



Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università di Torino

FRANCESCA PARUZZO

# I SOVRANI DELLA RETE

PIATTAFORME DIGITALI  
E LIMITI COSTITUZIONALI  
AL POTERE PRIVATO



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI TORINO

Edizioni  
Scientifiche  
Italiane





MEMORIE DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO  
22/2022

*Comitato scientifico delle Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza*

Raffaele Caterina (coordinatore), Alessandra Algostino, Roberto Cavallo Perin, Elena D'Alessandro, Paolo Gallo, Enrico Grosso, Michele Graziadei, Edoardo Greppi, Daniela Izzi, Pier Giuseppe Monateri, Ugo Pagallo, Anna Maria Poggi, Michele Rosboch, Dario Tosi, Michele Vellano, Ilaria Zuanazzi.

FRANCESCA PARUZZO

# I sovrani della rete

*Piattaforme digitali  
e limiti costituzionali al potere privato*



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI TORINO

Edizioni  
Scientifiche  
Italiane



Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

Il presente volume è stato preliminarmente sottoposto a un processo di referaggio anonimo, nel rispetto dell'anonimato sia dell'Autore sia dei revisori (*double blind peer review*). La valutazione è stata affidata a esperti del tema trattato, nominati dal Comitato Scientifico della Collana in conformità al Regolamento delle pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

I revisori hanno formulato un giudizio positivo sull'opportunità di pubblicare il presente volume.

PARUZZO Francesca

I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato  
Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino - 22/2022  
Napoli-Torino: Edizioni Scientifiche Italiane - Università degli Studi di Torino

© 2022 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.  
80121 Napoli, via Chiatamone 7  
[www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)  
[info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

pp. XIV+264; 24 cm  
ISBN: 978-88-495-5059-7

© 2022 Università degli Studi di Torino  
10124 Torino, Via Verdi 8  
[www.collane.unito.it/oa/  
openaccess@unito.it](http://www.collane.unito.it/oa/openaccess@unito.it)

ISBN: 9788875902377

Prima edizione: novembre 2022  
un volume in lingua italiana



Quest'opera è distribuita con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale Non opere derivate 4.0 Internazionale

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

# Sommario

*Introduzione* IX

## CAPITOLO I

*I meccanismi della rete. Come l'esercizio di un'attività economica ha cambiato il modo di conoscere e comunicare*

1. Premessa	1
2. Le piattaforme digitali. Soggetti economici privati e nuove forme di organizzazione del mercato	4
3. Persona digitale e impronta digitale: le tracce lasciate in rete	6
4. Dati personali in cambio di accesso: l'apparente gratuità delle piattaforme digitali	8
5. Algoritmi, big data e black box society: opacità e trasparenza del mondo digitale	13
5.1. Come operano gli algoritmi: meccanismi di <i>machine learning</i> e di <i>deep learning</i>	16
6. Produrre l'informazione. Distribuire l'informazione. Fruire dell'informazione. Cenni	19
6.1. Big data e piattaforme digitali. Gli effetti sulla circolazione delle informazione	23
6.1.1. <i>Filter bubble</i> e polarizzazione	27
6.1.2. L'algoritmo discriminatorio	30
7. La ricezione passiva delle informazioni nel contesto della discussione pubblica	35
7.1. Fake news. Le menzogne alla prova dell'algoritmo	35
7.2. Uso politico dei dati: la manipolazione del consenso elettorale	40
7.3. Il Social Credit System cinese, Cambridge Analytica e il microtargeting politico	43
8. Le conseguenze della rete sulla costruzione dell'identità personale: dal piano individuale al piano relazionale e sociale	48

## CAPITOLO II

*Mezzi di informazione e luoghi della comunicazione*

1. Premessa	57
2. Nuovi luoghi e nuovi mezzi di comunicazione	58
2.1. I mass media quali strumenti di circolazione del pensiero e delle informazioni	59
2.2. La garanzia costituzionale della libertà di informazione	62
3. Tra tutela del pluralismo, logiche di mercato e tendenze all'accentramento degli operatori informativi	66
3.1. La stampa	66
3.2. La radiotelevisione	69
3.3. I media digitali: problemi antichi in un contesto nuovo	77
4. Circolazione dei contenuti sulle piattaforme digitali e censure private	79
5. La politica online: comunicazione e partecipazione nel mondo digitale	85
5.1. Piattaforme digitali e regolamentazione dei contenuti politici	89
5.2. L'assenza di una legislazione elettorale di contorno	94
6. L'opinione pubblica come strumento di partecipazione democratica: dall'opinione pubblica ideale all'opinione pubblica come fenomeno di aggregazione sociale	99

## CAPITOLO III

*Piattaforme digitali come poteri privati: quale tutela per i diritti fondamentali?*

1. Premessa	105
2. Termini e condizioni d'uso. I presupposti dell'esercizio del potere delle piattaforme digitali	107
2.1. Un nuovo assetto di potere?	109
3. Il problema del potere e il suo rapporto con la libertà. Profili di sintesi	110
3.1. Il potere politico quale <i>species</i> dei diversi poteri esercitabili dagli uomini: tra imposizione di limiti e garanzia dei diritti fondamentali	115
3.2. Le implicazioni attuali della teoria della separazione dei poteri	119
4. La sovrapposizione tra sfere di potere nelle mani degli intermediari digitali	121
5. La pervasività del mondo digitale nella sfera riservata al potere pubblico: tra influenza sul legislatore ed esercizio di funzioni giurisdizionali	127

<i>Sommario</i>	VII
6. Coordinate (parziali) di discussione	135
6.1. Potere privato ed effetto orizzontale dei diritti fondamentali	136
6.2. Pubblicità e trasparenza del potere quali strumenti di partecipazione	141
6.2.1. La segretezza dell'algoritmo e l'esigenza della sua conoscibilità	144
7. Quali strumenti di limitazione del potere?	152
CAPITOLO IV	
<i>Trasparenza, partecipazione e arte della separazione nella regolamentazione delle piattaforme digitali</i>	
1. Premessa	155
2. Le costituzioni sociali. Tra regole costitutive ed esigenze limitative	156
3. Dall'auto-regolazione delle piattaforme all'esigenza di etero-regolazione da parte della politica	161
4. Quale regolazione del mercato? La priorità assiologica del principio di uguaglianza e della garanzia dei diritti fondamentali nell'attività di impresa	163
4.1. Attività di impresa e utilità sociale	164
4.2. Libertà economica privata e principio di libera concorrenza	170
5. Sovranità e territorialità nelle esigenze di regolazione	175
5.1. Protezione dei dati e principio di territorialità	181
6. Meccanismi di funzionamento e meccanismi da scardinare: quali spunti di regolamentazione?	184
6.1. Il valore dei dati. Un approccio funzionale	187
6.1.1. I dati come barriera all'ingresso di nuovi operatori	187
6.1.2. Tutela multilivello dell'autodeterminazione informativa e garanzie di effettività	189
6.2. I rimedi strutturali: operatività su più mercati e posizione dominante nel mercato dell'informazione e delle comunicazioni online	196
6.2.1. L'arte della separazione	199
7. Da ipotesi regolative teoriche a proposte concrete di regolazione	202
7.1. USA: separazione delle piattaforme e tutela dei diritti in una prospettiva di garanzia della concorrenza	203
7.2. Digital Service Act e Digital Market Act: privacy, gestione dei dati e separazioni strutturali. Un primo passo nella regolamentazione effettiva del fenomeno a livello europeo?	206
<i>Osservazioni conclusive</i>	213



## Introduzione

Secondo Josef Stadler<sup>1</sup>, in base ai dati del Global Wealth Report 2019<sup>2</sup>, il livello di concentrazione di ricchezza è oggi equivalente a quello riscontrabile nel 1905<sup>3</sup>, quando poche grandi società, nell'ambito del sistema economico di ogni Stato, detenevano il controllo delle infrastrutture chiave del commercio, dei trasporti e delle comunicazioni. La differenza, rispetto a quanto avveniva all'inizio del secolo scorso, è che ora il riferimento non è più all'economia di ciascun Paese, ma al mondo intero e che il ruolo infrastrutturale nell'accesso a un bene o servizio essenziale è svolto da aziende che operano nel settore delle nuove tecnologie e che sono in grado di sfruttare, attraverso Internet, i progressi registrati nel campo dell'intelligenza artificiale e della profilazione algoritmica.

Ruolo centrale in questo contesto è esercitato dalle grandi piattaforme digitali (Google, Amazon, Apple, Meta – che comprende Facebook, Instagram e Whatsapp – e Microsoft), le cui attività si sviluppano nell'ambito di sfere di azione caratterizzate da una costante storica: la capacità di pressione e di condizionamento che l'innovazione tecnologica è in grado di esercitare sui comportamenti umani<sup>4</sup>, nel contesto di un ordine in perenne mutamento ormai scandito dalla «simultaneità e dall'obsolescenza continua»<sup>5</sup>. Tali soggetti, secondo i

<sup>1</sup> Responsabile del Global Family Office di UBS, Global Wealth Management.

<sup>2</sup> Il Credit Suisse Research Institute, a partire dal 2008, pubblica annualmente un Report in cui mette in luce l'andamento a livello globale della distribuzione della ricchezza. Con riferimento ai Report del 2020, del 2021 e del 2022 si è registrato, in conseguenza della pandemia da Covid-19, addirittura un aumento del livello di concentrazione di ricchezza.

<sup>3</sup> R. NEATE, *Billionaires' wealth rises to \$10.2 trillion amid Covid crisis*, in *The Guardian*, 7 ottobre 2020.

<sup>4</sup> M. BETZU, *Regolare Internet. La libertà di informazione nell'era digitale*, Torino, 2012, p. 15.

<sup>5</sup> A. SCHIAVONE, *Storia e destino*, Torino, 2007, p. 7.

risultati dell'*Osservatorio sulle piattaforme online* dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), hanno conseguito, nel 2018, 692 miliardi di euro di ricavi, un importo nettamente superiore al Prodotto Interno Lordo della maggior parte degli Stati del mondo<sup>6</sup>.

Enorme è quindi il potere economico di cui queste piattaforme godono, in grado di stravolgere le dinamiche concorrenziali all'interno del proprio mercato di riferimento e in mercati affini.

Soffermarsi a osservare come da tale concentrazione di ricchezza e risorse private possano derivare forme di subordinazione personale e di discriminazione nella distribuzione e nell'accesso ai beni non è però sufficiente. Al fine di cogliere pienamente le implicazioni di un fenomeno – non nuovo, ma dotato di una pervasività fino a poco tempo fa inedita – è necessario, da una parte, esaminare le dinamiche attraverso cui questi grandi intermediari digitali rivendicano, come soggetti economici e nell'esercizio della propria libera iniziativa, spazi di autonomia dalla politica e dalle regole che la politica pone; dall'altra, è essenziale analizzare come essi non si limitino, nella loro azione, ad attività e rapporti aventi rilevanza esclusivamente privatistica, ma si connotino per una sempre maggiore capacità di penetrare e condizionare la sfera dei diritti e delle libertà dei singoli, nonché gli stessi meccanismi di funzionamento della dialettica democratica.

L'edizione 2019 del *Rapporto della Internet Society Key Features of the Consolidation of the Internet Economy* usa a tal riguardo l'espressione «total service environments», proprio per indicare la tendenza delle piattaforme digitali a espandersi nel maggior numero di direzioni possibili, trasferendo la propria posizione su nuovi terreni di gioco: esse non mediano solo l'acquisizione di beni e la fruizione di servizi ormai ramificati in molte necessità della vita quotidiana, sfruttando la tecnologia ai fini di un'azione economica orientata al profitto<sup>7</sup>, ma, per mezzo di condizioni d'uso che rispondono a logiche proprietarie e a modelli di business, governano l'accesso alla conoscenza e alle informazioni e permettono nuove forme di interazione sociale e politica. Portatori di una «ideologia» della partecipazione (ai discorsi, alle comunicazioni e in generale alla sfera pubblica), gli intermediari digitali contribuiscono in questo modo a produrre «le

<sup>6</sup> Alla luce del World economic Outlook Database dell'ottobre 2021, pubblicato dal Fondo Monetario Internazionale, solo 18 Stati al mondo superano, come Prodotto Interno Lordo, i ricavi di tali piattaforme digitali.

<sup>7</sup> È quello che M. WEBER, *Economia e società* (prima ed 1922), I, Roma-Ivrea, 1974 chiama «orientamento economico», in forza del quale l'azione economica indica gli obiettivi da perseguire, mentre la tecnica offre i mezzi per farlo.

strutture sociali in cui viviamo»<sup>8</sup> e si pongono come arbitri, che pretendono di autolegittimarsi<sup>9</sup> e di gestire, sfruttando l'asimmetria di conoscenza derivante dalla mole di dati a loro disposizione, gli spazi di libertà che essi stessi concedono agli utenti<sup>10</sup>.

Esercitano quindi un potere che esorbita largamente la sola sfera economica. Un potere che è, nei fatti, anche culturale e politico. Si palesano infatti come nuovi soggetti «sovrani» della loro sfera, e pretendono di esercitare tale nuova forma di sovranità ben oltre gli stretti ambiti tecnologici entro cui, apparentemente, si muovono.

Da questa premessa e contesto trae origine il presente lavoro. L'idea da cui muove la ricerca qui presentata è infatti di provare a mettere a confronto i meccanismi che informano il funzionamento dell'ecosistema digitale e le risposte che il diritto, in particolare il diritto costituzionale, è chiamato a elaborare per governare tali fenomeni.

Centrale nel discorso che si intende affrontare è proprio il modo in cui oggi, nella rete, si manifesta il potere, nella sua sempre più accentuata pluralità dimensionale e nelle sue forme sempre più articolate. Nella rete, infatti, si riproducono, con riferimento al rapporto tra libertà e autorità, quelle medesime istanze di garanzia elaborate nel passato nei confronti del potere pubblico, funzionali a evitare che un'eccessiva concentrazione *nei e dei* poteri, «metta a repentaglio le libertà civili e politiche e i diritti sociali dei cittadini, nonché un governo corretto ed efficiente dell'economia e della società»<sup>11</sup>.

Adottando come chiave di lettura quella del limite al potere quale tratto essenziale del costituzionalismo moderno e contemporaneo, l'obiettivo che si intende (cercare di) perseguire è quello di comprendere se e come sia possibile ridurre lo scarto, oggi più che mai esistente, tra l'esigenza di una regolamentazione politica – di un vincolo, appunto – all'azione di tali nuovi poteri digitali e la contrapposta pretesa di questi ultimi di rimettere la propria attività «alla negoziazione *iure privatorum*»<sup>12</sup>.

Il costituzionalismo, nella declinazione offerta dai principi che informano il nostro ordinamento, è in questo contesto in grado di pro-

<sup>8</sup> J. VAN DIJCK-T. POELL-M. DE WAAL, *Platform Society. Valori pubblici e società connessa*, Milano, 2019, p. 24.

<sup>9</sup> P. STANZIONE (a cura di), *I poteri privati delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, 2022, p. 2.

<sup>10</sup> M. SORICE, *Democrazia Futura. Platform society, ovvero società delle piattaforme*, in *KeyforBiz*, 21 aprile 2021.

<sup>11</sup> G. BOGNETTI, *Poteri (divisione dei)*, in *Dig. Disc. Pubb.*, Torino, 1996, p. 375.

<sup>12</sup> G. DE MINICO, *Libertà in rete. Libertà dalla rete*, Torino, 2020, p. XX.

porre una prospettiva che al tempo stesso tenga in considerazione il carattere internazionale di tali fenomeni – presupposto e contesto di esame imprescindibile – e tenti di dare soluzione ai classici problemi costituzionali di giustificazione, controllo, garanzie e limiti.

Nel primo capitolo saranno passati in rassegna i meccanismi attraverso cui le piattaforme digitali operano, sfruttando la profilazione algoritmica e i dati messi a disposizione, piú o meno consapevolmente, dagli stessi utenti; tali meccanismi determinano fenomeni come le *echo chambers*, le *filter bubble*, la piú facile e veloce diffusione delle *fake news* e il verificarsi di *bias* discriminatori, con una frequenza e una rilevanza prima sconosciute e con il conseguente (rischio di) condizionamento non solo della sfera personale dell'utente, ma anche del piano collettivo, inscindibilmente connesso a quello dei singoli.

Nel riportare i due piani sopra menzionati – individuale e sociale – nel secondo capitolo, a partire dall'art. 21 della Costituzione quale chiave di volta dell'ordinamento costituzionale in materia, si focalizzerà l'attenzione sul modo in cui forme differenti di mezzi di comunicazione (dalla stampa alla televisione, fino oggi ai media digitali), medino e conformino la libertà di esprimere idee e il diritto di diffondere e ricevere informazioni, dominando la sfera pubblica e i luoghi entro cui si realizza la partecipazione<sup>13</sup>. Influenzando i confronti dialogici grazie ai quali i cittadini costruiscono le proprie identità individuali e maturano un'opinione riflessiva<sup>14</sup> si investe infatti la dimensione del discorso pubblico<sup>15</sup> e si esercita, pertanto, un potere. Ciò del resto, come noto, era già chiaramente emerso fin dagli anni '70 del Novecento ed era stato posto al centro del confronto tra la Corte costituzionale e il legislatore con riferimento al settore radiotelevisivo: un'impresa legittimata a operare in tale ambito, non esercita solo un diritto di libertà<sup>16</sup> (anche economica), ma un potere, il cui «valore estetico culturale»<sup>17</sup> assume preminente rilevanza e si estende, fino a sovrapporsi e confondersi con altre manifestazioni di potere, nella sfera culturale e politica, secondo modalità idonee a mutare l'equilibrio complessivo del sistema democratico<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> M. BETZU-G. DEMURO, *I big data e i rischi per la democrazia rappresentativa*, in *Medialaws, Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2020, p. 218.

<sup>14</sup> G. GIACOMINI, *Habermas 2.0. Un approccio filosofico alla neointermediazione e al ritorno (potenziato) dell'agire strategico*, in *Ragion pratica*, n. 1 del 2020, p. 31-32.

<sup>15</sup> J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, 2002, p. 275.

<sup>16</sup> A. PACE, *La televisione pubblica*, cit., p. 259.

<sup>17</sup> M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, 1991, p. 10.

<sup>18</sup> E. VITALE, *Difendersi dal potere. Per una resistenza costituzionale*, Roma-Bari, 2010, p. 73.

Un potere, quindi, che assume connotazione sempre piú pervasiva a partire dall'inizio del nuovo secolo, fino, appunto, all'esplosione dei nuovi servizi del web: essi cambiano i termini dell'offerta e della domanda di informazione<sup>19</sup> e fanno sì che problemi antichi – sul piano della garanzia del pluralismo e della libertà di informazione – assumano portata oggi dirompente. Il potere economico, esercitato da chi detiene i mezzi di comunicazione è infatti posto, nel nuovo contesto digitale, nella condizione di sfruttare la potenza dello strumento attraverso cui sono diffusi messaggi e informazioni, di imporre modelli e di esercitare forme di controllo capaci di mettere in discussione quel pluralismo che necessariamente si colloca alla base di ogni società democratica<sup>20</sup>.

Dal contesto sin qui tratteggiato emerge come, se nei secoli le principali minacce per le libertà dei singoli e per la garanzia di una corretta dialettica democratica sono state identificate con il potere dello Stato, attualmente l'urgenza sia quella di elaborare gli strumenti (teorici e concreti) attraverso cui difendersi da soggetti economici privati capaci di un potere di induzione sociale e politico talvolta superiore a quello degli Stati stessi. Nel mondo contemporaneo, così descritto, il potere politico torna a essere «un sottosistema di un sistema globale» composto dall'intreccio e dalla confusione di poteri sociali e per cui «il controllo del primo non implica affatto il controllo del secondo»<sup>21</sup>.

È alla luce di ciò che nel terzo e nel quarto capitolo si affronterà quello che intende essere il fulcro del discorso e si cercheranno di esaminare le implicazioni che dal contesto tratteggiato derivano nel rapporto tra autorità (di fatto e di diritto<sup>22</sup>) e libertà. In un contesto in cui è ormai venuta meno la congruenza, da tempo piú ideale che reale, tra territorio, Stato e ricchezza che aveva fondato il concetto moderno di sovranità nazionale e che aveva consentito di individuare uno spazio politico entro cui un'autorità esercita il proprio potere<sup>23</sup>, questi nuovi soggetti privati si instaurano nei «luoghi» lasciati liberi dai poteri pubblici, sfruttando la (quantomeno apparente) asimme-

<sup>19</sup> Cfr. E. CHELI, *Libertà di informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Cortecostituzionale.it*, p. 23.

<sup>20</sup> Sulla connessione tra tesi dell'eguaglianza complessa e liberalismo, cfr. F. RIZZO CELONA, *Uguaglianza complessa e liberalismo nel pensiero di Michael Walzer*, in AA.VV., *I filosofi e l'eguaglianza*, Messina, 1992, II, p. 401-413.

<sup>21</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1992, p. 169.

<sup>22</sup> C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, p. 5.

<sup>23</sup> M. REVELLI, *La sinistra sociale. Oltre la civiltà del lavoro*, Torino, 1997, p. 120.

tria tra il carattere globale dei mercati e delle transazioni che ivi si svolgono e quello prevalentemente statale dei pubblici poteri<sup>24</sup> e tendono a farsi assoluti<sup>25</sup>.

Avvertito come necessario un bilanciamento che presupponga e accetti il legame tra tecnica e mercato e al tempo stesso si ponga al di fuori di esso, la prospettiva che si vuole perseguire è quella volta a collocare «il potere tecnologico e la sua proiezione sui modi di vita in una rete di centri di decisione forte, trasparente e obbligata a rispondere alla collettività»<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Roma-Bari, 2021, p. 206.

<sup>25</sup> G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, 2012, p. 4.

<sup>26</sup> A. SCHIAVONE, *Storia e destino*, cit., p. 85.

## CAPITOLO I

### I meccanismi della rete

### Come l'esercizio di un'attività economica ha cambiato il modo di conoscere e comunicare

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le piattaforme digitali. Soggetti economici privati e nuove forme di organizzazione del mercato. – 3. Persona digitale e impronta digitale: le tracce lasciate in rete. – 4. Dati personali in cambio di accesso: l'apparente gratuità delle piattaforme digitali. – 5. Algoritmi, big data e black box society: opacità e trasparenza del mondo digitale. – 5.1. Come operano gli algoritmi: meccanismi di *machine learning* e di *deep learning*. – 6. Produrre l'informazione. Distribuire l'informazione. Gli effetti sulla circolazione delle informazioni. – 6.1.1. *Filter bubble* e polarizzazione. – 6.1.2. L'algoritmo discriminatorio. – 7. La ricezione passiva delle informazioni nel contesto della decisione pubblica. – 7.1. Fake news. Le menzogne alla prova dell'algoritmo. – 7.2. Uso politico dei dati: la manipolazione del consenso elettorale. – 7.3. Il Social Credit System cinese, Cambridge Analytica e il microtargeting politico. – 8. Le conseguenze della rete sulla costruzione dell'identità personale: dal piano individuale al piano relazionale e sociale.

#### 1. Premessa

«Ogni generazione pensa di essere speciale per il sol fatto di essere la generazione presente [...]. Eppure, qualche volta accade davvero di trovarsi a Boston il 16 Dicembre 1773 o a Parigi il 14 luglio 1789»<sup>1</sup> e si assiste alla rivoluzione. Rivoluzione è il concetto con cui più spesso ci si confronta quando, anche al di là dell'analisi più prettamente giuridica, si è chiamati ad analizzare come Internet e le nuove tecnologie, connettendo mercati, comunità e individui<sup>2</sup>, abbiano

<sup>1</sup> L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, p. X. L'autore sostiene che possono essere già individuate tre rivoluzioni scientifiche, portatrici di un rilevante impatto sul modo in cui il singolo concepisce se stesso e comprende il mondo: la rivoluzione copernicana, la rivoluzione darwiniana e la rivoluzione freudiana o, più in generale, quella connessa all'evoluzione delle neuroscienze.

<sup>2</sup> B.L. SMITH, *The third industrial revolution: law and policy for the Internet*,

trasformato la società attuale, modificando altresí profondamente il modo di fare e ricevere informazione<sup>3</sup>.

Il mondo è cambiato da quando, nel 1963, Joseph Licklider propose all'ARPA – l'Advanced Research Project Agency – la creazione dell'Intergalactic Computer Network, una rete di comunicazione «dove chiunque usando il computer di casa avrebbe avuto modo di fare acquisti, operazioni bancarie, ricerche bibliografiche, di ricevere consigli su investimenti e fisco, di partecipare ad attività culturali, sportive, di spettacolo»<sup>4</sup>; da quando, nel 1969, il Dipartimento di Difesa americano finanziò il progetto denominato ARPANET per collegare in rete i centri di calcolo di quattro università americane nelle quali lavoravano ricercatori impegnati in studi innovativi applicabili sia in ambito militare che civile<sup>5</sup>; da quando, nei primi anni Novanta, all'interno di un progetto del Cern di Ginevra, nacque il World Wide Web, che il suo ideatore, Tim Berners-Lee, scelse di non brevettare rendendo di pubblico dominio le procedure di condivisione dei collegamenti ipertestuali ideati per ottimizzare la circolazione dei risultati del lavoro dei colleghi<sup>6</sup>.

Da quel momento, tutti i computer del mondo hanno iniziato a dialogare tra loro e i server, nel giro di pochi anni, si sono moltiplicati: gli utenti della Rete sono cresciuti in modo esponenziale<sup>7</sup>, passando da 2,5 milioni nel 1995 a 4,95 miliardi nel 2022<sup>8</sup>.

Dunque, una rivoluzione della tecnica<sup>9</sup> che, nella sua progressione illimitata a un ritmo e una velocità senza eguali nella storia, si fa fatica

in *Recueil des cours*, 2000, 247. Tali temi sono poi stati ripresi dall'autore, nel 2019, in B. L. SMITH, *The Third Industrial Revolution: Policymaking for the Internet*, in *Science and Technology L. Rev.*, n. 3 del 2019.

<sup>3</sup> Par. 2 delle Conclusioni presentate dall'Avvocato generale Jaaskinen il 25 giugno 2013 nella causa innanzi alla Cort. Giust., c. C131/12, cd. *Google Spain*.

<sup>4</sup> J. GARREAU, *Radical Evolution*, Milano, 2007, p. 20.

<sup>5</sup> Per piú di vent'anni i principali beneficiari delle forme originarie di Internet sono stati gli enti governativi, le università e i centri di ricerca; tuttavia, nel tempo, accanto a tali soggetti «ufficiali» sono sorti i primi gruppi informali di soggetti, in grado di comunicare per mezzo del c.d. Bulletin Bord System.

<sup>6</sup> Nel 1994 è stato fondato presso il Massachusetts Institute of Technology (MIT), in collaborazione con il Cern, il WWW Consortium (W3C), l'agenzia non governativa che da quel momento (e ancora oggi) promuove lo sviluppo dei protocolli, degli standard tecnici del web e dei linguaggi di markup.

<sup>7</sup> Per una ricostruzione piú completa si veda R. MAZZOLA, *Note su Internet e democrazia*, in *Laboratorio dell'Ispef - Istituto per la Storia del pensiero filosofico e scientifico moderno*, 2019, p. 97 ss.

<sup>8</sup> I dati sono tratti dal Global Digital Report che offre statistiche a livello globale del panorama digital e social di 239 Paesi del mondo, Italia inclusa.

<sup>9</sup> H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino 2009, p. 13. L'Autore parla di dominio della tecnica sulle cose e sull'uomo.

a padroneggiare, contenere ed elaborare<sup>10</sup>. È la tecnica, infatti, che decide «senza mediazioni le forme della vita che ci è concesso vivere: le sue occasioni, i suoi ostacoli, le sue prospettive»<sup>11</sup>.

Piú che altri campi, quello delle tecnologie informatiche, rappresenta il settore in cui il rapporto tra tecnica e diritto<sup>12</sup> tende a oscillare tra la rivendicazione della capacità di quest'ultimo di regolare la complessità generata dalla tecnica e la pretesa di sufficienza della tecnica di creare un ordine costituito e indifferente all'intervento del diritto a cui, al contrario, è richiesto di essere neutrale<sup>13</sup>.

Alla base delle trasformazioni a cui si è assistito in questo contesto, vi è la crescente tendenza a scambiare e generare dati attraverso innumerevoli connessioni interindividuali<sup>14</sup>: ogni minuto sono caricate su YouTube circa 500 ore di nuovi video, 695.000 foto sono condivise su Instagram e 70 milioni di messaggi di testo sono spediti via WhatsApp e Facebook Messenger<sup>15</sup>.

Tutto ciò è stato possibile grazie al progresso della c.d. intelligenza artificiale<sup>16</sup> e delle sue espressioni piú proprie, gli algoritmi, procedure automatizzate di calcolo che consentono la trattazione di dati su larga scala e il cui uso, inizialmente limitato a fini commerciali e nell'ambito di dinamiche di mercato<sup>17</sup>, è oggi progressivamente sempre piú esteso<sup>18</sup>.

<sup>10</sup> A. SCHIAVONE, *Storia e destino*, Torino, 2007, p. 53.

<sup>11</sup> A. SCHIAVONE, *Storia e destino*, Torino, 2007, p. 84.

<sup>12</sup> Storicamente, la prima tappa italiana di questo dialogo può essere individuata in un Convegno organizzato a Catania, nel 2000, da P. Barcellona, che vede gli interventi di Natalino Irti ed Emanuele Severino; sul punto si veda N. IRTI-E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001 e N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007.

<sup>13</sup> Cfr. G. FINOCCHIARO, *Riflessioni su diritto e tecnica*, in *Dir. Inf.*, 2012, p. 834 ss.

<sup>14</sup> Non è facile quantificare quanti dati sono scambiati, ma, dal 2016, si è entrati nella c.d. «Zetabyte era» (cfr. Cisco Systems 2017), ovvero il traffico di dati ha superato lo Zetabyte (1000 miliardi di Gigabyte).

<sup>15</sup> C. JENIK, *A Minute on the Internet in 2021*, in *Statista*, 2021. Si consideri che solo in Italia, secondo i dati di Digital 2022, la ricerca condotta da We Are Social e Hootsuite, quasi 50 milioni gli utenti si collegano a Internet quotidianamente.

<sup>16</sup> Il termine Intelligenza Artificiale è stato coniato da John McCarthy, a cui si riconosce di essere stato il primo a considerare tale settore un ambito di ricerca specifico e autonomo. Cfr. Sul punto anche S. RUSSELL-P. NORVIG, *Artificial Intelligence, A Modern Approach*, Edinburgo, 2014, p. 17 e M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in *Biolaw Journal. Rivista di Biodiritto*, n. 1 del 2019, p. 101 ss.

<sup>17</sup> M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in *Medialaws, Rivista di diritto dei media*, n. 2 del 2019, p. 39 ss.

<sup>18</sup> P. COSTA, *Motori di ricerca e social media: i nuovi filtri nell'ecosistema dell'informazione online e il potere occulto degli algoritmi*, in G. AVANZINI-G. MATUCCI (a

## 2. *Le piattaforme digitali. Soggetti economici privati e nuove forme di organizzazione del mercato*

Il funzionamento dei mercati digitali, la tecnologia (anche algoritmica) di cui si servono e le forme di iniziativa economica che sviluppano sembrano portare a compimento il processo che ha avuto inizio con il capitalismo industriale<sup>19</sup>, nella correlazione che esso instaura tra crescita della produttività e aumentata percezione dei bisogni delle persone<sup>20</sup>.

La progressiva abilità di comprendere e rispondere alle esigenze dei singoli è infatti funzionale alla capacità di profitto (anche) di questi nuovi soggetti digitali e accompagna quella trasformazione del web che inizia alla fine degli anni Novanta, con i primi siti dotati di funzioni in grado di consentire agli utilizzatori non soltanto di visionare i contenuti pubblicati dai gestori, ma anche di partecipare attivamente alla loro creazione, inserendo testi e contenuti multimediali<sup>21</sup>. Nel 1995, la società Craigslist crea il primo sito in cui potevano essere inseriti annunci; nello stesso anno, Amazon lancia la propria pagina di commercio elettronico, inizialmente funzionante come una libreria; nel 1998, Google diffonde l'omonimo motore di ricerca, mentre l'anno successivo e-Bay mette online un sito in cui le vendite a distanza erano effettuate sia a prezzo fisso che dinamico, secondo un meccanismo di asta telematica.

cura di), *L'informazione e le sue regole. Libertà, pluralismo e trasparenza*, Napoli, 2016, p. 257.

<sup>19</sup> F. PIZZOLATO, *Mutazioni del potere economico e nuove immagini della libertà*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3 del 2017, p. 1 ss.

<sup>20</sup> Durkheim lo sottolinea all'inizio del XX Secolo: osservando gli sconvolgimenti della sua epoca, egli sostiene che, per quanto gli economisti potessero descrivere tali sviluppi, non erano in grado di coglierne la causa. Ipotizza così che questi cambiamenti siano causati dai nuovi bisogni delle persone. Si veda E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 2016, p. 275. Afferma l'Autore, in queste pagine, che la divisione del lavoro «ci appare diversa da come appare agli economisti. Per loro, la maggior produttività è solo una conseguenza necessaria, una ripercussione del fenomeno. Se ci specializziamo, non è per produrre di più, ma per essere in grado di vivere secondo le nuove condizioni di esistenza create per noi». Si veda anche H. FORD, *Mass Production*, in *Enciclopedia Britannica*, New York, 1926, p. 821.

<sup>21</sup> Per una ricostruzione completa di tale fenomeno si veda A. QUARTA,  *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli, 2020, p. 36 ss. Si consideri in tal senso, che, negli Stati Uniti, tra il 1996 e il 2000 sono state fondate più di cinquantamila nuove società, impegnate nello sviluppo di tecnologie digitali. Cfr. anche B. GOLDFARB-D. KIRSH-D.A. MILLER, *Was There Too Little Entry During the Dot Com Era?*, in *J. of Financial Economics*, 86, n. 1 del 2007, p. 115.

I siti iniziano così a essere concepiti come «infrastrutture digitali»<sup>22</sup>, nuovi modelli tipici di organizzazione dell'impresa, che collegano gruppi diversi di utenti per lo scambio di beni e la prestazione di servizi. Il web, a partire dagli anni 2000, diventa una rete di piattaforme digitali<sup>23</sup>, che sempre più tendono a diversificare i tipi di interazione possibile tra i singoli, così aprendo la strada al fenomeno dei social network.

In questo contesto, si pongono anche le innovazioni adottate da Google all'inizio degli anni 2000: nel periodo successivo al collasso della bolla speculativa di Internet<sup>24</sup>, questa società, al fine di incrementare la vendita di spazi pubblicitari, inizia a constatare come l'efficacia di un messaggio promozionale dipenda essenzialmente dalla capacità di saper individuare un target preciso di destinatari a cui rivolgerlo; a tale scopo elabora un algoritmo, in grado di estrarre dati dalle ricerche effettuate dagli utenti e di trasformarli in prodotti predittivi che ne anticipino le scelte future di consumo, per poi cedere, successivamente, questi stessi prodotti (e i dati in essi incorporati) a chiunque possa essere interessato a monitorare i comportamenti umani. In questo modo, tale piattaforma non abilita transazioni (volontarie) tra gruppi che si collocano su versanti opposti del mercato presidiato, ma attraverso l'estrazione di dati, l'elaborazione e la vendita dei prodotti da ciò derivanti, avvia un innovativo processo produttivo che sarà replicato negli anni a seguire da altre società capaci di sviluppare algoritmi simili.

I dati progressivamente accumulati dalle piattaforme hanno natura diversa: informazioni personali, quando è richiesta la registrazio-

<sup>22</sup> Z. KILHOFFER-K. LENAERTS-M. BEBLAVÝ, *The Platform Economy and Industrial Relations: Applying the Old Framework to the New Reality*, CEPS research report, n. 12 del 2017; M. KENNEY-J. ZYSMAN, *The Rise of the Platform Economy*, in *Issues in Science and Technology*, 32, n. 3 del 2016, p. 61-69.

<sup>23</sup> Sono piattaforme digitali i siti online che ospitano, organizzano e consentono la circolazione dei contenuti degli utenti, assicurandone le interazioni sociali senza essere a loro volta fornitori o produttori di contenuti. In questo senso, la definizione è contenuta in T. GILLESPIE, *Custodians of the Internet. Platforms, and the Hidden Decisions that Shape Social Media*, New Haven-London, 2018, p. 18 ss. La Commissione europea, nella *Comunicazione sul mercato digitale – Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM(15), 192 final – fa riferimento alle piattaforme digitali come a quell'impresa che opera su mercati bilaterali o multilaterali; tuttavia, esse possono anche solo essere intese come intermediario specializzato nel promuovere il coordinamento di due o più gruppi di soggetti diversi.

<sup>24</sup> Esplosa nel 2001, ha determinato il fallimento di molte start-up digitali, come ricostruisce N. SRNICEK, *Capitalismo digitale: Google, Facebook, Amazon e la nuova economia del web*, Roma, 2017, p. 12.

ne sul sito; elementi relativi alla posizione geografica e provenienti dall'indirizzo IP del computer con cui si accede alla rete; preferenze e interessi espressi online tramite gli acquisti, l'uso dei social network, ma anche ricavabili per via algoritmica dall'analisi del tempo che ciascun utilizzatore dedica alla visione di pagine di siti web e alla lettura di particolari sezioni<sup>25</sup>. Diviene sfumata, così, fino quasi a perdere di significato, la tradizionale distinzione tra dati personali, oggetto di tutela e protezione da parte della normativa sulla privacy e non personali, aggregati grazie all'opera delle tecnologie algoritmiche: in questo senso, interferenze nella sfera di intimità e di autonomia di ciascuno non derivano solo più dalla raccolta e dalla lavorazione dei primi.

### 3. *Persona digitale e impronta digitale: le tracce lasciate in rete*

I dati assumono quindi preminente rilevanza in queste dinamiche.

La maggior parte delle persone vive infatti connessa in rete e, attraverso dati e tracce delle azioni, transazioni e interazioni in essa compiute, costruisce e plasma una rappresentazione di sé. Emerge e si afferma, in questo contesto, un «nuovo» modello di persona: la *persona digitale*<sup>26</sup>. Esso non si riferisce solo alle opportunità offerte da una tecnica che rende possibile uno scollamento tra identità reale e digitale<sup>27</sup>, attraverso la volontaria creazione di profili virtuali, in grado di moltiplicarsi per volontà dell'individuo – e addirittura in sostituzione di esso<sup>28</sup> – e capaci di proiettare la personalità di ciascuno non più solo sullo schermo del computer, ma nello spazio, enormemente dilatato, della rete<sup>29</sup>. Le possibilità che l'uso dei dati

<sup>25</sup> A. QUARTA, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, cit. p. 42.

<sup>26</sup> Tale termine è utilizzato per la prima volta da R. CLARKE, *The Digital Persona and Its Application to Data Surveillance*, Canberra, 1993. Per le implicazioni sulla protezione dei dati personali e la tutela dell'identità personale, in rete, si rinvia al par. 8 del presente capitolo.

<sup>27</sup> Sul punto si veda infra par. 8 del presente capitolo.

