁹ T. GILLESPIE, *Custodians of the Internet. Platforms, and the Hidden Decisions that Shape Social Media*, New Haven-London, 2018, 18 s.

⁵⁰ J. ROSEN, *Google's Gatekeepers*, in *New York Times*, 28 novembre 2008; E. LAIDLAW, *Private Power, Public Interest: An Examination of Search Engine Accountability*, in *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 17, 1/2008, 114: «By controlling the communication infrastructure of the Internet, they have become information gatekeepers».

⁵¹ Cfr. G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, 1/2018, 4.

⁵² E.B. LAIDLAW, *Regulating Speech in Cyberspace. Gatekeepers, Human Rights and Corporate Responsibility*, Cambridge, 2015, 44 ss.

⁵³ L. LESSIG, *The Future of Ideas*, New York, 2001, trad. it. *Il future delle idee*, Milano, 2006, 125, corsivo mio.

⁵⁴ R. PETRUSO, *Le responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a confronto*, Torino, 2019, XVIII.

⁵⁵ *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S., 137 S. Ct. 1730, 2017.

⁵⁶ Sul punto F. MOSTERT, *Free Speech and Internet Regulation*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 14, 2019, 607 ss.

⁵⁷ J. ROSEN, *The Deciders: The Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google*, in *Fordham Law Review*, Vol. 80, 4/2012, 1536. Nello stesso senso F. MOSTERT, ‘*Digital due process*’: a need for online justice, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 15, 5/2020, 379: «The near-omnipotent reach and global influence of the Big Tech players like Facebook, YouTube and Twitter give them unprecedented power to monitor and moderate our speech and public discourse».

*social network*⁵⁸, si fonda prevalentemente sul fatto per il quale «their economic viability depends on meeting users’ speech and community norms»⁵⁹.

4. Il sistema di controllo dei contenuti: il caso Facebook.

In generale, tutte le piattaforme digitali hanno approntato una infrastruttura di moderazione dei contenuti che poggia su regole implicite e su regole esplicite⁶⁰. Le prime sono rappresentate dallo strato logico della piattaforma, ovvero dal suo codice, che costringe i contenuti entro una «architectural regulation»⁶¹. Le seconde sono invece contenute negli standard delle community, ovvero nei documenti che indicano ciò che è consentito e ciò che è invece vietato all’interno della piattaforma. Soprattutto attraverso queste ultime le piattaforme digitali hanno costruito un ordinamento para-giuridico autonomo, soggetto a implementazione, che riconosce diritti, individua divieti e regola la responsabilità degli utenti⁶².

L’attività di moderazione dei contenuti può essere sia *ex ante* che *ex post*.

La moderazione *ex ante* si svolge attraverso sistemi automatizzati di filtraggio dei contenuti, fondati su algoritmi in grado di individuare quelli che rientrano nelle tipologie vietate: non solo attività pornografiche o ripugnanti, ma anche materiali coperti da copyright. In particolare, è massivo l’utilizzo della cosiddetta *hash technology*, che sfrutta i *tag* identificativi delle immagini e dei video per impedirne il caricamento da parte dell’utente o per rimuoverle immediatamente dopo di esso.

La moderazione *ex post*, invece, può essere di due tipologie.

La prima è posta in essere direttamente dalla piattaforma ed è volta a ricercare e ad eliminare contenuti, pagine o gruppi considerati pericolosi perché a carattere terroristico o anche soltanto estremistico. Anche in questo caso è preponderante l’utilizzo di sistemi algoritmici, come testimoniato da Mark Zuckerberg nell’audizione presso il Senato degli Stati Uniti il 10 aprile 2018: «as we sit here, 99 percent of the ISIS and Al Qaida content that we take down on Facebook, our A.I. systems flag before any human sees it. So that’s a success in terms of rolling out A.I. tools that can proactively police and enforce safety across the community»⁶³.

⁵⁸ Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG), 2017.

⁵⁹ K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harvard Law Review*, Vol. 131, 2018, 1625.

⁶⁰ B. SANDER, *Freedom of Expression in the Age of Online Platforms: The Promise and Pitfalls of a Human Rights-Based Approach to Content Moderation*, 43 *Fordham Int’l Law Journal*, 2020, 946 ss.

⁶¹ T. GILLESPIE, *Custodians of the Internet*, cit., 179.

⁶² M.K. LAND, *The Problem of Platform Law: Pluralistic Legal Ordering on Social Media*, 2019, SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3454222>, 4.

⁶³ <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2018/04/10/transcript-of-mark-zuckerbergs-senate-hearing/>

La seconda si serve delle segnalazioni degli utenti (“*flagging*”), a seguito delle quali il contenuto o la pagina vengono esaminati dai moderatori sulla base delle linee guida redatte dalla piattaforma⁶⁴.

Il salto qualitativo rispetto al passato è imponente. Tim Wu ha significativamente definito il sistema di controllo dei contenuti di Facebook «The most comprehensive censorship ever built»⁶⁵. Il giudizio potrebbe apparire provocatorio, ma è aderente alla realtà. La moderazione dei contenuti, infatti, non mira esclusivamente a un esercizio della libertà di espressione che sia al contempo rispettoso dei diritti in conflitto, anche nell’ottica di evitare responsabilità a carico dell’azienda, ma è principalmente funzionale alla massimizzazione dell’interazione sociale generata dalle piattaforme, la quale a sua volta è il mezzo attraverso cui queste sono in grado di perseguire il profitto: «as users spend more time and attention on their sites, platforms can collect ever more behavioral data, improve their targeted advertising and engagement capabilities, and grow their advertising revenue»⁶⁶. Una paradigmatica dimostrazione di ciò è data dal modo in cui la piattaforma organizza il flusso di informazioni con cui ciascun utente può entrare in contatto. Sulla base di un processo di *machine learning*, che sfrutta i dati ricavabili dalla nostra attività sulla piattaforma, l’azienda crea «un flusso personalizzato e diversificato di post di persone, fonti di informazioni, aziende e community con cui hai stabilito una connessione»⁶⁷. L’ideale – o meglio, l’incubo – del *daily me*⁶⁸ ha trovato piena attuazione.

L’introduzione, da parte di Facebook, di un Oversight Board (“Comitato per il controllo”) relativo ai casi più controversi, costruito come ente indipendente dall’azienda, composto da 40 membri da tutto il mondo e incaricato di verificare «se le decisioni sono state prese in conformità con le normative e i valori stabiliti da Facebook» (art. 2 dell’atto costitutivo) non risolve ma anzi conferma il problema.

L’Oversight Board, a prescindere dalla riconosciuta autorevolezza di alcuni dei suoi componenti, è stato infatti pensato e costruito come un ente formalmente indipendente da Facebook, sostenuto sul piano economico da un trust *ad hoc*, ma congegnato per essere strettamente legato alla piattaforma e, comunque, sempre vincolato dai «valori stabiliti da Facebook». È questo, tra gli altri, il punto di principale criticità: l’Oversight Board è un’autorità privata che decide solo alcune controversie tra Facebook e gli utenti – riconosciute come di particolare rilevanza⁶⁹ – secondo principî e

⁶⁴ K. KLONICK, *The New Governors*, cit., 1639 ss., ha ricostruito tre livelli di moderatori su Facebook: il livello 3, il più basso, è quello che esamina giorno dopo giorno la più ampia mole di informazioni ed è composto tipicamente da migliaia di soggetti esterni che lavorano in strutture simili a call centers, distribuite in India, Filippine, Messico, Turchia ed Europa dell’est; il livello 2 supervisiona l’attività del numero 3, esaminandone *random* le decisioni; il livello 1, infine, è composto da esperti giuridici che afferiscono direttamente alla società.

⁶⁵ T. WU, *Will artificial intelligence eat the law? The rise of hybrid social-ordering systems*, in *Columbia Law Review*, 2019, 2022.