<sup>28</sup> Si consideri la creazione da parte della società Meta (nominativo assunto a partire dal mese di ottobre 2021 dalla società che controlla Facebook, Instagram e WhatsApp) di un mondo virtuale, il c.d. Metaverso (che prende il nome dal romanzo di N. Stephenson, *Snow crash* del 1992), in cui possono realizzarsi esperienze simili della vita reale.

<sup>29</sup> S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014, p. 28. In tema si veda G.E. VIGEVANI-O. POLLICINO-C. MELZI D'ERIL-M. CUNIBERTI-M. BASSINI (a cura di), *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2019.

mediante gli algoritmi dispiega, disvelano infatti una nuova accezione di identità su cui, a differenza di quella prima descritta, è impossibile esercitare un controllo consapevole<sup>30</sup>: essa risulta «catturata»<sup>31</sup> indipendentemente dal consenso e dalla volontà del suo titolare<sup>32</sup>.

È l'azione delle procedure automatizzate a restituire una copia esatta degli utenti della rete, talvolta più precisa o completa dell'immagine che gli stessi hanno di sé<sup>33</sup> e alimentata non solo da quei dati che gli utenti accettano di scambiare – più o meno coscientemente – al fine accedere a un servizio<sup>34</sup>, ma anche da ulteriori informazioni che chiamano in causa un nuovo concetto: quello di *impronta digitale*<sup>35</sup>. Essa afferisce alla sfera dell'inconsapevole e descrive la mole di dati prodotti dal singolo con le proprie scelte, prima, e collezionati, analizzati ed elaborati dalle piattaforme digitali, poi, senza che l'individuo ne abbia alcuna contezza. *L'impronta digitale* non è quindi solo il risultato delle decisioni di ciascuno (e pertanto dell'esercizio di un diritto), ma è (anzi, soprattutto è) una costruzione soggetta al potere e alle dinamiche di influenza delle piattaforme digitali<sup>36</sup>. Queste ultime si pongono infatti nella condizione di offrire, alimentando una nuova forma di mercato che segue una logica dell'accumulazione, una specifica dieta mediale ritagliata sulle particolarità del singolo; tali soggetti portano invero all'attenzione di ciascun utente i contenuti, i prodotti o i servizi che hanno maggiori probabilità di essere graditi<sup>37</sup>, grazie a

<sup>30</sup> R. DE ROSA, *Digital persona, big data e sfera pubblica. Quali sfide per la democrazia che verrà*, in *Laboratorio dell'ISPF - Istituto per la Storia del pensiero filosofico e scientifico moderno* -, 2019, p. 5.

<sup>31</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 305.

<sup>32</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit. p. 335, in cui l'autore afferma che «riprendendo le riflessioni precedenti sulla nuova razionalità introdotta dalla funzione esercitata dagli apparati tecnologici, si può ulteriormente chiarire la possibilità di un distacco definitivo dell'autonomia dall'identità. Quest'ultima si oggettivizza, segue strade che non sono filtrate dalla consapevolezza individuale, si presenta come un sostituto funzionale dell'autonomia, almeno nel senso che viene costruito uno schema adattivo di una 'identità catturata' in un certo momento, con le sue caratteristiche e quindi affidata a sistemi che si autogestiscono».

<sup>33</sup> B.C. HAN, *Nello sciame. Visioni del digitale*, Milano, 2015, p. 75 e 77.

<sup>34</sup> R. DE ROSA, *Digital persona, big data e sfera pubblica. Quali sfide per la democrazia che verrà*, cit., p. 7.

<sup>35</sup> R. DE ROSA, *Digital persona, big data e sfera pubblica. Quali sfide per la democrazia che verrà*, cit., p. 6.

<sup>36</sup> R. DE ROSA, *Digital persona, big data e sfera pubblica. Quali sfide per la democrazia che verrà*, cit., p. 7.

<sup>37</sup> P. COSTA, *Motori di ricerca e social media: i nuovi filtri dell'ecosistema dell'informazione online*, cit., p. 259. Cfr. altresì C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Riv. Dir. Pubbl. Comp. Speciale*/ 2019, p. 106.

un incrocio automatizzato tra i dati sulle sue scelte pregresse e quelli sulle opzioni degli altri utenti che in passato hanno espresso preferenze simili (quindi, le impronte digitali disseminate in rete).

#### 4. *Dati personali in cambio di accesso: l'apparente gratuità delle piattaforme digitali*

A quanto descritto nel paragrafo precedente e che afferisce alla sfera dell'inconsapevole, soprattutto per quanto attiene alla nozione di *impronta digitale*, è necessario aggiungere che, come accennato, gli utenti, per usufruire dei servizi offerti dai diversi siti, «mettono a disposizione» i propri dati alle piattaforme, instaurando così una dinamica contrattuale per lungo tempo non riconosciuta come tale, di *dati in cambio di accesso*.

È così che, nell'ambito di tale dinamica, i dati acquisiscono un valore economico che è tanto maggiore quante più informazioni sono raccolte e processate.

Nei primi anni di sviluppo della rete, molti gestori, per identificare gli utenti e memorizzare le loro preferenze di navigazione (quindi, per «appropriarsi» dei loro dati), hanno sfruttato la tecnologia offerta dai *cookies*, funzionanti secondo un meccanismo di *opt out* e installati automaticamente sui computer degli utenti<sup>38</sup>, salvo che questi non avessero manifestato una volontà contraria<sup>39</sup>.

G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2018, p. 26; M. AINIS, *Il regno dell'Uroboro. Benvenuti nell'era della solitudine di massa*, Milano, 2018, p. 15. In tale libro l'Autore analizza come la condizione di solitudine di massa in cui l'umanità pare trovarsi renda gli utenti infinitamente connessi e sempre disponibili alle notizie del mondo esterno, ma, al contempo, privati del contraddittorio e della diversità. Si vedano in argomento anche le opere di C. SUNSTEIN, *Republic.com*, Princeton, 2001; *Republic.com 2.0*, Princeton, 2007; #*Republic, La democrazia nell'epoca dei social media*, Bologna, 2017, che si concentrano sull'evoluzione dei sistemi democratici nei nuovi scenari digitali, trattando il tema della digitalizzazione in riferimento a ciò che l'autore considera le precondizioni di buon funzionamento di una democrazia deliberativa. Si veda anche, per la dottrina che richiama, A. SIMONCINI-S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Riv. Fil. Dir.*, n. 1 del 2019, p. 94.

<sup>38</sup> Negli Stati Uniti si è iniziato a parlare di «morte della riservatezza» sulla rete. Cfr. M. FROOMKIN, *The Death of Privacy*, in *Stanford Law Review*, n. 52 del 2000, p. 1461 ss.

<sup>39</sup> Nell'Unione europea questo meccanismo è stato modificato con la Direttiva 2009/136/CE. La Cort. Giust., con la sentenza 1° ottobre 2019, c. 673/17, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände Verbraucherzentrale Bundesverband eV c. Planet49 GmbH, ha da ultimo affermato che l'installazione

È solo nel 1998 che, per la prima volta, le attività di raccolta, trattamento e distribuzione dei dati personali fino a quel momento consentite dai *cookies*, sono state sottoposte all'attenzione della Federal Trade Commission americana in una procedura relativa al gestore del sito GeoCities<sup>40</sup>, cui veniva contestato di porre in essere condotte ingannevoli nei confronti degli utenti che, al momento dell'accesso, non ricevevano alcuna comunicazione sulle attività svolte dal provider con i loro dati. All'esito di tale procedura, a GeoCities è stato imposto di rendere note agli utenti, prima dell'accesso – e della conseguente cessione dei propri dati – quali informazioni il gestore avrebbe raccolto e a quale scopo, a chi queste informazioni sarebbero state eventualmente traferite e, infine, il modo con cui l'utente avrebbe potuto richiedere la cancellazione dagli archivi in cui venivano conservate<sup>41</sup>; in sostanza, a un operatore della rete è stato per la prima volta imposto di rispettare i principi essenziali, ancora oggi alla base della disciplina in materia di protezione dei dati personali, e cioè informazione, accesso, tutela e sicurezza. Da quel momento, i gestori dei diversi siti, in qualunque parte del mondo si trovassero, hanno incominciato a pubblicare un documento, concepito come una mera informativa<sup>42</sup>, in

dei cookies è possibile soltanto se l'utente manifesti un consenso attivo e che questo deve essere espresso mediante la selezione di una casella.

<sup>40</sup> GeoCities era un host provider che consentiva ai propri utilizzatori di caricare pagine web in sezioni del sito che identificavano delle città; la Federal Trade Commission ha agito in base ai poteri attribuiti dal par. 5 del Federal Trade Commission Act. Per un'analisi cfr. M. MARQUIS, *La Federal Trade Commission e la Section 5 del Federal Trade Commission Act. Aspetti istituzionali e penombre giurisdizionali*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2010, p. 385-430.

<sup>41</sup> S. KILLINGSWORTH, *Minding Your own Business: Privacy Policies in Principle and in Practice*, in *J. of Intellectual Property Law & Practice*, 7, 1, 1999, p. 57-98.

<sup>42</sup> Negli Stati Uniti, a livello giurisprudenziale e in dottrina era diffusa la convinzione che l'informativa, una volta resa pubblica, obbligasse i gestori al rispetto degli impegni assunti: la privacy policy era considerata un contratto, ma circa le modalità della sua conclusione esistevano opposte visioni interpretative. Secondo alcune Corti americane, chiamate a decidere casi in cui l'utilizzatore aveva lamentato in giudizio l'inadempimento degli impegni assunti dal gestore descritti dalla privacy policy, il contratto non poteva essere considerato formato validamente, dal momento che l'utilizzatore non aveva espresso in alcun modo la propria accettazione. Né era ritenuta sufficiente, ai fini della validità dell'accordo, una semplice dichiarazione dell'utilizzatore, resa in giudizio, con cui egli affermava di aver letto la policy; così in *In re Northwest Airline Privacy Litigation* (Corte distrettuale del Minnesota 2004), Civ. File No. 04-126 (PAM/JSM) (D. Minn. Jun. 6, 2004), che cita a sua volta il caso *Dyer v. Northwest Airlines Corp* 334 F. Supp. 2d 1196 (D.N.D. 2004). Inoltre, la mancata manifestazione dell'accettazione impediva di verificare se l'utilizzatore avesse effettivamente preso conoscenza del contenuto dell'informativa, elemento che, secondo

cui venivano descritte le modalità dagli stessi adottate per la raccolta e il trattamento dei dati dei loro utilizzatori.

Tale documento veniva sottoposto a una convalida realizzata attraverso un meccanismo elettronico – consistente in una casella da spuntare o in un tasto digitale da premere<sup>43</sup> – in grado di determinare la contestuale accettazione dei termini e delle condizioni d'uso elaborati dalle piattaforme per l'accesso al sito<sup>44</sup>, in un collegamento tecnologico tra due contratti autonomi<sup>45</sup>.

Negli effetti, nonostante gli obiettivi di tutela che avevano mosso la procedura di fronte alla Federal Trade Commission americana, risultava comunque impossibile per l'utilizzatore accedere al sito senza contestualmente conferire i propri dati e aderire alle modalità di raccolta e di trattamento definite unilateralmente dal gestore<sup>46</sup>.

Inoltre, in tale contesto, non si era ancora affermata l'idea che tali dati potessero connotarsi come corrispettivo di natura non monetaria dei servizi (solo apparentemente) gratuiti offerti dalle piattaforme digitali: le parti nulla scambiavano e, di conseguenza, non esisteva un mercato in cui garantire la competizione tra gli operatori economici anche attraverso l'applicazione della normativa a tutela della concorrenza<sup>47</sup>.

le Corti aderenti a questa impostazione, doveva ritenersi rilevante nel giudizio sulla validità dell'accordo. Altri Tribunali, invece, ritenevano che il contratto si fosse validamente formato sulla base di un giusto affidamento dell'utilizzatore rispetto alle promesse prestate dal gestore del sito anche in assenza di un'accettazione espressa. Così in *In re JetBlue Corp. Privacy Litigation*, 379 F. Supp 2d 299, 2005 e in *In re American Airlines, Inc. Privacy Litigation*, 370 F. Supp. 2d 552 (N.D. Tex. 2005).

<sup>43</sup> S. KILLINGSWORTH, *Minding Your own Business: Privacy Policies in Principle and in Practice*, cit., p. 93.

<sup>44</sup> A.W. HAYNES, *Online Privacy Policies: Contracting away Control over Personal Information*, in *Pennsylvania State L. Rev.*, 111, n. 3 del 2007, p. 596.

<sup>45</sup> A. QUARTA,  *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 72-73.

<sup>46</sup> Il fondamento economico di questo ragionamento può essere trovata in G.J. STIGLER, *The Economics of Information*, in *J. of Political Economy*, 69 del 1962, p. 213-223.

<sup>47</sup> La Cort. Giust. con la sentenza 23 aprile 1991, nel decidere la causa Klaus Höfner e Fritz Elser contro Macrotron GmbH (c. 41/90) ha ritenuto che anche le imprese che forniscono servizi a titolo gratuito siano soggette alla disciplina a tutela della concorrenza nel mercato. La Direttiva 2019/770/UE relativa ad alcuni aspetti della fornitura di contenuti digitali ha equiparato, ai fini dell'applicazione della disciplina, i contratti a titolo oneroso a quelli per cui l'utilizzatore conferisca dati personali. Nel testo finale della direttiva è stata espunta la qualificazione dei dati come controprestazione, inizialmente presente nella proposta. Secondo il Garante europeo per la protezione dei dati tale qualificazione entrerebbe in contraddizione con le tutele apprestate nella Carta europea dei diritti fondamentali. Cfr. sul punto F. BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali*

Questa prospettiva ha iniziato a mutare solo negli ultimi anni, a fronte della crescente pervasività dell'azione delle piattaforme digitali nella sfera di autonomia delle persone e della sempre maggiore consapevolezza del valore economico derivante dai dati. È in questo differente orizzonte che si pone il provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che con delibera n. 27432 del 29 novembre 2018<sup>48</sup>, ha sanzionato Facebook per pratiche commerciali scorrette<sup>49</sup>, partendo proprio dal presupposto per cui «il modello commerciale di tale società si basa sulla raccolta e sfruttamento dei dati degli utenti a fini remunerativi»<sup>50</sup>. Ne deriva che, se i dati costituiscono – come effettivamente è – la fonte di profitto delle grandi piattaforme digitali, l'utente deve essere posto nelle condizioni di scegliere se e come conferirli e di conoscere l'uso che ne viene fatto.

*e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contratto e Impresa*, 2019, p. 34 ss. Sul legame tra consenso alla privacy policy e adesione ai termini d'uso è intervenuta la Corte di Cassazione con la sentenza 2 luglio 2018, n. 17278, stabilendo che il gestore di un sito Internet può condizionare la fornitura del servizio al trattamento dei dati per finalità pubblicitarie soltanto se somministri un servizio fungibile, cui l'utente possa rinunciare senza un gravoso sacrificio.

<sup>48</sup> Si può prendere visione del provvedimento all'indirizzo: [www.agcm.it/dotcmsCustom/tc/2023/12/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12560D000291394/0/5A1EFA963A109B64C125835F00542FE2/%24File/p27432.pdf](http://www.agcm.it/dotcmsCustom/tc/2023/12/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12560D000291394/0/5A1EFA963A109B64C125835F00542FE2/%24File/p27432.pdf).

<sup>49</sup> Vengono contestate, in questo caso, le condotte di: «Pratica a) pratica ingannevole», consistente nelle «violazione degli artt. 20, 21 e 22 del Codice del consumo, in quanto il professionista non informerebbe adeguatamente e immediatamente l'utente, in fase di attivazione dell'account, dell'attività di raccolta e utilizzo, per finalità informative e/o commerciali, dei dati che egli cede, rendendolo edotto della sola gratuità della fruizione del servizio, così da indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (registrazione al social network e permanenza nel medesimo)»; la «Pratica b) pratica aggressiva» riferita alla «violazione degli artt. 20, 24 e 25 del Codice del consumo, in quanto il professionista eserciterebbe un indebito condizionamento nei confronti dei consumatori registrati, i quali, in cambio dell'utilizzo di FB, verrebbero costretti a consentire a FB/terzi la raccolta e l'utilizzo, per finalità informative e/o commerciali, dei dati che li riguardano (informazioni del proprio profilo FB, quelle derivanti dall'uso di FB e dalle proprie esperienze su siti e app di terzi), in modo inconsapevole e automatico, tramite un sistema di preselezione del consenso alla cessione e utilizzo dei dati, risultando indotti a mantenere attivo il trasferimento e l'uso dei propri dati da/a terzi operatori, per evitare di subire limitazioni nell'utilizzo del servizio, conseguenti alla deselezione».

<sup>50</sup> L'AGCM aveva già impiegato questa espressione nel provvedimento 11 maggio 2017, emesso nei confronti di WhatsApp. Cfr. G. GIANNONE CODIGLIONE, *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la «consumerizzazione» della privacy*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, p. 418-425.

Tale delibera è impugnata da Facebook, prima, innanzi al Tar Lazio, che si pronuncia con sentenza n. 260 del 2020 e, poi, davanti al Consiglio di Stato che, con provvedimento n. 2632 del 29 marzo 2021, affronta il tema della commercialità dei dati personali e della conseguente possibilità di ricondurre il loro trattamento tanto al diritto dei consumatori quanto a quello inerente la tutela dei dati personali. Secondo la difesa di Facebook, essendo il dato personale una *res extra commercium*, che riguarda cioè i diritti fondamentali della persona che, come tali, non possono essere venduti, scambiati o, comunque, ridotti a un mero interesse economico, la sua patrimonializzazione sarebbe semplice conseguenza della messa a disposizione volontaria degli stessi da parte degli utenti in favore della piattaforma. Quest'ultima, solo in un momento successivo e in conseguenza di tale libera scelta, procede alla profilazione, ricavandone profitto. La caratterizzazione non corrispettiva e non sinallagmatica sarebbe poi confermata, sempre secondo la società, dalla circostanza che gli utenti sono liberi di scegliere la tipologia e la quantità di dati personali che intendono caricare e condividere, così come sono liberi di cancellarli in qualsiasi momento.

Tale argomentazione non è in alcun modo condivisa dal Consiglio di Stato che ribadisce il carattere ingannevole della condotta di sfruttamento, da parte di Facebook, dei dati degli utenti: questi ultimi risultano infatti, al momento dell'iscrizione, inconsapevoli dell'uso che delle informazioni che li riguardano verrà fatto e, in tutta la fase successiva, non sono mai posti nella condizione di comprenderne le dinamiche di trattamento<sup>51</sup>.

A Facebook i giudici amministrativi rimproverano così di non aver informato l'utente, nel momento in cui quest'ultimo rende disponibili i propri dati per poter utilizzare i servizi offerti dalle società; quando cioè esso si convince che il conseguimento dei vantaggi collegati con l'accesso alla piattaforma sia gratuito, senza riconoscere o accorgersi che, a fronte di tali vantaggi, si realizza una sua automatica profilazione e una conseguente commercializzazione del dato da parte della stessa piattaforma che così se ne appropria: i servizi

<sup>51</sup> La nozione di trattamento, per come emerge dalla lettura dell'art. 4, par. 2, del Regolamento n. 679/2016/UE, si traduce in un ambito di riferibilità amplissimo che si «estende fin dove può giungere qualsiasi forma di relazione umana o automatica del dato personale». Per un commento a tale pronuncia si veda A. FONSI, *Commercio dei dati e tutela del consumatore: il Consiglio di Stato rigetta il ricorso di Facebook su una sanzione dell'AGCM*, in *Medialaws*, in *Medialaws*, *Rivista di diritto dei media*, 20 aprile 2021.

offerti dalle piattaforme hanno quindi un prezzo e questo prezzo è pagato, in termini di controprestazione, dai dati<sup>52</sup>. La stessa direttiva UE recante il *Codice europeo delle comunicazioni elettroniche* (Dir. UE 2018/1972) segna il passo di questa mutata prospettiva e rileva in modo esemplificativo come nell'economia digitale «i partecipanti al mercato sempre più spesso ritengono che le informazioni sugli utenti abbiano un valore monetario. [...] Il concetto di remunerazione dovrebbe pertanto ricomprendere situazioni in cui il fornitore di un servizio chiede all'utente finale dati personali ai sensi del Regolamento UE/2016/679 o di altri dati e questi glieli trasmette consapevolmente in via diretta o indiretta».

Tratteggiare i confini delle dinamiche contrattuali di accesso ai servizi offerti dalle piattaforme digitali e del ruolo dei dati come controprestazione che assume rilevanza strettamente economica, costituisce il presupposto per ampliare l'indagine a quei «dilemmi intrecciati della conoscenza, dell'autorità e del potere»<sup>53</sup> che il web alimenta e da cui il web è alimentato e che, come si vedrà, sono in grado di produrre effetti su molteplici aspetti della vita non solo individuale, ma anche collettiva<sup>54</sup>.

##### 5. *Algoritmi, big data e black box society: opacità e trasparenza del mondo digitale*

Comprendere i meccanismi alla base del modo di operare di queste nuove tecnologie, rappresenta la premessa essenziale per definire l'impatto di esse sugli individui, prima, e sulla società, poi.

Per descrivere la trasformazione digitale che sta vivendo la nostra società si parla, spesso, di *black box society*<sup>55</sup>.

Come una scatola nera consente alle piattaforme digitali di registrare tutti i movimenti e i dati personali disseminati dagli utenti

<sup>52</sup> Si afferma in questa pronuncia l'esigenza di garantire «tutele multilivello» (in tale caso, la tutela del consumatore e la protezione dei dati personali) che possano amplificare la garanzia dei diritti delle persone; a maggior ragione, ciò assume particolare rilevanza quando un diritto personalissimo sia «sfruttato», indipendentemente dalla volontà dell'interessato.

<sup>53</sup> S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019, p. 14.

<sup>54</sup> G. RESTA, *Governare, l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, n. 2 del 2019, p. 200.

<sup>55</sup> F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard, 2015.

nel corso della navigazione in rete, quindi di profilarli e di fornire loro, in conseguenza di ciò, servizi e pubblicità tagliati su misura. Al tempo stesso, però, ben descrive la scarsa trasparenza di quanto avviene all'interno di tale sistema: poco si sa, infatti, della logica seguita per ottenere, aggregare e analizzare i dati, che ha consentito, negli anni, un notevole sviluppo dell'abilità degli algoritmi di apprendere da questi stessi dati<sup>56</sup> e, a partire da questa nozione di esperienza, di stimare la probabilità di un evento o di decidere quali notizie, informazioni e servizi proporre<sup>57</sup>.

Al di là dell'ambiguità semantica connessa al riferimento alla *black box society*, come già si è detto, un ruolo centrale è assunto dai dati, che, quanto più sono numerosi, tanto più consentono una maggiore e più precisa capacità di elaborazione algoritmica<sup>58</sup>. Imprescindibile è quindi, in questo contesto, il riferimento ai c.d. Big data<sup>59</sup>.

Secondo la lettera a) dei *Considerando* della Risoluzione sulle *Implicazioni dei Big data per i diritti fondamentali: privacy, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto*, adottata dal Parlamento europeo il 14 marzo 2017<sup>60</sup>, i «Big data si riferiscono alla raccolta, all'analisi, all'accumulo ricorrente di ingenti quantità di dati, compresi i dati personali, provenienti da una serie di fonti diverse, che sono oggetto di un trattamento automatizzato mediante algoritmi informatici e tecniche avanzate di trattamento, che usano sia informazioni memorizzate, sia in streaming, al fine di

<sup>56</sup> G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., p. 27-28. Si veda altresì A. MAGNANI, *Il potere degli algoritmi: cosa sono, come funzionano e perché servono alle aziende* in *ILSole-24Ore*, 30 novembre 2017 e M. MEZZA, *Algoritmi di libertà. La potenza del calcolo tra dominio e conflitto*, Roma, 2018.

<sup>57</sup> G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., p. 26. Sul punto G. F. ITALIANO, *Intelligenza Artificiale: passato, presente, futuro*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, p. 220. Su tali meccanismi si fondano programmi ormai divenuti parte della quotidianità: dai traduttori automatici, ai sistemi di raccomandazione di Amazon e Netflix e ai sistemi di riconoscimento vocale.

<sup>58</sup> M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, cit., p. 105; cfr. altresì A. PAPA, *Democrazia della comunicazione e formazione dell'opinione pubblica*, in P. BILANCIA (a cura di), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, 2018, p. 317.

<sup>59</sup> In generale, si veda R. KITCHIN, *The Data Revolution: Big Data, Open Data, Data Infrastructures and Their Consequences*, London, 2014; D. BOYD-K. CRAWFORD, *Critical questions for big data: Provocations for a cultural, technological, and scholarly phenomenon*, in *Information, Communication & Society*, n. 15 del 2012.

<sup>60</sup> Relazione del 22 febbraio 2017 sulle *implicazioni dei Big Data per i diritti fondamentali: privacy, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto*.

individuare determinate correlazioni, tendenze e modelli». Secondo la definizione del *Gruppo di Lavoro Articolo 29 per la Protezione Dei Dati*, invece, tale nozione riguarda «gigantesche banche dati digitali conservate da aziende, governi e altre grandi organizzazioni che vengono analizzate in modo estensivo attraverso algoritmi elettronici»<sup>61</sup>.

Appare evidente che, quantitativamente, non sia possibile identificare una volta per tutte i Big data, dal momento che la costante evoluzione delle tecnologie è destinata a far divenire insignificante ciò che oggi è considerato *grande*<sup>62</sup>. Qualitativamente, invece, essi sono da intendersi come quei dati aggregati 1) che raccolgono le informazioni di tutti e non solo di coloro i quali fanno parte del campione destinato a rappresentare una parte per il tutto; 2) che, a fronte del volume, non risultano troppo dettagliati e rispetto ai quali 3) il nesso intercorrente tra gli stessi e le ragioni per le quali sono registrati<sup>63</sup> è pressoché evanescente<sup>64</sup>.

Al di là di una portata prettamente definitoria, nel descrivere i Big data si fa spesso ricorso alle c.d. *4V*: *volume* (essendo un'impronta digitale di quanto accade nel mondo, hanno una portata tale da catturarne integralmente)<sup>65</sup>, *varietà* (attingono a e da diverse fonti); *velocità* (sono continuamente accessibili in tempo reale)<sup>66</sup> e *valore*. Quanto a quest'ultimo aspetto, essi, in forza delle potenzialità del loro sfruttamento per il commercio e le decisioni umane<sup>67</sup>, costituiscono la nuova moneta dell'economia digitale.

<sup>61</sup> Si veda sul punto Gruppo di Lavoro Articolo 29 per la Protezione Dei Dati, Opinione 03/2013 *On purpose limitation*, 2013, p. 35. Il documento è consultabile all'indirizzo [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf).

<sup>62</sup> A. ODDENINO, *Reflections on big data and International Law*, in *Dir. Comm. Int.*, n. 4 del 2017, p. 777. Una rassegna dei differenti usi del concetto di Big Data è fornito da J.M. CAVANILLAS-E. CURRY-W. WAHLSTER, *New Horizons for a Data-Driven Economy*, Berlin, 2016, p. 29-38 e soprattutto da V. M. SCHONBERGER, K. CUKIER, *Big data. A revolution that will transform how we live, work and think*, Boston-New York, 2014.

<sup>63</sup> V. M. SCHONBERGER-K. CUKIER, *Big data. A revolution that will transform how we live, work and think*, cit., p. 50 ss.

<sup>64</sup> G. DELLA MORTE, *Big data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti*, Napoli, 2018, p. 161.

<sup>65</sup> M. HILBERT, *Big Data for Development: A Review of Promises and Challenges*, in *Development Policy Rev.*, 2016, p. 135-136.

<sup>66</sup> M. HILBERT, *Big Data for Development: A Review of Promises and Challenges*, cit., p. 142.

<sup>67</sup> Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH-G. GIANNONE CODIGLIONE, *Ten Legal Perspectives on the Big Data Revolution*, in *Conc. Merc.*, 2016, p. 29 ss. e 57.

### 5.1. Come operano gli algoritmi: meccanismi di machine learning e di deep learning

Si è detto che piú grande è il quantitativo di dati che un algoritmo può analizzare, maggiore è il livello di apprendimento e quindi la possibilità di ottenere prestazioni migliori<sup>68</sup>.

La mole di informazioni accumulata negli ultimi anni ha consentito lo sviluppo di due tecniche che costituiscono un formidabile strumento di estrazione di conoscenza: il *machine learning* e il *deep learning*<sup>69</sup>.

Per *machine learning* si intende quell'insieme di procedure che, partendo da dati che descrivono esperienza e casistica passata, sintetizzano automaticamente conoscenza utile per risolvere una nuova casistica futura<sup>70</sup>. Sono tecnologie che si fondano su un principio di regolarità statistica, secondo il quale le azioni degli individui sono guidate da leggi, schemi e meccanismi<sup>71</sup> che in quanto a riproducibilità eguagliano quelli individuati nelle scienze naturali<sup>72</sup>: il sistema acquisisce dati dal mondo esterno, ne elabora il contenuto e apprende nuove funzionalità che consentono di prendere decisioni in condizioni di generale incertezza<sup>73</sup>. È un sistema che utilizza il metodo induttivo in alternativa a quello deduttivo della programmazione at-

<sup>68</sup> T.Z. ZARSKY, *An analytic challenge: discrimination theory in the age of predictive analytics*, in *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, n. 14 del 2018, p. 12.

<sup>69</sup> D. LYON, *Surveillance, Snowden, and Big Data: Capacities, consequences, critique*, in *Big Data & Society*, n. 1 del 2014, p. 2.

<sup>70</sup> The Royal Society, *Machine learning: the power and promise of computers that learn by examples*, 2017, 5, consultabile all'indirizzo <https://royalsociety.org/~media/policy/projects/machinelearning/publications/machine-learning-report.pdf> e D. KAMARINOU-C. MILLARD-J. SINGH, *Machine Learning with Personal Data*, in *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper*, n. 247 del 2016, p. 4-5.

<sup>71</sup> R. DE ROSA, *L'uso dei big data nella comunicazione politico-elettorale. La previsione di voto nelle presidenziali francesi 2017*, in *Comunicazione politica*, n. 2 del 2018, p. 205. In realtà l'autrice afferma come i comportamenti sociali siano maggiormente quantificabili, ma non necessariamente prevedibili perché le stesse tecnologie che consentono il monitoraggio in tempo reale delle azioni umane permettono anche il completo stravolgimento delle modalità di relazione, ampliando, così, il margine di errore dei modelli previsionali. I casi delle elezioni presidenziali americane e francesi sono, secondo l'autrice, significativi sia per l'influenza esercitata dalle tecniche di computational propaganda che per il fallimento dei modelli previsionali basati sui big data.

<sup>72</sup> A.L. BARABÁSI, *Link. La scienza delle reti*, Torino, 2014, p. 13, ma altresì L. JEFFREY, *Tempo e democrazia on line. Riflessioni sul processo politico nell'era dei network globali*, in D. DE KERCKHOVE (a cura di), *La conquista del tempo*, Roma, 2003.

<sup>73</sup> K.P. MURPHY, *Machine Learning: A Probabilistic Perspective*, Cambridge, 2012, p. 1.

traverso regole e che, come tale, sconta il rischio di incorrere nell'errore logico sotteso alla pretesa di trarre nessi di causa-effetto da mere correlazioni statistiche<sup>74</sup>.

Per *deep learning*, che costituisce un livello avanzato di *machine learning*, si intende la capacità di sistemi di reti neurali artificiali<sup>75</sup> di analizzare un elevato numero di dati, apprendere come individuare e classificare elementi comuni o differenti e, in base a ciò, costruire possibili soluzioni predittive<sup>76</sup>; le tecniche di *deep learning*, ad esempio, sono utilizzate nei sistemi di riconoscimento delle immagini o nei meccanismi di traduzione di lingue differenti<sup>77</sup>.

Entrambe le tecnologie descritte offrono rilevanti opportunità di sviluppo delle cd. tecniche di profilazione, cioè quelle forme di trattamento automatizzato di dati personali<sup>78</sup> volte a valutare specifici profili di una persona (il rendimento professionale, l'affidabilità creditizia, la salute, le preferenze personali e gli interessi) in modo da prevederne il comportamento e, in generale, da poter influenzare il risultato di decisioni assunte alla luce di quegli stessi dati<sup>79</sup>.

<sup>74</sup> A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento tra scienza, etica e diritto*, in *An. Giur. Econom.*, n. 1 del 2019, p. 48. Così osservano anche A. SIMONCINI E S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Riv. Fil. Dir.*, n. 1 del 2019, p. 102.

<sup>75</sup> Tali reti neurali artificiali sono costituite a loro volta da *Neuroni Artificiali*, unità di calcolo molto semplici che ricevono dati in ingresso, li elaborano e producono un risultato in uscita. Cfr. sul punto C.C. AGGARWAL, *Neural Networks and Deep Learning: A Textbook*, Berlin, 2018.

<sup>76</sup> A. VASUKI-S. GOVINDARAJU, *Deep Neural Networks for Image Classification*, in D.J. HEMANTH-V.V. ESTRELA (a cura di), *Deep Learning for Image Processing Applications*, Amsterdam, 2017, p. 27 e ss.. Si veda altresì SELECT COMMITTEE ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (House of Lords), *AI in the UK: ready, willing and able?*, 2018, 14, consultabile all'indirizzo <https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldai/100/100.pdf>.

<sup>77</sup> Significativa, come riportato da A.C. AMATO MANGIAMELI, *Algoritmi e big data. Dalla carta sulla robotica*, in *Riv. Fil. Del diritto*, n. 1 del 2019, p. 110, è stata la ricerca svolta dalla Stanford University: a partire da più di 50 milioni di immagini su 200 città mappate da Google Street View, i ricercatori sono stati in grado di fornire alcune indicazioni demoscopiche. Per la ricerca si è usato un algoritmo a rete neurale convoluzionale (ConvNet) in grado di processare questa mole di immagini in due settimane, contro i circa quindici anni che sarebbero serviti all'intelligenza umana, e con la possibilità di ricavare dati reali, poiché, ad esempio, in due settimane i 22 milioni di veicoli individuati restano indicativi del patrimonio di veicoli circolanti in quelle città.

<sup>78</sup> M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, cit., p. 106.

<sup>79</sup> Così definita all'art. 4, n. 4 del Regolamento (UE) 2016/679 relativo alla Protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (GDPR) che abroga la Direttiva 95/46/CE. Per

Google, come già accennato, all'inizio degli anni 2000, è stato precursore di queste tecniche, la cui utilizzazione ha avuto subito enorme diffusione aprendo la strada al c.d. *targeted advertising*: cioè, all'estrazione ed elaborazione di quei dati raccolti casualmente e che, pur composti dallo scarto delle tracce lasciate dagli utenti attraverso le loro ricerche, sono rivelatori del comportamento umano<sup>80</sup>.

In un primo momento, tali procedure sono state usate a esclusivo beneficio dell'utente-consumatore, al fine di migliorare velocità, accuratezza e rilevanza dei servizi offerti.

Il New York Times, in un'inchiesta del 2012<sup>81</sup> ha, con riguardo a tale aspetto, ad esempio, reso nota per la prima volta a un pubblico di non specialisti la capacità di elaborazione di dati personali relativi a informazioni sui consumi effettuata dalla catena di supermercati *Target*, che aveva rivelato di essere riuscita a sviluppare un algoritmo in grado di stabilire lo stato di gravidanza delle proprie clienti: a partire dall'analisi di dati comuni, quali l'incremento di acquisti di prodotti «irrilevanti» (come integratori di magnesio, calcio e zinco, in aggiunta all'utilizzo di saponi neutri, batuffoli di cotone, asciugamani e salviette igieniche) e in forza di un numero identificativo unico digitalmente riferito a ciascun cliente, l'azienda era riuscita a ricavare informazioni estremamente delicate – appunto, lo stato di gravidanza –. I risultati di tali elaborazioni sono stati poi utilizzati per indirizzare campagne promozionali mirate nei confronti delle clienti stesse e dei loro familiari.

Tali meccanismi, capaci di trasformare «la naturale insondabilità del desiderio umano in un dato scientifico»<sup>82</sup> sui cui è possibile fondare pratiche commerciali, sono stati dunque successivamente usati in una pluralità di settori sempre più ampia, fino a coinvolgere, oggi, sia le modalità di selezione dell'informazione, sia le diverse forme di partecipazione sociale e politica.

quanto concerne il rapporto tra GDPR, Intelligenza artificiale e tecniche di profilazione cfr. F. PIZZETTI, *La protezione dei dati personali e la sfida dell'Intelligenza Artificiale*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, p. 30 e ss.; C. KUNER-D.J.B. SVANTESSON-F.H. CATE-O. LYNKEY-C. MILLARD, *Machine learning with personal data: is data protection law smart enough to meet the challenge?*, in *International Data Privacy Law*, n. 1 del 2017, p. 1-2; V. ZENO-ZENCOVICH-G. GIANNONE CODIGLIONE, *Ten Legal Perspectives on the Big Data Revolution*, cit., p. 52.

<sup>80</sup> K. CUKIER, *Data, Data everywhere*, in *The Economist*, 25 Febbraio 2010.

<sup>81</sup> C. DUHIGG, *How Companies Learn Your Secrets*, in *The New York Times Magazine*, 16 Febbraio 2012.

<sup>82</sup> S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, cit., p. 78 ss.

## 6. Produrre l'informazione. Distribuire l'informazione. Fruire dell'informazione. Cenni

Il XX secolo è stato il secolo dei media di massa, capaci di dare vita a una società dell'informazione che, da un lato, era in grado di distribuire messaggi indifferenziati a tutti; dall'altro, poneva, per accedervi, importanti barriere all'ingresso, costituite tanto dagli investimenti richiesti a chi vi avesse voluto operare, quanto dal limite invalicabile (si pensi alla radio e alla televisione) dello spettro delle frequenze disponibili<sup>83</sup>.

L'attenzione del legislatore, in un contesto così connotato, è stata quindi, come si vedrà, principalmente diretta – se pur con esiti alterni – a definire tetti alle concentrazioni editoriali (stabilendo limiti al potere di mercato degli editori, specie televisivi) e a evitare che nel contesto della pubblicità, principale fonte di finanziamento di tale industria, si creassero posizioni dominanti<sup>84</sup>.

Il carattere aperto e concorrenziale del mercato era infatti inteso come condizione necessaria – ancorché non sufficiente<sup>85</sup> – per evitare che venisse messa a rischio non solo la libertà riconosciuta nei confronti di tutti di informare, ma altresì quella di *essere informati*<sup>86</sup>. La garanzia di quest'ultima si sostanzia infatti, secondo una prospettiva pluralista<sup>87</sup>, della possibilità di accedere al maggior numero di opinioni discordanti<sup>88</sup>.

In un contesto di scarsità delle risorse trasmissive, il concetto di plu-

<sup>83</sup> Si rinvia, per una trattazione più completa di tali fenomeni, al capitolo 2 e, con riferimento alla tutela della concorrenza e al come si ritiene essa debba essere intesa all'interno del nostro ordinamento, al capitolo 4.

<sup>84</sup> G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., p. 21.

<sup>85</sup> Le forze della domanda e dell'offerta, se lasciate incontrollate all'interno di un mercato, infatti, tendono alla concentrazione e alla massimizzazione del profitto.