⁶⁶ B. SANDER, *Freedom of Expression in the Age of Online Platforms*, cit., 953.

⁶⁷ https://www.facebook.com/help/520348825116417?helpref=related&ref=related&source_cms_id=166738576721085.

⁶⁸ N. NEGROPONTE, *Being Digital*, New York, 1995, 153.

⁶⁹ Art. 2, par. 1: «Il comitato ha la facoltà di scegliere quali richieste esaminare. Nella sua selezione, il comitato cercherà di considerare i casi che hanno il maggior potenziale di guidare le decisioni e le normative future».

valori fissati a sua discrezione dalla piattaforma attraverso formulazioni estremamente vaghe e sfuggenti⁷⁰. Principi e valori fortemente influenzati dal modello di *business* della piattaforma, spacciati come assoluti in un mondo culturalmente e socialmente variegato⁷¹.

Le prime analisi delle poche decisioni sinora rese dal Comitato mostrano come il parametro utilizzato non sia mai l'ordinamento costituzionale dello Stato in cui è stata posta in essere la condotta, «ma solo standard giuridici internazionali, quali quelli delineati dalla Convenzione internazionale sui Diritti Civili e Politici o dalle varie raccomandazioni del Consiglio dell'ONU per i Diritti Umani o dal Relatore speciale per la promozione e protezione delle libertà di opinione ed espressione»⁷², che vengono utilizzati per operare in concreto il bilanciamento tra la libertà di espressione e gli altri valori di riferimento della piattaforma, come dignità e sicurezza. Anche nel famoso caso Trump, deciso il 5 maggio 2021⁷³, il Comitato individua quali parametri di riferimento sia la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, sia i Community Standards elaborati da Facebook, ponendoli sullo stesso piano. Al di là della correttezza o meno della decisione, che ha ritenuto legittima la sospensione dell'account di Trump, ma non appropriata se applicata senza la previsione di un termine finale⁷⁴, l'aspetto più significativo per il costituzionalista non può che essere la commistione tra i valori individuati da Facebook e gli standard internazionali dei diritti umani: così come la tutela dei diritti umani in ambito internazionale viene spesso utilizzata «nel tentativo di cambiare i paradigmi consolidati nell'ordinamento interno»⁷⁵, così l'istituzione e il concreto funzionamento dell'Oversight Board vorrebbe condurre all'evaporazione dei diritti costituzionali statali e al superamento dei delicati bilanciamenti consegnati alle Costituzioni democratiche figlie del costituzionalismo. Ed ecco che la vittima di questa operazione sono proprio le Costituzioni, rimpiazzate da un'autorità privata che si autolegittima.

Per queste ragioni, e nonostante la visione ottimistica di alcuni che lo considerano un primo passo verso una maggiore garanzia della libertà di espressione nella Rete⁷⁶, il Facebook Oversight Board deve essere visto per quello che realmente è. Più che una "Corte Suprema" *su* Facebook, una Corte *di* Facebook: una Corte ottriatà espressione

⁷⁰ Cfr. K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *Yale Law Journal*, vol. 129, 8/2020, 2478.

⁷¹ Cfr. T. GILLESPIE, *Custodians of the Internet*, cit., 8: «Social media platforms may present themselves as universal services suited to everyone, but when rules of propriety are crafted by small teams of people that share a particular worldview, they aren't always well suited to those with different experiences, cultures, or value systems».

⁷² G. CERRINA FERONI, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche*, 16 febbraio 2021, <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9542545>.

⁷³ Case decision 2021-001-FB-FBR.

⁷⁴ Secondo il Board, infatti, «Facebook did not follow a clear published procedure in this case. Facebook's normal account-level penalties for violations of its rules are to impose either a time-limited suspension or to permanently disable the user's account. The Board finds that it is not permissible for Facebook to keep a user off the platform for an undefined period, with no criteria for when or whether the account will be restored» (par. 9).

⁷⁵ R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 145.

⁷⁶ Riferimenti in K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board*, cit., 2491 s.

della «privatizzazione della giustizia digitale su scala globale»⁷⁷. Se poi una siffatta Corte dovesse eventualmente censurare alcune modalità del sistema di moderazione dei contenuti⁷⁸ o proporre modifiche delle policy della piattaforma – come fatto in alcune delle più recenti decisioni⁷⁹ – non sposterebbe granché i termini del problema, che non attengono tanto ai contenuti delle decisioni, come potrebbe pensare qualche annotatore entusiasta dell’esegesi, quanto alla loro legittimazione.

Emerge, allora, il paradosso di fondo del cyberspazio, nel quale la più volte affermata “libertà della rete” è divenuta lo strumento di un “capitalismo della sorveglianza” che mira a predire e modificare i comportamenti umani al fine di garantirsi il controllo del mercato e i relativi profitti⁸⁰, il paravento di un sistema autonomo «che trova una propria dimensione teleologica individuata dagli operatori del Web»⁸¹.

5. Ubi social, ibi potestas: le costituzioni sociali del mondo digitale.

L’architettura promossa dalle piattaforme digitali rinviene una copertura teorica nell’ormai nota tesi delle costituzioni sociali sviluppata negli ultimi anni in numerosi scritti di Teubner.

Le premesse che ne costituiscono il fondamento argomentativo sono tre⁸².

La prima mette in dubbio l’esclusività del rapporto tra costituzioni e Stati-nazione, proponendo una ricostruzione del concetto di costituzione volto a ricomprendervi non solo le costituzioni statali, ma anche le molteplici costituzioni sociali dei «sottosistemi autonomi della società-mondo»⁸³, che l’Autore individua nell’economia globale, nella

⁷⁷ O. POLLICINO, *L’ “autunno caldo” della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it*, 19/2019, 11.

⁷⁸ Si v. ad esempio la decisione sul caso 2020-004-IG-UA, in cui il Board «riconosce che le tecnologie automatizzate sono fondamentali per il rilevamento di contenuti potenzialmente in violazione. Tuttavia, l’applicazione che si basa esclusivamente sull’automazione, in particolare ricorrendo a tecnologie che hanno una capacità limitata di comprendere il contesto, porta a un’applicazione eccessiva delle regole, che interferisce in maniera sproporzionata con la libera espressione dell’utente».

⁷⁹ Così, nella decisione sul caso 2020-006-FB-FBR, il Board «consiglia a Facebook di definire uno Standard della community chiaro e accessibile in merito alla disinformazione sulla salute, chiarendo le regole esistenti e accorpandole in un’unica sede (compresa la definizione di termini chiave come “disinformazione”). L’elaborazione di tali regole dovrebbe essere corredata da “ipotesi dettagliate che illustrano le sfumature di interpretazione e applicazione di [queste] regole” per fornire ulteriore chiarezza agli utenti».

⁸⁰ Il termine e la relativa definizione sono, come è noto, di S. ZUBOFF, *Big other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization*, in *Journal of Information Technology*, 1/2015, 75 ss.: «‘big data’ is above all the foundational component in a deeply intentional and highly consequential new logic of accumulation that I call *surveillance capitalism*. This new form of information capitalism aims to predict and modify human behavior as a means to produce revenue and market control»; S. ZUBOFF, *The age of surveillance capitalism*, 2019, trad. it. *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2020, 213 ss.

⁸¹ C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione*, Bologna, 2013, 144.

⁸² G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali*, Milano, 2012, 69.

⁸³ G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005, 111.

scienza, nella tecnologia, nei media e, più in generale, in tutti gli ambiti della società⁸⁴: una «costituzionalità informale» tale da comprendere «strutture giuridiche multivalenti a più strati»⁸⁵. Tra queste spiccano proprio le piattaforme digitali che «si atteggiavano quali piccole nazioni digitali, in cui si concentra un gran flusso del traffico dati»⁸⁶.