<sup>86</sup> Sulla distinzione tra profilo attivo e passivo della libertà di informazione, con specifico riferimento al contesto italiano, cfr. R. ZACCARIA-A. VALASTRO, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2010, p. 17.

<sup>87</sup> Per una panoramica generale sul ruolo dell'informazione nell'ordinamento italiano, si veda preliminarmente, pur nell'esplicito rinvio al capitolo 2, A. PACE-M. MANETTI, Art. 21. *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA-A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 2006, p. 88-287; P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2013, p. 41-54; A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988; C. CHIOLA, *L'informazione nella Costituzione*, Padova, 1973; P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997.

<sup>88</sup> Corte costituzionale n. 84 del 1969. La libertà di manifestazione del pensiero è definita «cardine di democrazia nell'ordinamento generale» nella sentenza n. 126 del 1985.

ralismo si afferma, seppure gradatamente, come corollario imprescindibile del diritto all'informazione<sup>89</sup>, tanto più garantito quanti più siano i punti di vista disponibili all'interno di un *free market of ideas*<sup>90</sup>. In questo senso, il pluralismo delle fonti di informazione è stato ed è tuttora presupposto indispensabile «per l'attuazione a ogni livello, centrale o locale, della forma propria dello Stato democratico»<sup>91</sup>, attesa la sua stretta correlazione con la formazione del consenso del cittadino in ambito politico. Il consenso, infatti, fonte di legittimazione di ogni potere democratico, per dirsi liberamente formato, non può che fondarsi su dati obiettivi, imparziali e completi<sup>92</sup>, a cui si possa accedere senza che siano frapposti ingiustificati ostacoli<sup>93</sup>. Solo in questo modo, quantomeno in una connotazione ideale, ogni decisione, anche quella politica, può aspirare ad avere effetti positivi sulla qualità delle scelte collettive<sup>94</sup>.

In questo contesto, Internet nasce come reazione alla controllabilità del sistema mediatico: la rete infatti aspirava a realizzare un modello informativo accessibile e orizzontale, in grado di garantire uno sviluppo della comunicazione disintermediata e di restituire potere agli individui; questi ultimi, attraverso la condivisione di contenuti, sarebbero dovuti essere messi nelle condizioni di operare, da soli, secondo una logica per cui «l'azione individuale diventa volano per uno sviluppo sociale e umano»<sup>95</sup>, una proficua distribuzione delle informazioni e della conoscenza.

<sup>89</sup> A partire da Corte costituzionale, sentt. 105 del 1972, 225 del 1974 e 94 del 1977, fino alle più «recenti» sentt. 157 del 1987 e 112 del 1993, pronunciate nell'ambito della giurisprudenza della Corte costituzionale con riferimento al settore radiotelevisivo.

<sup>90</sup> Il concetto del *free market of ideas* richiama la celebre teoria americana elaborata dal giudice Oliver W. Holmes, nella sua *dissenting opinion* sul caso *Abrams vs. United States* (1919): in essa si legge come «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 essere sicuramente realizzati». Così T.E. FROSINI, *Costituzionalismo 2.0*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 4 del 2016, p. 691 ss.

<sup>91</sup> Corte costituzionale n. 348 del 1990. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 9 del 1965 afferma che: «la libertà di manifestazione del pensiero è, tra le libertà fondamentali e protette dalla nostra Costituzione, una di quelle che meglio caratterizzano il regime vigente dello Stato, condizione com'è del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale».

<sup>92</sup> Corte costituzionale, n. 155 del 2020 e prima di tale sentenza, Corte costituzionale, n. 502 del 2000. Cfr. altresì A. PAPA, *Democrazia della comunicazione e formazione dell'opinione pubblica*, in *Federalismi.it*, 2 ottobre 2017, p. 10.

<sup>93</sup> Corte costituzionale, n. 105 del 1972.

<sup>94</sup> G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Pisa, 2017, p. 39.

<sup>95</sup> R. DE ROSA, *Digital persona, big data e sfera pubblica. Quali sfide per la democrazia che verrà*, cit., p. 3.

Il singolo, potenzialmente connesso in ogni momento con tutto il mondo, per il sol fatto di avere a disposizione (come ormai piú o meno agevolmente possibile per una parte significativa della popolazione mondiale<sup>96</sup>) un computer o altri strumenti elettronici, può assumere un ruolo attivo nella produzione di notizie, reagire a quelle immesse da altri e proporre fatti, idee, critiche, nuovi punti di vista, cosí incrementando esponenzialmente il numero delle fonti a disposizione<sup>97</sup>. I flussi informativi (quantomeno nella prospettiva dei fruitori) avreb-

<sup>96</sup> Y. BENKLER, *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedoms*, New Haven-Londra, 2006, p. 179; l'Autore, in questa opera, celebra le potenzialità delle nuove tecnologie, sottolineando come Internet abbia consentito a chiunque di essere un partecipante attivo della sfera pubblica grazie all'eliminazione pratica dei costi di partecipazione alla comunicazione. Non si può non accennare, in questa sede e senza alcuna pretesa di esaustività, pur in una possibilità di accesso alla rete ormai sempre piú estesa, alle questioni connesse al c.d. digital divide, ossia il divario esistente tra chi gode di un accesso effettivo alla rete ed è in grado di utilizzarla correttamente e chi è privo di un livello qualitativamente e quantitativamente sufficiente sia di connessione a Internet, sia di alfabetizzazione informatica (per età, disponibilità economica, area geografica, infrastrutture) funzionale a consentire una sua partecipazione effettiva a tali processi. La proposta di introdurre un nuovo articolo costituzionale (21 bis) per garantire l'accesso alla rete internet è stata presentata da Stefano Rodotà in occasione dell'Internet governance Forum, il 29 novembre 2010. Si veda in tal senso S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet*, in *Pol. Dir.*, n. 3 del 2010. In seguito è stata fatta propria da un gruppo di senatori e ha assunto la forma del disegno di legge costituzionale (cfr. Senato della Repubblica, atto Senato n. 2485, disegno di legge costituzionale d'iniziativa dei senatori Di Giovan, Poretti, Perduca, Carofiglio, Marino, e altri, comunicato alla Presidenza il 6 dicembre 2010). Piú diffusamente, per uno spaccato sul tema del diritto di accesso a Internet e la sua portata costituzionale, si veda, M. OROFINO, *L'inquadramento costituzionale del web 2.0: da nuovo mezzo per la libertà di espressione a presupposto per l'esercizio di una pluralità di diritti costituzionali*, in AA.VV., *Da Internet ai social network*, Santarcangelo di Romagna, 2013; P. COSTANZO, *La governance di Internet in Italia*, in O. POLLICINO-E. BERTOLINI-V. LUBELLO (a cura di), *Internet: regola e tutela dei diritti fondamentali*, Roma, p. 2013, 54; G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3 del 2011, p. 374 ss; G. DE MINICO, *Accesso a Internet tra mercato e diritti sociali nell'ordinamento europeo e nazionale*, in G. DE MINICO (a cura di), *Libertà in rete, libertà dalla rete*, Torino, 2020, p. 209 ss.; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Rivista AIC*, n. 1 del 2011, p. 23 ss.; P. PASSAGLIA, *Diritto di accesso ad Internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*, in M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso a Internet*, Napoli, 2011, p. 59 ss.; G. DE MINICO, *Uguaglianza e accesso a Internet*, in *forumcostituzionale.it*, 06 marzo 2013; da ultimo, con riferimento alle problematiche emerse nel corso della pandemia da Covid-19, C. LOTTA, *Un nuovo diritto al tempo del Covid-19? Accesso a Internet e Digital Divide*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2 del 2020, p. 61 ss.

<sup>97</sup> M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, cit., p. 110.

bero dovuto assumere così carattere aperto, globale e decentralizzato (si parla in questo senso della c.d. *networked information economy*)<sup>98</sup>.

In parte ciò si è certamente realizzato.

Tuttavia, «la ricchezza *delle reti*», cresciuta all'ombra della convinzione che la tecnica sia uno strumento neutrale che consente di ampliare la sfera di libertà e di rafforzare la partecipazione democratica, pur permettendo in linea teorica il più ampio accesso al pluralismo informativo, non ha consentito, «*nella rete*», a queste condizioni di affermarsi in pieno<sup>99</sup>; quell'equilibrio tra fruitori e distributori dell'informazione, che avrebbe dovuto garantire al nuovo sistema di comunicazione di essere al servizio dell'individuo e della sua libera determinazione, è ben presto infatti venuto meno e ha lasciato spazio a una società in cui le tracce digitali che il singolo produce e distribuisce con ogni sua opinione o comportamento online sono costantemente monitorate da parte dei pochi soggetti in grado di ordinare tale mole di informazioni: le piattaforme digitali, e tra queste soprattutto i motori di ricerca e i social network. Si tratta di un numero ristretto di *tech companies*<sup>100</sup>, che hanno progressivamente accumulato un potere economico enorme, con tendenze a concentrazioni di tipo oligopolistico, se non addirittura monopolistico<sup>101</sup> e che esercitano il proprio controllo sia sui contenuti, sia sulle dinamiche delle relazioni degli utenti nel web<sup>102</sup>: solo Google<sup>103</sup>

<sup>98</sup> Cfr. Y. BENKLER, *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*, cit., p. 29 e ss. Il termine *networked information economy* è stato coniato dall'Autore e identifica un sistema di produzione, distribuzione e consumo delle informazioni, reso possibile grazie al progresso economico e tecnologico oggi disponibile e accessibile nel mercato globale.

<sup>99</sup> G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., p. 20.

<sup>100</sup> L'AGCOM definisce Over-The-Top (in acronimo OTT) le imprese che forniscono, attraverso la rete Internet, servizi, contenuti (soprattutto video) e applicazioni di tipo «rich media» (per esempio, le pubblicità che appaiono mentre si naviga in un sito web e che dopo una durata prefissata scompaiono). Esse traggono ricavo, in prevalenza, dalla vendita di contenuti e servizi tramite concessionari agli utenti finali (ad esempio nel caso di Apple e del suo iTunes) o di spazi pubblicitari, come nel caso di Google e Facebook. Nel mondo pochi grandi gruppi OTT (Amazon, Facebook e Google) detengono il 75% della raccolta pubblicitaria su Internet. Cfr. [www.agcom.it/documents/10179/1613256/Allegato+5-2-2015/353c3427-3639-4c21-bc10-4dda1c8de07a?version=1.1](http://www.agcom.it/documents/10179/1613256/Allegato+5-2-2015/353c3427-3639-4c21-bc10-4dda1c8de07a?version=1.1).

<sup>101</sup> Sulla spinta alla concentrazione nei mercati digitali si veda, per esempio, A. MOAZED-N.L. JOHNSON, *Modern Monopolies. What It Takes to Dominate the 21st Century Economy*, New York, 2016; R. FOROZHAR, *Release Big Tech's grip on power*, in *Financial Times*, 18 giugno 2017.

<sup>102</sup> A.C. FRESCHI, *Falsità, manipolazione, intimidazione: le minacce digitali al pluralismo e alla democrazia*, in *Rivista il Mulino*, n. 4 del 2019, p. 566.

<sup>103</sup> Le diverse filiali di Google sono raggruppate, dal 2015, nella Holding Alphabet.

a livello mondiale detiene il 91,42% del mercato delle ricerche (e il 94,5% in Italia)<sup>104</sup> e a esso si aggiungono Apple, Amazon, Microsoft e Facebook.

La rete è, quindi, sì, aperta, ma, come e più che rispetto ai media tradizionali, solo a pochi soggetti. Le implicazioni di queste trasformazioni ben si comprendono se si considera che un numero sempre più ampio di cittadini predilige le fonti di informazione online rispetto a quelle offerte dai media tradizionali<sup>105</sup>: guardando solo all'Italia, il 30,1% delle persone utilizza Facebook per informarsi, mentre il 22,9% Google<sup>106</sup>.

In tal modo il mondo digitale mostra la sua congenita ambiguità: si assiste, da un lato, al massimo decentramento e apertura nella produzione di informazioni; allo stesso tempo, però, a dispetto delle aspirazioni originarie e similmente – per quanto in un contesto globale – ai tradizionali mezzi di comunicazione, poche società accentrano nelle proprie mani i servizi essenziali per rendere disponibile agli utenti questa stessa mole di informazioni, altrimenti inaccessibile<sup>107</sup>.

### 6.1. *Big data e piattaforme digitali. Gli effetti sulla circolazione delle informazioni*

Il Web 1.0 è stato un mezzo di comunicazione statico che consentiva agli utenti solo di visionare e consultare i contenuti pubblicati dai gestori<sup>108</sup>.

<sup>104</sup> I dati possono ricavati dal sito Stat Counter, Global Stats, Search Engine Market Share Worldwide, consultabile all'indirizzo <https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share>. Con riferimento, in generale, al potere di mercato che progressivamente hanno acquisito, si veda OECD, *Data-Driven Innovation. Big Data For Growth and Well-Being*, 2022, consultabile all'indirizzo [www.oecd.org/sti/ieconomy/data-driven-innovation.htm](http://www.oecd.org/sti/ieconomy/data-driven-innovation.htm). Altresì i medesimi dati sono ricavabili dal Global Digital Report 2022.

<sup>105</sup> M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, cit., p. 110.

<sup>106</sup> Per questi dati si veda il 55° Rapporto Censis sulla situazione sociale del Paese 2021, in [www.censis.it/rapporto-annuale/51%C2%B0-rapporto-sulla-situazione-sociale-del-paese2017](http://www.censis.it/rapporto-annuale/51%C2%B0-rapporto-sulla-situazione-sociale-del-paese2017), in particolare il capitolo su Comunicazione e media; tali percentuali salgono a quasi il 48% se si guarda alle fasce di popolazione più giovane. Si veda anche G. GIACOMINI, *Potere digitale. Come Internet sta cambiando la sfera pubblica e la democrazia*, Milano, 2018, p. 32.

<sup>107</sup> A.C. AMATO MANGIAMELI, *Algoritmi e big data. Dalla carta sulla robotica*, in *Riv. Fil. Del diritto*, n. 1 del 2019, p. 109.

<sup>108</sup> Cfr. J. LITMAN, *The Exclusive Right to Read*, in *Cardozo Arts & Entertainment L. J.*, n. 13 del 1994, p. 29 ss. che elabora e sostiene l'esistenza di un diritto dell'utilizzatore alla visione dei contenuti pubblicati.

Il Web 2.0 ha stravolto il modo di relazionarsi delle persone con l'esterno: attraverso le piattaforme digitali e i servizi di condivisione e di messaggistica, che hanno progressivamente interessato larghissime percentuali della popolazione globale, la linea di demarcazione tra comunicazione e diffusione ha iniziato a essere molto meno nitida<sup>109</sup>; contestualmente, è andato strutturandosi un vero e proprio modello di organizzazione di impresa da parte dei soggetti che rendono possibile questa intermediazione tra gruppi diversi di persone<sup>110</sup>. È iniziata così, con la costruzione di reti sociali online<sup>111</sup>, l'era dei social network: Facebook compare nel 2004, Twitter nel 2006 e Instagram nel 2010.

Oggi, le più recenti trasformazioni tecnologiche hanno permesso il diffondersi del c.d. *Internet of Things*<sup>112</sup>, quel sistema di comunicazione integrata con cui i dispositivi elettronici registrano preferenze e avversioni dell'utilizzatore e trasmettono informazioni, ottenendo, in cambio, dati ulteriori rispetto a quelli già «ceduti» al momento dell'accesso: si pensi, ad esempio, ai sistemi di geolocalizzazione<sup>113</sup> o ai telefoni cellulari dotati di un servizio di posta elettronica e di un browser su cui è possibile installare software applicativi.

<sup>109</sup> M. OROFINO, *L'articolo 15 della Costituzione italiana: osservazioni sulla libertà e sulla segretezza delle comunicazioni ai tempi del web 2.0*, in T.E. FROSINI-O. POLLICINO-E. APA-M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, 2017, p. 193-194. Cfr. C. PERLINGIERI, *Il contratto concluso con e-Bay e le vendite all'asta online business to consumer. La disciplina applicabile*, in *Rass. Dir. Civ.*, n. 4 del 2017, p. 1394-1428.

<sup>110</sup> Z. KILHOFFER-K. LENAERTS-M. BEBLAVÝ, *The Platform Economy and Industrial Relations: Applying the Old Framework to the New Reality*, CEPS research report, n. 12 del 2017; M. KENNEY-J. ZYSMAN, *The Rise of the Platform Economy*, in *Issues in Science and Technology*, Vol. 32, n. 3 del 2016, p. 61-69 e O. LOBEL, *The Law of the Platforms*, in *Minnesota L. Rev.*, Vol. 101, n. 1 del 2016, p. 95.

<sup>111</sup> A. QUARTA, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 40.

<sup>112</sup> Si tratta di un neologismo introdotto da K. ASHTON, *That 'Internet of Things' Thing*, in *RFID Journal*, 22 giugno 2009 e riferito all'estensione di Internet al mondo degli oggetti e dei luoghi concreti.

<sup>113</sup> Tra gli altri, ad esempio, il c.d. sistema di identificazione a radiofrequenza, che si sta diffondendo in numerosi ambiti come la sanità e i trasporti pubblici, è stato oggetto di una raccomandazione della Commissione europea del 12 maggio 2009 sull'Applicazione dei principi di protezione della vita privata e dei dati personali nelle applicazioni basate sull'identificazione a radiofrequenza (2009/387/CE). Tale tecnologia consente (Considerando n. 4) «il trattamento dei dati, inclusi quelli personali, a breve distanza senza contatto fisico o interazione visibile tra l'apparecchio di lettura e scrittura e l'etichetta, al punto che tale interazione può avvenire senza che il diretto interessato se ne renda conto».

In un contesto così connotato, la profilazione, già ampiamente utilizzata, come visto, a fini commerciali<sup>114</sup>, trova nei social network e nei motori di ricerca un terreno fertile: una volta acquisiti i dati degli utenti e individuati i loro interessi, al pari di ciò che accade con i prodotti di consumo, sono offerte al singolo le informazioni più compatibili con il suo profilo, quale definito dall'algoritmo<sup>115</sup>. L'utente diventa, così, «consumatore preterintenzionale»<sup>116</sup> dell'informazione, non la ricerca, ma la riceve passivamente.

Le diverse piattaforme digitali, alla luce di ciò, si trovano a svolgere il ruolo di imprescindibili mediatori tra le persone e i contenuti della rete<sup>117</sup>: «scovano» l'informazione e, attribuendole uno specifico indice di visibilità<sup>118</sup>, rendono accessibile al singolo utente quella ritenuta più coerente con i suoi interessi<sup>119</sup>.

Queste operazioni sono compiute quotidianamente da algoritmi quali, ad esempio, *PageRank* e *RankBrain* di Google e dal servizio *News Feed*, di Facebook<sup>120</sup>.

Nel primo caso, i sistemi impiegati da Google agiscono in base a due tipologie di filtri: uno più «tradizionale», che seleziona e ordina le informazioni in base alla loro rilevanza, valutandola attraverso un insieme di parametri oggettivi come il numero di link in ingresso, la corrispondenza tra i termini ricercati e quelli inclusi nei documenti e le prestazioni tecniche dei siti; l'altra, più «intelligente», che, rispetto alla specifica ricerca dell'utente, imputa maggiore o minore rilevanza a un contenuto, in base ai dati riguardanti il comportamento e le ricerche effettuate da tutti gli utenti di Google.

Tale meccanismo di ricerca, fondato inizialmente sulla sola tecnologia *PageRank*, che già a partire dal 2009 dà inizio all'«era della personalizzazione» del web, è stato potenziato con l'applicazione di *RankBrain* a partire dalla fine del 2015. Quest'ultimo algoritmo, basato su

<sup>114</sup> R. MONTALDO, *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo, e riforme costituzionali*, in *Quad. Cost.*, n. 4 del 2019, p. 790.

<sup>115</sup> G.E. VIGEVANI, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, Torino, 2018, p. 24.

<sup>116</sup> G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., p. 25.

<sup>117</sup> Svolgono quindi la funzione di c.d. *gatekeepers*, espressione utilizzata da E.B. LAIDLAW, *Regulating Speech in Cyberspace*, Cambridge, 2015.

<sup>118</sup> È stato infatti esaminato che gli utenti, ritenendo l'informazione ottenuta da Google affidabile, rilevante e neutrale, non vanno oltre la prima (91,5%) o la seconda pagina (il 4,8%) dei risultati della ricerca; cfr. E.B. LAIDLAW, *Regulating Speech in Cyberspace*, cit., p. 176.

<sup>119</sup> E.B. LAIDLAW, *Regulating Speech in Cyberspace*, cit., p. 176.

<sup>120</sup> G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., p. 26.

tecnologie di *machine learning*, è in grado non solo di posizionare i risultati delle ricerche in modo più efficiente, ma anche di riconoscere il senso della richiesta formulata dall'utente, senza la necessaria presenza di specifiche parole chiave e senza una piena corrispondenza tra queste e il contenuto dei documenti indicizzati. *RankBrain*, analizzando le correlazioni esistenti tra diverse richieste, riesce a creare impronte digitali comuni e permette al singolo di avere una risposta precisa, anche quando abbia impostato la ricerca in modo ambiguo<sup>121</sup>.

Similmente, il sistema *NewsFeed* di Facebook è progettato per fornire a ogni individuo una lista personalizzata di nuovi contenuti – condivisi nel corso di una giornata sulla piattaforma – attraverso l'utilizzo di un algoritmo di *machine learning* denominato *EdgeRank*. Quest'ultimo basa il proprio funzionamento su tre fattori: l'affinità tra gli utenti di Facebook; l'importanza relativa attribuita ai contenuti; il tempo della pubblicazione<sup>122</sup>. Operando come un filtro che seleziona il contenuto e l'ordine di ciò che può essere visualizzato, definisce così le informazioni e le notizie visibili nella homepage di ciascun utente<sup>123</sup>.

Questo servizio è inoltre supportato da un *Trending* che, in ogni istante, segnala all'individuo una lista delle notizie più popolari su Facebook, comunque sempre personalizzata in base alle preferenze esplicite e implicite di cui il soggetto ha lasciato traccia nel corso della sua navigazione in rete<sup>124</sup>. È Facebook, che nel 2022 conta 2 miliardi e 910 milioni di utenti<sup>125</sup> (cifra che non include Stati come la Cina in cui è inaccessibile) a stabilire quindi che cosa i suoi iscritti debbano vedere e venire a sapere come utenti della sua rete sociale<sup>126</sup>, con ciò

<sup>121</sup> Cfr. J. GRIMMELMANN, *Speech Engines*, in *Minnesota L. Rev.*, n. 3 del 2014, p. 911; D.R. DESAI, *Exploration and Exploitation: An Essay on (Machine) Learning, Algorithms, and Information Provision*, in *Loyola University Chicago L. Journal*, n. 2 del 2015, p. 552 ss.

<sup>122</sup> E. PARISER, *Il Filtro. Quello che Internet ci nasconde*, Milano, 2012, p. 35. Cfr. altresì M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in *Media-laws, Rivista di diritto dei media*, n. 2 del 2019, p. 39 ss.

<sup>123</sup> In generale sul funzionamento di News Feed, cfr. V. LUCKERSON, *Here's How Facebook's News Feed Actually Works*, in *Time*, 2015 e A.D.I. KRAMER-J.E. GUILLORY-J.T. HANCOCK, *Experimental evidence of massive-scale emotional contagion through social networks*, in *PNAS (Proceeding on the National Academy of Science of The United States of America)*, n. 24 del 2014, p. 8788-8790.

<sup>124</sup> Questo servizio era in origine gestito da tecnici semplicemente supportati nel loro lavoro da algoritmi; tuttavia, a partire dall'agosto 2016, la gestione di *Trending* è stata affidata completamente a sistemi dotati di Intelligenza Artificiale.

<sup>125</sup> Global Digital Report 2022.

<sup>126</sup> C. O' NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Milano, 2017, p. 261.

allontanandosi sempre di piú dalla (pretesa) immagine di una moderna piazza di pubblica discussione.

### 6.1.1. Filter bubble e polarizzazione

Il primo effetto di questa selezione dell'informazione è la creazione della c.d. *filter bubble*<sup>127</sup>: ciascuno, in rete, vive in una bolla dove vede e conosce solamente ciò che passa attraverso il filtro creato dall'algoritmo, il quale, a sua volta, offre all'utente solo le informazioni e le opinioni che rispecchiano il suo profilo e limita la possibilità di accedere ad altrettante fonti discordanti<sup>128</sup>; dall'informazione giornaliera personalizzata secondo i gusti di un individuo, il c.d. *Daily me*<sup>129</sup>, si è ormai passati al c.d. *Me Now*<sup>130</sup>, ossia l'informazione passiva e costante offerta dall'intelligenza artificiale<sup>131</sup>.

Il risultato è che se certamente l'impiego di questi strumenti all'interno delle strutture digitali contribuisce a migliorare alcuni aspetti della vita quotidiana<sup>132</sup> e può comportare forme positive di condivisione nei piú vari ambiti dell'esistenza di ciascuno, allo stesso modo, determina la chiusura dell'utente dentro una bolla costruita sui suoi gusti e sulle sue preferenze<sup>133</sup>.

Diminuendo le occasioni di esposizione al dissenso, si creano diverse comunità chiuse in cui ciascuno esprime le proprie idee, rivolgendosi a chi la pensa nello stesso modo: il singolo utente, invertendo la direzione di un processo storico di apertura al pluralismo, è ricondotto all'interno di una sfera quasi familistica piú congeniale

<sup>127</sup> E. PARISER, *Il filtro. Quello che Internet ci nasconde*, cit.

<sup>128</sup> Si veda la ricostruzione che ne fa R. MONTALDO *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo, e riforme costituzionali*, cit., p. 790. Si veda altresí C.R. SUNSTEIN, *#Republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, cit., p. 145 o J.M. REYES, *Social network, polarizzazione e democrazia: dall'entusiasmo al disincanto*, in E. VITALE-F. CATTANEO, (a cura di), *Web e società democratica. Un matrimonio difficile*, Torino, 2018, p. 19.

<sup>129</sup> N. NEGROPONTE, *Being Digital*, New York, 1995, p. 153. Il termine Daily Me è stato introdotto dall'Autore per descrivere un quotidiano virtuale personalizzato secondo i gusti di un individuo – in modo piú pervasivo rispetto ai sistemi ai tempi disponibili in commercio –.

<sup>130</sup> C.R. SUNSTEIN, *#Republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, cit., p. 13 ss.; altresí già in C. R. SUNSTEIN, *Republic.com 2.0*, cit., p. 38 ss.

<sup>131</sup> R. MONTALDO *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo e riforme costituzionali*, cit., p. 790.

<sup>132</sup> G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., p. 29.

<sup>133</sup> G. GIACOMINI, *Potere digitale. Come internet sta cambiando la sfera pubblica e la democrazia*, Milano, 2018, p. 123.

allo svolgimento della sua vita privata, il cui effetto è però quello di conformare al solo gruppo di appartenenza comportamenti, pensieri e modi di rapportarsi alla società e alle dinamiche collettive che la interessano.

Il riflesso di questa chiusura rispetto a chi e a ciò che sta «fuori» e alla valorizzazione di chi e di ciò che sta «dentro», porta tuttavia con sé il rischio di polarizzazione delle posizioni<sup>134</sup>: gli utenti, ricevendo soltanto un'eco delle opinioni e dei gusti che hanno già manifestato, si rinforzano nei propri pregiudizi – ritenendoli l'unica opzione possibile in base alle limitate informazioni in loro possesso – e tendono a ignorare o a considerare sbagliato, infondato e fuorviante ciò che si pone al di fuori della loro comunità virtuale.

Si parla, riguardo a tale aspetto, di un fenomeno definito come *echo chamber*<sup>135</sup>: gli algoritmi costruiscono un mondo su misura di ciascuno e portano quest'ultimo a interagire prioritariamente (se non esclusivamente) con altri che abbiano simili opinioni ed esperienze; si generano così, rispetto a chi è percepito come affine, eccessi di affidamento che rafforzano l'appartenenza identitaria al gruppo<sup>136</sup> e si accresce, rispetto a chi al contrario sia portatore di visioni differenti, la separazione e la diffidenza, così negando, come effetto ultimo, legittimazione a quelle istanze plurali che, nella loro dialettica, devono trovare spazio e tutela all'interno di qualsiasi società democratica.

<sup>134</sup> C.R. SUNSTEIN, #*Republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, cit., p. 79 ss.; W. QUATTROCIOCCHI-A. SCALA-C. SUNSTEIN, *Echo chambers on Facebook*, 13 giugno 2016. La presenza del fenomeno della polarizzazione e della tendenza individuale all'omogeneità ed uniformità verso il gruppo d'appartenenza era stata esaminata nello studio di P.F. LAZARFELD-B. BERELSON-H. GAUDET, *The People's Choice - How the voter makes up his mind in a presidential campaign*, New York, 1948, p. XIV, XXI, uno studio psicologico e statistico di riferimento sugli elettori americani durante le elezioni presidenziali del 1940 e del 1944. Secondo gli autori, i media come giornali, radio e pubblicità delle campagne elettorali non avevano una profonda influenza sulle abitudini di voto individuali. Invece, le interazioni interpersonali e il passaparola erano più significativi per la maggior parte degli elettori: i mass media erano quindi serviti per raggiungere un piccolo (ma cruciale) sottoinsieme di persone, che poi hanno trasmesso informazioni ai consumatori di media meno avidi.

<sup>135</sup> Tale fenomeno viene definito *echo chamber*, proprio in ragione dell'eco di opinioni che crea la chiusura degli individui dentro a queste bolle di informazioni. Sul punto Y. BENKLER, R. FARIS, H. ROBERTS, N. BOURASSA, *Understanding Media and Information Quality in an Age of Artificial Intelligence, Automation, Algorithms and Machine Learning*, Berkman Klein Center, 12 luglio 2018.

<sup>136</sup> A. D'ALOIA, *Il diritto verso «il mondo nuovo». Le sfide dell'Intelligenza artificiale*, in *Biolaw Journal. Rivista di BioDiritto*, n. 1 del 2019, p. 22; allo stesso modo, similmente, T.E. FROSINI, *Costituzionalismo 2.0*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 4 del 2016, p. 673-692; A. ODDENINO, *Reflection on Big Data and International Law*, cit., p. 785.

Gli algoritmi sono così capaci di imprigionare i singoli in ciò che sono e in ciò che fanno persone a essi statisticamente correlati. Esemplicativo di tali meccanismi è il sistema di funzionamento di YouTube, acquistato da Google nel 2006 e che vanta oggi oltre 2 miliardi e 500 milioni di utenti<sup>137</sup>, finalizzato a massimizzare il tempo di visualizzazione sulla piattaforma attraverso un'impostazione di riproduzione automatica<sup>138</sup>, in forza della quale, agli utilizzatori, dopo l'input della ricerca iniziale, è offerto automaticamente al termine di ogni video, un contenuto sempre più specifico e affine ai propri gusti, ma anche – spesso – progressivamente sempre più radicale<sup>139</sup>. Tale piattaforma, nel 2019, si è posta l'obiettivo di limitare, attraverso questo meccanismo di raccomandazione, la diffusione di teorie cospirative<sup>140</sup>, ben evidenziando, così, la consapevolezza del proprio potere unilaterale di «modellare le diete dell'informazione»<sup>141</sup>.

Le aspirazioni di chi vedeva nella rete uno strumento a difesa della libertà individuale di conoscere, manifestare le proprie idee contro il potere dispotico e quale mezzo di partecipazione alla vita democratica di ogni Paese<sup>142</sup>, devono pertanto, quantomeno in parte, essere ridimensionate<sup>143</sup>: Internet così come può accorciare le distanze tra

<sup>137</sup> Global Digital Report 2022.

<sup>138</sup> P. COVINGTON-J. ADAMS-E. SARGIN, *Deep neural networks for YouTube recommendations. Proceedings of the 10th ACM Conference on Recommender Systems - RecSys '16*, Settembre 2016.

<sup>139</sup> M. ALFANO-A.E. FARD-J.A. CARTER-P. CLUTTON-C. KLEIN, *Technologically scaffolded atypical cognition: The case of YouTube's recommender system*, in *Synthese*, 199 del 2021, p. 835-858. Secondo alcuni studi, gli algoritmi di YouTube avrebbero contribuito al consolidamento degli estremisti di destra negli Stati Uniti, cfr. J. KAISER-A. RAUCHFLEISCH, *Unite the right? How YouTube's recommendation algorithm connects the U.S. far-right*, in *Medium*, 11 Aprile 2018. È stato dimostrato ad esempio che agli utenti di YouTube che abbiano cercato video di Donald Trump durante la campagna presidenziale del 2016, tramite la riproduzione automatica siano stati successivamente presentati filmati relativi a suprematisti bianchi e negazionisti dell'Olocausto, cfr. Z. TUFEKCI, *YouTube, the great radicalizer*, in *New York Times*, 10 marzo 2018.

<sup>140</sup> J.C. WONG-S. LEVIN, *Youtube vows to recommend fewer conspiracy theory videos*, in *The Guardian*, 25 gennaio 2019.

<sup>141</sup> S. LEWANDOWSKY-L. SMILLIE-D. GARCIA-R. HERTWIG-J. WEATHERALL-S. EGIDY-R.E. ROBERTSON-C. O'CONNOR-A. KOZYREVA-P. LORENZ-SPREEN-Y. BLASCHKE-M. LEISER, *Technology and Democracy: Understanding the influence of online technologies on political behaviour and decision-making*, EUR 30422 EN, Luxembourg, 2020, p. 49.

<sup>142</sup> Analizza, se pur in chiave critica, tali aspettative G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2 del 2011, similmente in *Pol. Dir.*, n. 3 del 2011, p. 369.

<sup>143</sup> Cfr. V. PACKARD, *I persuasori occulti*, Torino, 2015.

territori e genti, può altresì allontanare e condannare all'esclusione, generando (anche) effetti discriminatori.

Quanto descritto, lungi dall'estendere la natura dialogica della sfera pubblica secondo forme e modalità non limitate (d)ai confini degli Stati nazionali, non fa infatti altro che favorire la divisione e l'antagonismo, portando con sé un'inevitabile tensione, in ultima istanza, con la stessa essenza dell'ordine democratico, la cui garanzia presuppone l'autonomia delle scelte individuali e l'esposizione dei cittadini ad argomenti e posizioni che essi non avrebbero scelto in anticipo<sup>144</sup>.

### 6.1.2. *L'algoritmo discriminatorio*

Al pari di ogni tecnologia, anche l'intelligenza artificiale e gli algoritmi non sono neutrali<sup>145</sup>: essi, alimentati da input e output su cui si può intervenire attraverso meccanismi di *reverse engineering*<sup>146</sup>, non solo possono commettere errori<sup>147</sup>, ma possono altresì assumere decisioni discriminatorie, determinando i c.d. *bias*, cioè distorsioni che «discriminano sistematicamente e ingiustamente certi individui o gruppi di individui a favore di altri»<sup>148</sup>.

Tali meccanismi, a monte risentono della progettazione e pertanto della decisione e dei (pre)giudizi del programmatore; a valle, grazie a sistemi di *machine learning* in grado di ricostruire evidenze predit-

<sup>144</sup> C. SUNSTEIN, *Republic.com 2.0*, cit. p. 177 ss. e in generale cap. 7 e 8.

<sup>145</sup> S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 1997, p. 28.

<sup>146</sup> N. DIAKOPOULOS, *Algorithmic accountability*, in *Digital Journalism*, 2014, p. 398-415.

<sup>147</sup> Ciò accade quando ad esempio un algoritmo non riesce a identificare correttamente un soggetto o elabora previsioni fallaci, pur senza penalizzare sistematicamente alcuna categoria in particolare. In proposito, l'esigenza di minimizzare il rischio di errori è presa in considerazione, da ultimo, dal GDPR, che, nel Considerando 71, ribadisce l'opportunità che il titolare del trattamento di dati personali, «al fine di garantire un trattamento corretto e trasparente», metta in atto «misure tecniche e organizzative adeguate al fine, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori». Cfr. P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, *Consulta Online*, 16 giugno 2020, p. 3.

<sup>148</sup> B. FRIEDMAN-H. NISSENBAUM, *Bias in Computer Systems*, in *14 ACM Transactions on Information Systems*, 1996, p. 332: «si usa il termine *bias* per riferirsi a sistemi informatici che sistematicamente e ingiustamente discriminano contro certi individui o gruppi di individui a favore di altri. Un sistema discrimina ingiustamente se nega un'opportunità o un bene o se assegna un risultato indesiderato a un individuo o a un gruppo di individui per motivi che sono irragionevoli o inappropriati». Cfr. sul punto anche A. SIMONCINI-S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, cit., p. 96.

tivamente rilevanti a partire da occorrenze empiriche pregresse, cristallizzano una precisa idea di mondo<sup>149</sup>. Nel primo caso, la decisione algoritmica è condizionata dall'inclusione o esclusione di caratteri che identificano determinate categorie nell'insieme di dati che conducono alla decisione; si tratta, in questo caso, di discriminazioni dirette che sono, qualora lo si voglia, evitabili impostando tali strumenti in modo che non basino le loro decisioni su questi caratteri<sup>150</sup>; nel secondo caso, invece, gli effetti discriminatori possono derivare sia dai contenuti del sistema di dati utilizzato per alimentare i meccanismi di *machine learning*, soprattutto se non sufficientemente ampio e rappresentativo<sup>151</sup>, sia dalla circostanza che l'algoritmo, in grado di «codificare» il passato ingabbiando soluzioni e predizioni all'interno delle griglie fornite dall'insieme di valori che ha guidato la programmazione del sistema<sup>152</sup>, individui caratteristiche che rinviano indirettamente a categorie di persone<sup>153</sup> a cui, come risultato, è associato un trattamento deteriore<sup>154</sup>: «se non adeguatamente monitorate e rese neutre rispetto ai rischi di *bias* già inseriti nella selezione dei dati rilevanti, le decisioni algoritmiche che si basano su tali fattori sono atte a produrre effetti discriminatori e ad aggravare il peso delle disuguaglianze invece che contribuire a ridurle, come pure la tecnologia potrebbe fare»<sup>155</sup>.

<sup>149</sup> A. VENANZONI, *La valle del perturbante: il costituzionalismo alla prova delle intelligenze artificiali e della robotica*, in *Pol. Dir.*, n. 2 del 2019, p. 237.

<sup>150</sup> P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta Online*, 16 giugno 2020, p. 5. L'Autore, in tale saggio (a pagina 5 e 6), afferma come in questa prospettiva esistano anche forme di discriminazioni indirette o cd. *proxy discriminations*: un intervento sull'algoritmo può infatti essere finalizzato a rendere irrilevanti caratteri solo formalmente «neutri», ma che di norma ricorrono con particolare frequenza nelle categorie prese in considerazione, costituendone tratto distintivo. Si veda altresì S. TOMMASI, *Algoritmi e nuove forme di discriminazione: uno sguardo al diritto europeo*, in *Brazilian J. of L.*, n. 10 del 2020, p. 114.

<sup>151</sup> Cfr. sul punto M. GALEOTTI, *Discriminazioni e algoritmi. Incontri e scontri tra diverse idee di fairness*, in *The Lab's Quarterly*, n. 4 del 2018, p. 73 ss.