La seconda premessa muove dalla ricognizione di processi di “autocostituzionalizzazione”, intesa come la produzione di norme superiori che allocano i poteri decisionali, disciplinano gli esiti delle loro violazioni e «in analogia con le costituzioni statali, incorporano meccanismi di autolimitazione per ridurre le ingerenze nei confronti di altri attori e altri poteri»⁸⁷. Non è difficile scorgere nei «valori e principî di Facebook», così come nella costituzione del Facebook Oversight Board⁸⁸, un esempio di una siffatta “autocostituzionalizzazione”.

La terza, infine, sarebbe conseguenza necessitata delle prime due: il potere costituente delle costituzioni sociali sarebbe il prodotto dell’incontro tra il sistema sociale e le coscienze individuali, perché è «nelle irritazioni reciproche tra società e individui, comunicazione e coscienza, che nasce il *pouvoir constituant*, il potenziale, la capacità, l’energia, anzi la forza dell’autocostituzione»⁸⁹.

Le costituzioni sociali, così generate e teleologicamente ordinate, possiederebbero le caratteristiche di adempiere funzioni costituzionali in ambiti contrassegnati da interazioni regolate di processi organizzati e di essere espressione di una “meta-codificazione” costituzionale⁹⁰.

Nonostante la precisazione secondo cui «il mero costituirsi di un’autonomia dei media non corrisponde ancora alla loro costituzionalizzazione»⁹¹, quelle descritte da Teubner sono sostanzialmente delle “costituzioni spontanee” espressione del dominio di regimi privati. Sorge, allora, il timore che queste idee finiscano soltanto per soddisfare «la sete di predominio di talune coalizioni di interessi, cui la costituzione democratica non sembra [...] offrire probabilità di successo»⁹². Si può anzi notare come questa teoria, finendo conseguentemente per elevare i poteri privati nella Rete al rango di soggetti costituzionali che di essa divengono i veri sovrani, sia fundamentalmente ispirata al ben noto precetto ideologico «che pretende di limitare il concetto del politico alle sole

⁸⁴ G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali*, cit., 7.

⁸⁵ Cfr. C. THORNHILL, *Constitutional Law from the Perspective of Power: A Response to Gunther Teubner*, in *Social & Legal Studies*, vol. 20, 2/2011, 244.

⁸⁶ E. MAESTRI, *Lex informatica e diritto*, cit., 21.

⁸⁷ Così O. DILLING - M. HERBERG - G. WINTER (ed.), *Responsible Business. Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions*, Oxford, 2008, 8: «In some respects, the quasi-legal orders of world society themselves show constitutional characteristics. In addition to different social and ecological standards and to existing mechanism of control and implementation, superior norms develop that define where the decision-making power should be located, how violations should be handled, and how third parties should be included. By analogy to state constitutions, private regulations embody mechanism of self-restraint to reduce intrusions on other actors and other domains».

⁸⁸ Cfr. L. GRADONI, *Constitutional Review via Facebook’s Oversight Board: How platform governance had its Marbury v Madison*, in *VerfBlog*, 2021/2/10, <https://verfassungsblog.de/fob-marbury-v-madison>.

⁸⁹ G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali*, cit., 53.

⁹⁰ G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali*, cit., 71.

⁹¹ G. TEUBNER, *Il costituzionalismo della società transnazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2014, 196.

⁹² H. KELSEN, *La democrazia*, Bologna, 1998, 173.

questioni pubbliche e biasima ogni sua intromissione nella sfera privata»⁹³. Proprio in quanto complessi di norme private⁹⁴ non è possibile chiamarle costituzioni, essendo espressione di uno “pseudo-costituzionalismo” del tutto antitetico rispetto al costituzionalismo novecentesco, che storicamente ha espresso delle Costituzioni che postulavano un ordine istituzionale e sociale da realizzare *ex novo* ed erano – e sono – «immerse nella pessimistica consapevolezza che tale ordine non si sarebbe realizzato con la spinta autonoma della società civile emancipata»⁹⁵. Al contrario, le costituzioni sociali del mondo digitale legittimano l’esistente, elevando Facebook e i suoi epigoni al ruolo di legislatori, esecutivi e giudici del cyberspazio, senza alcuna separazione dei poteri⁹⁶. Saremmo quindi di fronte all’avvento di un Medioevo digitale⁹⁷ nel quale le piattaforme farebbero la parte dei signori⁹⁸ e gli utenti quella dei servi della gleba: *ubi social, ibi potestas*⁹⁹.

6. La timida risposta europea: il Digital Services Act.

Le preoccupazioni nei confronti dello straripante potere delle autorità private digitali, dapprima emerse nella letteratura americana, hanno infine fatto breccia anche sul versante europeo, nonostante l’antico vizio del legislatore UE, «namely not taking a well-defined and courageous position»¹⁰⁰. La Commissione UE, prendendo atto della necessità di una regolamentazione comune che superi la frammentazione normativa ad oggi esistente, soprattutto in materia di obblighi e responsabilità delle piattaforme digitali, e dopo un’ampia consultazione dei principali *stakeholder*, ha così elaborato due proposte di regolamento: il Digital Services Act¹⁰¹ e il Digital Markets Act¹⁰².

⁹³ R. CAR, *Via giuridica e via sociologica al global constitutionalism: una critica politico-costituzionale*, in *Giornale di Storia Costituzionale*, n. 32/II/2016, 199.

⁹⁴ Cfr. D. GRIMM, *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, Oxford, 2016, 343.

⁹⁵ M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, Milano, 1982, 63.

⁹⁶ Così F. MOSTERT, *‘Digital due process’: a need for online justice*, cit., 380: «The Big Tech giants are in many ways more like governments than companies in many ways. Resplendent with their own constitutions, supreme courts, rules and bureaucracies, Twitter, Facebook and its subsidiaries Instagram and WhatsApp, are the legislators, the executive and the judiciary of the online world—but with no separation of powers».

⁹⁷ Riferimenti in S. RODOTÀ, *Una costituzione per Internet?*, cit., 347 ss.

⁹⁸ Secondo D. RUNCIMAN, *Così finisce la democrazia*, Milano, 2019, 122, Facebook «assomiglia a una corte medievale in cui il potere discende dall’alto».

C. HUGHES, *It’s Time to Break Up Facebook*, in *New York Times*, May 9 2019, ha rilevato che «Facebook’s board works more like an advisory committee than an overseer, because Mark (Zuckerberg) controls around 60 percent of voting shares. Mark alone can decide how to configure Facebook’s algorithms to determine what people see in their News Feeds, what privacy settings they can use and even which messages get delivered. He sets the rules for how to distinguish violent and incendiary speech from the merely offensive, and he can choose to shut down a competitor by acquiring, blocking or copying it».

⁹⁹ Richiamando, secondo una ben diversa prospettiva, il titolo del volume di M.R. ALLEGRI, *Ubi Social, Ibi Ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Milano, 2018.

¹⁰⁰ G. DE MINICO, *Fundamental rights, European digital regulation and algorithmic challenge*, in *Astrid Rassegna*, 2/2021, 16.

¹⁰¹ *Proposal for a Regulation of The European Parliament and Of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*, 2020/0361.

In particolare, l’obiettivo principale del Digital Services Act consiste nell’approntare un sistema di misure volte alla protezione dei diritti fondamentali degli utenti, creando un ambiente digitale competitivo e trasparente. Nel far ciò, la Commissione ha ritenuto di mantenere fermi i principi chiave contenuti nella Direttiva sul commercio elettronico¹⁰³, compreso il regime di responsabilità degli intermediari digitali¹⁰⁴, come interpretato dalla Corte di giustizia dell’Unione Europea¹⁰⁵.

Non è questa la sede per analizzare *funditus* la proposta. Più significativo appare, invece, individuarne le linee di fondo, soprattutto nell’ambito della scelta tra eteroregolazione e autoregolazione delle piattaforme.