<sup>152</sup> G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. Dir.*, n. 2 del 2019, p. 216. Si veda altresì, sempre sul tema P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, cit., p. 9.

<sup>153</sup> P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, cit., p. 5.

<sup>154</sup> A. PRINCE-D.B. SCHWARCZ, *Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, in *Iowa L. Rev.*, 5 agosto 2019, p. 29. Esaminano quali parole sono escluse dalla correzione automatica su iPhone M. KELLER, *The Apple 'kill list': What your iPhone doesn't want you to type*, in *Daily Beast*, 11 luglio 2013 e M. ALI-P. SAPIEZYNSKI, A. KOROLOVA-A. MISLOVE-A. RIEKE, *Ad delivery algorithms: The hidden arbiters of political messaging. Technical report*, Ithaca, 2019.

<sup>155</sup> G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, cit., p. 214.

La portata dei pregiudizi veicolabili tramite le piattaforme digitali ha iniziato già a essere oggetto di analisi alla fine del secolo scorso<sup>156</sup>; tuttavia, è solo negli ultimi anni che tale fenomeno ha assunto connotati più vasti.

Si consideri, ad esempio, l'esperimento condotto da Microsoft, nel 2016, con la creazione di TAY, un algoritmo «parlante» dotato di intelligenza artificiale, elaborato per interagire su Twitter e su altre piattaforme con gli esseri umani: apprendendo e replicando il linguaggio di diversi utenti (individuati in un target tra i 18 e i 24 anni), in pochi giorni, TAY ha iniziato a rivelare contenuti razzisti e misogini<sup>157</sup>, tanto da costringere Microsoft a metterlo offline<sup>158</sup>.

Sempre nel 2016, è emerso come Google Images, alla richiesta di immagini ritraenti «tre ragazzi bianchi», restituisse solo foto di adolescenti benestanti in atteggiamenti gioviali; se invece venivano ricercate fotografie di «tre ragazzi neri», mostrava immagini segnaletiche della polizia<sup>159</sup>. Allo stesso modo, sono state individuate pratiche pubblicitarie discriminatorie e rappresentazioni stereotipate dei neri americani in Google Search<sup>160</sup> e in generale nei suggerimenti di completamento automatico forniti da Google<sup>161</sup>.

Ancora, uno studio sugli annunci pubblicitari personalizzati di Google ha dimostrato che l'impostazione del genere femminile anziché maschile negli account utente è in grado di far sì che venga mostrato un minor numero di inserzioni relative a lavori dirigenziali e meglio retribuiti<sup>162</sup>; mentre un'indagine relativa al funzionamento di Facebook ha messo in luce che avvisi relativi a possibilità di carriera nel campo scientifico e ingegneristico sono visti da un numero mag-

<sup>156</sup> S. LAWRENCE, *Searching the World Wide Web*, in *Science*, n. 280 del 1998, p. 98-100; A. MOWSHOWITZ-A. KAWAGUCHI, *Assessing bias in search engines*, in *Information Processing & Management*, n. 38 del 2002, p. 141-156; A. MOWSHOWITZ-A. KAWAGUCHI, *Measuring search engine bias*, in *Information Processing & Management*, n. 41 del 2005, p. 1193-1205.

<sup>157</sup> L. DORMEHL, *Thinking machines. The inside story of Artificial Intelligence and our race to build the future*, London, 2016, p. 106 ss.

<sup>158</sup> P. LEE, *Corporate Vice President, Microsoft Healthcare, Learning from Tay's introduction*, Official Microsoft Blog, 25 marzo 2016.

<sup>159</sup> Come riportato da F.Z. BORGESIU, *Discrimination, Artificial Intelligence and Algorithmic Decision-Making*, Consiglio d'Europa, 2018, p. 10 ss.

<sup>160</sup> S. UMOJA NOBLE, *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*, New York, 2018.

<sup>161</sup> P. BAKER-A. POTTS, 'Why do white people have thin lips?' *Google and the perpetuation of stereotypes via auto-complete search forms*, in *Critical Discourse Studies*, n. 10 del 2013, p. 187-204.

<sup>162</sup> A. DATTA-M.C. TSCHANTZ, *Automated experiments on ad privacy settings in Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, 2015, p. 92-112.

giore di uomini rispetto alle donne, nonostante tali comunicazioni siano esplicitamente concepite per essere neutrali rispetto al genere<sup>163</sup>. Dal momento che, si legge nella ricerca, le donne piú giovani costituiscono un «settore demografico rispetto al quale il costo delle inserzioni a loro rivolte ha un prezzo maggiore rispetto agli uomini, qualsiasi algoritmo» che ottimizzi l'efficacia in termini di costi di una campagna pubblicitaria, è portato «anche quando gli inserzionisti impostano i propri parametri di targeting in modo che siano altamente inclusivi, [...] a introdurre un *bias* in conseguenza proprio di una variabile (costo di consegna) che differisce tra i sessi»<sup>164</sup>.

Le piattaforme digitali mostrano cosí la capacità di interagire con input relativi a razza e genere, secondo modalità che riflettono gli stereotipi e le strutture di potere esistenti nella società<sup>165</sup>; alcuni, in misura peraltro nettamente maggiore rispetto ad altri.

Ad esempio, uno studio del 2019 dell'Osservatorio Internet di Stanford ha confrontato le prestazioni di Google con il motore di ricerca Bing di Microsoft<sup>166</sup> e, in generale, ha riscontrato che Bing restituisce disinformazione e discriminazione a un tasso significativamente piú elevato rispetto a Google, indirizzando gli utenti a contenuti correlati a teorie cospirative senza che ciò sia richiesto da termini di ricerca specifici<sup>167</sup>.

<sup>163</sup> A. LAMBRECHT-C. TUCKER, *Algorithmic bias? An empirical study of apparent gender-based discrimination in the display of STEM career ads* in *Management Science*, Vol. 65 del 2019, p. 2966.

<sup>164</sup> Molti di questi studi sono riportati e menzionati in S. LEWANDOWSKY, L. SMILLIE-D. GARCIA-R. HERTWIG, J. WEATHERALL, S. EGIDY-R.E. ROBERTSON-C. O'CONNOR-A. KOZYREVA-P. LORENZ-SPREEN-M. BLASCHKE-M. LEISER, *Technology and Democracy: Understanding the influence of online technologies on political behaviour and decision-making*, cit., p. 46, studio della Commissione Europea pubblicato nel mese di dicembre 2020. Si veda anche A. LAMBRECHT-C. TUCKER, *Algorithmic bias? An empirical study of apparent gender-based discrimination in the display of STEM career ads*, in *Management Science*, n. 65 del 2019, p. 2966-2981.

<sup>165</sup> Secondo J. VAN DIJCK-M. DE WAAL-T. POELL, *Platform Society. Valori pubblici e società connessa*, Milano, 2019, il rischio è che le piattaforme non riflettano piú il sociale, ma producano le strutture sociali in cui viviamo. Infatti, non adeguatamente monitorate e rese neutre rispetto ai rischi di bias già insiti nella selezione dei dati rilevanti, le decisioni algoritmiche che si basano su fattori come la propensione al consumo, la capacità di spesa, il luogo di residenza, i trascorsi familiari, il grado di istruzione, la storia giudiziaria sono atte a produrre effetti discriminatori e ad aggravare il peso delle disuguaglianze, invece che contribuire a ridurle, come pure la tecnologia potrebbe fare.

<sup>166</sup> D. BUSH-A. ZAHEER, *Bing's Top Search Results Contain an Alarming Amount of Disinformation*, Stanford Internet Observatory, Cyber Policy Center, 17 dicembre 2019.

<sup>167</sup> J.D. LEWANDOWSKY-S. SMILLIE-L. GARCIA-D. HERTWIG-R. WEATHERALL-J.

Recenti studi<sup>168</sup>, ancora, hanno mostrato la manipolabilità dei *bias* contenuti nei motori di ricerca<sup>169</sup>, attraverso lo sfruttamento dei c.d. «vuoti di dati»<sup>170</sup>. Caso emblematico di tale possibilità di sfruttamento è stato quello che ha riguardato la sparatoria avvenuta in una Chiesa Battista, a Sutherland Springs, cittadina del Texas, il 4 Novembre 2017<sup>171</sup>: prima di tale data, i contenuti online riguardanti questa città si limitavano a una voce di Wikipedia; successivamente a tale evento, un gruppo organizzato di «white supremacists», a partire da tale carenza informativa, ha provveduto a pubblicare materiale che attribuiva la responsabilità della sparatoria al Movimento «Antifa», così plasmando, a fronte della poca concorrenza di notizie, la prima pagina dei risultati e portando Google a inserire, nel proprio suggerimento automatico e in connessione con la ricerca di informazioni circa il responsabile dell'evento, la parola «Antifa»<sup>172</sup>.

In questo contesto, anche gli errori e le distorsioni operate dal processo decisionale umano, per effetto del modo di operare di tali meccanismi, possono così avere un impatto molto considerevole<sup>173</sup>, accentuando problemi che trovano nella rete – e in particolare nelle piattaforme digitali e nel loro funzionamento come descritto nei paragrafi precedenti – un terreno fertile<sup>174</sup>.

EGIDY-S. ROBERTSON-R.E. O'CONNOR-C. KOZYREVA-A. LORENZ-SPREEN-P. BLASCHKE-M. LEISER, *Technology and Democracy: Understanding the influence of online technologies on political behaviour and decision-making*, cit., p. 48.

<sup>168</sup> F. TRIPODI, *Searching for alternative facts: Analyzing scriptural inference in conservative news practices. Technical report*, in *Data & Society*, 2018.

<sup>169</sup> S. FORTUNATO-A. FLAMMINI-F. MENCZER-A. VESPIGNANI, *Topical interests and the mitigation of search engine bias*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Vol. 103 del 2006, p. 12684-12689.

<sup>170</sup> Si parla di vuoti di dati quando si fa riferimento a termini di ricerca per i quali i dati rilevanti disponibili sono limitati, inesistenti o profondamente problematici. Essi possono essere sfruttati da coloro che hanno programmi ideologici, economici o politici. Analizzano tali questioni M. GOLEBIEWSKI, D. BOYD, *Data voids: Where missing data can easily be exploited. Technical report*, in *Data & Society*, 2019.

<sup>171</sup> J.D. LEWANDOWSKY-S., SMILLIE-L. GARCIA-D. HERTWIG-R. WEATHERALL-J. EGIDY-S. ROBERTSON-R.E. O'CONNOR-C. KOZYREVA-A. LORENZ-SPREEN-P. BLASCHKE-Y.M. LEISER, *Technology and Democracy: Understanding the influence of online technologies on political behaviour and decision-making*, cit., p. 47.

<sup>172</sup> Cfr. M. GOLEBIEWSKI-D. BOYD, *Data voids: Where missing data can easily be exploited. Technical report*, cit.

<sup>173</sup> S. TOMMASI, *Algoritmi e nuove forme di discriminazione: uno sguardo al diritto europeo*, cit., p. 120.

<sup>174</sup> Si veda, sul punto, la ricostruzione di R. MONTALDO, *La tutela del pluralismo informativo nelle piattaforme online*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2020, p. 226; si veda altresì, su come il web accentua tali fenomeni A.

## 7. La ricezione passiva delle informazioni nel contesto della discussione pubblica

Se l'utente delle piattaforme, in una prima fase, ricerca e seleziona le notizie più affini alle proprie opinioni, e le stesse piattaforme glielne forniscono con estrema precisione – e successivamente glielne continuano a fornire, anche al di là di ulteriori input – l'effetto che ne deriva è quello di alimentare nel medesimo utente la convinzione di essere sufficientemente informato sull'argomento, giungendo a conclusioni potenzialmente non corrette senza essere posto nelle condizioni di rendersene conto<sup>175</sup>.

Tutto questo assume una portata dirompente se si considerano le conseguenze che da ciò possono derivare sulla discussione pubblica, condizionata anche dall'influenza di due ulteriori fenomeni, diretta conseguenza dell'opera degli algoritmi, delle bolle informative e delle relative casse di risonanza: la diffusione delle *fake news* e l'utilizzo del *microtargeting politico*.

### 7.1. Fake news. Le menzogne alla prova dell'algoritmo

Sono fake news quelle forme abusive di esercizio del diritto di cronaca o di critica tese a veicolare deliberatamente informazioni false o distorte<sup>176</sup>.

PERUZZI-F. ZOLLO-A.L. SCHMIDT-W. QUATTROCIOCCHI, *From Confirmation Bias to Echo-Chambers: a data-driven approach*, in *Sociologia e Politiche Sociali*, n. 3 del 2018, p. 72.

<sup>175</sup> Si fa riferimento in questo caso all'effetto Dunning-Kruger; cfr. J. KRUGER-D. DUNNING, *Unskilled and unaware of it: how difficulties in recognizing one's own incompetence lead to inflated self-assessments*, in *J. of Personality and Social Psychology*, n. 6 del 1999, p. 1121 ss.; si veda altresì K. WEST-A.A. EATON, *Prejudiced and unaware of it: Evidence for the Dunning-Kruger model in the domains of racism and sexism*, in *Personality and Individual Differences*, 1 agosto 2019, p. 117.

<sup>176</sup> V. in argomento, *ex multiis*, F. PIZZETTI, *Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2017, p. 48 ss., il quale sottolinea l'esigenza di distinguere le fake news sulla base delle finalità per le quali sono divulgate; altresì in generale, F. PIZZETTI (a cura di), *Internet e i diritti della persona. Il caso del motore di ricerca*, Firenze, 2015; M. BASSINI-G.E. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *Medialaws, Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2017, p. 11-22; G. RIVA, *Fake news*, Bologna, 2018; G. PITRUZZELLA, *Quel filtro necessario per le notizie false sul web*, in *Corriere della sera*, 2 gennaio 2017; G. Pitruzzella, *Italy antitrust chief urges EU to help beat fake news*, in *Financial Times*, 30 dicembre 2016; G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO-S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017; T.E. FROSINI, *No news is fake news*, in *Dir. Pub. Comp. Eur.*, n. 4 del 2017; C. PINELLI, "Postverità", *verità e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Medialaws. Rivista*

Si è consapevoli della sostanziale inafferrabilità delle nozioni di verità e falsità<sup>177</sup>: noto è il riferimento agli «alternative facts» di Kellianne Conway, consigliere del Presidente Trump, in una Conferenza stampa del 22 gennaio 2017. Tuttavia, in questo caso, non si guarda alle generiche attività di disinformazione, storicamente sempre esistite<sup>178</sup>, ma a quelle notizie intenzionalmente e verificabilmente mendaci e manipolate, che, come tali, possono trarre in inganno, condizionando la formazione dell'opinione pubblica in favore o in danno di determinati soggetti portatori di interessi politici o sociali<sup>179</sup>.

La definizione di notizia falsa, si è detto, è quanto mai problematica<sup>180</sup>: vi sono ad esempio forme di espressione, come la satira<sup>181</sup> o la propaganda, che sfuggono alla definizione di informazione e che restano confinate in un'area incerta<sup>182</sup>. Ancora, è dubbio che si possa rivendicare un diritto a un'informazione «veritiera»<sup>183</sup>, restando diffusa

*di diritto dei media*, n. 1 del 2017, p. 41-47; M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2017, p. 26-40; N. ZANON, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di una "Autorità pubblica della verità"?*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2018, p. 12-17; R. PERRONE, *Fake news e libertà di manifestazione del pensiero: brevi coordinate in tema di tutela costituzionale del falso*, in *Nomos*, n. 2 del 2018. Sul nesso tra il ruolo della disinformazione e la salvaguardia del carattere democratico dello Stato, cfr. E. LEHNER, *Fake news e democrazia*, in *Medialaws, Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2019, p. 92 ss.; G. DONATI, *Fake news e libertà di informazione in Medialaws, Rivista di diritto dei media*, n. 2 del 2018.

<sup>177</sup> C. MAGNANI, *Libertà di espressione e fake news, il difficile rapporto tra verità e diritto. Una prospettiva teorica*, in *Costituzionalismo.it.*, n. 3 del 2018, p. 2.

<sup>178</sup> K. MANHEIM-L. KAPLAN, *Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy*, in *Yale Journal of Law & Technology*, n. 21 del 2019, p. 144.

<sup>179</sup> H. ALLCOTT-M. GENTZKOW, *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, in *J. of Economic Perspectives*, Vol. 31, n. 2 del 2017, p. 211 ss.

<sup>180</sup> Secondo C. MELZI D'ERIL, *Fake news e responsabilità: paradigmi classici e tendenze incriminatrici*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2017, p. 63-4, esiste una distinzione tra tre differenti tipi di notizie false: quelle diffuse da individui o gruppi di potere inclusi soggetti esteri al fine di influenzare o manipolare l'opinione pubblica; quelle relative ai racconti poco accreditati e accurati che circolano specialmente nella Rete; quelle che mettono a rischio interessi individuali o collettivi tutelati dalla Costituzione, così come possono influenzare i mercati. Solo con riferimento a queste ultime si potrebbero «utilizzare le categorie di legale e di illegale».

<sup>181</sup> Si veda G. BOGGERO, *La satira come libertà ad "autonomia ridotta" nello Stato costituzionale dei doveri*, in *Nomos*, n. 5 del 2020, p. 10.

<sup>182</sup> C. MAGNANI, *Libertà di espressione e fake news, il difficile rapporto tra verità e diritto una prospettiva teorica*, cit., p. 35.

<sup>183</sup> Così S. FOIS, *Informazione e diritti costituzionali*, in *Dir. Inf.*, 2000, spec. p. 268-269.

la convinzione<sup>184</sup> che le opinioni siano difficilmente assoggettabili a uno scrutinio di verità rispetto ai nudi fatti<sup>185</sup>: ogni opinione, proprio per il suo carattere congetturale, non si presta infatti all'obiettività e asetticità tipica della mera narrazione degli accadimenti<sup>186</sup>.

Tuttavia, la profonda trasformazione dell'ambiente e degli strumenti attraverso i quali la libertà di espressione si esercita, non ha potuto che influenzare anche il rapporto tra la notizia e il suo accreditamento presso il pubblico, offrendo così, per quanto qui interessa, «un protagonismo del tutto nuovo alla questione del falso, e quindi della verità, nell'informazione»<sup>187</sup>.

Il fenomeno delle fake news, che senz'altro precede l'avvento di Internet e delle nuove tecnologie<sup>188</sup> e su cui talvolta la politica ha costruito il proprio «statuto comportamentale»<sup>189</sup>, a fronte delle più ampie possibilità di diffusione che la rete offre, mostra oggi una più marcata rilevanza nel dibattito pubblico: in un contesto in cui l'assenza di meccanismi di controllo e di responsabilità accentua la facilità di produrre questo genere di notizie<sup>190</sup>, è agevole intuire quanto un dato riportante

<sup>184</sup> M. PELISSERO, *Diritto di critica e verità dei fatti*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, p. 1217. In giurisprudenza si veda Cass. Civ., 20 marzo 2018, n. 6919; Cass. Pen., 13 novembre 2017, n. 51619; 3 dicembre 2009, n. 7419; 4 novembre 2014, n. 7715; 10 marzo 2014, n. 5499; 14 febbraio 2000, n. 3477.

<sup>185</sup> Cass. Pen., 14 marzo 2016, n. 4897.

<sup>186</sup> G. BOGGERO, *La satira come libertà ad "autonomia ridotta" nello Stato costituzionale dei doveri*, cit., p. 10.

<sup>187</sup> C. MAGNANI, *Libertà di espressione e fake news, il difficile rapporto tra verità e diritto una prospettiva teorica*, cit., p. 4.

<sup>188</sup> Si veda ad esempio la ricostruzione operata da L. CANFORA, *La storia falsa*, Milano, 2008. Secondo l'Autore, il primo caso di falso storico è la lettera che Pausania avrebbe scritto al re dei persiani Serse, quattro secoli avanti Cristo.

<sup>189</sup> H. ARENDT, *Verità e politica*, Torino, 1995, p. 29, ove si afferma che: «nessuno ha mai dubitato del fatto che verità e politica siano in rapporti piuttosto cattivi l'una con l'altra e nessuno, che io sappia, ha mai annoverato la sincerità tra le virtù politiche [...]. È forse proprio dell'essenza stessa della verità essere impotente e dell'essenza stessa del potere essere ingannevole».

<sup>190</sup> G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., p. 31. Si tratta di una discussione che ha trovato spazio in sedi istituzionali nazionali e a livello, per esempio, dell'Unione europea, con, prima, il *Code of conduct on countering illegal hate speech online*, del 31 maggio 2016, poi, l'EU Code of Practice on Disinformation, del 26 settembre 2018, preceduto dall'istituzione, il 12 gennaio 2018, del gruppo di lavoro «High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation», formato da 39 esperti per la conduzione di un tavolo di confronto permanente con incarico esplorativo sul fenomeno disinformazione, al fine di produrre una proposta legislativa in grado di porvi un freno. A completamento del Codice, il 16 ottobre 2018 sono stati predisposti dei piani individuali per ciascuna piattaforma firmataria (Facebook, Mozilla, Google e Twitter), contenenti una serie

eventi alterati, o mai avvenuti, possa agilmente circolare all'interno di un gruppo che trova in esso una conferma delle proprie opinioni<sup>191</sup>. Sono noti i seguenti assunti – presentati come fatti incontrovertibili – ed è altrettanto nota la loro falsità: l'ex Presidente Barack Obama è nato in Kenya e non alle Hawaii ed è di origine musulmana<sup>192</sup>; l'ex Presidente George W. Bush era stato informato in anticipo dell'attacco dell'11 settembre 2001; l'Olocausto non è mai avvenuto; fino ad arrivare ad alcune teorie divulgate durante la pandemia da Covid-19<sup>193</sup>.

Tali assunti, abbinati ad algoritmi che promuovono contenuti con un alto livello di coinvolgimento, spesso coadiuvati ai fini della loro diffusione dalla creazione di profili falsi e «bot» (ossia applicazioni che eseguono attività automatizzate su Internet) hanno avuto e hanno tuttora enorme circolazione. Le piattaforme online amplificano infatti la portata di informazioni false e fuorvianti, raggiungendo milioni di persone<sup>194</sup>: un sondaggio svolto in tutti i paesi dell'Unione europea<sup>195</sup>

di azioni di contrasto alla disinformazione da attuarsi in un lasso di tempo predefinito. Per un commento, cfr. M. MONTI, *Il Code of Practice on Disinformation dell'UE: tentativi in fieri di contrasto alle fake news*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2019, p. 320 ss. In Italia, l'AGCOM ha avviato, nel giugno 2016, con Delibera n. 309/16/CONS, una indagine conoscitiva su «Piattaforme digitali e sistema dell'informazione», alla quale ha fatto seguito «l'istituzione di un tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali» (Delibera n. 423/17/CONS). L'AGCOM, ha quindi pubblicato a novembre 2018 due documenti conclusivi di questa prima fase. Il *Rapporto Tecnico. Le strategie di disinformazione online e la filiera dei contenuti fake*, il 9 novembre 2018, opera del Tavolo tecnico; e il 23 novembre 2018 i risultati dell'indagine conoscitiva con il rapporto finale *News vs. Fake nel sistema dell'informazione*.

<sup>191</sup> A conferma di come la polarizzazione dei gruppi online incrementi esponenzialmente la creazione e la diffusione della disinformazione, si ricorda la ricerca, condotta da Quattrociochi, Scala e Sunstein, che ha rilevato l'esistenza di tale fenomeno nel confronto tra gruppi a supporto di teorie complottiste e la negazione di fatti scientificamente dimostrati. Cfr. W. QUATTROCIOCCHI-A. SCALA-C.R. SUNSTEIN, *Echo Chambers on Facebook*, in *SSRN online journal*, 15 giugno 2016.

<sup>192</sup> P. SCHROEDER, *Poll: 43percent of republicans believe Obama is a muslim*, in *Hill*, 13 settembre 2015.

<sup>193</sup> Secondo il 55° rapporto Censis, del 3 dicembre 2021, per il 5,9% (cioè circa 3 milioni di persone) il COVID-19 non è mai esistito.

<sup>194</sup> Così si legge nel Report della Commissione europea del 27 Ottobre 2020, S. LEWANDOWSKY-L. SMILLIE, D. GARCIA-R. HERTWIG-J. WEATHERALL-S. EGDY-R.E. ROBERTSON-C. O'CONNOR-A. KOZYREVA-P. LORENZ-SPREEN-Y. BLASCHKE-M. LEISER, *Technology and Democracy: Understanding the influence of online technologies on political behaviour and decision-making*, cit., soprattutto il riferimento è al capitolo 6, e a p. 56 e ss.

<sup>195</sup> Flash Eurobarometer 464: *Fake News and Disinformation Online*, consultabile all'indirizzo [https://data.europa.eu/euodp/en/data/dataset/S2183\\_464\\_ENG](https://data.europa.eu/euodp/en/data/dataset/S2183_464_ENG)

ha rivelato ad esempio che oltre la metà della popolazione afferma di imbattersi in notizie false online almeno una volta alla settimana. O ancora, uno studio del Massachusetts Institute of Technology (MIT) ha dimostrato che le notizie false, in rete – ad esempio su Twitter – si diffondono 6 volte più velocemente di quelle vere grazie ai like, e, in genere, alla spinta data dalla condivisione, ma, soprattutto, in condizioni inadatte per (chi voglia) verificarne l’attendibilità<sup>196</sup>.

Tutto ciò rischia di aprire la strada a una rappresentazione della realtà distorta e tendenzialmente dogmatica, in cui la corrispondenza ai fatti cede il passo a una forma di «soggettività emotiva che trova le conferme di cui necessita solo in soggettività affini»<sup>197</sup>. Con la pretesa di accedere alla conoscenza in modo disintermediato – basandosi sulla propria esperienza personale – o in modo mediato attraverso quella di soggetti, gruppi o comunità di non esperti selezionati perché confermano la visione del mondo a cui più piace credere o perché affermano quello che più si è emotivamente disposti a udire, si supera, così, il fatto oggettivo.

È chiaro che un ordinamento che riconosca e garantisca il godimento di diritti fondamentali e tra questi la libertà di espressione non possa imporre *una* verità pre-definita dall’autorità<sup>198</sup>, ma ne debba

<sup>196</sup> P. DIZIKES, *Study: On Twitter, false news travels faster than true stories. Research project finds humans, not bots, are primarily responsible for spread of misleading information*, in *Mit News*, 8 marzo 2018.

<sup>197</sup> G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, cit., p. 50.

<sup>198</sup> Già C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano, 1958, p. 36-37 espone come, in relazione al diritto a manifestare il proprio pensiero «restano escluse dalla garanzia (ma non però direttamente vietate) le manifestazioni che non rispondano alle interiori persuasioni o all’interiore pensiero, le affermazioni o le negazioni che non corrispondano alle effettive convinzioni e valutazioni, e consentito al legislatore ordinario di vietare e punire in vantaggio della fede pubblica in generale, o di più individuati interessi di singoli o di collettività, il subiettivamente falso, la menzogna (deformante, reticente, patente, latente), il dolo, l’inganno, il raggio o la frode, ove sia raggiunta la prova della divergenza della espressione dall’interiore pensiero». Come notato anche da Alessandro Pace in A. PACE-M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., p. 89, il soggettivamente falso è privo di tutela costituzionale, ma non per ciò vietato. Similmente, P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, p. 121 e S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, p. 210. Secondo quest’ultimo autore, in questo caso, «la notizia falsa sarà vietabile solo quando pregiudichi uno specifico interesse od un diritto altrui che abbiano un fondamento costituzionale»; altresì F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali*, Torino, 1999, interpreta la Costituzione come sintesi tra democrazia, pluralismo e dimensione assiologica, mettendo al centro la concezione della verità e le sue possibili declinazioni; ancora, P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, Torino, 2000,

conoscere necessariamente di plurali, quali condizioni culturali che pongano le basi per un processo di ricerca della verità<sup>199</sup>: all'interno della nostra stessa Costituzione non si rinvencono in questo senso indicazioni che depongono per una collocazione del falso nell'alveo del penalmente rilevante, salvo che ciò non costituisca il fulcro di un'attività *ex se* illecita che contrasti con altri principi costituzionali<sup>200</sup> o lesivi di determinati beni giuridici<sup>201</sup>. È altrettanto vero, però, che un ordinamento costituzionale si regge altresì su un principio di affidamento, cioè sulla ragionevole presunzione che l'apparenza corrisponda alla realtà, soprattutto là dove ciò sia destinato a produrre effetti sulla sfera pubblica: «il diritto dei cittadini di scegliere i propri governanti, la controllabilità del potere politico, la competizione tra i partiti per il potere di governo presuppongono [infatti] che i singoli possano contare sulla corrispondenza al vero di quanto viene detto e fatto»<sup>202</sup>.

## 7.2. *Uso politico dei dati: la manipolazione del consenso elettorale*

Le fake news, per la facilità di diffusione che hanno grazie ai meccanismi di funzionamento delle piattaforme digitali, possono contribuire a contaminare le dinamiche pubbliche. A maggior ragione, tali dinamiche possono risultare influenzate dall'uso politico dei dati personali dei singoli all'interno della rete, sempre più nuovo spazio della competizione elettorale<sup>203</sup>.

invece, considera la verità come mediata e riflessa nelle manifestazioni della cultura, al centro del discorso sulla teoria della Costituzione.

<sup>199</sup> P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, cit., p. 96-97.

<sup>200</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 229.

<sup>201</sup> M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Canterano, 2019, p. 301. Secondo l'autore, oltre alle ipotesi di negazionismo, che godono di copertura penale in diversi ordinamenti europei, «la diffamazione integra un illecito nella misura in cui il falso leda la reputazione dell'interessato. Analogamente, il falso è punito quando in capo ai soggetti da cui provengono delle dichiarazioni sussista un dovere di verità scaturente, per esempio, dal particolare ufficio svolto. Queste considerazioni consentirebbero già di eliminare buona parte delle ipotesi controverse e di ritenere che il falso che attenta a un bene giuridico rilevi già per l'ordinamento e che sussistano, pertanto, rimedi giuridici».

<sup>202</sup> L. VIOLANTE, *Politica e menzogna*, Torino, 2013, p. 4. In generale, una ricostruzione di queste tematiche è effettuata da J. BALDWIN-PHILIPPI, *Using Technology, Building Democracy. Digital Campaign and the Construction of Citizenship*, Oxford Study Press, Oxford, 2015.

<sup>203</sup> S.C. MCGREGOR, «*Taking the Temperature of the Room*». *How Political Campaigns Use Social Media to Understand and Represent Public Opinion*, in *Public Opinion Quarterly*, n. 84 del 2020, p. 236-256; B.L. OTT, *The Age of Twitter: Donald J. Trump and the Politics of Debasement*, in *Critical Studies in Media Com-*

Così come per le fake news non si tratta di un fenomeno nuovo: i dati degli elettori, nelle diverse tornate elettorali, hanno costituito da sempre la base di ogni ragionamento politico, funzionale a istruire, in vista delle campagne successive, i programmi di candidati e partiti. Dal canto loro, i media tradizionali, sono stati e sono – se pur oggi in misura forse in parte più limitata rispetto alle potenzialità diffusive (e pervasive) della rete – terreno di coltura di questi processi, nella triplice funzione di «attore, strumento e contesto della sfera pubblica»<sup>204</sup>. Essi, in un ambiente in cui vige(va) l'idea del voto come costruzione sociale e razionale, avevano il compito di concorrere a definire l'agenda politica dei candidati, misurandone le oscillazioni nei sondaggi e veicolandone i messaggi<sup>205</sup>.

È però evidente che l'organizzazione di campagne elettorali sempre più personalizzate, basate sui profili personali degli elettori<sup>206</sup>, sul cui voto o, meglio, sul cui procedimento di formazione del consenso in funzione dell'esercizio del voto, è possibile influire, traggono notevoli vantaggi dai descritti meccanismi di funzionamento delle piattaforme digitali: l'esistenza di gruppi polarizzati è, infatti, in grado di mostrare chiaramente quali opinioni un candidato alle elezioni debba «appoggiare», plasmando la propria immagine in funzione delle aspettative dei propri elettori<sup>207</sup> e così orientando la direzione del dibattito e potenzialmente, come evidenziato sin dalle elezioni americane del 2010 e del 2012, gli esiti dei processi di voto<sup>208</sup>.

*munication*, n. 34 del 2017, p. 59-68; F. NUNZIATA, *Il Platform Leader*, in *Digital Politics*, n. 1 del 2021, p. 127-146; D. SERVETTI, *Social network, deliberazione pubblica e legislazione elettorale di contorno*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2020; R. MONTALDO, *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo, e riforme costituzionali*, in *Quad. Cost.*, n. 4 del 2019, p. 789 ss.; J.M. REYES, *Social network, polarizzazione e democrazia: dall'entusiasmo al disincanto*, in E. VITALE-F. CATTANEO (a cura di), *Web e società democratica. Un matrimonio difficile*, Torino, 2018, p. 18 ss. Su campagna elettorale e nuovi media, ancora prima dei social networks, si veda D. BENEDICENTI, *La televisione e la campagna elettorale permanente*, in *Rivista Il Mulino*, n. 1 del 2006, p. 56 ss. Per una trattazione più approfondita, all'interno del presente lavoro, si veda il capitolo 2.

<sup>204</sup> In generale, J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, 2002.

<sup>205</sup> R. DE ROSA, *Digital persona, big data e sfera pubblica. Quali sfide per la democrazia che verrà*, cit., p. 2.

<sup>206</sup> D. SCHULTZ, *Could Google influence the presidential election? Search engine may be biasing user preferences* in *Science*, 25 ottobre 2016.

<sup>207</sup> O. PAPA KYRIAKOPOULOS-S. HEGELICH-M. SHAHREZAYE-J.C. MEDINA SER-RAO, *Social media and microtargeting: Political data processing and the consequences for Germany*, in *Big Data & Society*, Luglio-Dicembre 2018, p. 2.

<sup>208</sup> M. BARTHEL-E. SHEARER-J. GOTTFRIED-A. MITCHELL, *The evolving role of news on twitter and facebook*, *Pew Research center*, Washington, 14 luglio 2015.

Facebook nel 2010, attraverso uno strumento denominato il *megafono dell'elettore*<sup>209</sup>, è riuscito ad analizzare come il comportamento elettorale di un campione di 61 milioni di iscritti possa essere influenzato semplicemente permettendo di far sapere alla comunità di «amici» di ciascuno di essere andati a votare<sup>210</sup>.

L'esperimento consisteva nel far apparire in forma grafica nella *timeline* dei diversi utenti un link per individuare le sedi dei seggi elettorali, un pulsante per annunciare di aver votato e la foto di sei altri conoscenti che avevano già fatto lo stesso. Il risultato riscontrato è stato quello di un sensibile incremento della partecipazione al voto, pari a circa 340.000 unità in più, nel gruppo che aveva ricevuto la grafica rispetto a quello a cui era stato inviato solo un invito di *get out to vote*<sup>211</sup>.

Allo stesso modo, nel 2012, nei tre mesi antecedenti la competizione elettorale tra Obama e Romney, sempre Facebook ha modificato l'algoritmo alla base della visualizzazione delle notifiche nei profili di circa 2 milioni di persone, tutte impegnate politicamente: inviando a esse un maggior numero di c.d. *hard news* (notizie di cronaca, attualità e politica) è riuscito a registrare, in forza di un sondaggio successivo alle elezioni, che la partecipazione al voto era salita dal 64 al 67%<sup>212</sup>.

Si è trattato, in entrambi i casi, di esperimenti svolti con un fine apparentemente virtuoso: quello di incentivare ad andare a votare; tuttavia, attraverso di essi è stato possibile raccogliere informazioni relative a decine di milioni di persone, misurare l'impatto che le parole e i link condivisi avevano sulle stesse e utilizzare quella conoscenza per influenzarne le azioni<sup>213</sup> in una percentuale sufficientemente elevata da modificare l'esito delle elezioni<sup>214</sup>.

Se in questi casi si è operato in un contesto di apparente neutra-

<sup>209</sup> R. BOND-C. FARISS-J. JONES-A. KRAMER-C. MARLOW-J. SETTLE-J. FOWLER, *A 61 million person experiment in social influence and political mobilization*, in *Nature*, CDLXXXIX, 2012, p. 295-298.

<sup>210</sup> C. O' NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, cit., p. 262.

<sup>211</sup> R. BOND-C. FARISS-J. JONES-A. KRAMER-C. MARLOW-J. SETTLE-J. FOWLER, *A 61 million person experiment in social influence and political mobilization*, cit., p. 295 ss.

<sup>212</sup> E. BAKSHY-S. MESSING-L. ADAMIC, *Exposure to ideologically diverse news and opinion*, in *Science*, CCCXLVIII, n. 6239 del 2015, p. 1130-1132.

<sup>213</sup> J. ZITTRAIN, *Facebook could decide an election without anyone ever finding out: The scary future of digital gerrymandering - and how to prevent it*, in *New Republic*, 2 giugno 2014.

<sup>214</sup> Nel 2000, ad esempio, G. W. Bush vinse in Florida di 537 voti; cfr. D. BARSTOW-DON VAN NATTA JR, *Examining the Vote, how Bush took Florida: mining the overseas absentee vote*, in *The New York Times*, 15 luglio 2001.

lità della rete<sup>215</sup> – l’esperimento ha riguardato il mero esercizio del diritto di voto, non favorendo, almeno direttamente, un candidato o un altro – appare evidente che si tratti di tecniche in grado di aprire la strada alla possibilità di una vera e propria opera di propaganda politica. Come analizzato da Robert Epstein dell’*American Institute for Behavioral Research and Technology* della California, semplicemente collocando link che si riferiscono a un candidato sopra altri nell’ambito di una ricerca i cui risultati siano stati manipolati, è possibile influenzare il modo con cui gli elettori indecisi scelgono la persona da votare: ad esempio, prima delle elezioni politiche del 2014 in India, sono stati monitorati alcuni elettori e si è scoperto che i risultati della ricerca su Google, alterati nell’ordine di visibilità e basati su un pregiudizio a favore di un candidato, erano idonei a orientare nella scelta circa il 12% degli elettori indecisi<sup>216</sup>.

La potenza pervasiva delle tecniche di profilazione messe a disposizione dalla rete e l’uso politico dell’immensa mole di dati che queste consentono si presta così a essere uno strumento nelle mani sia di regimi autoritari, che su tali meccanismo possono fondare politiche decisorie pubbliche, sia, all’interno di ordinamenti democratici, di soggetti che se ne possono servire per condizionare gli esiti elettorali nei limiti consentiti dalle regole stabilite dagli stessi intermediari digitali.

### 7.3. *Il Social Credit System cinese, Cambridge Analytica e il micro-targeting politico*

Se si guarda all’uso politico dei dati per finalità di carattere pubblico, tra i regimi autoritari è certamente emblematico l’esperimento di «ingegneria sociale» avviato in Cina, dove il governo sta implementando i programmi di sorveglianza dei cittadini attraverso tecnologie di profilazione che sfruttano le attività online degli stessi.

Da tale programma è stato ritirato il progetto, commissionato inizialmente a Google, di mettere a punto un motore di ricerca con funzioni molto limitate, tali da soddisfare la censura del governo: la piat-

<sup>215</sup> Nel 2014, si è scoperto che il 62% degli utenti non sapeva che la società interferisse con la sezione notizie. Lo studio è richiamato da P. COSTA, *Motori di ricerca e social media: i nuovi filtri nell’ecosistema dell’informazione online e il potere occulto degli algoritmi*, cit., p. 257.