Come rilevato da attenta dottrina¹⁰⁶, sebbene l’architettura normativa europea sembri riferirsi a un modello di co-regolazione tra istituzioni pubbliche e autorità digitali private, nel quale cioè i codici privati di condotta che regolano la gestione dei contenuti debbano essere ancillari rispetto alla normativa pubblica, l’impianto del Digital Services Act non fornisce le regole sostanziali utili a definire quali siano le manifestazioni del pensiero vietate, cosicché «this task is delegated to the private self-regulation»¹⁰⁷. In altre parole, la proposta della Commissione appare più attenta alla dimensione procedurale del rapporto tra piattaforma e utenti rispetto a quella sostanziale. In questo senso vanno lette le misure volte a garantire la trasparenza attraverso relazioni dettagliate sull’attività di moderazione dei contenuti (art. 13 e, per le grandi piattaforme, art. 33), a disciplinare più compiutamente i meccanismi di *notice and take down* (art. 14), a rafforzare l’onere motivazionale di caso di rimozione o disabilitazione dell’accesso ai contenuti (art. 15), a implementare i sistemi interni di gestione dei reclami degli utenti (art. 17) e a obbligare le piattaforme a informare prontamente le autorità degli Stati membri nel caso vengano a conoscenza di informazioni relative a gravi reati consumati o tentati (art. 21). Se le disposizioni richiamate possono essere valutate positivamente, non altrettanto è a dirsi per la persistente indeterminatezza delle condotte che consentono alle piattaforme di limitare la libertà di espressione degli utenti. La previsione contenuta nell’art. 35, secondo cui le piattaforme possono partecipare all’elaborazione di codici di condotta “*to contribute to the proper application of this Regulation, taking into account in particular the specific challenges of tackling different types of illegal content and systemic risks, in accordance with Union law*”, legittima sul piano positivo l’assunzione da parte delle *big tech* di inediti compiti para-normativi.

L’approccio scelto dalla Commissione mira giustamente a rinvenire nella dimensione procedurale un terreno comune alle esperienze angloamericane, «per

¹⁰² *Proposal for a Regulation of The European Parliament and Of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*, 2020/0374.

¹⁰³ Direttiva 2000/31/CE.

¹⁰⁴ Ad esempio l’art. 7 del DSA ribadisce l’assenza delle per provider e intermediari digitali di un obbligo generalizzato di controllo sui contenuti ospitati o comunque veicolati: “*No general obligation to monitor the information which providers of intermediary services transmit or store, nor actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity shall be imposed on those providers*”.

¹⁰⁵ Per una panoramica sull’argomento si v. M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, cit., 254 ss.

¹⁰⁶ G. DE MINICO, *Fundamental rights, European digital regulation and algorithmic challenge*, cit., 16.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

affrontare in modo, se non unitario, almeno meno divergente la sfida che pone il ground zero della regolamentazione digitale»¹⁰⁸. Tuttavia, continuare a consentire alle piattaforme di scegliere i valori di riferimento e di cesellare le fattispecie cui si collega la possibilità di limitare le libertà significa «affidare loro un ruolo che può essere accostato al *law-making*»¹⁰⁹, così producendo, come è stato giustamente rilevato, anche «una chiara torsione dell’idea di sovranità, che cessa di configurarsi come concetto riconducibile *in toto* allo spazio pubblico, allo Stato, per diventare invece oggetto di una parziale “condivisione” tra pubblico e privato, se non di una vera e propria “cessione” da parte delle autorità statali a favore del settore ICT»¹¹⁰. Se ad esso si aggiunge la funzione para-giurisdizionale esercitata da organismi come il Facebook Oversight Board, il giudizio deve essere ancora meno generoso.

Non sfugge come questo possa essere tutto sommato comprensibile se ci si pone nell’ottica del costituzionalismo americano, considerato l’orientamento della Corte Suprema che impedisce di riconoscere efficacia orizzontale al Primo Emendamento¹¹¹, che quindi non è invocabile nei rapporti tra privati in base alla *state-action doctrine*¹¹², ma è del tutto inaccettabile nel contesto europeo¹¹³, ove la dottrina tedesca della *drittwirkung*¹¹⁴ appare sostanzialmente condivisa e accettata.

In questo senso l’impostazione del Digital Services Act, anche considerando l’introduzione delle figure dei “punti di contatto” (art. 10), dei coordinatori statali dei servizi digitali (art. 38) e del Comitato europeo per i servizi digitali (art. 47), appare in qualche misura influenzata dalle tesi del *global administrative law*, che vorrebbero trovare lo strumento utile a governare la globalizzazione¹¹⁵ nei meccanismi di *review*, negli obblighi di adeguata motivazione, nella trasparenza e nella responsabilità per le violazioni¹¹⁶. Come il *global administrative law*, così il proceduralismo digitale presupposto nella proposta di regolamento della Commissione UE pare accettare l’idea

¹⁰⁸ O. POLLICINO, *Libertà di espressione, piattaforme digitali e cortocircuiti di natura costituzionale*, in *Privacy&*, 1/2021, 7, il quale si riferisce in particolare «agli obblighi di trasparenza algoritmica per le piattaforme digitali e al data due process che comporterebbe il rafforzamento delle tutele degli utenti nel loro rapporto con le piattaforme».

¹⁰⁹ A. VEDASCHI, *Intelligenza artificiale e misure antiterrorismo alla prova del diritto costituzionale*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, I, cit., 501.

¹¹⁰ A. VEDASCHI, *Intelligenza artificiale e misure antiterrorismo alla prova del diritto costituzionale*, cit., 502.

¹¹¹ Cfr. J. C. KNECHTLE, *Mastering First Amendment Law*, Durham, 2018, 65 ss.

¹¹² Cfr. *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, 587 U.S. ____ (2019): «The Free Speech Clause of the First Amendment constrains governmental actors and protects private actors. To draw the line between governmental and private, this Court applies what is known as the state-action doctrine. Under that doctrine, as relevant here, a private entity may be considered a state actor when it exercises a function “traditionally exclusively reserved to the State.” *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U. S. 345, 352 (1974)». La letteratura sul punto è sterminata: tra i molti si v. M. TUSHNET, *Shelley v. Kraemer and Theories of Equality*, 33 *N. Y. L. Sch. L. REV.*, 1988, 383 ss.; T. PERETTI, *Constructing the State Action Doctrine, 1940-1990*, 35 *LAW & Soc. INQUIRY*, 2010, 273 ss.

¹¹³ Sul punto, diffusamente, M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, cit., 163 ss.

¹¹⁴ Sulla quale il rinvio obbligato è a G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, 63 ss.

¹¹⁵ Una disamina critica di questa e altre simili teorie è, se si vuole, in M. BETZU, *Stati e istituzioni economiche sovranazionali*, Torino, 2018, 89 ss.

¹¹⁶ G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, 2012, 161.

che le grandi imprese private titolari di un interesse egoistico particolare siano poste sullo stesso piano delle istituzioni nazionali cui è rimessa la cura dell'interesse pubblico. Difatti, nel diritto amministrativo globale la partecipazione è garantita sia alle istituzioni nazionali che ai privati e, dunque, si instaurano relazioni «triadiche»¹¹⁷, ovvero tra istituzioni sovranazionali, istituzioni statali e poteri privati. La conseguenza, però, è che in questo modo le regole di condotta che devono presiedere al bilanciamento tra gli interessi in conflitto non saranno necessariamente l'attuazione dei valori costituzionali di riferimento delle comunità nazionali, e quindi espressione del perseguimento dell'interesse generale, ma si ridurranno ad essere il prodotto di una contrattazione: il proceduralismo non è di per sé una garanzia contro l'ingiustizia¹¹⁸.