<sup>216</sup> Gli studi citati nel testo sono richiamati da D. SHULTS, *Could Google influence the presidential election?*, cit. Quale fonte diretta si veda R. EPSTEIN-R.E. ROBERTSON, *The search engine manipulation effect (SEME) and its possible impact on the outcomes of elections*, in *Pnas online (Proceedings of the National Academy of Sciences)*, n. 4 del 2015.

taforma *Dragonfly* era infatti stata ideata dall'azienda statunitense in modo da inserire in una lista nera, e non farle comparire tra i risultati di ricerca, informazioni su diritti umani, democrazia, religione, proteste e manifestazioni di dissenso nei confronti del regime. Tuttavia, in seguito alla pubblicazione di un'inchiesta del sito *The Intercept*<sup>217</sup>, nel maggio 2019, i dipendenti di Google hanno sottoscritto un appello dove, richiamandosi alla retorica aziendale del *Don't be evil*<sup>218</sup>, si accusava la società di rendersi complice dell'oppressione e della violazione dei diritti umani in tale regime<sup>219</sup>.

La creazione di questa piattaforma si sarebbe dovuta inserire all'interno di un obiettivo del regime cinese molto più ambizioso: il *Progetto di pianificazione per la costruzione di un sistema di credito sociale* (c.d. Social Credit System) che si prefiggeva di attribuire, entro il 2021, un punteggio all'«integrità sociale» di tutti i cittadini. Tale piano, elaborato la prima volta nel 2007 e successivamente aggiornato nel 2014 con l'adozione delle *Guiding Opinions Concerning the Construction of a Social Credit System*<sup>220</sup>, dovrebbe consentire al governo un monitoraggio diretto e diffuso della popolazione cinese attraverso la videosorveglianza degli spostamenti delle persone con sistemi di riconoscimento facciale e la raccolta dei dati di tutte le attività compiute online, i quali, una volta elaborati con specifici algoritmi, consentiranno di attribuire automaticamente un indice di affidabilità a ciascun cittadino. Un punteggio sociale, cioè – in un numero variabile tra 350 e 950 – subito messo a disposizione di tutte le autorità coinvolte, alle quali spetterà di determinare i servizi a cui il singolo potrà avere accesso e quelli da cui, al contrario, dovrà essere escluso<sup>221</sup>.

Si tratta di un imponente sistema di profilazione organizzato da un'autorità statale, che dimostra come uno Stato si possa servire del-

<sup>217</sup> Google Dragonfly – <https://theintercept.com/collections/google-dragonfly-china/>.

<sup>218</sup> Si tratta del motto aziendale di Google, indicato all'apertura del Codice di condotta dei dipendenti e sta a significare l'intento della stessa azienda di non usare i dati per scopi riprovevoli.

<sup>219</sup> Editorial Board, *Does 'don't be evil' still apply, Google?* in *Washington Post*, 5 dicembre 2018. Cfr. per un commento, altresì R. MAZZOLA, *Note su Internet e democrazia*, cit., p. 6-7.

<sup>220</sup> *Planning Outline for the Construction of a Social Credit System (2014-2020)*, consultabile all'indirizzo <https://chinacopyrightandmedia.wordpress.com/2014/06/14/planning-outline-for-the-construction-of-a-social-credit-system-2014-2020/>.

<sup>221</sup> A. ROUVROY, *Il regime della verità digitale. Dalla governamentalità algoritmica a un nuovo Stato di diritto*, in *La Deleuziana*, n. 3 del 2016, p. 6 ss.

le potenzialità offerte dalla rete<sup>222</sup>, al fine di assicurare un controllo capillare sui comportamenti individuali, di reprimere qualsiasi forma di dissenso e di classificare i propri cittadini secondo modalità fortemente invasive delle sfere di autonomia privata.

Se però l'esempio cinese può (forse) stupire meno, stante la connotazione fortemente autoritaria del suo ordinamento, è con lo scandalo di Cambridge Analytica<sup>223</sup> che anche le democrazie occidentali si sono potute rendere conto della potenza pervasiva delle tecniche di profilazione operanti tramite gli algoritmi presenti nel web, anche nell'ambito della competizione elettorale.

Cambridge Analytica era una società di consulenza privata fondata nel 2013 (e dichiarata fallita nel 2018) da Robert Mercer, finanziatore del sito di estrema destra Breitbart News diretto da Steve Bannon, ma, soprattutto, consigliere e stratega di Donald Trump.

Tale società era riuscita ad acquisire i dati personali e le informazioni di milioni di iscritti su Facebook, attraverso un'applicazione creata da Aleksandr Kogan, ricercatore dell'Università di Cambridge, chiamata *This is your digital life* che prometteva di produrre profili psicologici e di previsione del comportamento, basandosi sulle attività online dei singoli utenti. Per collegarsi a tale App era necessario effettuare il *login* di Facebook che, ai tempi, ancora consentiva a società terze di raccogliere informazioni sia di coloro i quali usavano direttamente applicazioni esterne, sia della rete di «amici» di questi ultimi<sup>224</sup>.

I dati così ottenuti da Cambridge Analytica sono stati poi elaborati attraverso tecniche psicometriche in grado di delineare il profilo di ogni singolo utente, facendo leva sui tratti della sua personalità classificati in base a cinque categorie (estroversione-introversione, gradevolezza-sgradevolezza, coscienziosità-negligenza, nevroticismo-stabilità emotiva, apertura mentale-chiusura mentale<sup>225</sup>).

<sup>222</sup> In Cina sottoposte anch'esse alla logica del regime: WeChat, del colosso cinese Tencent Holdings, è presente su quasi ogni cellulare cinese, su cui invece Whatsapp, Facebook e Google non funzionano ed è diventato indispensabile per le politiche di censura e sorveglianza del Governo.

<sup>223</sup> In particolare sul caso Cambridge Analytica, cfr., anche per la bibliografia, F. DI SALVO, *Leaks. Whistleblowing e hacking nell'età senza segreti*, Roma, 2019.

<sup>224</sup> C. CADWALLADR-E. GRAHAM-HARRISON, *Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach*, in *The Guardian*, 17 Marzo 2018.

<sup>225</sup> La teoria dei cinque grandi fattori della personalità (appunto c.d. teoria dei Big Five) è considerata quella maggiormente in grado di spiegare la variabilità individuale tra i soggetti. Il termine Big Five è stato usato per la prima volta da L.R. GOLDBERG, nel 1981, ne *Language and individual differences: The search for uni-*

In questo modo, attraverso gli algoritmi a disposizione<sup>226</sup>, tale società è stata in grado di prevedere modelli di comportamento adatti a ciascun utente profilato e a costruire, in base alle diverse tipologie di personalità<sup>227</sup>, possibilità di campagne elettorali estremamente individualizzate (il c.d. *micro-targeting politico*) nei confronti di oltre 40 milioni di elettori<sup>228</sup>; il target di riferimento (sulla base del principio per cui, essendo praticamente impossibile far cambiare opinione a chi è già convinto, è necessario agire sulle fasce più marginali) è stato individuato, in quel caso, negli elettori democratici di cui sarebbe potuta essere incentivata l'astensione e nei repubblicani, al contrario già propensi all'astensione, ma che potevano essere convinti al voto<sup>229</sup>.

Di questi studi hanno fatto uso i gruppi impegnati a lavorare nella campagna presidenziale di Ted Cruz, al fine di sviluppare spot televisivi calibrati per diverse tipologie di elettori, da mandare in onda durante i programmi presumibilmente di loro interesse<sup>230</sup>.

*versals in personality lexicons*, in L. WHEELER (a cura di), *Review of Personality and social psychology*, II, Beverly Hills, 1981; è stato, però, W.T. NORMAN, nel 1963, ne *Toward an adequate taxonomy of personality attributes: Replicated factor structure in peer nomination personality ratings*, in *J. of Abnormal and Social Psychology*, n. 66 del 1963, p. 574-583 a dar inizio ad un lavoro approfondito di analisi su tali fattori. Infine, questa teoria è stata elaborata da R. McCRAE-P.T. COSTA, *Personality, coping, and coping effectiveness in an adult sample*, in *Journal of Personality*, n. 54 del 1986, p. 385-404.

<sup>226</sup> D. CARDON, *Che cosa sognano gli algoritmi. Le nostre vite al tempo dei big data*, Milano, 2016, p. 51-52.

<sup>227</sup> M. ROSENBERG-N. CONFESSORE-C. CADWALLADR, *How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions*, in *New York Times*, 17 Marzo 2018; Cadwalladr, *I Made Steve Bannon's Psychological Warfare Tool: Meet the Data War Whistleblower*, in *The Guardian*, 18 Marzo 2018.

<sup>228</sup> H. DAVIES, *Ted Cruz using firm that harvest data on millions of unwitting facebook users*, in *The Guardian*, 11 dicembre 2015.

<sup>229</sup> Tra questi, ad esempio, alle minoranze afro-americane che mai avrebbero votato per Donal Trump, sono stati inviati messaggi che riportavano una citazione decontestualizzata riconducibile a Hillary Clinton e relativa alla pericolosità dei ghetti neri, al fine rafforzare il dubbio che, una volta alla Presidenza, non avrebbe comunque fatto abbastanza per loro a causa del razzismo presente anche tra i democratici, cfr. P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della Rete*, in *Rivista AIC*, n. 2 del 2018, p. 10.

<sup>230</sup> Il 10 aprile 2018, l'amministratore delegato di Facebook Mark Zuckerberg è comparso davanti alle Commissioni commercio e giustizia del Senato degli Stati Uniti per essere sentito sulle problematiche sollevate dal caso, con particolare riferimento alla tutela dei dati personali su Facebook. In tale circostanza, Zuckerberg ha assicurato la totale collaborazione con il Congresso nell'opera di regolazione della Rete. Il 22 maggio 2018 è stata la volta della Conferenza dei presidenti dei gruppi parlamentari del Parlamento europeo a procedere a un'analogo audizione.

Le medesime analisi sono state poi utilizzate, dopo il ritiro di Cruz dalla corsa alle presidenziali, per la campagna di Donald Trump alla Presidenza degli Stati Uniti nel 2016<sup>231</sup> e, si ritiene, grazie alle indagini di una giornalista dell'Observer<sup>232</sup> – per quanto inchieste più recenti inizino a sollevare dubbi<sup>233</sup> – in Gran Bretagna: in occasione del referendum sulla Brexit, a singoli utenti profilati, sono stati inviati messaggi che facevano ritenere scontata la vittoria del «no», al fine di indurre al disimpegno nel voto<sup>234</sup>.

Secondo una ricerca dell'Oxford Internet Institute, effettuata in nove Paesi tra il 2015 e il 2017, simili strategie di *computational propaganda*<sup>235</sup> – con ciò intendendosi l'uso strategico, mirato e combinato di algoritmi per diffondere informazioni attraverso i social media e ottenere gli effetti sperati – sarebbero state utilizzate anche in Brasile per le elezioni del 2014 e per influenzare il processo di impeachment di Dilma Rousseff<sup>236</sup>. Similmente, le campagne condotte dal Presidente brasiliano, Bolsonaro, nel 2018, e dal Primo Ministro indiano, Modi, nel 2019, hanno portato a rilevare il ruolo influente sulle elezioni della diffusione di contenuti virali, di messaggi disformativi e di strumenti di automazione nei gruppi WhatsApp, quale strumento strategico per mobilitare il supporto elettorale<sup>237</sup>.

Ai sondaggi di opinione come fotografia statica di cosa pensano i diversi elettori – elaborati nelle campagne elettorali e diffusi dai me-

<sup>231</sup> In generale, sull'esperienza di tale tornata elettorale, cfr. I. FASSASSI, *Les effets des réseaux sociaux dans les campagnes électorales américaines*, in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Ottobre 2017, p. 69.

<sup>232</sup> C. CADWALLER, *Facebook's Role in Brexit - and the threat to democracy*, in *Ted2019*, 17 Aprile 2019.

<sup>233</sup> Editorial Board, *Cambridge Analytica 'not involved' in Brexit referendum, says watchdog*, in *BBC News*, 7 ottobre 2020.

<sup>234</sup> P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della Rete*, cit., p. 9.

<sup>235</sup> Si veda *The Project on computational propaganda*, dell'Oxford Internet Institute dell'Università di Oxford <https://comprop.oi.ox.ac.uk/#continue>, chiamato a indagare l'interazione tra algoritmi, automazione e politica. Cfr. altresì S. WOOLLEY-P. HOWARD, *Computational Propaganda: Political Parties, Politicians, and Political Manipulation on Social Media*, Oxford, 2018.

<sup>236</sup> S. WOOLLEY-D.R. GUILBEAULT, *Computational Propaganda in the United States of America: Manufacturing Consensus Online*, Oxford Internet Institute, Computational Propaganda Research Project, Working Paper n. 5 del 2017; nonché S. WOOLLEY, *Computational Propaganda Worldwide: A Nine Country Analysis of Online Propaganda*, Oxford, 2017.

<sup>237</sup> D. AVELAR, *WhatsApp Fake News during Brazil Election 'Favoured Bolsonaro'*, in *The Guardian*, 25 gennaio 2019; V. GOEL, *In India, Facebook's WhatsApp Plays Central Role in Elections*, in *The New York Times*, 14 maggio 2018.

dia tradizionali – si aggiunge così la possibilità di agire su di loro<sup>238</sup>, incidendo concretamente sul funzionamento della dialettica democratica: il voto dei cittadini traduce infatti in scelta elettorale lo stato di consapevolezza che ciascuno ha, in quel momento, del mondo in cui vive; tuttavia, solo se questa scelta è figlia di una lettura quotidiana e completa della realtà, allora si può parlare di libertà; se, invece, è il risultato «di un meccanismo di conoscenza passiva, parziale, settoriale, tendente a far sapere solo quello che è più vicino alle aspettative di ciascuno, allora il percorso elettorale è diverso da quello che dovrebbe esprimere una democrazia compiuta»<sup>239</sup>.

#### 8. *Le conseguenze della rete sulla costruzione dell'identità personale: dal piano individuale al piano relazionale e sociale*

I meccanismi di funzionamento delle piattaforme digitali così stragreggiati nei loro aspetti essenziali coinvolgono in modo evidente, se analizzati attraverso le categorie del diritto costituzionale, una pluralità di aspetti della vita sia individuale che collettiva. Il piano individuale e il piano sociale appaiono, anche in questo contesto, strettamente connessi e nessuno dei due può essere pretermesso dall'analisi: ogni individuo forma infatti la propria personalità in quanto immerso in una rete fatta di legami e relazioni<sup>240</sup> che limita e condiziona i suoi comportamenti. Allo stesso modo, l'azione dei singoli, dà vita «alle caratteristiche strutturali del sistema»<sup>241</sup>. È, questa, la sintesi più propria del riferimento, centrale nel nostro ordinamento costituzionale, alla «persona sociale»<sup>242</sup> composta da una rete di rapporti e relazioni e calata nella dinamica con-

<sup>238</sup> Così M. MEZZA, *L'algoritmo nazione*, in B. CARFAGNA (a cura di), *La democrazia digitale*, 2018, p. 38.

<sup>239</sup> F. PACIFICO, *Caso Cambridge Analytica. Il Garante Soro: "Così è a rischio la libertà di scelta"*, in *Il Mattino*, 20 marzo 2018.

<sup>240</sup> Si veda in questo senso E. DURKHEIM, *Le regole del metodo sociologico. Sociologia e filosofia*, Torino, 2008, che sostiene che l'individuo, come *Homo duplex*, è teso tra due poli opposti: da un lato la sua individualità, dall'altro il suo essere sociale.

<sup>241</sup> Cfr. S.H. CHAFFEE, *The diffusion of political information*, in S.H. CHAFFEE (a cura di), *Political communication: issues and strategies for research*, Beverly hills, 1975, p. 86. Nel caso specifico, l'Autore si riferisce esplicitamente all'informazione politica, ma si ritiene il discorso possa essere connotato da portata più generale.

<sup>242</sup> A. BALDASSARRE, *I diritti della persona nello Stato rappresentativo*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano, Vol. II. Sovranità e democrazia*, Roma-Bari, 2006, p. 671 ss. ma anche, in generale, S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007.

creta della dialettica dei diritti (inviolabili) e dei doveri (inderogabili) di «solidarietà politica, economica e sociale» (art. 2).

Partendo dalla prospettiva individuale, chiari sono i condizionamenti di queste nuove tecnologie sulla formazione dell'identità personale di ciascuno<sup>243</sup>. L'identità personale è generalmente intesa come diritto fondamentale, riconducibile all'art. 2 della Costituzione, sintesi ideale della «biografia»<sup>244</sup> di una persona, «interesse essenziale di questa a essere identificata e riconosciuta nella sua realtà individuale»<sup>245</sup> e «a non veder travisato o alterato all'esterno il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale»<sup>246</sup>; l'identità personale, per come intesa, quindi, ha in sé una componente dinamica e relazionale imprescindibile, che non rimane cristallizzata nell'arco di una vita, ma si nutre del confronto con l'altro ed è il risultato evolutivo di una continua negoziazione fatta di relazioni e scambi.

Se, però, come avviene ora, l'individuo interagisce prevalentemente con mezzi tecnologici<sup>247</sup>, la nozione di identità si arricchisce di quell'attributo *digitale*<sup>248</sup>, indicante la modalità tecnica attraverso la

<sup>243</sup> V. PRICE, *L'opinione pubblica*, Bologna, 1992, p. 94 ss.

<sup>244</sup> Cfr. G. PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, p. 43.

<sup>245</sup> Così testualmente C.M. BIANCA, *Diritto civile 1. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, p. 188. In generale, cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Identità personale* (voce), in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, IX, Torino, 1993, p. 294.

<sup>246</sup> Così Cass. civ., 22 giugno 1985, n. 3769, ma anche cfr. Corte costituzionale, n. 13 del 1994, che configura il diritto all'identità personale come «diritto ad essere se stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo». Il contributo al riconoscimento di un diritto alla riservatezza come diritto fondamentale si deve soprattutto alla giurisprudenza, costituzionale e di legittimità. Inizialmente fatto derivare dalla normativa civilista sul diritto al nome e all'immagine, la Corte di Cassazione, per prima, nel 1963, nel caso di Clara Petacci, inizia a far leva direttamente sull'art. 2 della Costituzione. La svolta nella definitiva affermazione di tale diritto si ha però nel 1973, con la sentenza n. 38 della Corte costituzionale che riconduce la tutela della riservatezza alla garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, del pieno sviluppo della persona, della libertà personale e nel 1975, con sentenza n. 2129 della Corte di Cassazione.

<sup>247</sup> L. DI GREGORIO, *Demopatia, Sintomi, diagnosi e terapie del malessere democratico*, cit., p. 120.

<sup>248</sup> Utilizzato per la prima volta da R. CLARKE, *The Digital Persona and Its Application to Data Surveillance*, in *The Information Society*, 10, n. 2 del 1994, p. 77-92. G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. Inf.*, 2007, p. 511 ss.; e G. ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona*, in *Contr. Impr.*, 2017, p. 723 ss.

quale essa è circoscritta e riconosciuta<sup>249</sup>. L'identità digitale, in questo senso, è sia qualcosa di piú ristretto rispetto a quella personale – perché non prevede tutte le espressioni della vita reale, ma solo quelle tracciate e modellate dalla rete – sia qualcosa di piú ampio, perché riguarda, oltre che la proiezione nel web del patrimonio di idee e azioni della persona, anche ulteriori aspetti specifici della dimensione informatica<sup>250</sup>. Quest'ultima infatti si concentra non solo – o meglio, non tanto – sull'identificazione della persona, quanto sulle sue abitudini, e cioè sulla traccia informatica che, come visto, essa lascia piú o meno consapevolmente durante la navigazione in rete. In questo senso, l'identità si «oggettivizza, segue strade che non sono (sempre) filtrate dalla consapevolezza individuale»<sup>251</sup> e si presenta come il prodotto di uno schema adattivo di una «identità catturata» in un certo momento e affidata in questa forma, «frantumata» e parziale<sup>252</sup>, a sistemi che la gestiscono.

Si disvela così la contraddizione intrinseca tra la natura dell'identità quale diritto inviolabile che esprime l'essenza di una persona divenuta un oggetto da cui estrarre tutte le possibili informazioni<sup>253</sup> e la forza della macchina, che si impone all'essere umano a prescindere dalla sua volontà<sup>254</sup>, attraverso l'esercizio di un vero e proprio potere<sup>255</sup>.

L'identità personale, nella dimensione tecnologica, si specifica allora in due direzioni, al fine di tutelarsi da quelle forme di condizionamento capaci di comprometterne il libero sviluppo<sup>256</sup>: come diritto di ciascuno di esigere la rappresentazione integrale della propria identità dispersa in rete in modo frammentario<sup>257</sup> e come diritto di

<sup>249</sup> Numerosi scritti sono dedicati a questo argomento nel volume O. POLLICINO, V. LUBELLO, M. BASSINI (a cura di), *Identità ed eredità digitali*, Ariccia, 2016.

<sup>250</sup> P. SERRAO D'AQUINO, *Digitò ergo sum: la tutela giuridica della persona dagli algoritmi*, in *Questione Giustizia*, 21 dicembre 2017.

<sup>251</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 335.

<sup>252</sup> COSÌ, C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello. Il regolamento UE 2016/679 parametro di legittimità della complessiva normativa italiana sulla privacy*, Napoli, 2018, p. 35.

<sup>253</sup> C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello. Il regolamento UE 2016/679 parametro di legittimità della complessiva normativa italiana sulla privacy*, cit., p. 36.

<sup>254</sup> M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, cit., p. 50.

<sup>255</sup> Per un'analisi approfondita L. DI GREGORIO, *Demopatia, Sintomi, diagnosi e terapie del malessere democratico*, Soveria Mannelli, 2019, p. 73 ss.

<sup>256</sup> L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004, p. 172.

<sup>257</sup> R. DE MEO, *La profilazione dei dati personali: il problema e gli orientamenti del Garante della Privacy*, in *Giustizia civile.com*, 16 marzo 2015.

respingere la riduzione della propria persona alle sole informazioni trattate in forme automatizzate<sup>258</sup>.

In questo quadro, assume nuovo significato e diventa strumento principe per il libero sviluppo dell'identità<sup>259</sup> la sfera della riservatezza, entro cui il singolo può agire e pensare al riparo da indebite interferenze esterne e che si caratterizza quale diritto – che vede proprio nell'evoluzione tecnica il suo maggiore *vulnus*<sup>260</sup> – a controllare la circolazione delle informazioni riferite alla propria persona<sup>261</sup>.

Alla primigenia qualificazione della riservatezza in chiave di libertà negativa, che ha origine nella pretesa di Warren e Brandeis quale *right to be let alone*<sup>262</sup> se ne aggiunge, così, una ulteriore che, legata

<sup>258</sup> S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1997, p. 606.

<sup>259</sup> COSÌ A. PIZZORUSSO, *Commento artt. 1-10 c.c.*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 51.

<sup>260</sup> S. SCAGLIARINI, *La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica*, in *Consulta Online*, 2021, p. 493.

<sup>261</sup> Corte costituzionale, n. 20 del 2019, in una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio dell'art. 14 commi 1-bis e 1-ter del decreto legislativo 14 marzo 2013, n.33, riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. Cfr. altresì in generale C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello. Il regolamento UE 2016/679 parametro di legittimità della complessiva normativa italiana sulla privacy*, cit.; O. POLLICINO, *Visibilità del potere, riservatezza individuale e tecnologia digitale. Il bilanciamento delineato dalla Corte*, in *Dir. Inf.*, 2019, p. 110 ss.; I. NICOTRA, *Privacy vs trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte*, in *Federalismi.it*, n. 7 del 2019; B. PONTI, *Il luogo adatto dove bilanciare il "posizionamento" del diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati personali vs. il diritto alla trasparenza nella sentenza n. 20/2019*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019, p. 525 ss.; V. FANTI, *La trasparenza amministrativa tra principi costituzionali e valori dell'ordinamento europeo: a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 20 del 2019.

<sup>262</sup> S.D. WARREN, L.D. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard L. Rev.*, 4 del 1890, p. 193. Essi ricostruiscono il diritto alla privacy come fattispecie autonoma, non legata al diritto di proprietà né coincidente con il diritto alla riservatezza delle comunicazioni interpersonali. Da quel momento perché la Corte Suprema riconosca un fondamento costituzionale del *right to privacy* si deve attendere la sentenza *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967) relativa all'assunzione e utilizzo di prove procurate dal FBI, senza una previa autorizzazione del giudice, tramite un registratore posto dentro una cabina telefonica solitamente utilizzata dall'indagato. Cfr. A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1974, p. 45 e 52, ma soprattutto si veda la ricostruzione che ne fa M. OROFINO, *Diritto alla protezione dei dati personali e sicurezza: osservazioni critiche su una presunta contrapposizione*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 2 del 2018, p. 90 ss.

allo sviluppo della personalità umana<sup>263</sup>, si declina, in una proiezione spaziale e relazionale<sup>264</sup>, nella dimensione positiva del diritto alla protezione dei dati personali<sup>265</sup>.

Il diritto alla riservatezza, pur non trovando esplicito riferimento nella Carta fondamentale, supera<sup>266</sup> la semplice «tutela della propria intimità, per manifestarsi sempre più come garanzia del diritto di compiere libere scelte, senza essere condizionati o discriminati in base all'immagine che altri hanno costruito degli interessati»<sup>267</sup>. La riservatezza, configurandosi come protezione dei dati personali, inizia quindi ad assumere una dimensione sociale. Tale diritto, così inteso, assicura infatti a ciascuno il potere di rivendicare il pieno controllo sui flussi informativi che lo riguardano, non solo «in uscita» ma anche «in entrata»<sup>268</sup>: attraverso la pretesa dell'autodeterminazione informativa<sup>269</sup>, il singolo aspira in questo modo a controllare e selezionare le informazioni che intende far entrare nella propria sfera privata<sup>270</sup>, ponendosi al riparo da indebite pressioni da parte di terzi.

<sup>263</sup> S. SCAGLIARINI, *La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica*, cit., p. 494.

<sup>264</sup> O. POLLICINO-M. BASSINI, *Social Network e tutela dei dati personali*, cit., p. 66.

<sup>265</sup> Su questo O. POLLICINO, *Diritto all'oblio e conservazione di dati. La corte di giustizia a piedi uniti: verso un digital right to privacy*, in *Giur. Cost.*, 2014, p. 2949.

<sup>266</sup> C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello. Il regolamento UE 2016/679 parametro di legittimità della complessiva normativa italiana sulla privacy*, cit., p. 23. Secondo l'Autore in questo modo si conferisce, a dispetto di tale apparente lacuna, tono «costituzionale alle esigenze che man mano si fanno largo nella società».

<sup>267</sup> G. BUSIA, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 2000, p. 5 e S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1997, p. 583.

<sup>268</sup> S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006, pp. 151 ss. e spec. 169. Secondo l'Autore vi è un comune denominatore di tutti gli aspetti della privacy, da quello tradizionale di riservatezza in senso stretto a quello più recente di tutela dei propri dati, ed è il diritto di autodeterminarsi nella propria sfera privata senza intromissioni e di esercitare il controllo sulle proprie informazioni. In generale, sui diversi profili del diritto alla riservatezza, F. MODUGNO, *I "nuovi" diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 552.

<sup>269</sup> Su questa vicenda, cfr. G. SARTOR, *Tutela della personalità e normativa per la protezione dei dati*, in *Infor. Dir.*, 1986, p. 95 ss.; R. LATTANZI, *La tutela dei dati personali dopo la ratifica della convenzione europea sulle banche-dati*, in *Dir. Inf.*, 1990, p. 235; S. SIMITIS, *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1997, p. 569.

<sup>270</sup> Sulla riservatezza come libertà di autodeterminazione, nel contesto attuale, cfr., tra i tanti, M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009, p. 51 ss.; C. DE GIACOMO, *Diritto, libertà e privacy nel mondo della comunicazione globale*, Milano, 1999, p. 25 ss.; e G.M. SALERNO, *La*

Da qui l'importanza della previsione, su cui si tornerà, fatta propria dall'art. 14 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (che ha ripreso l'art. 17 della l. 31 dicembre 1996, n. 675), prima, e dall'art. 22 del Regolamento europeo in materia di protezione di dati personali UE/679/2016 (GDPR)<sup>271</sup>, poi, in base ai quali nessun atto o provvedimento giudiziario o amministrativo che implichi una valutazione del comportamento umano può essere fondato unicamente su un trattamento automatizzato di dati personali, volto a definire il profilo o la personalità dell'interessato. Solo così, infatti, attraverso l'esclusione di analisi fondate su sole procedure meccanizzate, il singolo può essere posto nella condizione di riflettere su di sé, alla ricerca della propria comprensione e realizzazione nel mondo.

Postulare questo diritto alla soggettività diventa allora imprescindibile per comprendere l'importanza assunta dal vissuto individuale nel definire la contemporaneità: più l'opinione del singolo acquisisce valore (anche e soprattutto in termini economici) più essa è esposta a strategie di condizionamento e di persuasione da parte di chi controlla o influenza le forme comunicative e informative<sup>272</sup>.

Appare allora evidente che se la bolla entro cui ciascuno è immerso a fini commerciali può, pur investendo la sfera dell'identità personale, disvelare esternalità positive, questa stessa bolla, nel discorso pubblico e alla luce di quanto detto, mostra un'intrinseca pericolosità.

Si è visto che ci si trova, oggi, di fronte a soggetti privati, gli intermediari digitali, che sovrintendono al flusso dei contenuti che transitano nel web e che, attraverso la sempre maggiore conoscenza delle inclinazioni dei singoli, sono nella condizione di consigliare sia il prodotto da comprare sia il partito da votare. Gli algoritmi gestiti dalle piattaforme digitali, attraverso un fenomeno di «penalizzazione delle propensioni»<sup>273</sup> che determina la «ri-proposizione circolare di

*protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Torino, 2006, p. 630 ss.

<sup>271</sup> Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e con le conseguenze in termini di effettività della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il diritto alla protezione dei dati personali è esplicitamente qualificato, ai sensi dell'art. 8, come autonomo diritto fondamentale. Cfr. in questo senso F. DONATI, *Protezione dei dati di carattere personale*, in R. BIFULCO-M. CARTABIA-A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 83 ss. Per una ricostruzione a livello europeo, F. PIZZETTI, *Privacy e diritto europeo alla protezione dei dati personali*, vol. I. *Dalla direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016.

<sup>272</sup> G. GROSSI, *L'opinione pubblica*, cit., p. 44.

<sup>273</sup> Si veda in questo senso cfr. MAYER-SCHÖNBERGER-K.N. CUKIER, *Big Data*.

contenuti confermativi»<sup>274</sup> di quanto già disvelato dal singolo nella sua navigazione in rete<sup>275</sup>, sfruttano così un processo che aumenta l'inerzia dell'utente a cui sono passivamente proposti materiali in linea con le proprie preferenze e che è così reso meno disposto a cercare alternative<sup>276</sup>.

Tutto ciò, però, influenzando sui flussi informativi e comunicativi e sulla possibilità per gli utenti di maturare un'opinione riflessiva<sup>277</sup>, riduce il grado di pluralismo a cui ciascuno può accedere, con conseguenti effetti, nel passaggio dal piano individuale a quello collettivo, sulla formazione dell'opinione pubblica, la quale – che sia identificata con una più o meno semplice aggregazione di opinioni individuali o come un prodotto cooperativo di comunicazione sociale<sup>278</sup> – può dirsi liberamente formata soltanto a condizione che esista un'informazione ampia e plurale<sup>279</sup>.

Alla luce di ciò, emergono ulteriori questioni che chiedono di essere affrontate nei capitoli che seguiranno.

Internet non è una moderna versione della libera piazza cittadina, un luogo privilegiato in cui si sviluppa il dibattito e il confronto tra idee secondo un modello inclusivo e tendente alla democratizzazione della conoscenza; e il pubblico, nel web, non è più uno, astratto e anonimo, ma sono molti, ciascuno con proprie caratteristiche che possono essere analizzate attraverso la raccolta dei dati personali e le capacità di calcolo consentite dai big data e dall'intelligenza artificiale<sup>280</sup>. Modificandosi in maniera sostanziale la natura dello spazio

*Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013. Su questi aspetti cfr., anche, C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Riv. Dir. Pubbl. Comp.*, Speciale/2019.

<sup>274</sup> Cfr. *Indagine conoscitiva sui Big Data congiunta AGCOM - AGCM - Garante per la Protezione dei dati personali*, Febbraio 2020, p. 33.

<sup>275</sup> A. PAPA, *La complessa individuazione di un "equo" bilanciamento tra tutela della privacy e profilazione nella big data society*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, *Consulta Online*, 17 aprile 2020, p. 9.

<sup>276</sup> L. AMMANNATI, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, in *Federalismi.it*, 3 aprile 2019, p. 5.

<sup>277</sup> G. GIACOMINI, *Habermas 2.0. Un approccio filosofico alla neointermediazione e al ritorno (potenziato) dell'agire strategico*, in *Ragion pratica*, n. 1 del 2020, p. 31-32.

<sup>278</sup> J.M. CONVERSE, *Survey research in the United States: roots and emergence, 1890-1960*, Berkeley, 1987; C.H. COOLEY, *L'organizzazione sociale*, Milano, 1977, p. 121.

<sup>279</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 233. Anche G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., p. 19 ss.

<sup>280</sup> G. GIACOMINI, *Habermas 2.0. Un approccio filosofico alla neointermediazione e al ritorno (potenziato) dell'agire strategico*, cit., p. 46, ma anche G. GIACOMI-

pubblico<sup>281</sup> e le modalità di comunicazione e diffusione delle notizie, sono però per l'effetto travolti anche quei meccanismi virtuosi che, quantomeno idealmente in una società democratica, sono chiamati a promuovere le capacità razionali e critiche e, quindi, la partecipazione dei singoli alla vita collettiva e politica<sup>282</sup>.

A partire da ciò, affiora una ancora più rilevante questione: gli intermediari digitali esercitano nei fatti un vero e proprio potere. Lungi dal limitarsi a essere un mezzo neutrale di diffusione delle informazioni, agiscono «strategicamente»<sup>283</sup> e manipolano, con azioni di tipo «verticistico» e procedure opache dietro cui si nasconde la decisione di chi detiene questo stesso potere<sup>284</sup>, il flusso delle comunicazioni, essendo gli unici in grado di rendere possibile l'accesso e la diffusione a esse<sup>285</sup>.

Soggetti economici privati, che agiscono in concorrenza tra loro secondo logiche di mercato<sup>286</sup>, sottopongono il loro rapporto con gli utenti a disposizioni e termini di carattere strettamente privatistico, divengono proprietari dei dati immessi sulle loro piattaforme e danno così origine a una nuova «geografia di poteri». L'urgenza, modificandosi la prospettiva per cui nei secoli le principali minacce per le libertà dei singoli e per la garanzia di una corretta dialettica democratica sono sempre state identificate con il potere dello Stato<sup>287</sup>, è quindi quella di definire quali siano gli strumenti attraverso cui «difendersi» da aziende private capaci di un potere di induzione sociale e politico talvolta superiore a quello degli Stati stessi.

NI, *Potere digitale. Come Internet sta cambiando la sfera pubblica e la democrazia*, Milano, p. 2018; G. GIACOMINI, *Verso la neointermediazione. Il potere delle grandi piattaforme digitali e la sfera pubblica*, in *Iride*, n. 3 del 2018, p. 457-468.

<sup>281</sup> G. GIACOMINI, *Habermas 2.0. Un approccio filosofico alla neointermediazione e al ritorno (potenziato) dell'agire strategico*, cit., p. 37.

<sup>282</sup> M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in *Medialaws, Rivista di diritto dei media*, n. 2 del 2019, p. 45. Similmente, V. PRICE, *L'opinione pubblica*, cit., p. 94 ss.

<sup>283</sup> J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, 1986.

<sup>284</sup> G. ZICCARDI, *L'uso dei social network in politica tra alterazione degli equilibri democratici, disinformazione, propaganda e dittatura dell' algoritmo: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in *Ragion pratica*, n. 1 del 2020, p. 55.

<sup>285</sup> R. PETRUSO, *Le responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a confronto*, Torino 2019, p. XVIII. Altresì C. O' NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, cit., p. 29 e 34.

<sup>286</sup> C. O' NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, cit. p. 262.

<sup>287</sup> N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Il futuro della democrazia*, Torino, 1980, p. 185.



## CAPITOLO II

# Mezzi di informazione e luoghi della comunicazione

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Nuovi luoghi e nuovi mezzi di comunicazione. – 2.1. I mass media quali strumenti di circolazione del pensiero e delle informazioni. – 2.2. La garanzia costituzionale della libertà di informazione. – 3. Tra tutela del pluralismo e tendenze all'accentramento degli operatori informativi. – 3.1. La stampa. – 3.2. La radiotelevisione. – 3.3. I media digitali: problemi antichi in un contesto nuovo. – 4. Circolazione dei contenuti sulle piattaforme digitali e censure private. – 5. La politica online: comunicazione e partecipazione nel mondo digitale. – 5.1. Piattaforme digitali e regolamentazione dei contenuti politici. – 5.2. L'assenza di una legislazione elettorale di contorno. – 6. L'opinione pubblica come strumento di partecipazione democratica: dall'opinione pubblica ideale all'opinione pubblica come fenomeno di aggregazione sociale.

### 1. *Premessa*

Come visto sin qui, molte attività della vita quotidiana si stanno progressivamente spostando in rete, alimentando un sistema di scambio di dati, che sono raccolti, conservati e trattati attraverso algoritmi in grado di collegare fatti, persone e notizie e di indirizzare nei confronti dei singoli contenuti specifici<sup>1</sup>.

Nel passaggio dal piano individuale, strettamente connesso alla realizzazione della persona, a uno sociale, lo spazio digitale, in un contesto che si compone e si sostanzia sia della libertà di esprimere differenti idee, sia del diritto di diffondere e ricevere informazioni,

<sup>1</sup> M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, Laterza, Roma-Bari, 2019, p. 5. Sulla progressiva confusione tra il mondo digitale e quello «analogico», cfr. le osservazioni di L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione, Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, ove l'autore introduce il concetto di onlife, come vita in cui la distinzione tra ciò che è in rete e ciò che ne è fuori appare quanto mai sfumata e non sempre così netta e percettibile.

viene in considerazione per il ruolo centrale che oggi assume nella sfera pubblica.

Entro tale spazio, i meccanismi di funzionamento delle piattaforme digitali sono infatti in grado di influenzare i dibattiti mediatici che in esso si svolgono ed entro cui si realizza la partecipazione<sup>2</sup>, nonché i confronti dialogici grazie ai quali i cittadini costruiscono le proprie identità individuali e maturano un'opinione riflessiva e di critica<sup>3</sup>, investendo, in questo ultimo senso, la stessa dimensione del discorso pubblico<sup>4</sup>.

## 2. Nuovi luoghi e nuovi mezzi di comunicazione

I luoghi della comunicazione sono oggi mutati<sup>5</sup>: dall'interazione dialogica personale, fondamentale negli spazi di confronto politico dell'antichità, come l'*agorà* greca e il foro romano, a quella mediata, indiretta e prevalentemente unidirezionale della stampa, prima, e della radio e della televisione, poi. Se questi ultimi mezzi hanno teso ad accentuare la differenza tra i pochi produttori e i molti fruitori delle informazioni<sup>6</sup>, con l'avvento della rete, la disponibilità di un «luogo» per sua natura aperto al pubblico, ha ingenerato l'aspettativa di un confronto *da molti a molti*, di tipo orizzontale.

A dispetto di tali aspirazioni, però, la dimensione pubblica e «sociale» di Internet, che certamente ha contribuito a generare effetti di «apertura» funzionali a una maggiore partecipazione individuale e collettiva, si è come visto trovata a confrontarsi con il potere esercitato da intermediari digitali, i quali non si limitano a essere un mezzo neutrale di diffusione delle comunicazioni e delle notizie, ma ne manipolano il flusso, con rilevanti effetti sulla stessa libertà di informazione<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> M. BETZU-G. DEMURO, *I big data e i rischi per la democrazia rappresentativa*, in *Medialaws, Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2020, p. 218.

<sup>3</sup> G. GIACOMINI, *Habermas 2.0. Un approccio filosofico alla neointermediazione e al ritorno (potenziato) dell'agire strategico*, in *Ragion pratica*, n. 1 del 2020, p. 31-32.

<sup>4</sup> J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, 2002, p. 275.

<sup>5</sup> In generale, sul tema, J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, cit.

<sup>6</sup> Secondo J.B. THOMPSON, *Mezzi di comunicazione e modernità. Una teoria sociale dei media*, Bologna, 1998, la relazione comunicativa indotta dai media classici, quali stampa radio e televisione è una «quasi interazione» in quanto vi è separazione strutturale tra contesto della produzione e contesto della ricezione.

<sup>7</sup> G. GIACOMINI, *Habermas 2.0. Un approccio filosofico alla neointermediazione e al ritorno (potenziato) dell'agire strategico*, cit., p. 46.

## 2.1. *I mass media quali strumenti di circolazione del pensiero e delle informazioni*

I mezzi di comunicazione, strumenti di circolazione delle informazioni, trovano riconoscimento e tutela nelle previsioni dell'art. 21 della Costituzione. Tale disposizione viene in rilievo, per quanto qui interessa, non tanto con riferimento alla posizione giuridica attiva di cui deve essere assicurato a ciascuno l'esercizio rispetto a ogni intervento pubblico o privato<sup>8</sup> che intenda limitare il diritto di comunicare con altri in uno «spontaneo e fecondo contraddittorio tra diverse opinioni»<sup>9</sup>, quanto in relazione alla dimensione partecipativa di tale libertà<sup>10</sup>. Essa invero è posta a protezione di tutti i soggetti coinvolti nel circuito comunicativo<sup>11</sup>, i quali, ai fini della realizzazione di un interesse generale,

<sup>8</sup> Scrive C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., p. 29, nota 61, che «libertà e diritti garantiti dalla Costituzione non sono riconosciuti verso le sole autorità ma anche verso i privati».

<sup>9</sup> A. PAPA, *Democrazia della comunicazione e formazione dell'opinione pubblica*, in *Federalismi.it*, n. 1 del 2017, p. 7. Tale impostazione privilegia l'elemento personalistico della libertà di manifestazione del pensiero, in linea con quanto sancito nell'art. 2 della Costituzione che, nello statuire l'inviolabilità dei diritti costituzionali, non fa alcuna menzione all'interesse dell'ordinamento o della collettività quali elementi idonei a condizionarli. In questa prospettiva il rapporto, che si viene a determinare nell'esercizio della libertà di espressione, è bilaterale, svolgendosi tra il singolo individuo e i pubblici poteri, con il primo titolare di un diritto assoluto a poter manifestare i propri convincimenti e con gli altri chiamati a limitarne l'esercizio. Così C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., p. 9. Similmente P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975.

<sup>10</sup> Sulle due diverse accezioni nel prosieguo descritte V. CRISAFULLI, *Problemativa della libertà di informazione*, in *Il Politico*, 1962, p. 290. La bibliografia sull'art. 21 Cost. è quanto mai vasta, per cui, senza pretese di esaustività, si rinvia a S. FOIS, *Principi costituzionali e libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958; A. LOIODICE, *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 472 ss.; P. TESAURO, *Democrazia e informazione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1968, p. 236 ss.; C. CHIOLA, *L'informazione nella Costituzione*, Padova, 1973; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero (voce)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1974, p. 424 ss.; A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988; M. LUCIANI, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. Dir.*, 1989, p. 605 ss.; P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, 1993, p. 319 ss.; A. BEVERE, A. CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della persona. Il conflitto della libertà di pensiero con l'onore, la riservatezza, l'identità personale*, Milano, 2006; A. PACE-M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA-A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 2006.

<sup>11</sup> Si veda in tal senso la voce enciclopedica A. LOIODICE, *Informazione (Diritto alla)*, cit., p. 472 ss.

devono poter avere accesso a informazioni plurali<sup>12</sup>, anche se minoritarie, e trovare uno spazio di visibilità nella sfera pubblica<sup>13</sup>.

In questa prospettiva, la manifestazione del pensiero si connota come un processo in cui assume rilevanza non solo colui che si esprime per informare (in senso lato), ma anche – e anzi soprattutto – il destinatario della diffusione della notizia.

Viene in considerazione, in questo modo, un diritto a essere informati e, in generale, una libertà di informazione, quale situazione giuridica soggettiva piena<sup>14</sup>, in cui la tutela costituzionale riguarda il rapporto finalistico tra «l'informazione come attività e l'informazione come risultato»<sup>15</sup> e il cui oggetto non sta nella notizia in sé o nella mera ricezione della manifestazione del pensiero altrui<sup>16</sup>, ma nella presenza di un elemento terzo, la fonte di informazione, che «comprende ogni oggetto, atto o fatto idoneo a fornire un dato informativo»<sup>17</sup> e a partire dalla quale si possono desumere le informazioni.

L'interesse collegato alla fonte d'informazione, «in via primaria e diretta, non è quindi quello particolare a una specifica notizia (variabile da caso a caso e da persona a persona) bensì quello generale, teso all'acquisizione di una conoscenza»<sup>18</sup>, che può essere garantita solo in quanto sia assicurato, in condizioni di uguaglianza, l'accesso alle fonti più disparate, eterogenee e dissonanti in un contraddittorio plurale<sup>19</sup>. Nella necessità, propria di ogni ordine democratico, di garantire le più ampie possibilità informative<sup>20</sup>, l'attenzione si sposta dunque sulla comunicazione mediale, che si instaura e si sviluppa attraverso nuove forme di interazione che prescindono dalla condivisione di uno stesso luogo<sup>21</sup>.

In questo contesto, il processo di autonomizzazione della libertà

<sup>12</sup> P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2013, p. 23 ss.

<sup>13</sup> A. PAPA, *Democrazia della comunicazione e formazione dell'opinione pubblica*, cit., p. 7.

<sup>14</sup> A. PAPA, *Democrazia della comunicazione e formazione dell'opinione pubblica*, cit., p. 7. Cfr. anche N. LIPARI, *Libertà di informare o diritto ad essere informati? (Spunti di riflessione)*, in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1978, p. 2.

<sup>15</sup> A. LOIODICE, *Informazione (diritto alla)*, cit., p. 481.

<sup>16</sup> COSÌ A. LOIODICE, *Informazione (diritto alla)*, cit., p. 475; cfr. altresì V. CRISAFULLI, *Problematica della libertà di informazione*, cit., p. 298.

<sup>17</sup> A. LOIODICE, *Informazione (diritto alla)*, cit., p. 482.

<sup>18</sup> A. LOIODICE, *Informazione (diritto alla)*, cit., p. 483.

<sup>19</sup> Cfr. C. LAVAGNA, *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, p. 392 ss.

<sup>20</sup> Cfr. G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, Bologna, 1958, p. 8.

<sup>21</sup> A. CONTARELLO-B.M. MAZZARA, *Le dimensioni sociali dei processi psicologici. Individui contesti appartenenze*, Roma-Bari, 2000, p. 194.

di informazione rispetto alla piú generale libertà di manifestazione del pensiero, non può che inseguire l'evoluzione tecnica: essa, nel corso dei secoli, ha consentito la creazione di nuovi mezzi di comunicazione, ciascuno dei quali dotato di una propria *vis* comunicativa<sup>22</sup>, in grado di incidere sia sulla «quantità di coloro che possono esprimere il pensiero, sia [sul]l'ampiezza del pubblico a cui lo stesso pensiero è rivolto, e quindi [sul]l'efficacia del messaggio»<sup>23</sup>.

Centrale è dunque il mezzo<sup>24</sup>: non neutrale strumento di mediazione e di trasmissione dei messaggi, ma sempre piú «arbitro e giocatore»<sup>25</sup>, capace di rappresentare la realtà attraverso prospettive messe a fuoco per mezzo di una lente fornita dallo stesso<sup>26</sup> e condizionata dall'esigenza di soddisfare il proprio interesse economico, ossia la remuneratività del capitale di rischio. È così che l'operatore informativo, soprattutto da quello televisivo in avanti, diventa maggiormente sensibile agli «umori e ai gusti di quel pubblico» che costituisce il suo peculiare mercato di riferimento<sup>27</sup> e, per l'effetto, al fine di seguirne gli orientamenti, il piú delle volte, tende a ridurre completezza, imparzialità e obiettività dell'informazione trasmessa a vantaggio delle sole notizie piú in linea con le aspettative della «propria» platea<sup>28</sup>.

Decidendo cosa mettere all'ordine del giorno, quello stesso operatore informativo, attiva di conseguenza dinamiche di opinione<sup>29</sup>.

<sup>22</sup> M. MICHETTI, *Disciplina dei «mezzi» e libera manifestazione del pensiero*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione Potere Libertà*, Torino, 2005, p. 309; A. LAURO, *Siamo tutti giornalisti? Appunti sulla libertà di informazione nell'era social*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, 12 luglio 2021, p. 7.

<sup>23</sup> M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Torino, 2001, p. 551.

<sup>24</sup> A. LAURO, *Siamo tutti giornalisti? Appunti sulla libertà di informazione nell'era social*, cit., p. 7. Imprescindibile il riferimento a M. McLuhan, che con l'affermazione «il mezzo è il messaggio» contenuta in *Gli strumenti del comunicare*, Milano 2015, sostiene la necessità di studiare i media non solo per i contenuti che trasmettono, ma anche dal punto di vista delle modalità attraverso cui lo fanno. Altresisi veda M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Milano, 2008.

<sup>25</sup> G. GROSSI, *L'opinione pubblica*, Roma-Bari, 2004, p. 40.

<sup>26</sup> G. ENGEL LANG-K. LANG, *The battle for public opinion. The President, the press and the polls during Watergate*, New York, 1983, p. 8.

<sup>27</sup> A. PACE, *Libertà di informare e diritto ad essere informati. Due prospettive a confronto nell'interpretazione e nelle prime applicazioni dell'art. 7, co. 1, del T.U. della radiotelevisione*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2 del pp. 2007, p. 459 ss.

<sup>28</sup> A. PACE, *Libertà di informare e diritto ad essere informati. Due prospettive a confronto nell'interpretazione e nelle prime applicazioni dell'art. 7, co. 1, del T.U. della radiotelevisione*, cit. p. 459 ss.

<sup>29</sup> G. GROSSI, *L'opinione pubblica*, cit., p. 38.

## 2.2. *La garanzia costituzionale della libertà di informazione*

Nella discussione che in Assemblea costituente porta all'approvazione dell'art. 21 della Costituzione, il tema della libertà di espressione e dei mezzi necessari per il suo esercizio è affrontato prevalentemente alla luce della preoccupazione di rimuovere gli strumenti di controllo sulla stampa introdotti dal regime fascista e di limitarne in modo specifico la previsione di ulteriori; minore rilievo assume invece l'esigenza di tracciare le linee generali di un assetto del sistema dell'informazione funzionale alla costruzione di una democrazia che fosse effettivamente plurale<sup>30</sup>.

È per tale ragione che, nella sua formulazione finale, nell'art. 21 della Carta fondamentale non si rinviene alcun accenno al profilo «passivo» dell'informazione, cioè a quella libertà, descritta e riconosciuta a tutti, di ricercare e ricevere, attraverso gli strumenti della comunicazione, notizie e opinioni<sup>31</sup> non manipolate dall'alto, ma fondate su un libero accesso in condizioni di uguaglianza ai fatti, prima ancora che alle notizie<sup>32</sup>.

È stato il carattere aperto e indeterminato della disposizione costituzionale<sup>33</sup>, che fa riferimento a tutti i possibili mezzi di diffusione indipendentemente dalle tecnologie trasmissive adottate, a consentire alla Corte costituzionale<sup>34</sup> di costruire e strutturare nel tempo, anche alla luce dell'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, prima, e dell'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>35</sup>, poi, un concetto di libertà di informazione, quale corollario dell'attività dell'informare<sup>36</sup>, strettamente connesso

<sup>30</sup> Atti Assemblea Costituente, in particolare nelle sedute del 5,8,26,27,28,29 marzo 1947 e 10, 14, 15 Aprile 1947.

<sup>31</sup> Si veda la ricostruzione di E. CHELI, *Libertà di informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), p. 6.

<sup>32</sup> A. LOIODICE, *Contributo allo studio sulla libertà d'informazione*, Napoli, 1967, p. 1 ss.; cfr. altresì W. LIPPMANN, *L'opinione pubblica*, Milano, 1963.

<sup>33</sup> Cfr. P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 471

<sup>34</sup> A partire da Corte costituzionale, sentt. n. 105 del 1972, 225 del 1974 e 94 del 1977, fino alle sentt. n. 157 del 1987 e 112 del 1993, pronunciate nell'ambito della giurisprudenza della Corte sul regime di monopolio, prima, e oligopolio, poi, nel settore radiotelevisivo italiano.

<sup>35</sup> Tale articolo, oltre a delineare con chiarezza la natura «pluridimensionale» della libertà di informazione, espressamente sancisce, al par. 2, «la libertà dei media e il loro pluralismo».

<sup>36</sup> La libertà di informazione nel suo profilo attivo va inclusa nella libertà di espressione, dal momento che le notizie (al pari delle opinioni) devono essere ricon-

all'esigenza di un contesto privo di ostacoli e discriminazioni nell'accesso alle fonti<sup>37</sup>.

In tal senso, se la prima affermazione dell'esistenza di un vero e proprio diritto all'informazione si ha con la sentenza n. 153 del 1987, è alla pronuncia n. 112 del 1993 che si deve l'aver sancito un collegamento tra l'art. 2 e l'art. 21 della Costituzione; quest'ultimo, infatti, affermano i giudici costituzionali, «colloca tale libertà tra i valori primari, assistiti dalla clausola dell'inviolabilità, che, in ragione del loro contenuto, [...] si traducono direttamente e immediatamente in diritti soggettivi di carattere assoluto»<sup>38</sup>.

Il diritto all'informazione si determina e si qualifica, quindi, secondo l'interpretazione fornita, in riferimento ai principi fondanti la forma di Stato delineata dalla Costituzione, «i quali esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale»<sup>39</sup>. Da qui, l'imperativo costituzionale di connotare tale diritto in ragione: «a) del pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie – che comporta, fra l'altro, il vincolo al legislatore di impedire la formazione di posizioni dominanti e di favorire l'accesso [...] al massimo numero possibile di voci diverse; b) dell'obiettività e dell'imparzialità dei dati forniti; c) della completezza, della correttezza e della continuità dell'attività di informazione erogata; d) in ultimo, del rispetto della dignità umana e degli altri valori primari garantiti dalla Costituzione»<sup>40</sup>.

In primo luogo, quindi, si pone il pluralismo, inteso come possibilità di scelta per tutti i cittadini tra una molteplicità di fonti informative, partendo dal presupposto per cui, come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 133 del 1974, non può esistere

dotte all'ambito delle espressioni del pensiero; si veda in tal senso, Corte costituzionale, nn. 122 del 1970; n. 105 del 1972; n. 1 del 1981; n. 194 del 1987.

<sup>37</sup> P. COSTANZO, *Informazione nel diritto Costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, p. 370; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 429; U. DE SIERVO, *Stampa*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1990, p. 577 ss.; cfr. altresì F.R. DE MARTINO, *L'attualità del principio pluralista come problema*, in *Rivista AIC*, n. 2 del 2019, p. 572; la Corte costituzionale, con sentenza n. 105 del 1972, poi ripresa dalla sentenza n. 94 del 1977, da tale interesse fa discendere la natura di «servizi oggettivamente pubblici o comunque di pubblico interesse» dei grandi mezzi di comunicazione di massa. Cfr. in particolare, V. CRISAFULLI, *Problematica della libertà d'informazione*, cit.

<sup>38</sup> Corte costituzionale, n. 112 del 1993.

<sup>39</sup> Corte costituzionale, n. 112 del 1993.

<sup>40</sup> Corte costituzionale, n. 112 del 1993.

un'obiettività intesa come neutralità nella diffusione di contenuti, dal momento che gli accadimenti possono essere narrati in maniera diversa, interpretati in modo divergente o addirittura omessi<sup>41</sup>. Il pluralismo, in questo contesto, viene a strutturarsi secondo una duplice accezione: come c.d. pluralismo esterno (o delle fonti), che si ha quando i media siano in grado di operare (indipendentemente dalla loro natura pubblica o privata) in condizioni di concorrenza<sup>42</sup>, garantendo la presenza attiva del maggior numero possibile di fonti di informazione<sup>43</sup>; e come c.d. pluralismo interno (o nella fonte)<sup>44</sup>, quando il mezzo di comunicazione sia esercitato da un soggetto pubblico o in condizioni di monopolio, il cui compito specifico diventa quello di «di dar voce – attraverso un'informazione completa, obiettiva, imparziale ed equilibrata nelle sue diverse forme di espressione – a tutte, o al maggior numero possibile di opinioni, tendenze, correnti di pensiero politiche, sociali e culturali»<sup>45</sup>, in modo da consentire «che i soggetti portatori di opinioni differenti possano esprimersi senza pericolo di essere emarginati a causa di processi di concentrazione delle risorse tecniche ed economiche nelle mani di uno o di pochi»<sup>46</sup>. Il monopolista, o in alcuni casi anche l'oligopolista, proprio perché mancano altri che siano in grado di trasmettere, in concorrenza, il contenuto di quelle fonti, ha (o, meglio, avrebbe) il dovere di offrire lo stesso contenuto che ha attinto da quelle stesse fonti, senza distorsioni o deformazioni, al fine di non creare disparità tra chi ha potuto accedervi e chi no.

Emerge, in questo senso, il profilo della libertà di informazione come diritto fondamentale strettamente collegato, nei limiti in cui ciò non contrasti con altri valori di rilievo costituzionale, «al caposaldo dell'art. 3, secondo comma, [nella parte in cui promuove la] partecipazione effettiva dei lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese: affinché la libertà di informazione possa esercitarsi in modo pieno ed «eguale» per tutti gli appartenenti ad una comunità», occorre che «il complessivo sistema informativo del settore considerato sia strutturalmente idoneo a garantire la

<sup>41</sup> A. ALESSANDRI, *Osservazioni sulle notizie false, esagerate o tendenziose*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 708 ss., in questo caso, l'autore fa riferimento alla neutralità come a un «inutile mito».

<sup>42</sup> Corte costituzionale n. 155 del 2002.

<sup>43</sup> P. CARETTI, *Radiotelevisione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1997, p. 881.

<sup>44</sup> Corte costituzionale, n. 59 del 1960, n. 225 del 1974 e n. 148 del 1981.

<sup>45</sup> Corte costituzionale n. 826 del 1988.

<sup>46</sup> Corte costituzionale, n. 826 del 1988.

completezza dei flussi di notizie che esso è destinato a erogare»<sup>47</sup>, in modo da dare spazio a tutte le visioni presenti nella società.

Questo contesto interpretativo in tema di libertà di informazione è arricchito anche dalle sentenze della Corte costituzionale riferite alla comunicazione politica, quest'ultima rilevante quale momento di scambio e confronto su contenuti di interesse pubblico. In particolare, nella pronuncia n. 155 del 2002, i giudici costituzionali, con riguardo agli obblighi imposti all'emittenza privata dalla legge sulla *par condicio* nella comunicazione politica (l. 22 febbraio 2000, n. 28 recante disposizioni in materia di *Parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica*), muovendo dal riconoscimento della natura di «servizio di preminente interesse generale» attribuita (dall'art. 1 della l. 6 agosto 1990, n. 223 c.d. legge Mammi) sia all'emittenza pubblica che a quella privata, affermano la prevalenza del diritto all'informazione del cittadino, nel corso delle campagne elettorali, sulla libertà di espressione delle singole emittenti private: in una situazione in cui il pluralismo esterno risultava ancora insufficiente, esso andava completato con il ricorso a forme di pluralismo interno, quali quelle che si realizzano attraverso la parità di chances che deve essere riconosciuta, rispetto alle stesse emittenti, alle varie forze politiche<sup>48</sup>.

Nel settore della comunicazione politica, secondo tali pronunce, il diritto alla completa e obiettiva informazione del cittadino deve essere tutelato in via ancora più prioritaria, in quanto posto a garanzia di valori costituzionali connessi al corretto svolgimento del confronto politico su cui sempre (e quindi anche al di fuori dei periodi di competizione elettorale) si deve fondare il sistema democratico<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> A. LAMBERTI, *Libertà di informazione televisiva e diritti fondamentali*, Milano, 2009, p. 154.

<sup>48</sup> Nella sentenza n. 69 del 2009 la Corte costituzionale riprende la sentenza n. 155 del 2002 e sottolinea che l'imparzialità e l'obiettività dell'informazione possono essere garantite solo dal pluralismo delle fonti e dagli orientamenti ideali, culturali e politici, nella difficoltà che le notizie e i contenuti dei programmi siano, in sé e per sé, sempre e comunque obiettivi. Per commenti a tale pronuncia si veda R. DICKMANN-G. MALINCONICO, *La posizione costituzionale della Commissione di vigilanza RAI nel quadro delle competenze normative in materia di servizio pubblico radiotelevisivo*, in *Federalismi.it*, 25 marzo 2009; C. CARUSO, *Il caso Petroni davanti alla Corte, ovvero della metamorfosi dell'atto politico*, in *Forum Quad. Cost.*, 2009.

<sup>49</sup> La Corte costituzionale, con la sentenza n. 9 del 1965 aveva già affermato che «la libertà di manifestazione del pensiero è, tra le libertà fondamentali e protette dalla nostra Costituzione, una di quelle che meglio caratterizzano il regime vigente dello Stato, condizione com'è del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale».

### 3. Tra tutela del pluralismo, logiche di mercato e tendenze all'accentramento degli operatori informativi

La trasmissione dell'informazione porta con sé la possibilità, per l'operatore informativo, di esercitare un potere di influenza (che deriva dalla capacità del mezzo di cui ha la titolarità) capace di persuadere e incidere sulla formazione dell'opinione pubblica<sup>50</sup>, consentendo ai fruitori dell'informazione il contatto conoscitivo con ciò che è fuori dal loro campo visuale e la cui conoscenza sarebbe altrimenti preclusa.

Le attività del legislatore e della Corte costituzionale, quest'ultima talvolta in funzione di monito, talvolta in funzione di sanzione rispetto alla disciplina posta dal Parlamento, nei vari momenti in cui si sono sviluppate nel nostro ordinamento e se pur con esiti alterni, hanno cercato di conformare il sistema informativo – soprattutto, come si vedrà, televisivo – ai concetti di pluralità e concorrenza.

L'obiettivo era infatti quello di regolarne il potere e garantire che potenzialmente l'intera popolazione (e non più i soli gruppi ristretti e colti a cui era in origine limitata l'opinione pubblica<sup>51</sup>) potesse fruire dell'effettivo accesso ad argomenti quotidiani di pubblico interesse<sup>52</sup> e potesse essere posta nella condizione di influenzare, con forme di critica e controllo consapevole, i rapporti con il sistema politico-istituzionale.

#### 3.1. La stampa

Con riferimento alla stampa, mezzo di comunicazione che per primo ha consentito di sottoporre le idee a un esame critico, la disciplina normativa che l'ha riguardata, in coerenza con il dato costituzionale e con la *ratio* che ne ha informato l'approvazione, si è preoccupata sin da subito di escludere misure che potessero portare alla censura di voci editoriali dissenzienti<sup>53</sup> o che sottoponessero tale

<sup>50</sup> Corte costituzionale, n. 148 del 1981. Si rinvia, per le considerazioni sull'opinione pubblica al par. 6.

<sup>51</sup> G. GROSSI, *L'opinione pubblica*, cit., p. 8.

<sup>52</sup> W. PRIVITERA, *Sfera pubblica e democratizzazione*, Roma-Bari, 2001.

<sup>53</sup> Così come al contrario era accaduto durante il fascismo, che aveva sottoposto il regime giuridico degli strumenti di comunicazione – e in prima luogo della stampa – a normative funzionali a eliminare ogni voce editoriale dissenziente. Prima, con il r.d.l. 15 luglio 1923, n. 3288, contenente *Norme sulla gerenza e vigilanza dei giornali e delle pubblicazioni periodiche*, immediatamente seguito dal r.d.l. 10 luglio 1924, n. 1081 contenente *Norme di attuazione del r.d.l. n. 3288*, emblematico della volontà di instaurare, da un lato, forme di pressione politica sulle aziende editoriali per ottene-

strumento di comunicazione a regimi giuridici che in passato avevano trovato giustificazione nell'idea per cui la stampa dovesse costituire «un elemento di regime, una forza al servizio [del] regime», e dovesse rispondere alla logica per cui «ciò che è nocivo [per il regime] si evita e ciò che è utile si fa»<sup>54</sup>.

In questo senso, il primo intervento in materia approvato dalla stessa Assemblea Costituente<sup>55</sup> è la l. n. 47 dell'8 febbraio 1948, recante *Disposizioni sulla stampa*: essa, ancora oggi in vigore<sup>56</sup>, aveva lo scopo di sostituire la precedente normativa e di garantire che giornali, quotidiani e periodici potessero svolgere pienamente il proprio ruolo

re l'allineamento dei giornali di proprietà dei grandi gruppi economici e, dall'altro, di esercitare un uso estensivo dei poteri governativi, finalizzato a contrastare quella stampa che continuava a esprimere orientamenti difformi da quelli del fascismo. Con il r.d.l. n. 10 luglio 1924, n. 1081, che ammette il sequestro della stampa quotidiana e periodica a opera dell'autorità di pubblica sicurezza, nonché la possibilità del prefetto di diffidare il responsabile nel caso di pubblicazioni che svolgano una attività informativa difforme dal giudizio del Governo, il regime persegue, poi, l'obiettivo di ridurre gli spazi delle libertà editoriali e garantendo l'allineamento a sé dei giornali fino ad allora autonomi. Prima dell'entrata in vigore di tale disciplina, gli interventi repressivi erano stati fondati anche in questo settore sui generici poteri dei prefetti, ai sensi dell'art. 3 Testo Unico della Legge comunale e provinciale del 1915, di «sorvegliare tutte le amministrazioni pubbliche e di adottare, in caso di urgenza, i provvedimenti che ritenga indispensabili per il buon andamento dei diversi servizi». Tale processo trova il proprio punto di arrivo nel 1925, quando i regi decreti n. 3288 del 1923 e n. 1081 del 1924 sono convertiti rispettivamente nella l. 31 dicembre 1925, n. 2309 e nella l. 31 dicembre 1925, n. 2308, e con l'approvazione della l. 31 dicembre 1925, n. 2307, recante *Disposizioni sulla stampa periodica*, la quale subordina la possibilità di pubblicare un giornale o un periodico al previo riconoscimento del suo responsabile da parte del procuratore generale presso la Corte di Appello. Cfr. U. DE SIERVO, *Stampa*, cit., p. 584, E. AMICUCCI, *La stampa della rivoluzione e del regime*, Milano, 1938, p. 22 ss.; A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, 1978, p. 39 ss.

<sup>54</sup> P.V. CANNISTRARO, *La fabbrica del consenso. Fascismo e mass media*, Roma-Bari, 1975, p. 76 ss.

<sup>55</sup> U. DE SIERVO, *Stampa*, cit., p. 587; altresì cfr. L. PALADIN, *Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in L. PALADIN (a cura di), *La libertà di informazione*, Torino, 1979, p. 4 ss.; C. MORTATI, *Relazione sui diritti pubblici subiettivi*, in *Relazione all'Assemblea Costituente (Ministero per la Costituente, Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato)*, I, Roma, 1946, p. 106 e 109 in particolare sulla funzione sociale della stampa.

<sup>56</sup> Certamente importanti sono stati gli interventi in materia di obbligo per i quotidiani e i periodici di pubblicazione delle fonti di finanziamento e la disciplina anticoncentrazione, a partire dalla l. n. 416 del 1981, più volte modificata nel tempo, soprattutto con riferimento alla definizione di soglie di concentrazione non più nel solo settore dell'editoria bensì più in generale nell'intero sistema integrato delle comunicazioni. Per un'analisi, tra l'altro di questi aspetti cfr. A. CIANCIO (a cura di), *Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione*, Torino, 2012.

lo nel dibattito pubblico, senza essere assoggettati ad autorizzazioni o censure, ma al contempo assumendosi la responsabilità di quanto pubblicato: da un lato, infatti, il direttore di una testata giornalistica ancora oggi risponde di ciò che decide di pubblicare (esercitando pertanto sui contenuti un controllo professionale); al tempo stesso, però, il medesimo direttore è posto nelle condizioni di decidere in autonomia di mandare in stampa ciò che ritiene più coerente con il proprio indirizzo informativo<sup>57</sup>.

Se la rilevanza del potere culturale esercitato dal settore dell'editoria sul funzionamento dei pubblici poteri e in generale sul livello informativo del Paese<sup>58</sup> era già nota al regime fascista – che proprio in questa ottica l'aveva sottoposto a stringenti vincoli – ciò che emerge negli anni successivi all'entrata in vigore di tale normativa è la maggiore consapevolezza dell'assoggettamento della stampa e della nascente industria culturale alle logiche del mercato: le notizie diventano, in modo più evidente di prima, merci simboliche, espressione di interessi tanto culturali, quanto economici<sup>59</sup>. La stampa, frutto dell'esercizio di una libera iniziativa economica e al tempo stesso prodotto intellettuale, inizia così a chiamare in causa nuove connotazioni del pluralismo, che saranno poi amplificate con lo sviluppo della televisione e riferibili: (1) al contesto istituzionale, «tra le, e nelle, istituzioni giuridico-politiche»<sup>60</sup>; (2) a quello sociale; in ultimo, (3) a quello economico, che «si esprime nella pluralità delle iniziative imprenditoriali in situazione di reciproca concorrenza»<sup>61</sup> e che, quantomeno astrattamente, dovrebbe presentare quei caratteri di dinamicità necessari ad assicurare una garanzia effettiva alla libertà d'espressione<sup>62</sup>.

Tali opzioni interpretative, però, non riescono a ostacolare la propensione all'accentramento in pochi grandi gruppi editoriali manifestato sin da subito da parte di questo settore<sup>63</sup>: quest'ultimo si pone

<sup>57</sup> M. BASSINI-F. FERRARI, *La disinformazione al tempo del covid-19: profili costituzionali e ruolo dell'Agcom*, in L. BARTOLUCCI-L. DI MAJO (a cura di), *La prassi delle Istituzioni in pandemia*, Napoli, 2022, p. 331.

<sup>58</sup> R. LUPO-S. TROILO, *Mezzo secolo di stampa assistita. Rapporto sulle forme di sostegno dello Stato all'editoria (1935-1987)*, in *Dir. Inf.*, 1988, p. 528 ss.

<sup>59</sup> G. GROSSI, *L'opinione pubblica*, cit., p. 34.

<sup>60</sup> S. FOIS, *Profili costituzionali e disciplina radiotelevisiva*, in *Giur. Cost.*, 1989, p. 2147 ss.

<sup>61</sup> S. FOIS, *Profili costituzionali e disciplina radiotelevisiva*, cit., p. 2141.

<sup>62</sup> S. FOIS, *Profili costituzionali e disciplina radiotelevisiva*, cit.

<sup>63</sup> Ne tratta G.C. FERRETTI, *Storia dell'editoria letteraria in Italia (1945-2003)*, Torino, 2004; P. DUBINI, *Voltare pagina: economia e gestione strategica nel settore dell'editoria libraria*, Milano, 1997.

così come precursore di quelle tendenze che negli anni immediatamente successivi trovano realizzazione, prima, nella radiotelevisione e, oggi, in quelle dinamiche della rete, le quali rischiano di far sì che posizioni minoritarie o sfornite di capitali ingenti che consentono l'accesso a tali strumenti di comunicazione restino emarginate dall'agone mediatico e relegate ai mezzi di diffusione dotati di una minore capacità d'impatto<sup>64</sup>.

### 3.2. La radiotelevisione

La seconda metà del XX secolo è caratterizzata da un progressivo ridimensionamento della carta stampata in favore della televisione, la quale, da un lato, arricchisce la capacità comunicativa della prima con la potenza dell'immagine e con la possibilità di trasmettere gli eventi in tempo (quasi) reale; dall'altro, rende più opaco il concetto di «opinione pubblica informata e consapevole»<sup>65</sup> che aveva animato, quantomeno inizialmente, le aspirazioni di diffusione della stampa, sostituendolo con l'idea di un'opinione pubblica di massa<sup>66</sup>.

In un contesto di intrecci non risolti, ma anzi in progressiva sovrapposizione, tra potere economico e potere informativo, che hanno finito per condizionare i comportamenti della politica, la disciplina in materia di radiotelevisione si sviluppa, nell'inerzia di un legislatore incapace di produrre regole definitive, sotto l'impulso della Corte costituzionale. Quest'ultima, pur spostando, soprattutto a partire dalla sentenza n. 826 del 1988, il bilanciamento tra principi coinvolti sempre più in favore della libera iniziativa economica, tenta di ricordare, nell'ambito di un sistema che vede progressivamente affiancarsi una realtà privatistica al preesistente monopolio statale<sup>67</sup>, aspetti

<sup>64</sup> U. DE SIERVO, *Stampa*, cit., p. 578.

<sup>65</sup> Sul radicale mutamento del «rapporto che le società umane hanno con le tecnologie dell'informazione e comunicazione (ICT)», U. PAGALLO, *Il diritto nell'età dell'informazione. Il riposizionamento tecnologico degli ordinamenti giuridici tra complessità sociale, lotta per il potere e tutela dei diritti*, Torino, 2014, p. 30 e ss.

<sup>66</sup> L. DI GREGORIO, *Demopatia, Sintomi, diagnosi e terapie del malessere democratico*, cit., p. 158, 159.

<sup>67</sup> Invero, accanto alla radiotelevisione, istituita nel 1910, sulla base di un modello gestionale centrato sulla concessione in esclusiva del servizio a un'unica società, formalmente privata ma a totale capitale pubblico, nel 1924, si assistette alla nascita dell'URI (Unione radiofonica italiana) a cui venne affidato il servizio radiofonico, nato all'accordo tra la Radiofono, controllata dalla compagnia Marconi e la SIRAC (Società italiana radio audizioni circolari): in questo modo la radio cominciò ad imporsi come mezzo di comunicazione di massa; l'URI, nel 1927, assunse il nome di EIAR (Ente Italiano per le Audizioni Radiofoniche); nel 1929, ottenne la concessio-

più propriamente tecnici, legati alla specificità del mezzo, e altri più strettamente connessi alla funzione informativa che attraverso tale mezzo è svolta<sup>68</sup>.

È nel 1960 che i giudici costituzionali si occupano per la prima volta della radiotelevisione in una sentenza nella quale, rigettando la questione di costituzionalità sollevata in relazione al monopolio pubblico per contrasto con gli artt. 21, 33, 41 e 43 della Costituzione, ne individuano la giustificazione, data la scarsità delle frequenze disponibili, nel pericolo di formazione di un oligopolio privato suscettibile di porsi in contrasto con la necessaria apertura alle diverse tendenze sociali, politiche e culturali del Paese<sup>69</sup>. In questo senso, la sentenza afferma che: a) la limitatezza di fatto dei canali utilizzabili (cioè la scarsità della risorsa tecnologica frequenziale) caratterizza la televisione «come attività predestinata, in regime di libera iniziativa e di concorrenza, a dar luogo a un privilegio di pochi», determinando «situazioni di monopolio – o il che è lo stesso – di oligopolio»<sup>70</sup>; b) l'attività radiotelevisiva tende ad assumere sia verso i singoli sia verso la collettività quei caratteri di «preminente interesse generale» che l'art. 43 Cost. richiama ai fini della sottrazione di un'area economica alla libertà di iniziativa privata; c) l'avocazione del servizio radiotelevisivo in mano pubblica viene a trovare la sua giustificazione, sempre ai sensi dell'art. 43 Cost., in ragioni di «utilità generale»; per garantire un uso del mezzo conforme al disegno costituzionale, è lo Stato monopolista che può «assicurare [...] la possibilità potenziale di goderne – naturalmente nei limiti che si impongono per questa come per ogni altra libertà e nei modi richiesti dalle esigenze tecniche e di funzionalità – a chi sia interessato ad avvalersene per la diffusione del pensiero nei vari modi del suo manifestarsi»<sup>71</sup>.

ne esclusiva per 25 anni. La radio rappresentò in questo senso il primo strumento di comunicazione di massa rivolto a un vasto e indifferenziato pubblico, poi ridimensionato dalla successiva televisione: nel 1944, infatti, l'EIAR assunse la nuova denominazione di RAI (Radio Audizioni Italiane) e nel 1954 acquisì la qualifica di operatore televisivo con la denominazione di RAI-Radiotelevisione Italiana. Il 3 gennaio 1954 il servizio televisivo italiano iniziò in un condizione di monopolio del servizio radiofonico e televisivo, definita a mezzo di convenzione ventennale firmata con lo Stato nel 1952. Cfr. A. PACE, *Il sistema televisivo italiano*, cit.

<sup>68</sup> P. CARETTI, *Radiotelevisione*, cit., p. 881.

<sup>69</sup> S. FOIS, *Libertà di diffusione del pensiero e monopolio radiotelevisivo*, in *Giur. Cost.*, 1960, p. 1127 ss.

<sup>70</sup> Corte costituzionale, n. 59 del 1960. Si veda la ricostruzione che ne fa E. CHELI, *libertà di informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 16.

<sup>71</sup> Corte costituzionale, n. 59 del 1960.

Con la crescita economica degli anni Settanta, la società diventa più complessa e articolata e ciò si traduce in una rinnovata domanda di servizi da parte dei cittadini, nella ricerca di spazi economici da parte delle imprese e, per tutti, nella spinta verso la valorizzazione di strumenti informativi, che diano conto della pluralità di punti di vista e di voci rappresentative dei diversi e contrastanti interessi presenti nella collettività. In alcuni mercati cominciano a emergere i primi segnali di differenziazione nella richiesta di beni di consumo, con la conseguente tendenza, da parte delle aziende, a incrementare la propria domanda di spazi pubblicitari radiotelevisivi, al fine di diversificare l'offerta dei beni stessi<sup>72</sup>.