7. Problemi di oligopolio.

La situazione è senz'altro aggravata dall'oligopolio che si è formato nel settore¹¹⁹ e inquina il *free marketplace of ideas* di cui discorreva Holmes¹²⁰. Lo scandalo generato da *Cambridge Analytica*, che ha visto coinvolta Facebook, ha svelato il modo in cui l'accentramento di un simile potere, esacerbato da un utilizzo algoritmico della profilazione, può concretamente incidere sul funzionamento del gioco democratico: «il più pericoloso dei poteri della rete è quello di manipolare il voto»¹²¹. I *social media* rendono più agevole la pubblica discussione e possono essere uno strumento a favore della democrazia, purché però non siano nelle mani di un numero troppo ristretto di soggetti i quali, per la loro posizione, finiscono per dominare «*how public opinion is organized and governed*»¹²².

Nonostante alcuni ritengano che il dominio delle grandi piattaforme sia un fenomeno di per sé irreversibile¹²³, un *enforcement* del principio della concorrenza appare quindi ineludibile, perché occorre spezzare quella perversa combinazione di «effetti di rete, economie di scala, pratiche di lock-in, economia dei Big Data»¹²⁴ che è sotto gli occhi di tutti.

Il vero problema, allora, è applicare alle piattaforme digitali l'arsenale antitrust, pensato e creato per settori completamente differenti. Difatti, sin dall'affermarsi dei modelli di *law and economics* propugnati dalla Scuola di Chicago, l'attuazione del

¹¹⁷ S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, Bologna, 2013, 67.

¹¹⁸ M. BETZU, *Stati e istituzioni economiche sovranazionali*, cit., 94.

¹¹⁹ Cfr. N. SMYRNAIOS, *Internet Oligopoly. The Corporate Takeover of Our Digital World*, Bingley, 2018, spec. 83 ss.

¹²⁰ O.W. HOLMES, *op. cit.*, 105.

¹²¹ P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, 2/2018, 11.

¹²² J.M. BALKIN, *Free Speech is a Triangle*, in *Columbia Law Review*, vol. 118, 7/2018, 2035.

¹²³ Così R. PARDOLESI - R. VAN DER BERGH - F. WEBER, *Facebook e i peccati da «Konditionenmissbrauch»*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3/2020, 536.

¹²⁴ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Relazione annuale*, 2018, 10.

principio della concorrenza ha sempre avuto come riferimento la teoria del prezzo¹²⁵: ma come è possibile garantire la concorrenza in un mercato caratterizzato dall'assenza del prezzo, nel quale, cioè, le prestazioni rese ai consumatori/utenti sono gratuite? In altre parole: quali strumenti consentono di determinare la quota di mercato di una piattaforma che fornisce gratuitamente i propri servizi e, quindi, senza apparente remunerazione? Il tradizionale modello antitrust non è in grado di risolvere tali interrogativi, perché «the singular focus on market prices has caused a severe dissonance between antitrust law and modern marketplace reality»¹²⁶.

L'esempio paradigmatico, ancora una volta, è dato da Facebook e dalle sue controllate, come Instagram e WhatsApp.

Il modello di mercato di Facebook è stato definito «two-sided»¹²⁷: da una parte si attraggono gli utenti, i quali possono utilizzare la piattaforma gratuitamente; dall'altra parte maggiore è il numero degli utenti, maggiore è la richiesta di inserzioni pubblicitarie che vengono vendute dalla piattaforma medesima, che si serve dei dati ricavati dalle attività degli utenti stessi. In un certo senso Facebook «attract users with various free services and “sell” them to advertisers»¹²⁸. È evidente, allora, che applicando la teoria del prezzo non vi sarebbe mai la possibilità di “attaccare” il primo lato, ovvero quello rappresentato dal rapporto tra piattaforma e utenti. La piattaforma, infatti, non impone prezzi; non limita la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori; non applica condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti; non subordina l'accesso all'accettazione di prestazioni supplementari non connesse all'oggetto del contratto¹²⁹.

Gratuità, tuttavia, non significa liberalità¹³⁰. La prestazione di Facebook è gratuita, ma è comunque causalmente collegata a un interesse patrimoniale della società. Se poi si ragiona in termini sostanziali, più che formali, ci si avvede che l'assenza di prezzo non esclude una controprestazione a carico degli utenti, consistente nei dati che gli utenti cedono a Facebook e Instagram usando i loro servizi e che svelano le loro preferenze, i loro interessi e gusti. I due lati del *business* sono, quindi, strettamente connessi: l'accumulazione dei dati e il loro *mining* costituiscono il valore di scambio del “capitalismo della sorveglianza”¹³¹, di cui gli utenti non hanno effettiva contezza¹³². Ciò

¹²⁵ R.A. POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, 1979, 925 ss. Per un'analisi degli sviluppi successivi, tra i molti, H. HOVENKAMP, *Un esame dell'antitrust del dopo Chicago*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1/2001, 11 ss.

¹²⁶ J.M. NEWMAN, *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 164, 2015, 1197.

¹²⁷ L. FILISTRUCCHI – D. GERADIN – E. VAN DAMME – P. AFFELD, *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2/2014, 297.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ Cfr. l'art. 3 della l. n. 287/1990.

¹³⁰ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, 813 ss.

¹³¹ Cfr. D. SRINIVASAN, *The Antitrust Case Against Facebook: A Monopolist's Journey Towards Pervasive Surveillance in Spite of Consumer's Preference for Privacy*, in *Berkeley Business Law Journal*, 1/2019, 71: «this deterioration of privacy would be directly related to increased revenue and profits»; I. GRAEF, *When Data Evolves into Market Power – Data Concentration and Data Abuse under Competition Law*, in M. MOORE – D. TAMBINI, *Digital Dominance*, New York, 2018, 71 ss.

¹³² Cfr. P.J. HARBOUR – T.I. KOSLOV, *Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets*, in *Antitrust Law Journal*, vol. 76, 3/2010, 780: «the data come from individual

vale persino per un sistema di comunicazione *one-to-one* come WhatsApp, nel quale le recenti modifiche alle politiche di privacy consentono agli inserzionisti di utilizzare le comunicazioni dirette tra privati e aziende¹³³.

Il cambio di passo consiste nel valorizzare l'intreccio tra principio della concorrenza e tutela della privacy, come proposto da quanti hanno cercato di dimostrare che nei mercati “a prezzo zero” i consumatori pagano attraverso i loro dati¹³⁴ e, pertanto, l'obiettivo dell'antitrust dovrebbe essere quello di salvaguardare la competizione garantendo l'interesse degli utenti a ricevere i migliori prodotti possibili in cambio della minor quantità possibile di informazioni¹³⁵. Se si pone mente alla storia del controverso rapporto tra Facebook e privacy, ci si può accorgere del fatto che il deterioramento è iniziato proprio quando la piattaforma è divenuta dominante nel mercato con l'uscita dei principali *competitors*¹³⁶. Non si tratta di sovrapporre o confondere due piani concettualmente diversi, ma di comprenderne le intersezioni¹³⁷, in un'epoca nella quale i dati hanno sempre e comunque un valore economico, sia esso di scambio o meno.

Un'indiretta conferma circa l'opportunità di percorrere questa strada proviene dal «trend che sempre di più, prima nella giurisprudenza della Corte di giustizia e da ultimo negli atti della Commissione, inserisce nella valutazione su determinate pratiche restrittive della concorrenza considerazioni legate all'interesse pubblico dell'Unione»¹³⁸. Interesse che non si esaurisce nella mera efficienza del mercato, ma comprende anche la soddisfazione dei valori compendati nella Carta di Nizza, tra i quali la protezione dei dati personali (art. 8), oltre che, più in generale, di quelli richiamati dall'art. 2 TUE¹³⁹.

consumers, who may or may not realize that they are paying for “free” information or services by disclosing their personal information».