Tutte le maggiori leggi di riforma del sistema radiotelevisivo, che si succedono da quel momento e per i successivi quarant'anni, trovano origine in quel contesto e incentivo in pronunce, talvolta non tenute in debito conto, adottate dalla Corte costituzionale.

In primo luogo, si pone la l. 14 aprile 1975, n. 103 recante *Nuove norme in materia di diffusione radiofonica e televisiva*, che qualifica l'attività radiotelevisiva come servizio pubblico essenziale, la attribuisce in concessione a una società per azioni totalmente in mano pubblica, la sottrae al controllo del Governo e la sottopone all'indirizzo e alla vigilanza di una specifica Commissione parlamentare. Essa trova il proprio impulso nelle sentenze n. 225 e 226 del 1974 della Corte costituzionale, le quali definiscono le condizioni di pluralismo interno da assicurarsi da parte del soggetto pubblico al fine di garantire «il massimo di accesso, se non ai singoli cittadini, almeno a tutte quelle più rilevanti formazioni nelle quali il pluralismo sociale si esprime e si manifesta»<sup>73</sup>. In caso contrario, il mezzo radiotelevisivo, posto nella libera disponibilità di chi lo gestisce, rischia – non meno, e forse con maggior danno che se fosse nelle mani di pochi privati – «di essere un poderoso strumento a servizio di parte, non certo a vantaggio della collettività»<sup>74</sup>. Il punto di approdo di questa prima fase può essere in-

<sup>72</sup> Cfr. per una ricostruzione M. GAMBARO-F. SILVA, *Economia della televisione*, Bologna, 1992.

<sup>73</sup> Corte costituzionale, n. 225 del 1974.

<sup>74</sup> Corte costituzionale, n. 225 del 1974. Cfr. E. CHELI, *Libertà di informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 19. Allo stimolo proveniente dalla Corte costituzionale si somma, nello stesso periodo, quello derivante dall'approvazione in sede comunitaria, della direttiva CEE 3 ottobre 1989, n. 552, espressamente dedicata al «coordinamento di determinate disposizioni legislative regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive». Essa ha costituito il primo atto normativo rilevante in materia di informazione televisiva sotto un duplice profilo: quello relati-

dividuato nella sentenza n. 148 del 1981 che, nel riconfermare la riserva statale sull'attività radiotelevisiva di scala nazionale, apre anche allo stesso tempo alla prospettiva di una presenza dei privati nell'emittenza nazionale, ove il legislatore fosse stato in grado di apprestare, attraverso un'efficace disciplina sulla concorrenza, un sistema di garanzie idoneo a ostacolare il formarsi di concentrazioni monopolistiche od oligopolistiche «non solo nell'ambito delle connessioni tra le varie emittenti, ma anche in quello dei collegamenti tra le imprese operanti nei vari settori dell'informazione, incluse quelle pubblicitarie»: questo, al fine di evitare «il pericolo che la radiotelevisione, inaridendo una tradizionale fonte di finanziamento della libera stampa, rechi grave pregiudizio a una libertà che la Costituzione fa oggetto di energica tutela»<sup>75</sup>.

Successivamente, la l. 6 agosto 1990, n. 223 (c.d. legge Mammi), costitutiva del c.d. sistema misto<sup>76</sup>, trova il proprio impulso nella sentenza n. 826 del 1988. Una volta venuto meno il monopolio pubblico e «aperto» l'uso del mezzo alla concorrenza dei privati<sup>77</sup>, la nozione di pluralismo evolve assumendo i connotati del c.d. pluralismo esterno, realizzato attraverso la concorrenza tra emittenti diverse, sia pubbliche che private. Secondo questa pronuncia, obiettivo di tale connotazione di pluralismo è quello «di evitare l'accentramento dell'attività radiotelevisiva in situazioni di monopolio e oligopolio privati», che consentirebbero a questi ultimi «di esercitare, in una posizione di preminenza, una influenza sulla collettività incompatibile con le regole del sistema democratico». Infatti, il pluralismo nell'informazione radiotelevisiva significa innanzitutto «possibilità di ingresso, nell'ambito dell'emittenza pubblica e di quella privata, di quante più voci consentano i mezzi tecnici, con la concreta possibilità – perché il pluralismo esterno sia effettivo e non meramente fittizio – che i soggetti portatori di opinioni diverse possano esprimersi senza pericolo di essere emarginati a causa dei processi di concentrazione delle risorse (tecniche ed economiche) nelle mani di uno o di pochi»<sup>78</sup>.

vo alla libera circolazione nell'area comunitaria delle trasmissioni televisive e quello inerente la disciplina della pubblicità commerciale attraverso il mezzo televisivo.

<sup>75</sup> Si vedano, con riferimento a ciò, Corte costituzionale, n. 225 del 1975 e n. 231 del 1985.

<sup>76</sup> Tra i commenti alla legge Mammi, cfr. E. ROPPO-R. ZACCARIA (a cura di), *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Milano, 1991; R. PARDOLESI, *Pluralismo esterno (non più d'una rete a testa?) per l'etere privato*, in *Il Foro italiano*, 1995; A. CERRI, *Telematica (ad vocem)*, in *Enc. Giur. It.*, Aggiornamento VII, 1999, p. 7; G. CORASANITI, *Informazione, comunicazione e regole antitrust*, in *Dir. Inf.* 1988, p. 50.

<sup>77</sup> Corte costituzionale, n. 202 del 1976.

<sup>78</sup> Corte costituzionale, n. 826 del 1988.

Tale sentenza, tuttavia, pur evidenziando i vizi di legittimità che inficiavano il d.l. 6 dicembre 1984, n. 807 (c.d. Decreto Berlusconi), il quale conteneva una sostanziale sanatoria nei confronti delle emittenti televisive nazionali senza predisporre meccanismi anticoncentrazione – come al contrario richiesto dalla sentenza n. 148 del 1981 – non ne pronuncia l'incostituzionalità, ritenendo che tale decreto avesse «natura chiaramente provvisoria»<sup>79</sup>. Nei fatti, si giustifica l'esistenza di un sistema asserito come temporaneo, ma, in realtà durato fino alla legge Mammì, entrata in vigore nel 1990, che aveva visto la società Fininvest acquistare Retequattro e Italia Uno, aumentando sia la pressione concorrenziale sulla Rai<sup>80</sup> sia la concentrazione delle emittenti private nelle mani di una società, di proprietà di chi avrebbe rivestito per gli anni a seguire preminenti posizioni politiche, con conseguenti ripercussioni sul diritto all'informazione<sup>81</sup>. Tale diritto, secondo la Corte, è destinato a realizzarsi in forme diverse nel settore pubblico e in quello privato: mentre compito del primo «è di dar voce a tutte, o al maggior numero possibile di opinioni, tendenze, correnti di pensiero politiche, sociali e culturali presenti nella società [...] secondo i canoni del pluralismo interno», nei confronti dell'emittenza privata si tratta invece di comporlo «con le libertà assicurate alle imprese [...] dall'art. 41 della Costituzione»; in questo approccio, l'interesse all'informazione riceve una tutela indiretta mediante la realizzazione delle condizioni per la concorrenza tra una molteplicità di operatori, non essendo possibile tutelare il pluralismo a tale interesse funzionale<sup>82</sup> se vi è un unico soggetto che detiene «una posizione dominante nel settore privato»<sup>83</sup>.

La legge Mammì successivamente è essa stessa oggetto di censura da parte della Corte costituzionale, con la sentenza n. 420 del 1994, nella parte relativa all'attribuzione della risorsa frequenziale a uno stesso soggetto privato entro il tetto del 25% delle risorse complessive (pari a 3 reti su 12 nazionali) considerato troppo elevato proprio ai fini della tutela del pluralismo<sup>84</sup>: «anche soltanto il possesso

<sup>79</sup> Si veda, per un commento critico, R. BORRELLO, *Cronaca di una incostituzionalità annunciata (ma non... dichiarata)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, 3950 ss.

<sup>80</sup> A. PACE, *La televisione pubblica*, in *Il Foro Italiano*, n. 118 del 1995, p. 248; R. BORRELLO, *Cronaca di una incostituzionalità annunciata (ma non... dichiarata)*, in *Giur. Cost.*, 1988, p. 3952.

<sup>81</sup> Corte costituzionale, n. 826 del 1988.

<sup>82</sup> A. VIGNUDELLI, *Libertà di manifestazione del pensiero, telediffusione e principio d'uguaglianza*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, p. 1682.

<sup>83</sup> Corte costituzionale, n. 826 del 1988.

<sup>84</sup> Cfr. *ex multiis*, G. ALPA, *La posizione degli utenti nella legislazione sulle ra-*

di due reti in capo a un singolo soggetto costituisce una restrizione del pluralismo, e come tale va contro all'obiettivo costituzionale»<sup>85</sup>. Tale pronuncia rigetta invece la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 1 comma 1 e 3 della l. 27 ottobre 1993, n. 422 che consente, di nuovo asseritamente in modo «provvisorio», a tutte le emittenti di continuare a operare fino ad agosto 1996 nella situazione di fatto esistente al 1990<sup>86</sup>.

Ai contenuti della sentenza n. 420 del 1994, il legislatore cerca di ottemperare mediante la l. 31 luglio 1997, n. 249 la c.d. Legge Maccanico, che stabilisce, ai fini della liberazione di una quota delle frequenze analogiche detenute dai privati, il trasferimento su satellite di una delle tre reti nazionali detenute dallo stesso soggetto privato e il corrispondente abbandono della pubblicità da parte di una delle tre reti pubbliche. Anche questa disciplina, tuttavia, è dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 466 del 2002, in ragione dell'eccessiva discrezionalità del procedimento di definizione del termine finale stabilito per l'operazione di trasferimento, termine dalla Corte improrogabilmente fissato, con una pronuncia di tipo additivo, al 31 dicembre 2003<sup>87</sup>; ciò, salvo poi essere aggirato dal legislatore, prima,

*diodiffusioni*, in *Dir. Inf.*, 1995, p. 562; P. COSTANZO, «Diritto all'informazione» e «Diritto d'informazione» nei *più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva*, in P. BARILE, R. ZACCARIA (a cura di), *Rapporto '93 sui problemi giuridici della radiotelevisione in Italia*, Torino, 1994, p. 485.

<sup>85</sup> V. ONIDA, *Relazione*, in AA.VV., *La televisione, tra autonomia e controlli. Atti del convegno di Genova 7-8 aprile 1995*, Padova, 1995, p. 85.

<sup>86</sup> Sulla scia di tale pronuncia si pongono i referendum abrogativi indetti per la giornata dell'11 giugno 1995 e aventi a oggetto quesiti concernenti l'assetto complessivo del sistema televisivo italiano (il primo, mirava a ottenere una riduzione del limite di concentrazione nel settore televisivo, al fine di vietare a un soggetto privato di possedere più di una rete; il secondo, intendeva impedire che una concessionaria di pubblicità potesse raccogliere inserzioni per più di due emittenti; il terzo, infine, aspirava a limitare trasmissione di messaggi pubblicitari solo nell'intervallo tra un tempo e l'altro del film programmato). Il loro esito, favorevole al «No», segna una battuta d'arresto nel processo di riforma degli assetti televisivi, che sembrava finalmente essersi messo in moto per dare corpo alle indicazioni della Corte costituzionale. Sui referendum del '95 si veda A. PACE, *La concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo: impresa come «sostanza» e proprietà pubblica come mera «forma»?*, in *Giur. Cost.*, 1995, p. 12 ss.; O. GRANDINETTI, *I referendum: le sentenze della Corte costituzionale. Le televisioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5 del 1995, p. 533; R. BORRELLO, *Televisione e referendum: una nuova strada irta di incognite per modificare l'assetto del sistema radiotelevisivo italiano*, in *Giur. Cost.*, 1995, p. 153 ss.

<sup>87</sup> E. CHELI, *Libertà di informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, cit.; la bibliografia in materia di evoluzione del sistema radiotelevisivo italiano è quanto mai ampia, a testimonianza delle criticità

con il d.l. 24 dicembre 2003, n. 352 e, poi, con la l. 3 maggio 2004, n. 112 (c.d. legge Gasparri), destinata a orientare il passaggio dalla tecnologia analogica alla tecnologia digitale. La disciplina contenuta in tale legge<sup>88</sup>, nei fatti, persegue il mantenimento dello *status quo* e quindi la prosecuzione dell'operatività di Retequattro in analogico attraverso la creazione del Sistema Integrato delle Comunicazioni (SIC), definito dall'art. 2 comma 1 lett s), del dlgs. 31 luglio 2005, n. 177 come il «settore economico che comprende le seguenti attività: stampa quotidiana e periodica, editoria annuaristica ed elettronica anche per il tramite di Internet, radio e servizi di media audiovisivi, cinema e pubblicità esterna». Esso, totalmente inidoneo ad assolvere alla funzione di parametro per l'applicazione di limiti *ex ante* volti al contenimento delle dimensioni economiche degli operatori<sup>89</sup>, determina infatti l'integrazione di mercati eccessivamente disomogenei, con la conseguente difficoltà di quantificare il massimo delle risorse suscettibili di concentrazione<sup>90</sup>.

Emerge, dal quadro delineato, la consapevolezza della capacità dello strumento televisivo di dispiegare «per la sua notoria capacità di immediata e capillare penetrazione nell'ambito sociale attraverso la diffusione nell'interno delle abitazioni e per la forza suggestiva della immagine unita alla parola, [...] una peculiare capacità di persuasione e di incidenza sulla formazione dell'opinione pubblica,

presenti nel sistema, sostanzialmente sin dalle sue origini. Per un'analisi del contesto e per la bibliografia si rinvia a P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit.; S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2014; R. ZACCARIA-A. VALASTRO-E. ALBANESI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2016; M. MANETTI, *Pluralismo dell'informazione e libertà di scelta*, in *Rivista AIC*, n. 1 del 2012; A. CIANCIO (a cura di), *Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione*, cit.; L. CARLASARE (a cura di), *Il pluralismo radiotelevisivo tra pubblico e privato*, Padova, 2007.

<sup>88</sup> Molte sono state le critiche rivolte a tale legge da parte di una pluralità di soggetti, a partire dall'AGCOM. Si vedano in particolare le note 5 e 11 del contributo di A. PACE, *Legge Gasparri e Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3 del 2003.

<sup>89</sup> E. APA, *Osservazioni sul ddl sulla disciplina del settore radiotelevisivo nella fase di transizione alla tecnologia digitale*, in *Astrid-Rassegna*, n. 53 del 2007, p. 14. Il SIC non è mai stato impiegato e in ultimo dichiarato incompatibile con il diritto di stabilimento previsto dall'art. 49 TFUE con sentenza della Cort. Giust. del 3 settembre 2020 (C-719/18) Vivendi SA c. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. Cfr. per un commento, cfr. E. APA, *Sic et non: nel caso Vivendi la Corte di giustizia censura le incongruenze della disciplina italiana a tutela del pluralismo dell'informazione*, in *Medialaws, Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2021.

<sup>90</sup> È solo con l'attuale disciplina contenuta nel T.U. sui media audiovisivi, prevista dal D.lgs. 31 luglio 2005, n. 177, poi riformato nel 2010, che si determina, in ultimo, la transizione del sistema radiotelevisivo dalla tecnologia analogica a quella digitale.

nonché sugli indirizzi socio-culturali, di natura ben diversa da quella attribuibile alla stampa»<sup>91</sup>. L'impresa, legittimata a operare in tale settore, non esercita quindi solo un diritto di libertà<sup>92</sup> (anche economica), ma altresì – come e più che nella stampa – un potere di influenza, il cui «valore estetico culturale»<sup>93</sup> assume preminente rilevanza in un settore altrimenti dominato dalla logica del mercato.

L'esercizio di questo potere acquisisce forme sempre più pervasive a partire dall'inizio del nuovo secolo. Il sistema di comunicazione di massa è infatti trasformato dallo sviluppo della televisione satellitare e digitale, prima, e dall'esplosione dei nuovi servizi del web, poi: in pochi anni cambiano i termini sia dell'offerta sia della domanda di informazione<sup>94</sup> e problemi antichi – sul piano della garanzia del pluralismo e della libertà di informazione – assumono, sul terreno di un'evoluzione tecnologica che consente una comunicazione sempre più selettiva e personalizzata, portata ancora più ampia<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> Corte costituzionale, n. 148 del 1981.

<sup>92</sup> A. PACE, *La televisione pubblica*, cit., p. 259.

<sup>93</sup> M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, 1991, p. 10.

<sup>94</sup> Cfr. E. CHELI, *Libertà di informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 23 dove afferma come alcuni di questi problemi siano stati affrontati sul terreno della ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni dalla riforma del titolo V della della Costituzione, che ha affidato alla competenza regionale concorrente l'«ordinamento delle comunicazioni». Sin dall'inizio tale materia è stata oggetto plurime pronunce della Corte costituzionale, le prime delle quali hanno affrontato il tema della collocazione degli impianti di telecomunicazione e di radiotelevisione (Corte costituzionale, n. 303, 307,312 e 324 del 2003; n. 167 del 2004 e n. 336 del 2005), mentre una di queste pronunce (la sent. n. 151 del 2005) si è richiamata al principio del «pluralismo esterno» per affermare la legittimità del contributo statale concesso ai fini dell'acquisto di decoder destinati alla ricezione di programmi nella nuova tecnologia digitale terrestre. P. CARETTI, *Pluralismo informativo e diritto comunitario*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, p. 415 ss.; P. CARETTI, *La legge n. 112 del 2004 e le esigenze del pluralismo informativo*, in *Nuove auton.*, n. 6 del 2005, p. 847 ss.; M. MANETTI, *Pluralismo dell'informazione e libertà di scelta*, in *Rivista AIC*, n. 1 del 2012; P. DE SENA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e legge Gasparri: alcune riflessioni su pluralismo e televisione digitale*, in *Forumcostituzionale.it*, 2005; E. APA, *Il nodo di Gordio: informazione televisiva, pluralismo e Costituzione*, in *Quad. Cost.*, n. 2 del 2004, p. 335 ss.; per una prospettiva europea si veda invece F. DONATI, *Il pluralismo informativo nello scenario della convergenza*, in G. MORBIDELLI-F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza*, Torino, 2003; F. DONATI, *Pluralismo e concorrenza nel sistema dell'informazione (considerazioni a margine del caso SeatTelemontecarlo)*, in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 2001, p. 23 ss.

<sup>95</sup> Pone in rapporto l'art. 21 con le forme attuali di comunicazione, assimilabili quasi a quella soggettiva dell'art. 15 della Costituzione, M. OROFINO, *Art. 21 Cost.: le*

### 3.3. I media digitali: problemi antichi in un contesto nuovo

Per tutto il Novecento la radio e soprattutto, come detto, la televisione sono state considerate i nuovi media, destinati a sostituire il vecchio ordine fondato sull'editoria. Radio e televisione si muovevano infatti all'interno di una dimensione comunicativa che, più che la stampa, era in grado di ricostruire su un modello più semplice una realtà troppo grande e complessa per essere conosciuta direttamente<sup>96</sup>. L'uditorio, poi, era destinatario dei flussi comunicativi in un rapporto unidirezionale: tali mezzi di comunicazione trasmettevano infatti informazioni, che il pubblico recepiva ed eventualmente rielaborava nella discussione e che venivano selezionate sulla base di una logica economica di accrescimento della diffusione, finalizzata a incrementare gli introiti<sup>97</sup>.

Oggi, attraverso gli strumenti messi a disposizione dalle piattaforme digitali, tale dimensione comunicativa acquisisce potenzialità del tutto nuove ed è portatrice di effetti dirimpenti<sup>98</sup>.

Il trasferimento dei quotidiani sul web, il proliferare in rete di siti di informazione non professionale, il ruolo crescente dei motori di ricerca e dei social network come sede di diffusione di notizie e opinioni, modificano invero le caratteristiche dell'uditorio tradizionale,

*ragioni per un intervento di manutenzione ordinaria, in Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 2 del 2019, p. 84 ss. Si pensi in tal senso alla sempre più sfumata distinzione tra comunicazione interpersonale, che intercorre tra soggetti predeterminati, caratterizzata dalla segretezza (art. 15 Cost.) e diffusione del pensiero rivolta ad incertam personam (art. 21 Cost.). Cfr. altresì A. VALASTRO, *Art. 21*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI, Torino, 2006, p. 454 ss.

<sup>96</sup> W. LIPPMANN, *L'opinione pubblica*, cit., p. 44.

<sup>97</sup> G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Medialaws, Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2018, p. 2; M. OROFINO, *L'inquadramento costituzionale del web 2.0: da nuovo mezzo per la libertà di espressione a presupposto per l'esercizio di una pluralità di diritti costituzionali*, in AA.Vv. (a cura di), *Da internet ai social network. Il diritto di ricevere e comunicare informazioni e idee*, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 44 ss.

<sup>98</sup> S. BOWMAN-C. WILLIS, *We media. How audiences are shaping the future of news and information*, Report for the Media Center at the American Press Institute, Stanford, 2003. Sul ruolo dei «giganti» digitali, nel settore dell'informazione, Alec MacGillis, a proposito dell'acquisizione del Washington Post da parte di Amazon, afferma che «quando un'azienda sta diventando così grande che il suo più grande rivale non saranno altre società, ma il rischio di un intervento federale sulla sua grandezza, è ovviamente estremamente utile possedere il giornale locale». L'intervista è a cura di A. SCHECHTER, *I Wanted to Call People's Attention to the Extent of Amazon's Takeover of Washington*, in *ProMarket (Stigler Center for the Study of the Economy and the State)*, 21 Aprile 2021. A. MACGILLIS, *Fulfillment. Winning and Losing in One-Click America*, New York, 2021.

che assume un ruolo attivo e partecipativo, ben potendo, chiunque, divenire autore di contenuti in grado di essere diffusi<sup>99</sup>: gli utenti, invero, hanno a disposizione una massa smisurata di notizie, talvolta create secondo un moto apparentemente circolare dagli stessi e «qualificate come veritiere e/o rilevanti non più dal carattere accreditato e professionale della fonte di trasmissione, quanto dall'impatto e dalla risposta amplificata che queste notizie riescono a generare all'interno di una nuova dimensione sociale e aggregativa»<sup>100</sup>, con una rapidità e una precisione prima inimmaginabili<sup>101</sup>.

In questa prospettiva, almeno idealmente, i nuovi media digitali si propongono di valorizzare il profilo attivo della libertà di manifestazione del pensiero e quindi il contributo di ciascuno al dibattito pubblico, anche su temi che, per differenti ragioni, non trovano attenzione da parte dei media tradizionali<sup>102</sup>; nei fatti, però, tali stessi media digitali determinano lo stravolgimento (più ancora della televisione) del modo secondo cui, in un'ottica di garanzia del pluralismo, il diritto all'informazione è stato interpretato<sup>103</sup>.

L'obiettivo a cui Google afferma di informare la propria attività, e cioè di essere «il motore di ricerca perfetto che [...] capisce esattamente quello che vuoi dire e ti propone esattamente ciò che vuoi»<sup>104</sup>, risulta infatti logicamente incompatibile con l'imprescindibile esigenza di accedere, anche solo potenzialmente, a informazioni e notizie obiettive, imparziali, eterogenee e, più di ogni altra cosa, dissonanti. I meccanismi algoritmici, visti nel capitolo precedente, alla base delle *echo chambers*, del *microtargeting* e delle *filter bubble*<sup>105</sup>, alimentano (e in parte viziano) infatti un rapporto circolare tra informazioni e opinioni: le prime sono funzionali alla formazione delle seconde; tuttavia, il possesso di opinioni orienta la

<sup>99</sup> C. MAGNANI, *Libertà di espressione e fake news, il difficile rapporto tra verità e diritto una prospettiva teorica*, in *Costituzionalismo.it.*, n. 3 del 2018, p. 2.

<sup>100</sup> L. CONTE, *Questioni costituzionali in tema di opinione pubblica*, in *Federalismi.it*, 24 aprile 2020, p. 311. Si veda altresì P. CARETTI-A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza tecnologica*, Bologna, 2019.

<sup>101</sup> Sul tema della libertà di espressione in rete si rinvia, da ultimo per la completa ricostruzione, a M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, Roma, 2019.

<sup>102</sup> G.L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, in *Rivista AIC*, n. 4 del 2018, p. 200-205.

<sup>103</sup> Sulle caratteristiche della comunicazione su Internet, M. BETZU, *Regolare Internet. La libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2012.

<sup>104</sup> N. CARR, *La gabbia di vetro. Prigionieri dell'automazione*, Milano 2015, p. 184.

<sup>105</sup> E. PARISER, *Il Filtro. Quello che Internet ci nasconde*, Milano, 2012.

ricerca e l'individuazione delle informazioni<sup>106</sup> che, però, in questo caso, grazie a scelte pregresse che consentono la profilazione dell'utente, sono ricevute direttamente e passivamente dal destinatario. All'interno della cornice omologante entro cui sono relegati, gli individui tendono a essere esclusi da forme di dissonanza cognitiva, limitandosi a recepire le notizie che più convergono verso le loro (pre) convinzioni<sup>107</sup>. Questo sistema porta alla personalizzazione estrema delle ricerche dell'utente, a cui è precluso (o quantomeno reso meno facile) informarsi in modo plurale<sup>108</sup>.

È in questo senso che può cogliersi come nel paradosso di un sistema sorto, nelle aspirazioni, in modo intrinsecamente anarchico, la rete si sia sviluppata secondo un'impostazione gerarchica fatta di imprese private che finiscono per influire su ogni decisione e condotta umana, non perché venga chiesto loro espressamente di sostituirla, ma perché forniscono la base informativa<sup>109</sup> su cui tali decisioni e condotte verranno prese e tenute<sup>110</sup>.

#### 4. Circolazione dei contenuti sulle piattaforme digitali e censure private

L'innovazione digitale ha introdotto dunque un modo radicalmente diverso di comunicare e ricevere l'informazione: è sufficiente essere connessi a Internet per entrare a far parte di un processo, aperto e globale, che coinvolge miliardi di individui. Tuttavia, la fruibilità della massa di informazioni che scaturisce da tale processo dipende, come visto, dall'operare di soggetti capaci di ordinarla, consentendo il collegamento tra chi produce informazione e chi la riceve<sup>111</sup>.

È in questo senso che le piattaforme digitali incidono sull'assetto concreto dell'esercizio della libertà di informazione: impongono regole e limiti alla circolazione delle idee, filtrano le informazioni accessibili da parte di ciascun utente e, privatizzando *de facto* la censura di contenuti considerati non conformi alle proprie *policies*

<sup>106</sup> A. LAURO, *Siamo tutti giornalisti? Appunti sulla libertà di informazione nell'era social*, cit., p. 5.

<sup>107</sup> L. DI GREGORIO, *Demopatia, Sintomi, diagnosi e terapie del malessere democratico*, cit., p. 192.

<sup>108</sup> L. DI GREGORIO, *Demopatia, Sintomi, diagnosi e terapie del malessere democratico*, cit., p. 200-201.

<sup>109</sup> M. AINIS, *Il regno dell'Uroboro: benvenuti nell'epoca della solitudine di massa*, Milano, 2018, p. 11-12.

<sup>110</sup> G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., p. 2.

<sup>111</sup> G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., p. 3.

e termini di servizi<sup>112</sup>, definiscono contenuti di diritti e libertà costituzionali, nonché procedure per il loro godimento<sup>113</sup>. Così, gli utenti delle piattaforme digitali si trovano a essere vincolati da un'attività di moderazione basata su bilanciamenti di interessi, spesso di rilevanza costituzionale<sup>114</sup>, risolti direttamente dagli stessi intermediari. Sono questi ultimi che decidono se e cosa silenziare ed eliminare (che siano notizie o account) secondo valutazioni del tutto discrezionali<sup>115</sup> e senza possibilità, per l'utente, sia di partecipare alla formazione delle «regole del gioco» – in molti casi nemmeno pienamente conosciute o conoscibili – sia di rivendicare diritti nei confronti di questi stessi intermediari o di contestare le decisioni da loro assunte<sup>116</sup>.

Si pensi, per fare alcuni esempi, a YouTube<sup>117</sup>, che fin dal 2006 ha sviluppato criteri di funzionamento secondo i quali, per valutare l'opportunità di rimozione di un video che trasgredisca le *policies* in materia di violenza, è necessario analizzare di volta in volta quanto sia rilevante la sua diffusione per il pubblico dibattito: in forza di tali meccanismi, si è deciso ad esempio di non rimuovere un video sull'impiccagione di Saddam Hussein, mentre, al contrario, si è disposta la rimozione del filmato del pestaggio in cella di un attivista egiziano, poi riattivato in seguito delle proteste di giornalisti e politici<sup>118</sup>.

Twitter<sup>119</sup>, soprattutto nelle sue prime fasi, ha invece mostrato un ap-

<sup>112</sup> M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 1 del 2019, p. 35 ss.; in generale, M. BETTONI, *Profili giuridici della privatizzazione della censura*, in *Cib. Dir.*, n. 4 del 2011, p. 369 ss., che evidenzia una tensione fra «delega della censura» e «appropriazione della censura».

<sup>113</sup> G. CERRINA FERRONI, *Libertà di espressione, Garante privacy: "Troppo potere alle big tech, ecco come intervenire"*, in *Agenda Digitale*, 11 maggio 2021.

<sup>114</sup> G. TEUBNER, *Costituzionalismo della società transnazionale — relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, in *Osservatorio AIC*, n. 4 del 2013, p. 6.

<sup>115</sup> S. COSIMI, *Facebook e rischio censura: dietro al "blocco" c'è un esercito di moderatori*, in *La Repubblica*, 20 luglio 2016.

<sup>116</sup> T. SHADMY, *The new social contract: Facebook's community and our rights*, in *Boston University L. J.*, n. 37 del 2019, p. 9-10.

<sup>117</sup> Le «Norme della Community» di YouTube esplicitano in maniera generale il divieto di contenuti di nudo o di carattere sessuale, di contenuti genericamente dannosi o pericolosi, di contenuti che incitano all'odio, di contenuti violenti o espliciti, di contenuti correlati a molestie o cyberbullismo e di contenuti che violano il copyright.

<sup>118</sup> K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harvard L. Rev.* n. 131 del 2018, p. 1619.

<sup>119</sup> Le attuali *Twitter Rules* sono tese a impedire la diffusione di contenuti legati all'abuso della libertà di espressione: Violence and physical harm (dal terrorismo all'istigazione al suicidio), Abuse and hateful conduct (dalle molestie sessuali all'hate

proccio piú neutro rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero dei propri utenti<sup>120</sup>, non solo non ponendo in essere operazioni di moderazione contenutistica, ma anche resistendo a pressioni governative volte a ottenere la rimozione di determinati contenuti<sup>121</sup>; successivamente ha però mutato il proprio modo di operare in seguito alla nomina di una nuova General Counsel, Vijaya Gadde<sup>122</sup>: negli ultimi anni, ha iniziato infatti a elaborare meccanismi di contrasto ai discorsi d'odio – basati sulla religione, l'identità di genere, l'età o la disabilità – rimuovendo i contenuti a essi riferibili dietro richiesta degli utenti o in caso di violazione di una legge statale<sup>123</sup>. A partire dal gennaio 2022, è poi comparsa l'etichetta «fuorviante» con riferimento a tweet ritenuti ingannevoli<sup>124</sup>.

Nell'Aprile 2022<sup>125</sup>, poi, Elon Musk, conseguentemente alla proposta di acquisto di Twitter per 44 miliardi di dollari, ha affermato di voler nuovamente trasformare tale piattaforma nel «regno della libertà di parola»<sup>126</sup>, sulla base del principio per cui, se deve essere una vera e propria piazza digitale, deve allora altresí consentire a tutti di esprimersi e dibattere di questioni rilevanti per la società. Ai guardiani della piazza, cioè a Twitter, spetta solo il compito di evitare che la discussione sia inquinata da bot e account fasulli<sup>127</sup>.

speech) e Private information and intimate media (dalla diffusione di informazioni personali di altri utenti alle minacce).

<sup>120</sup> S. JEONG, *The History of Twitter's Rules*, in *Motherboard.vive.com*, 14 gennaio 2016.

<sup>121</sup> K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, cit. p. 1621. Si pensi alla strenua resistenza in relazione ai materiali di Wikileaks o ad alcuni post legati a OccupyWallStreet: S. SENGUPTA, *Twitter's Free Speech Defender*, in *New York Times*, 2 settembre 2012.

<sup>122</sup> V. GADDE, *Editorial, Twitter Executive: Here's How We're Trying to Stop Abuse While Preserving Free Speech*, in *Washington Post*, 16 aprile 2015, e M. INGRAM, *Twitter Tries to Find a Balance between Promoting Free Speech and Curbing Abuse*, in *Fortune*, 20 luglio 2016.

<sup>123</sup> M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, cit., p. 38.

<sup>124</sup> Centro assistenza. Linee Guida Twitter, <https://help.twitter.com/it/safety-and-security/report-a-tweet>.

<sup>125</sup> Nel giugno 2022 lo stesso Elon Musk ha sospeso l'acquisto in attesa dei dettagli del numero effettivo di account fake/spam presenti sulla piattaforma che, perché la compravendita vada a buon fine, deve essere inferiore al 5% degli account totali. Tale acquisto si è poi perfezionato nel mese di ottobre 2022.

<sup>126</sup> Al seguente indirizzo il link alla dichiarazione di Elon Musk [https://twitter.com/elonmusk/status/1518677066325053441?ref\\_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1518677066325053441%7Ctwgr%5E%7Ctwcon%5Es1\\_&ref\\_url=https%3A%2F%2Fwww.hdblog.it%2Fapplicazioni%2Farticoli%2Fn554919%2Ftwitter-liberta-di-parola-regole-europa-musk%2F](https://twitter.com/elonmusk/status/1518677066325053441?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1518677066325053441%7Ctwgr%5E%7Ctwcon%5Es1_&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.hdblog.it%2Fapplicazioni%2Farticoli%2Fn554919%2Ftwitter-liberta-di-parola-regole-europa-musk%2F).

<sup>127</sup> Al seguente indirizzo il link alla dichiarazione di Elon Musk [https://twitter.com/elonmusk/status/1518677066325053441?ref\\_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1518677066325053441%7Ctwgr%5E%7Ctwcon%5Es1\\_&ref\\_url=https%3A%2F%2Fwww.hdblog.it%2Fapplicazioni%2Farticoli%2Fn554919%2Ftwitter-liberta-di-parola-regole-europa-musk%2F](https://twitter.com/elonmusk/status/1518677066325053441?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1518677066325053441%7Ctwgr%5E%7Ctwcon%5Es1_&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.hdblog.it%2Fapplicazioni%2Farticoli%2Fn554919%2Ftwitter-liberta-di-parola-regole-europa-musk%2F).

Appare così in modo tangibile come le logiche proprietarie seguite da chi si sussegue nella titolarità della piattaforma siano in grado di determinare le regole del suo funzionamento e dell'interazione su di essa.

È però Facebook, che detiene il controllo sostanziale sui flussi di informazioni personali degli utenti, da quando, nel 2012, ha incorporato Instagram e, nel 2014, WhatsApp, quello che, tra tutti i social network, è maggiormente improntato a utilizzare le proprie *policies* al fine di operare forme di bilanciamento e limitazione dei contenuti diffusi al suo interno. Tale società ha sviluppato i primi meccanismi di moderazione, *gli standard della Community*, nel 2009, cinque anni dopo la sua creazione, prevedendo una serie di vincoli contenutistici correlati soprattutto ai discorsi d'odio, al discorso «filo-terroristico», a temi violenti in senso lato, a quelli inerenti scene di nudo o a quelli che esprimono crudeltà o insensibilità<sup>128</sup>; la loro applicazione, di nuovo, è rimessa integralmente alla discrezionalità della piattaforma, che talvolta può decidere di supportare pubblicamente movimenti politici o, altre volte, di oscurarne contenuti specifici, senza che possano essere rinvenuti criteri omogenei alla base di queste scelte.

Quanto al primo aspetto, ad esempio, dopo che il 26 giugno 2015 la Corte Suprema degli Stati Uniti ha dichiarato l'incostituzionalità delle leggi statali che vietavano il matrimonio omosessuale<sup>129</sup>, Facebook ha reso disponibile una applicazione che permetteva di colora-

com/elonmusk/status/1518677066325053441?ref\_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1518677066325053441%7Ctwgr%5E%7Ctwcon%5Es1\_&ref\_url=https%3A%2F%2Fwww.hdblog.it%2Fapplicazioni%2Farticoli%2Fn554919%2Ftwitter-liberta-di-parola-regole-europa-musk%2F.

<sup>128</sup> Gli «Standard della Community» di Facebook vietano contenuti correlati a «Violenza e comportamenti criminali» (violenza credibile, persone e organizzazioni pericolose, promozione o reclamizzazione di attività criminali, gestione degli atti di violenza, beni soggetti a limitazioni legali), quelli che violano la sicurezza degli utenti (istigazione al suicidio e all'autolesionismo, nudità e sfruttamento sessuale di bambini, sfruttamento sessuale di adulti, bullismo, molestie, violazione della privacy e diritti di privacy sulle immagini), i «Contenuti deplorabili» (contenuti che incitano all'odio, contenuti visivi violenti, immagini di nudo (adulti) e atti sessuali, contenuti che esprimono crudeltà e insensibilità) contenuti che alterano «Integrità e autenticità» (spam, manomissione e notizie false) e quelli che violano il copyright, «Rispetto della proprietà intellettuale».

<sup>129</sup> Nella sentenza *Obergefell v. Hodges* la Corte Suprema degli Stati Uniti conclude – con una maggioranza di 5 giudici – che gli Stati non hanno, in base al XIV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti (in cui trovano espressione i principi dell'*equal protection under the laws* e del *due process of law*), né il diritto di negare licenze di matrimonio alle coppie dello stesso sesso, né quello di vietare, in base alla § 2 del *Defense of Marriage Act*[2](DOMA), il riconoscimento dei matrimoni «legalmente autorizzati e contratti» in altri stati dell'Unione.

re la foto del proprio profilo con i colori dell'arcobaleno<sup>130</sup>. Ancora, è del marzo 2022, successivamente all'invasione dell'Ucraina da parte della Russia, la notizia dell'allentamento, da parte di Facebook, della propria politica sull'incitamento all'odio con riferimento ai post contenenti forme di violenza verbale, da parte di iscritti provenienti dall'Ucraina e nei confronti dei soldati o del popolo russo<sup>131</sup>.

Quanto al secondo aspetto, ha invece fatto scalpore che, nell'estate del 2017, l'azienda statunitense abbia deciso di cancellare il post pubblicato da Didi Delgado, un'attivista del movimento Black Lives Matter, del seguente tenore «all white people are racist. Start from this reference point, or you've already failed»<sup>132</sup>, non sollevando, invece, alcuna questione su quanto scritto da un senatore repubblicano, Clay Higgins, che, istigando al massacro di integralisti islamici ha dichiarato «Their intended entry to the American homeland should be summarily denied. Every conceivable measure should be engaged to hunt them down. Hunt them, identify them, and kill them. Kill them all. For the sake of all that is good and righteous. Kill them all»<sup>133</sup>.