¹³³ <https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/answering-your-questions-about-whatsapps-privacy-policy>: «Precisazioni relative all'Informativa sulla privacy di WhatsApp. In seguito all'aggiornamento della nostra Informativa sulla privacy, abbiamo ricevuto numerose domande alle quali desideriamo rispondere per fare chiarezza ed evitare che continuino a circolare informazioni errate e non veritiere. Ci impegniamo sempre al massimo per far sì che WhatsApp continui ad aiutare la gente a comunicare in modo privato. È importante precisare che l'aggiornamento dell'informativa NON riguarda in alcun modo la privacy dei messaggi che scambi con amici e familiari. Le modifiche riguardano lo scambio di messaggi con le aziende, un servizio del tutto facoltativo, e offrono maggiore trasparenza sulle nostre modalità di raccolta e utilizzo dei dati».

¹³⁴ P. ARANGUEZ-DIAZ, *A New Opportunity for Digital Competition: Facebook, Libra, and Antitrust*, in *Stetson Law Review*, vol. 50, 2020, 204: «Facebook services are not free—users pay with their data and attention».

¹³⁵ J.M. NEWMAN, *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*, cit., 206: «Antitrust law protects the right to the fruits of a competitive marketplace: in zero-price markets, the right to receive the best possible products in exchange for the least possible amount of information».

¹³⁶ D. SRINIVASAN, *The Antitrust Case Against Facebook*, cit., 69 ss.

¹³⁷ E.M. DOUGLAS, *The New Antitrust/Data Privacy Law Interface*, in *The Yale Law Journal Forum*, January 18, 2021, 647 ss.

¹³⁸ G. REPETTO, *Efficienza economica, libertà e tutela dai poteri privati: a cosa serve il principio di libera concorrenza?*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, 1/2021, 112.

¹³⁹ Cfr. G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in M. AINIS – G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, 2019, 25, secondo cui il diritto europeo della concorrenza ha una attitudine «a considerare interessi diversi da quello del benessere del consumatore».

Un recente esempio della valorizzazione europea del legame tra protezione dei dati e concorrenza è dato dalla già citata proposta sul Digital Markets Act.

Gli articoli 5 e 6, infatti, qualificano come sleali o comunque tali da limitare la contendibilità del mercato alcune condotte che impattano sulla gestione dei dati degli utenti, consentendone un indebito accumulo e, quindi, ponendo barriere all’ingresso. Si pensi alla combinazione tra i dati personali ricavati dai servizi della piattaforma con quelli provenienti da terzi (art. 5, lett. a) o all’utilizzo, in concorrenza con gli utenti commerciali, dei dati non accessibili al pubblico generati attraverso le attività di questi ultimi (art. 6, par. 1, lett. a). Si tratta di disposizioni volte a garantire la concorrenza nel mercato dei servizi digitali, considerando anche gli interessi degli utenti e del contesto imprenditoriale: dunque, «to the benefit of society as a whole»¹⁴⁰.

È un approdo che non deve stupire, né preoccupare gli ortodossi dell’antitrust. Non è forse «nel legame tra salvaguardia del pluralismo e rimozione degli ostacoli alla libera determinazione degli operatori economici e degli individui»¹⁴¹ che la tutela della concorrenza «trova anche la sua ragione d’essere più profonda»¹⁴²?

8. Abbiamo bisogno di un costituzionalismo digitale?

Le autorità private, titolari di un vero e proprio potere con il quale possono imporre «ad altri le proprie decisioni»¹⁴³, si sono mostrate in grado di incidere in senso negativo su numerosi interessi di rango costituzionale, prima fra tutti la libertà di espressione. Soprattutto nel contesto europeo essa costituisce una cartina di tornasole utile a mostrare la necessità di una regolazione eteronoma, attraverso la quale individuare il corretto equilibrio tra autorità e libertà.

Occorre partire da una premessa di fondo: che la proclamazione della libertà di espressione garantisca le persone non solo contro il potere pubblico, ma anche contro quello privato, come sostenuto da Carlo Esposito quando scrisse che «libertà e diritti garantiti dalla Costituzione non sono riconosciuti verso le sole autorità ma anche verso i privati»¹⁴⁴. La Corte costituzionale, in una risalente decisione, ha poi convincentemente argomentato l’assunto, utilizzando il ragionamento *a contrario* per dimostrare l’irragionevolezza della soluzione opposta: «Se si pensasse diversamente, si dovrebbe giungere alla conclusione, sicuramente inaccettabile, che la Costituzione, mentre con estremo rigore stabilisce (non importa se in modo esplicito od implicito) quali pubblici interessi possano costituire legittimo limite ai diritti costituzionali di cui si discorre, nel contempo lasci al pieno arbitrio del legislatore ordinario la disciplina dei conflitti fra

¹⁴⁰ Punto 32 dei *Considerando*.

¹⁴¹ G. REPETTO, *Efficienza economica, libertà e tutela dai poteri privati: a cosa serve il principio di libera concorrenza*, cit., 122.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 4.

¹⁴⁴ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano, 1958, 29, nota 61.

questi diritti e gli interessi privati, fino al punto di consentire la totale subordinazione dei primi ai secondi»¹⁴⁵.

Se la libertà di espressione è costituzionalmente protetta anche contro il censore privato, ne consegue che i sistemi di controllo sui quali si basa la *governance* privata delle piattaforme digitali presentano evidenti profili di frizione con il principio costituzionale.

Si tratta di preoccupazioni che – come si è visto – sono emerse anche nella letteratura statunitense, nonostante la riconosciuta inefficacia orizzontale del Primo Emendamento. Inefficacia, peraltro, che proprio in riferimento ai poteri privati del mondo digitale è stata messa in dubbio da una parte ancora minoritaria della dottrina che, pur non volendo direttamente superare la *state-action doctrine*, ha ragionato sulla necessità di rivendicare i valori sottesi alla proclamazione della libertà di espressione anche nei confronti delle grandi piattaforme¹⁴⁶. Se poi si legge il testo della Costituzione americana si farà fatica a rinvenire un fondamento alla *state-action*: «no constitutional text unambiguously prescribes such a rule»¹⁴⁷.

Nell'opinione dissenziente del caso *Abrams*, Oliver Wendell Holmes scolpì quei valori attraverso un'argomentazione che proprio rispetto ai poteri privati del mondo digitale continua ad esprimere una forza senza precedenti:

«una volta constatato che il tempo ha avuto ragione di molte fedi battagliere, possiamo giungere a credere, più di quanto crediamo nei principi fondamentali della nostra condotta, che il bene supremo è meglio raggiunto attraverso il libero commercio delle idee, che la prova migliore della verità è la capacità del pensiero di farsi accettare nella competizione del mercato e che la verità è l'unica base sulla quale i nostri desideri possono comunque essere realizzati. Questa, in ogni caso, è la teoria accolta nella nostra Costituzione. La quale, come tutta la vita, è un esperimento. Ogni anno, se non ogni giorno, dobbiamo scommettere la nostra salvezza su qualche previsione fondata su conoscenze imperfette. Finché tale esperimento fa parte del sistema, penso che dobbiamo costantemente vigilare contro il tentativo d'impedire l'espressione delle opinioni che detestiamo e consideriamo esiziali, tranne che minaccino d'interferire così da vicino con i leciti e urgenti fini del diritto da rendere necessario un riparo immediato per la salvezza del Paese»¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Corte cost., sent. n. 122 del 1970, punto 2 del *Considerato in diritto*

¹⁴⁶ Cfr. P. SCHIFF BERMAN, *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to 'Private' Regulation*, cit., 1266 ss., 1305: «the hope that cyberspace will be a space where individual liberties and constitutional values are a necessary part of the architecture might rapidly fade unless we are willing to rethink the state action doctrine»; D.K. CITRON – N.M. RICHARDS, *Four Principles for Digital Expression (You Won't Believe #3!)*, in *Wash. U. L. Rev.*, vol. 95, 2018, 1385: «just as digital privacy rights require protection against both public and private actors, so does the right to free expression. Even when the First Amendment is properly translated to the digital context, we need to make sure that its values are advanced against private power in digital environments where the state action doctrine renders constitutional doctrine inapplicable. If we are committed to ensuring that our expressive traditions survive the translation to the digital age, nurturing the capacity of free speech in privately-controlled online environments will be essential».

¹⁴⁷ F.I. MICHELMAN, *Alumni Distinguished Lecture in Jurisprudence - Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation*, in *Tennessee Law Review*, vol. 56, 2/1989, 306.

¹⁴⁸ O.W. HOLMES, *Abrams v. United States*, 10 novembre 1910, 250 US 616, 624, in ID., *Opinioni dissenzienti*, Milano, 1975, 105.

La metafora del “libero mercato delle idee” è «inappagante»¹⁴⁹ solo se confusa con un insostenibile *laissez-faire* a vantaggio delle piattaforme. Se invece viene correttamente riconosciuta la situazione oligopolistica che soffoca il settore possono essere valorizzate le virtualità interpretative del principio della libera concorrenza, il cui scopo ultimo è proprio «impedire la formazione di soggetti economici talmente potenti da condizionare l’esercizio delle libertà e il funzionamento della democrazia»¹⁵⁰. Sono nelle Costituzioni, quindi, i principî e i valori che devono guidare il potere politico nel disciplinare il rapporto tra libertà e autorità private, riscoprendo lo statuto delle libertà costituzionali coinvolte.

Eppure, l’inconsapevole tendenza a svalutare i documenti costituzionali è sfociata in numerose elaborazioni, assai eterogenee e spesso contrastanti tra loro, tese ad affermare l’idea di un “costituzionalismo digitale”. In cosa effettivamente esso consista non è però chiaro.

Secondo alcuni sarebbe rappresentato da una «constellation of initiatives that have sought to articulate a set of political rights, governance norms, and limitations on the exercise of power on the Internet»¹⁵¹. Riferendosi a molteplici “carte dei diritti di Internet”, questi Autori parlano di un “costituzionalismo digitale” concepito, sulla scia di Teubner, come una sorta di “costituzionalismo sociale” che consentirebbe «to think about the ‘ideal’ Internet»¹⁵².

Altri, rilevando la crescente attenzione delle istituzioni UE nei confronti delle piattaforme digitali, hanno teorizzato una nuova fase del costituzionalismo europeo, rispetto alla quale l’aggettivo “digitale” implicherebbe «the collocation of constitutionalism in a temporal and material dimension»¹⁵³. Il Digital Services Act ne sarebbe un “esempio paradigmatico”¹⁵⁴.

Altri ancora hanno attribuito al “costituzionalismo digitale” la funzione di adattare i valori del costituzionalismo alla società digitale, liberandolo dai vincoli della dimensione statale e così illuminandone la transizione verso «new values and ideals, like it happened when constitutionalism eventually became ‘democratic’»¹⁵⁵. In particolare, questo processo di “costituzionalizzazione nell’ambiente digitale” prenderebbe le mosse dall’elaborazione di «new constitutional principles at societal

¹⁴⁹ O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell’era di Internet*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, 1/2018, 80.

¹⁵⁰ M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 324.

¹⁵¹ D. REDEKER – L. GILL – U. GASSER, *Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights*, in *International Communication Gazette*, vol. 80, 2018, 303.

¹⁵² D. REDEKER – L. GILL – U. GASSER, *Towards digital constitutionalism?*, cit., 316. Cfr. anche M. SANTANIELLO – N. PALLADINO – M.C. CATONE – P. DIANA, *The language of digital constitutionalism and the role of national parliaments*, in *International Communication Gazette*, vol. 80, 2018, 333, secondo cui «digital constitutionalism has to be interpreted as the interplay between the social process of network design and the legal process of Internet-related law-making».

¹⁵³ G. DE GREGORIO, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2021, 18.

¹⁵⁴ G. DE GREGORIO, *The Digital Services Act: A Paradigmatic Example of European Digital Constitutionalism*, in *Diritti Comparati*, 17 maggio 2021.

¹⁵⁵ E. CELESTE, *Digital constitutionalism: a new systematic theorization*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 33, 1/2019, *passim*, spec. 88 ss.

level»¹⁵⁶ che varrebbero a bilanciare le alterazioni “dell’equilibrio costituzionale” prodotte dalle tecnologie digitali¹⁵⁷.

Abbiamo veramente bisogno di un costituzionalismo digitale di tal fatta?

Se esso viene declinato come sottospecie della teoria del costituzionalismo sociale di Teubner valgono nei suoi confronti le stesse obiezioni a suo tempo mosse contro quest’ultima¹⁵⁸.

Se il concetto viene impiegato in termini descrittivi, onde rinvenire una ragione di fondo delle diverse iniziative sovranazionali volte a disciplinare il cyberspazio, ne viene fatto un uso “irenico”¹⁵⁹.

Se, infine, se ne propone una teorizzazione che pretende di adeguare i valori costituzionali alla realtà delle piattaforme digitali, avanzandone nuove e diverse declinazioni, si finisce più o meno inconsapevolmente per traslare concetti secolari e assiologicamente pregnanti tradendone lo spirito e, dunque, assecondandone un’interpretazione quanto meno parziale. È lo stesso difetto che affligge le teoriche del *global constitutionalism* e del *rule of law* oltre lo Stato¹⁶⁰, di cui sono stati messi in luce «gli slittamenti semantici e la confusione concettuale»¹⁶¹, così come la «povertà d’orizzonti e di aspettative»¹⁶².

Più in generale, “costituzionalismo digitale” è un abuso di denominazione: una formula vaga seppure alla moda, che viene fatta “roteare” senza interrogarsi sulle sue implicazioni, prima fra tutte la carica svalutativa nei confronti delle Costituzioni statali, di cui si presuppone una inadeguatezza che però ci si guarda bene dal dimostrare. Forse, più che di uno sfuggente “costituzionalismo digitale”, abbiamo bisogno di una politica – essa sì – autenticamente costituzionale, che non inseguia la realtà, ma la orienti¹⁶³, rompendo le catene che legano le persone al “capitalismo della sorveglianza” attraverso un radicale cambio di paradigma: è necessario che «la protezione dei beni costituzionali, così come la tutela della libertà o il rispetto della rule of law, vengano progressivamente anticipati rispetto alla produzione delle applicazioni tecnologiche»¹⁶⁴ interiorizzando «i valori tutelati dal diritto costituzionale nella stessa progettazione delle macchine»¹⁶⁵.

¹⁵⁶ E. Celeste, *Digital constitutionalism*, cit., 93.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ *Supra*, par. 6.

¹⁵⁹ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2006, 1668.

¹⁶⁰ Sulle quali sia consentito rinviare a M. BETZU, *Stati e istituzioni economiche sovranazionali*, cit., 89 ss., 97 ss.

¹⁶¹ E. GROSSO, Recensione a Marco Betzu, *Stati e istituzioni economiche sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2018, in *Diritto pubblico*, 3/2020, 1025.

¹⁶² M. LA TORRE, *Miseria del costituzionalismo globale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2017, 42.

¹⁶³ Compito tipico degli Stati secondo R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 139.

¹⁶⁴ A. SIMONCINI – S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell’intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1/2019, 103.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

9. Una proposta brandeisiana: spezzare gli oligopoli digitali.

L’analisi condotta ha cercato di confutare l’assunto, spesso acriticamente ripetuto, secondo cui il cyberspazio sarebbe il mondo delle libertà digitali da preservare contro il potere politico. Al contrario, nelle democrazie occidentali sono i poteri privati, divenuti autorità, a minacciare le libertà costituzionali delle persone, prima fra tutte la libertà di espressione. Tuttavia, il problema del rapporto tra autorità private e libertà non esaurisce le questioni sul campo. Accanto ad esso si pone, infatti, il tema del rapporto tra poteri pubblici e privati, divenuti più grandi e più ricchi di molti Stati occidentali. Per secoli è stato il potere politico l’interlocutore necessario dell’individuo e l’autonomia dei privati è stata costruita come un bilanciamento ai pubblici poteri. Ma nel mondo digitale sono i poteri privati a interfacciarsi con le persone, raccogliendone i dati, profilandole, condizionandone il pensiero¹⁶⁶.

Se si vuole perseguire un approccio regolatorio nei confronti di questi sterminati poteri privati, che sia al tempo stesso realistico ed efficace, non si può non intervenire per spezzare i tanti oligopoli di cui è disseminato il mondo digitale. È questa la principale – ma non l’unica – prospettiva di regolazione cui è chiamato il potere pubblico, cui spetta la “cattura costituzionale” dell’economia digitale.

La proposta di regolamento rappresentata dal Digital Markets Act, così come gli interventi delle Autorità antitrust nazionali – Stati Uniti¹⁶⁷ e Germania¹⁶⁸ su tutte – sono un primo passo verso la giusta direzione, ma non sono sufficienti.

Occorre innanzitutto superare le ortodossie che hanno impedito, ad esempio, di sanzionare efficacemente l’acquisizione di Instagram e WhatsApp da parte di Facebook e che tuttora impediscono di disporre lo smembramento, come invece fatto un secolo fa nei confronti della Standard Oil¹⁶⁹. L’acquisizione di Instagram da parte di Facebook, avvenuta per un miliardo di dollari nel 2012, rappresenta un esempio paradigmatico di come un potere privato della Rete elimini la concorrenza nel suo settore di riferimento semplicemente comprando il più giovane *competitor*, inglobandolo nel suo ecosistema. Straordinaria, come ironicamente commentato da Tim Wu¹⁷⁰, la conclusione dell’Office of Fair Trading britannico, secondo cui non sussistevano prove evidenti che «Instagram would be uniquely placed to compete against Facebook, either as a potential social network or as a provider of advertising space»¹⁷¹. Una misura che potrebbe rivelarsi particolarmente efficace sarebbe la sottoposizione di tutte le procedure di acquisizione da parte delle grandi piattaforme che superino un certo prezzo a una doppia valutazione,

¹⁶⁶ Così C. PINELLI, nel suo intervento al seminario di Astrid *Pluralismo e democrazia nella società digitale. È tempo di regole?*, 29 gennaio 2021.

¹⁶⁷ Federal Trade Commission, Case No.: 1:20-cv-03590, consultabile su https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/051_2021.01.21_revised_partially_redacted_complaint.pdf.

¹⁶⁸ Bundeskartellamt, 6.2.2019, B6-22/16, Facebook.

¹⁶⁹ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

¹⁷⁰ T. WU, *The Curse of Bigness*, London, 2020, 116.

¹⁷¹ Office of Fair Trading, *Anticipated acquisition by Facebook Inc of Instagram Inc*, ME/5525/12, 2012, par. 29.

ex ante e *ex post*. La proposta di Wu consiste in una sorta di “acquisizione sulla parola”, «that is reinvestigated after five years, and dissolved if obviously anticompetitive»¹⁷².

Non può poi essere più procrastinata una seria riflessione sul ruolo dei *big data* nell'economia *data driven*¹⁷³, così come sulla necessità di favorire una competizione che premi le piattaforme che applichino standard di privacy più rigorosi dei concorrenti. In quest'ottica, dovrebbe essere altresì sottoposta a rigoroso scrutinio la pratica della condivisione delle informazioni raccolte dagli utenti con i *partner* terzi delle piattaforme, come inserzionisti e fornitori di servizi. Sarebbe opportuno, inoltre, valutare l'introduzione di *policies* che consentano di superare i vincoli derivanti dal *lock-in*, che rappresenta il principale motore della crescita dei *social network*, onde consentire la trasmigrazione dei propri contenuti da una piattaforma all'altra.

Promettente potrebbe poi essere la strada proposta da Fukuyama e altri, consistente nell'aprire le piattaforme a fornitori terzi di servizi *middleware*¹⁷⁴, in competizione tra loro, che consentirebbero agli utenti di scegliere i criteri attraverso i quali le informazioni vengono filtrate¹⁷⁵. In questo modo verrebbe contenuto il potere delle piattaforme nel mercato delle informazioni, restituendo il controllo alle persone.

È infine venuto il momento di stipulare accordi internazionali in materia di *global minimum tax* a carico delle grandi aziende per combattere il fenomeno dei paradisi fiscali, come proposto dal Presidente Biden¹⁷⁶. È stata l'inerzia degli Stati a consentire alle *big tech* di assumere le dimensioni che hanno oggi, è loro dovere redistribuirne la ricchezza attraverso una tassazione equa, progressiva e soprattutto effettiva.

Se lo scopo del costituzionalismo è la limitazione del potere, «nessuna delle sue forme può logicamente sfuggire al contenimento»¹⁷⁷. E allora è compito del potere politico quello di limitare i poteri privati, prima di esserne fagocitato, se necessario anche attraverso specifiche revisioni dei Trattati europei o delle disposizioni delle Costituzioni statali in materia economica.

Non si tratta di un assunto inedito, né di recente conio. Lo spiegò, più di un secolo fa in un'audizione presso il Comitato sul commercio interstatale del Senato degli Stati

¹⁷² T. WU, *The Curse of Bigness*, cit., 129.

¹⁷³ Cfr., tra i molti, G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, in *Diritto pubblico*, 1/2019, 89 ss.; A. PAPA, *La problematica tutela del diritto all'autodeterminazione informativa nella big data society*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, I, cit., 486.

¹⁷⁴ Secondo una definizione consolidata, i *middleware* sono *software* di raccordo tra due applicazioni per trasmettere dati da una all'altra. L'Enciclopedia Treccani ne dà una definizione ancora più esplicitiva: «elemento architettonico di un sistema informativo che introduce un livello di disaccoppiamento tra il nucleo centrale del sistema (che potrebbe essere costituito da un server o da un mainframe) e le sue parti periferiche, svolgendo, di fatto, un ruolo di mediazione tra i dati e le informazioni elaborati a livello centrale e ciò che viene gestito direttamente a livello di interfaccia con l'utente» (<https://www.treccani.it/enciclopedia/middleware/>).

¹⁷⁵ F. FUKUYAMA – B. RICHMAN – A. GOEL, *How to Save Democracy From Technology. Ending Big Tech's Information Monopoly*, in *Foreign Affairs*, January/February 2021, <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-11-24/fukuyama-how-save-democracy-technology>.

¹⁷⁶ Cfr. <https://www.nytimes.com/2021/05/20/business/economy/global-minimum-tax-corporations.html>.

¹⁷⁷ M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1/1996, 161.

Uniti, Louis Brandeis: «I think we are in a position, after the experience of the last 20 years, to state two things: In the first place, that a corporation may well be too large to the most efficient instrument of production and of distribution, and, in the second place, whether it has exceeded the point of greatest economic efficiency or not, it may be too large to be tolerated among the people who desire to be free»¹⁷⁸.

Si tratta di una sfida che può apparire ardua: i giganti digitali plasmano e controllano quotidianamente la nostra vita in maniera così pervasiva dall'essere divenuti parte integrante di essa. Ma partendo dalle parole di quel grande giurista dobbiamo dare attuazione ai principi costituzionali che rappresentano gli insostituibili strumenti «di civilizzazione dei rapporti umani»¹⁷⁹, proseguendo «la lotta all'arbitrio, la limitazione, il contenimento, la frammentazione del potere»¹⁸⁰. Anche dell'immenso potere privato che governa il mondo digitale.

¹⁷⁸ *Hearings Before the Committee on Interstate Commerce, United States Senate, Sixty-second Congress, Pursuant to S. Res. 98, December 14, 15, and 16, 1911*, Government Printing Office, Washington, 1912, 1174.

¹⁷⁹ G. FERRARA, *Conclusioni*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni*, Napoli, 2008, 377.

¹⁸⁰ *Ibidem*.