In altre situazioni, ancora, ha omesso qualsivoglia controllo, consentendo che la piattaforma venisse utilizzata strumentalmente da governi autoritari: un'inchiesta del 2018 pubblicata dal New York Times<sup>134</sup>, ha infatti dimostrato come numerosi account, creati ad arte dal governo militare del Myanmar, abbiano immesso nella rete una serie di notizie false allo scopo di provocare una reazione violenta contro la popolazione musulmana del Rohingya, «inducendo», così, un vero e proprio genocidio. Facebook, chiamato a rispondere, ha prima ammesso di aver consentito tale uso distorto del proprio social media<sup>135</sup> e successivamente ha provveduto, con grave ritardo, a chiu-

<sup>130</sup> B. STATE-L. ADAMIC, *The Diffusion of Support in an Online Social Movement: Evidence from the Adoption of Equal-Sign Profile Pictures*, *Proceedings of the 18th ACM Conference on Computer Supported Cooperative Work & Social Computing*, 2015, p. 1741-1750.

<sup>131</sup> M. VENGATIL, E. CULLIFORD, *Facebook allows war posts urging violence against Russian invaders*, in *Reuters*, 11 marzo 2022.

<sup>132</sup> The DiDi Delgado, Facebook, 4 maggio 2017, consultabile all'indirizzo <https://perma.cc/HV52-A65Y>.

<sup>133</sup> P. HOLLEY, *Kill Them. Kill Them All: GOP Congressman Calls for War Against Radical Islamists*, in *The Washington Post*, 5 Giugno 2017.

<sup>134</sup> P. MOZUR, *A Genocide Incited on Facebook, With Posts From Myanmar's Military*, in *New York Times*, 16 Ottobre 2018.

<sup>135</sup> S. SU, *Update on Myanmar*, in Facebook Newsroom, 15 agosto 2018, <https://newsroom.fb.com/news/2018/08/update-on-myanmar/> 35 *Removing Myanmar Military Officials From Facebook*, in Facebook Newsroom, 28 agosto 2018, <https://newsroom.fb.com/news/2018/08/removing-myanmar-officials/>.

dere 10 pagine e 13 account, dichiarando che essi, apparentemente riconducibili a personaggi della televisione o dell'intrattenimento estremamente popolari nel Paese – dunque con altissimi numeri di followers – in realtà erano gestite dal governo militare al fine di diffondere notizie o immagini false volte a innescare reazioni di odio contro le minoranze islamiche.

In termini più generali, Facebook svolge un'attività di moderazione sia *ex ante*, attraverso sistemi automatizzati che impediscono la «pubblicazione» di contenuti rientranti in specifiche categorie vietate, sia *ex post*; in questo ultimo caso, tale attività di moderazione può svolgersi secondo due modalità: nella prima, è la stessa piattaforma a «ricercare ed eliminare contenuti, pagine o gruppi considerati pericolosi»<sup>136</sup>; nella seconda, sono gli utenti che segnalano contenuti, pagine o gruppi; solo successivamente tali segnalazioni sono esaminate dai moderatori in base alle *Linee guida* della piattaforma<sup>137</sup>.

Ciò che appare evidente, dal quadro tratteggiato, è che tali soggetti, a seconda delle regole interne da essi stessi insindacabilmente definite, pongono in essere una moderazione di contenuti che «non mira a garantire 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»<sup>138</sup>. Nei fatti, la conseguenza è che tali intermediari, filtrando e oscurando (anche solo potenzialmente) quella pluralità di punti di vista che rendono i singoli partecipi di una pratica sociale condivisa<sup>139</sup>, determinano effetti sul modo di percepire e interpretare la realtà e producono quindi cambiamenti nella stessa struttura del discorso pubblico<sup>140</sup>, assumendo altresì particolare rilevanza là dove investono l'informazione politica online<sup>141</sup>.

<sup>136</sup> Analizza queste diverse modalità M. BETZU, *I baroni del digitale*, Napoli, 2022, p. 60.

<sup>137</sup> Sempre M. BETZU, *I baroni del digitale*, cit., p. 60-62 esamina come questa attività di moderazione conseguente alla segnalazione di contenuti da parte degli utenti sia strutturata secondo un'organizzazione su tre livelli.

<sup>138</sup> Così M. BETZU, *I baroni del digitale*, cit., p. 63.

<sup>139</sup> G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., p. 41 ss.

<sup>140</sup> G. GROSSI, *L'opinione pubblica*, cit., p. 5 che osserva come, con la comunicazione di massa, sia aumentato l'impatto della pubblicità sul mercato dei consumi e si siano affermate le c.d. campagne permanenti. Altresì M. McLUHAN, *Gli strumenti del comunicare*, Milano, 2015.

<sup>141</sup> Lo scandalo di Cambridge Analytica ne è la più piena rappresentazione.

## 5. *La politica online: comunicazione politica e partecipazione nel mondo digitale*

Il passaggio da «homo sapiens a homo videns»<sup>142</sup>, realizzato con la televisione, aveva reso l'accesso al mezzo televisivo indispensabile per il soggetto politico, che vedeva nell'esposizione mediatica la possibilità di utilizzare quello spazio per veicolare un messaggio che, tradotto in consenso in seguito all'esercizio del diritto di voto<sup>143</sup>, avrebbe potuto incrementare la probabilità di vittoria nelle competizioni elettorali<sup>144</sup>. Oggi, nel passaggio da *homo videns* a «homo digitalis», è l'utilizzo della rete a costituire mezzo imprescindibile di coinvolgimento e mobilitazione, a tali fini orientata, dell'opinione pubblica<sup>145</sup>. Attraverso lo stile informale dell'interazione sulle piattaforme digitali, la cui «temporalità è quella dell'immediatezza, dell'istantaneo e il [suo] regime di storicità è il presentismo»<sup>146</sup>, la comunicazione politica «si fa» quotidiana e paritaria e alimenta nell'elettore l'illusione di poter contribuire dal basso a decisioni che continuano a essere adottate dall'alto<sup>147</sup>. Al tempo stesso, i messaggi si semplificano, divenendo sempre più assimilabili alle forme di comunicazione commerciale che hanno a oggetto «un prodotto da vendere e pubblicizzare»<sup>148</sup>: il processo comunicativo cerca così di suggestionare il destinatario più che di conseguire un ragionato convincimento basato sull'esposizione di

Come osserva P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, n. 2 del 2018, p. 11 «il più pericoloso dei poteri della rete è quello di manipolare il voto». Cfr. N. SMYRNAIOS, *Internet Oligopoly. The Corporate Takeover of Our Digital World*, Bingley, 2018, spec. p. 83 ss.

<sup>142</sup> G. SARTORI, *Homo videns*, Roma-Bari, 2000.

<sup>143</sup> M. BASSINI, *Partiti, tecnologie e crisi della rappresentanza democratica. Brevi osservazioni introduttive*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, n. 3 del 2015, p. 867.

<sup>144</sup> D. BENEDICENTI, *La televisione e la campagna elettorale permanente*, in *Rivista Il Mulino*, n. 1 del 2006, p. 56.

<sup>145</sup> Y. MÉNY-Y. SUREL, *Populismo e democrazia*, Bologna, 2000, p. 111; A. SPADARO, *Su alcuni rischi, forse mortali, della democrazia costituzionale contemporanea. Prime considerazioni*, in *Rivista AIC*, n. 1 del 2017, p. 20.

<sup>146</sup> I. DIAMANTI-M. LAZAR, *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, Roma-Bari, 2018, p. 24. Sul punto, G. ZAGREBELSKY, *Una riflessione sulla democrazia*, in AA.VV., *Costituzione, democrazia, antifascismo*, Torino, 1994, sostiene che la democrazia è essenzialmente tempo e che la democrazia in tempo reale è demagogia.

<sup>147</sup> M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum Quad. Cost.*, n. 1 del 2021, p. 196.

<sup>148</sup> G. D'IPPOLITO, *Comunicazione politica online: dal messaggio politico commercializzato alle sponsorizzazioni sui social network*, in *Medialaws, Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2020, p. 164.

proposte e idee comparate con quelle di altri. L'eco-sistema digitale, in tal modo strutturato e funzionante, contribuisce in questo senso sia ad alimentare il mito di poter restituire lo scettro al «principe-cittadino»<sup>149</sup>, creando una comunità virtuale delocalizzata in cui ogni individuo è al tempo stesso autore e fruitore di processi deliberativi non mediati<sup>150</sup>, sia a costruire un'investitura carismatica del potere, in cui i capi – più ancora che i partiti – si propongono come unici interpreti dello spirito del corpo elettorale con cui dialogano<sup>151</sup>, ottenendo risposta però solo da quelle «frange politicamente attive e numericamente esigue»<sup>152</sup>, che già hanno rafforzato le proprie convinzioni in contesti digitalmente definiti e a partecipazione ristretta<sup>153</sup>.

I politici, nei limiti e alle condizioni consentite dalle piattaforme digitali, si servono pertanto dei meccanismi algoritmici alla base del loro funzionamento per diffondere attraverso i social media informazioni specifiche<sup>154</sup>: misurano così la disponibilità degli elettori ad attivarsi nelle campagne e ne prevedono le preferenze politiche<sup>155</sup>.

Tentano, in questo modo, nei fatti, di esercitare un controllo sull'organizzazione delle campagne elettorali, dalla loro pianificazione alla definizione dell'agenda, dalla costruzione del consenso al monitoraggio dei risultati<sup>156</sup>. Tuttavia, con lo sfruttamento da parte della piattaforma delle dinamiche sottese alla radicalizzazione del dibattito, il risultato, più o meno voluto e consapevole, è quello di far prevalere queste stesse dinamiche rispetto alla logica più «mite» della dialettica politica<sup>157</sup>. In questo senso, da ultimo, l'inchiesta del Wall Street Jour-

<sup>149</sup> G. PASQUINO, *Restituire lo scettro al principe: proposte di riforma istituzionale*, Roma-Bari, 1985, p. 361 ss.

<sup>150</sup> G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Pisa, 2017, p. 65.

<sup>151</sup> E. GROSSO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nel pensiero di Norberto Bobbio*, in *Rivista AIC*, n. 4 del 2015, p. 10. Si vedano sul punto le osservazioni di A. DI GIOVINE, *Democrazia elettronica. Alcune riflessioni*, in *Dir. Soc.*, 1995, 55 ss., ora in A. DI GIOVINE, *Democrazia diretta e sistema politico*, Padova, 2001.

<sup>152</sup> G. GOMETZ, *Populismo digitale e democrazia eterodiretta: il pericolo sta nel mezzo*, cit., p. 240.

<sup>153</sup> C.R. SUNSTEIN, *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, cit., p. 3 ss.

<sup>154</sup> R. DE ROSA, *L'uso dei big data nella comunicazione politico-elettorale*, cit., p. 202.

<sup>155</sup> M. BETZU-G. DEMURO, *I big data e I rischi per la democrazia rappresentativa*, cit., p. 221.

<sup>156</sup> R. DE ROSA, *L'uso dei big data nella comunicazione politico-elettorale*, in *Comunicazione politica*, n. 2 del 2018, p. 201.

<sup>157</sup> R. BORRELLO-A. FROSINI, *La disciplina delle trasmissioni radiotelevisive di rilievo politico in Italia. Premesse generali e di diritto comparato la disciplina dei periodi ordinari*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 65.

nal, *Facebook Files*<sup>158</sup>, ha dimostrato che le piattaforme digitali, con il loro operare, condizionano secondo queste modalità e con effetti rilevanti sull'agire strategico, notevolmente incentivato rispetto all'agire comunicativo orientato all'intesa<sup>159</sup>, la formazione delle preferenze politiche, con conseguenti rischi di distorsioni sul piano dell'esercizio dei diritti democratici e sul corretto funzionamento del processo deliberativo, così privato della *concordia discors*<sup>160</sup>.

Le aspirazioni di chi ravvisava nei meccanismi della rete la possibilità di realizzare maggiori istanze di democrazia diretta al di là di una dimensione locale costituita da pochi individui che si riuniscono periodicamente come nell'*ekklesia* ateniese<sup>161</sup>, o comunque di una maggiore democrazia partecipativa, non trovano così in questo quadro realizzazione concreta<sup>162</sup>. La politica, infatti, costretta a inseguire

<sup>158</sup> The Facebook files, *A Wall Street Journal Investigation*, consultabile all'indirizzo [www.wsj.com/articles/the-facebook-files-11631713039](http://www.wsj.com/articles/the-facebook-files-11631713039) e M. ISAAC, *Facebook Wrestles With the Features It Used to Define Social Networking*, in *New York Times*, 29 ottobre 2021.

<sup>159</sup> Così J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, 1986.

<sup>160</sup> Verso riconducibile a Orazio (Epistole I, 12, 19); il verso intero è: *quid velit et possit rerum concordia discors*.

<sup>161</sup> Ciò, per quanto, come noto, fossero esclusi le donne, gli stranieri residenti e gli schiavi. In questo senso, della democrazia ateniese abbiamo oggi raffigurazioni più realiste e puntuali, che ne escludono ogni potenza paradigmatica. Lo stesso, peraltro, può dirsi del *populus* dei Romani, che in una delle sue accezioni (popolo come parte non aristocratica della res publica) ha sempre dovuto spartirsi il potere con il Senatus, e del quale Cicerone dà nel *De re publica* una definizione emblematica: il popolo è «non ogni unione d'uomini aggregati casualmente, ma l'unione d'una moltitudine legata in società dal diritto cui essa aderisce e dalla comunanza di un'utilità», I, 25, 39.

<sup>162</sup> Non si pretende di approfondire in questa sede tali concetti. Nella sconfinata dottrina che si è interessata a queste tematiche si veda, *ex multiis*, M. LUCIANI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, 2004, p. 181 ss.; P. PIZZORUSSO, *Democrazia partecipativa e attività parlamentare*, in *Studi in onore di A. Amorth*, Vol. II, Milano 1982, p. 515 ss.; U. ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista AIC*, 25 novembre 2010; si sofferma sulla distinzione tra democrazia partecipativa e deliberativa R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2011, p. 271 ss.; P. MARSOCCI, *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni politiche*, Napoli, 2012, p. 51-52, ove l'Autrice si sofferma sulle differenze tra democrazia deliberativa e democrazia partecipativa, evidenziandone comunque la comune natura di reazione alle deficienze dalla democrazia rappresentativa; S. STAIANO-G. FERRAIUOLO-A. VUOLO (a cura di), *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, Napoli, 2020; G. PASQUINO, *Partiti, istituzioni, democrazie*, Bologna, 2014, p. 107 ss. e, ancora, U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 2011, p. 295 ss.; A. ALGOSTINO, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del Movimento No Tav*, Napoli,

lo «sciame digitale»<sup>163</sup> degli umori del web, ne asseconda la polarizzazione<sup>164</sup> e, assoggettata come è ai meccanismi di funzionamento delle piattaforme digitali<sup>165</sup>, impedisce la realizzazione di quella «dialettica del dissentire», che si compone di consenso e conflitto senza risolversi in nessuno dei due<sup>166</sup>, e che presuppone, per realizzarsi, condizioni di obiettività e completezza delle informazioni fornite<sup>167</sup>.

A ben vedere quindi anche dietro al rapporto tra eletto ed elettore (potenziale o reale) si cela l'influenza di chi ha il controllo dei mezzi digitali che le persone usano per comunicare (anche) con i diversi attori politici<sup>168</sup>: ogni decisione è assunta dalle piattaforme a livello apicale e centralizzato e si riversa sugli utenti (comuni o politici che siano) senza che essi possano interagire o prendere parte al processo decisionario, né tantomeno «reagire»<sup>169</sup>.

Sfruttando un'asimmetria di conoscenza e di potere, questi nuovi soggetti digitali definiscono un sistema di rapporti di inclusione e di esclusione per cui dal mercato e attraverso meccanismi di estrazione dei dati<sup>170</sup> e trasformazione degli stessi in prodotti predittivi,

2011. Per una prospettiva sociologica, invece, cfr. N. URBINATI, *Lo scettro senza il re. Partecipazione e rappresentanza nelle democrazie moderne*, Roma, 2009.

<sup>163</sup> B.C. HAN, *Nello sciame. Visioni del digitale*, Milano, 2015, p. 36.

<sup>164</sup> G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Media-laws, Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2018, 42.

<sup>165</sup> F. NUNZIATA, *Il platform leader*, in *Rivista di Digital Politics*, n. 1 del 2021, p. 132-133.

<sup>166</sup> G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo, estranei. Saggio sulla società multietnica*, Milano, 2000, p. 32.

<sup>167</sup> Che i politici abbiano bisogno della rete per diffondere i loro messaggi, lo ha reso noto, dal 2012, l'Oxford Internet Institute che indaga come gli attori politici abbiano utilizzato gli strumenti tecnici per manipolare le conversazioni e generare talvolta supporto, sfruttando i meccanismi alla base del funzionamento degli stessi intermediari. Per approfondire l'utilizzo controverso delle piattaforme digitali da parte di leader e attori politici, si consulti il sito del Computational propaganda research project (ComProp), <https://comprop.oii.ox.ac.uk>.

<sup>168</sup> L'idea per cui sia un rapporto in realtà triangolare tra eletto e elettore, mediato da chi ha il controllo dei mezzi digitali, è rinvenibile in J.M. BALKIN, *Free speech is a triangle*, in *Columbia L. Rev.*, 118, n. 7 del 2018; G. ORIGGI, *La democrazia può sopravvivere a Facebook? Eguaglianza epistemica, vulnerabilità cognitiva e nuove tecnologie*, in *Ragion Pratica*, n. 51 del 2018, p. 456. Si veda altresì G. GOMETZ, *Populismo digitale e democrazia eterodiretta: il pericolo sta nel mezzo*, in *Ragion pratica*, n. 1 del 2019, p. 235.

<sup>169</sup> A. GEROSA, *La tutela della libertà di manifestazione del pensiero nella rete tra Independent Oversight Board e ruolo dei pubblici poteri. Commenti a margine della decisione n. 2021-001-FB-FBR*, in *Forum Quad. Cost.*, n. 2 del 2021, p. 434.

<sup>170</sup> Comitato europeo per la protezione dei dati personali, Statement n. 2 del 2019 *On the use of personal data in the course of political campaigns*, 13 marzo 2019.

essi sono in grado di influenzare, come effetto ultimo, non solo i comportamenti degli utenti e la sfera pubblica nella sua componente culturale, ma anche, in ultima analisi – come dimostrato sia dal Rapporto Censis-Ucsi in tema di informazione<sup>171</sup> sia dal Report promosso dal Consiglio d'Europa sulla comunicazione politica online nelle campagne elettorali<sup>172</sup> – quelle scelte che, soprattutto sul piano politico, devono restare libere e autodeterminate<sup>173</sup>: l'elettore, considerato nella dimensione individuale di colui che presenta «abitudini di consumo della politica che assomigliano alle modalità di acquisto in un supermercato»<sup>174</sup>, veicolate da messaggi «interessanti, semplici e chiari»<sup>175</sup>, è sempre meno valorizzato nella sua prospettiva collettiva, ossia quella di cittadino. In una visione passiva dei rapporti istituzionali, l'elettorato, sempre più atomizzato, è in realtà vincolato alle forme e agli spazi che l'algoritmo consente: gli intermediari digitali (auto)regolamentano e gestiscono infatti con piena discrezionalità la diffusione dei contenuti politici al loro interno<sup>176</sup>, distinguendo peraltro tra quelli espressi dal singolo (anche se utente-politico) e quelli che, attraverso *advertisement* e sponsorizzazioni, rappresentano elementi di una campagna di comunicazione, finalizzata esplicitamente a incrementare il consenso politico<sup>177</sup>.

### 5.1. Piattaforme digitali e regolamentazione dei contenuti politici

Ad aprile 2018, la Commissione europea, in una comunicazione al Parlamento europeo volta a *contrastare la disinformazione online*, ha tentato di affrontare il tema della pubblicità politica in rete,

Così anche il Garante per la protezione dei dati personali, Provvedimento n. 96 in materia di propaganda elettorale e comunicazione politica, 19 aprile 2019.

<sup>171</sup> Censis, *17° Rapporto sulla comunicazione: I Media dopo la pandemia*, del 6 ottobre 2021.

<sup>172</sup> Consiglio d'Europa, *Internet and Electoral Campaigns: Study on the Use of Internet in Electoral Campaigns*, 2017.

<sup>173</sup> A. SORO, *Persone in rete*, Roma, 2018, p. 144.

<sup>174</sup> M. CACCIOTTO, *All'ombra del potere: strategie per il consenso e consulenti politici*, Firenze, 2014, p. 26.

<sup>175</sup> M. CACCIOTTO, *All'ombra del potere: strategie per il consenso e consulenti politici*, cit., p. 27.

<sup>176</sup> P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it*, n. 11 del 2020, p. 266.

<sup>177</sup> Ne fa una ricostruzione analitica P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, cit., p. 268 ss. il quale sottolinea l'esigenza di considerare come tali discipline siano soggette a costante modifica, essendo rimesse nella più totale discrezionalità delle piattaforme.

richiedendo alle piattaforme digitali: di migliorare il controllo sulle inserzioni pubblicitarie, di garantire trasparenza circa i contenuti sponsorizzati, in particolare per quanto riguarda i messaggi di natura politica e le campagne di sensibilizzazione, di intensificare gli sforzi per chiudere i profili falsi e di offrire accesso alle piattaforme di dati al fine dell'esercizio di forme di controllo<sup>178</sup>.

All'esito di ciò, il Presidente della Commissione europea nel *Discorso sullo stato dell'Unione*, del 12 settembre 2018, ha annunciato alcune iniziative volte a garantire che le elezioni del Parlamento europeo previste nel maggio del 2019 potessero svolgersi in modo libero, regolare e sicuro<sup>179</sup>. Nell'ottobre del 2018, le principali piattaforme digitali (tra cui Google, Facebook e Twitter) hanno sottoscritto un *Codice di buone pratiche sulla disinformazione*<sup>180</sup>, ossia un codice di auto-regolamentazione, firmato su base volontaria, con cui le diverse piattaforme si sono impegnate ad adempiere alle azioni richieste pochi mesi prima dalla Commissione europea<sup>181</sup>.

A fine marzo 2019, la Commissione europea ha quindi pubblicato la sua relazione mensile sui progressi delle piattaforme online rispetto agli impegni assunti in tale sede<sup>182</sup>, mostrando come ciascuna di esse avesse adottato Codici di autoregolamentazione finalizzati a impedire i tentativi di inquinamento del voto attraverso la diffusione di notizie false. Tra questi, il *Facebook February update on implementation of the Code of Practice on Disinformation*<sup>183</sup>, l'*EC Action Plan on*

<sup>178</sup> Comunicazione COM/2018/236, *Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo*.

<sup>179</sup> Comunicazione COM(2018) 637 della Commissione europea del 12 settembre 2018.

<sup>180</sup> Codice di buone pratiche sulle disinformazione, consultabile all'indirizzo <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>.

<sup>181</sup> Il suo processo di revisione è stato avviato nel giugno 2021 e, dopo la firma e la presentazione del Codice riveduto il 16 giugno 2022, il nuovo Codice entrerà a far parte di un quadro normativo più ampio, in combinazione con la legislazione sulla trasparenza e il targeting della pubblicità politica e la legge sui servizi digitali.

<sup>182</sup> In quella occasione, la Commissione europea ha pubblicato i rapporti mensili di Google, Twitter e Facebook, sui progressi compiuti in funzione del rispetto dei loro impegni per combattere la disinformazione. Si veda News Article, *Code of practice against disinformation: Commission takes note of the progress made by online platforms and urges them to step up their efforts*, 20 marzo 2019.

<sup>183</sup> *Facebook Baseline Report on Implementation of the Code of Practice on Disinformation*, consultabile all'indirizzo [https://ec.europa.eu/information\\_society/newsroom/image/document/2019-5/facebook\\_baseline\\_report\\_on\\_implementation\\_of\\_the\\_code\\_of\\_practice\\_on\\_disinformation\\_CF161D11-9A54-3E27-65D58168CAC40050\\_56991.pdf](https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2019-5/facebook_baseline_report_on_implementation_of_the_code_of_practice_on_disinformation_CF161D11-9A54-3E27-65D58168CAC40050_56991.pdf).

*Disinformation Google January Report*<sup>184</sup>, il *Twitter January update: Code of practice on disinformation*<sup>185</sup>. Contestualmente, il Consiglio europeo – nelle conclusioni del 21 e 22 marzo 2019 – auspicando maggiori sforzi coordinati, ha evidenziato come in tale contesto la condivisione delle informazioni sia fondamentale e ha esortato «gli operatori privati come le piattaforme online e i social network a dare piena attuazione al codice di buone pratiche e a garantire standard più elevati di responsabilità e trasparenza»<sup>186</sup>.

All'atto pratico, emerge subito una prima criticità: la definizione di soggetto politico e comunicazione politica è integralmente rimessa alle *policies* e ai termini contrattuali adottati dalle piattaforme, che sono talmente generici da riconoscere alle stesse una discrezionalità estremamente ampia nella disciplina del c.d. *political speech* e nell'applicazione delle regole da loro poste a riguardo<sup>187</sup>.

Esaminando in modo più analitico le misure adottate dalle singole piattaforme anche nel periodo successivo, Google, nel novembre 2019, ha modificato, con riferimento alle sole campagne pubblicitarie, i propri termini e condizioni in materia politico-elettorale<sup>188</sup>: in relazione al *political advertising* ogni candidato ha la possibilità di investire in contenuti a pagamento che saranno visualizzati dagli utenti passivi selezionati mediante la profilazione scelta dall'investitore e consentita dall'algorithm.

Si distingue, in questo caso, tra *search ads*, che consentono ai candidati di essere visualizzati o di dare evidenza a un particolare argomento oggetto di richiesta sul motore di ricerca; *YouTube ads*, ossia pubblicità del candidato o di un particolare contenuto che appaiono nel corso dei video riprodotti sulla piattaforma; *display ads*, vale a dire spazi pubblicitari più comuni che appaiono sui siti internet e generano un profitto per gli investitori<sup>189</sup>.

<sup>184</sup> *EC Action Plan on Disinformation Google January Report*, consultabile all'indirizzo [www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/03/EC-ACTION-PLAN-ON-DISINFORMATION.-GOOGLE-JANUARY-REPORT.pdf](http://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/03/EC-ACTION-PLAN-ON-DISINFORMATION.-GOOGLE-JANUARY-REPORT.pdf).

<sup>185</sup> *Twitter January update: Code of practice on disinformation*, consultabile all'indirizzo [www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/03/Twitter-January-update.pdf](http://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/03/Twitter-January-update.pdf).

<sup>186</sup> *Riunione del Consiglio europeo (21 e 22 marzo 2019) - Conclusioni*, consultabile all'indirizzo <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-1-2019-INIT/it/pdf>.

<sup>187</sup> M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, cit., p. 817.

<sup>188</sup> S. SPENCER, *An update on our political ads policy*, in <<https://blog.google/technology/ads/update-our-political-ads-policy/>>, 20 novembre 2019. Google annuncia l'iniziativa il 20 novembre spiegando che il nuovo regime sarebbe entrato immediatamente in vigore nel Regno Unito, in tempo per le elezioni, successivamente nello spazio dell'Unione europea entro la fine dell'anno e, da ultimo, nel resto del mondo dal 6 gennaio 2020.

<sup>189</sup> P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, cit., p. 266-267.

Google afferma di sostenere, rispetto a tali forme pubblicitarie, «la propaganda politica responsabile», di aspettarsi «che tutte le destinazioni e gli annunci politici rispettino i requisiti legali locali, incluse le leggi relative a campagne elettorali ed elezioni e i periodi obbligatori di silenzio elettorale per le aree geografiche interessate»<sup>190</sup>; tuttavia, tale società esclude la profilazione delle persone e la loro sottoposizione a microtargeting politico (e quindi la ricezione di contenuti politici mirati), solo qualora si tratti di annunci elettorali comprendenti, a livello di Unione europea, un «partito politico, un funzionario eletto o un candidato al Parlamento UE; un funzionario in carica o un candidato per una carica nazionale eletto in uno Stato membro dell'UE; una votazione referendaria, un gruppo di campagne referendarie o un invito a partecipare a un referendum nazionale o a un referendum regionale o provinciale sulla sovranità»<sup>191</sup>. Sono invece esclusi dall'ambito di applicazione di tale (auto)limitazione gli annunci relativi a «prodotti o servizi, tra cui prodotti promozionali a scopo politico o quelli pubblicati da agenzie di stampa per promuovere la copertura di referendum, partiti politici, campagne elettorali della UE, candidati o parlamentari eletti»<sup>192</sup>. Peraltro, in aggiunta, tali vincoli non riguardano i contenuti espressi sulle piattaforme direttamente da soggetti politici, nella loro qualità di comuni utenti: in relazione a essi resta garantita la più ampia libertà di espressione, anche, in alcuni casi, «rinforzata» rispetto agli altri utenti.

Secondo Google infatti le opinioni manifestate dai politici sulle proprie piattaforme – ad esempio YouTube – non saranno censurate, anche nel caso in cui violassero gli standard della compagnia<sup>193</sup>.

Dal 30 ottobre 2019, invece, Twitter non consente più l'acquisto di inserzioni a pagamento e la promozione di contenuti politici sulla propria piattaforma sulla base del principio per cui «political message

<sup>190</sup> Guida di norme pubblicitarie di Google Ads, contenuti politici <https://support.google.com/adspolicy/answer/6014595?hl=it>. per l'Italia si informa che non sono consentiti contenuti relativi a «kit per il test dell'HIV fai da te» o quelli sulla «pillola del giorno dopo».

<sup>191</sup> Guida di norme pubblicitarie di Google Ads, contenuti politici <https://support.google.com/adspolicy/answer/6014595?hl=it>.

<sup>192</sup> Guida di norme pubblicitarie di Google Ads, contenuti politici <https://support.google.com/adspolicy/answer/6014595?hl=it>.

<sup>193</sup> S. OVERLY, *YouTube CEO: Politicians can break our content rules*, in *Politico.com*, 25 settembre 2019. Così dichiara il 25 Settembre 2019 Susan Wojcicki Ceo di YouTube: «When you have a political officer that is making information that is really important for their constituents to see, or for other global leaders to see, that is content that we would leave up because we think it's important for other people to see».

reach should be earned, not bought»<sup>194</sup>. Il principio su cui si fonda tale social network è quello per cui, in questi casi, non si tratterebbe di tutelare la libertà di espressione, quanto di avallare «un meccanismo che permette di pagare per aumentare il numero di persone raggiunte dalle dichiarazioni dei politici, con significative conseguenze che oggi la democrazia potrebbe non essere pronta a gestire»<sup>195</sup>. I politici possono quindi continuare a usare la piattaforma; semplicemente si esclude che essi possano pagare per ampliare la platea dei destinatari dei messaggi individuati attraverso meccanismi di profilazione<sup>196</sup>.

In questo caso, l'aggettivo «politico» – nei cui confronti operano questi limiti – è riferito a «un candidato, a un partito politico, a un funzionario governativo eletto o nominato, a elezioni, referendum, voto, legislazione, normativa, direttiva o decisione giudiziaria» e include gli annunci inerenti «appelli al voto, sollecitazioni al supporto finanziario e l'attivismo per ciascuna delle categorie predette», ma non riguarda coloro che siano cessati da una carica o da un pubblico ufficio. Allo stesso modo, sono ammesse – e non suscettibili di tali limitazioni – campagne pubblicitarie in ambiti socio-politici, quali l'economia, la tutela dell'ambiente, la giustizia sociale. Tali campagne pubblicitarie, rimesse alla logica del «più forte» economicamente, se gestite nell'ambito di iniziative aventi scopi politici, sono pienamente capaci di influenzare il pubblico dibattito<sup>197</sup>. Similmente a Google, per ciò che attiene ai contenuti non a pagamento direttamente postati dai singoli utenti, Twitter non sembra distinguere tra soggetti politici e utenti generici, tutti tenuti a rispettare le medesime *Linee guida e norme generali*, tra cui quelle aggiornate nell'aprile 2019, relative alle *Norme per l'integrità delle elezioni*<sup>198</sup>. Gli utenti di Twitter

<sup>194</sup> Prohibited Content Policies, Political Content su <<https://business.twitter.com/en/help/ads-policies/prohibited-content-policies/political-content.html>>.

<sup>195</sup> J. Dorsey, tweet, 30 ottobre 2019, <https://twitter.com/jack/status/1189634360472829952>.

<sup>196</sup> M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Dir. Inf.*, n. 2 del 2015, p. 275.

<sup>197</sup> P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, cit., p. 274.

<sup>198</sup> Si legge in questo caso, come dichiarazione di principio, che «Non puoi utilizzare i servizi di Twitter allo scopo di manipolare le elezioni o interferirvi. Ciò include la pubblicazione o condivisione di contenuti che potrebbero inibire l'affluenza alle urne o ingannare le persone su quando, dove e come si vota». Altresì che i tentativi di alterare l'integrità del servizio offerto è contraria ai nostri diritti fondamentali e «mina i principi fondamentali della libertà di espressione, il valore su cui si fonda la nostra azienda». Cfr. *Linee guida e norme generali, Norme per l'integrità delle elezioni*, Aprile 2019.

possono segnalare i contenuti che ritengono essere lesivi delle regole della piattaforma o tramite gli strumenti presenti nella *timeline* di ciascuno, oppure attraverso il Centro assistenza; tuttavia, al fine di decidere sulla eliminazione o meno di un contenuto, Twitter dichiara di valutare, di nuovo discrezionalmente, quante volte si è verificata una violazione, quale genere di regola è stata violata e il periodo di tempo rispetto al quale è occorsa la violazione<sup>199</sup>.

In ultimo Facebook, che imposta le proprie regole per entrambe le tipologie di comunicazione (pubblicitaria e dell'utente politico) sul principio per il quale «people should be able to hear from those who wish to lead them, warts and all, and that what they say should be scrutinized and debated in public»<sup>200</sup>. A partire dal 2020, la policy di Facebook è quella di incrementare la libertà di espressione, escludendo limitazioni a priori o controlli sulla veridicità dei contenuti (il c.d. fact checking), sulla base del presupposto per cui in una democrazia gli elettori devono essere posti nelle condizioni di decidere in autonomia a cosa e a chi credere<sup>201</sup>.

Tali piattaforme regolamentano così con piena discrezionalità, in autonomia e al di fuori di possibilità di controllo, un «procedimento che ha un impatto sulle dinamiche delle comunità sociali e politiche reali, in quanto influenza le intenzioni di voto, incrementa la visibilità dell'organizzazione»<sup>202</sup> e si caratterizza per una pervasività, grazie agli strumenti di microtargeting, sconosciuta ai media tradizionali<sup>203</sup>.

## 5.2. L'assenza di una legislazione elettorale di contorno

Al di là delle descritte forme di autoregolamentazione, le norme che nel nostro Paese disciplinano la comunicazione politica non trovano adattamento e integrazione nella nuova realtà dei media digitali.

<sup>199</sup> Cfr. Political Content FAQs su <https://business.twitter.com/en/help/ads-policies/prohibited-content-policies/political-content/political-content-faqs11.html>.

<sup>200</sup> R. LEATHERN, *Expanded Transparency and More Controls for Political Ads*, 9 gennaio 2020, disponibile su <https://about.fb.com/news/2020/01/political-ads/>

<sup>201</sup> Così si esprime M. Zuckerberg nel corso dell'audizione innanzi alla House Financial Services Committee il 23 ottobre 2019, sulla moneta digitale Libra, quale nuovo mezzo di pagamento a livello globale. Il testo dell'audizione è reperibile al seguente indirizzo <https://financialservices.house.gov/uploadedfiles/hhrg-116-ba00-wstate-zuckerbergm-20191023.pdf>.

<sup>202</sup> P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, cit., p. 266-267.

<sup>203</sup> G. D'IPPOLITO, *Comunicazione politica online: dal messaggio politico commercializzato alle sponsorizzazioni sui social network*, cit., p. 174.

La c.d. *legislazione elettorale di contorno* infatti prende in esame forme, contenuti e tempi della propaganda elettorale<sup>204</sup>, applica il principio della parità di trattamento tra i diversi politici nell'accesso ai luoghi e agli spazi pubblici e privati di informazione e propaganda elettorale e disciplina gli obblighi a cui sono soggetti la concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo, i titolari di concessioni o di autorizzazioni radiotelevisive in ambito nazionale e locale, gli editori di quotidiani e periodici<sup>205</sup>, ma non è in grado di adattarsi alla realtà trasformata della politica e delle campagne elettorali che si svolgono online.

In primo luogo, la l. 22 febbraio 2000, n. 28 recante *Disposizioni per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica*, disciplina la comunicazione elettorale<sup>206</sup> distingue la *comunicazione politica*, dedicata alla presentazione in contraddittorio di opinioni e valutazioni politiche (art. 2, comma 2) dall'*informazione politica* (art. 5), quali i programmi a rilevante presentazione giornalistica, caratterizzati da una forte correlazione con i temi dell'attualità e della cronaca<sup>207</sup>. La *par condicio*, da cui è esclusa l'informazione politica, e che è disciplinata da tale normativa, assolve sia alla funzione di assicurare a tutte le forze politiche le medesime condizioni di esercizio della propaganda elettorale sia a quella di garantire il cittadino-elettore nella formazione della propria volontà elettorale, prima ancora della sua espressione al momento delle elezioni<sup>208</sup>.

La comunicazione politica trova parziale regolamentazione altresì, prima, nella l. 4 Aprile 1956, n. 212 sulla *Propaganda eletto-*

<sup>204</sup> Rientra nella legislazione elettorale di contorno anche la disciplina delle spese elettorali che i candidati e i partiti possono affrontare e i finanziamenti di cui possono disporre. Cfr. E. GROSSO, *Art. 48*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), Torino, 2006, p. 971.

<sup>205</sup> E. GROSSO, *Art. 48*, cit., p. 971-972.

<sup>206</sup> Per un commento si veda F. BIONDI DAL MONTE, *Esiste ancora la "par condicio"? Contenuto e limiti della legge n. 28/2000*, in *Osservatorio AIC*, n.1 del 2018, p. 2; O. GRANDINETTI, *La par condicio al tempo dei social, tra problemi "vecchi" e "nuovi" ma, per ora, tutti attuali*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 3 del 2019, p. 92 ss., spec. 105, in cui si legge che «Internet è un mondo virtuale da cui tutti sono condizionati nel modo reale, persino coloro i quali non la usano direttamente».

<sup>207</sup> G. DE MINICO, *Silenzio elettorale e Costituzione*, in *Diritto e società*, n. 2 del 2010, p. 221.

<sup>208</sup> A. FRICANO, *Per una nuova disciplina del silenzio elettorale: brevi considerazioni costituzionali*, in *Federalismi.it*, n. 29 del 2021, p. 9. Si veda anche G. SIRIANNI, *Par condicio: i complessi rapporti tra potere politico e potere televisivo*, in *Pol. Dir.*, 2005, p. 625 ss.

*rale* e nel riferimento che viene fatto al silenzio elettorale; l'art. 9, infatti, successivamente modificato dalla l. 24 aprile 1975, n. 130 definisce un limite temporale netto alla propaganda elettorale: «nel giorno precedente e in quelli stabiliti per le elezioni sono vietati i comizi, le riunioni di propaganda elettorale diretta o indiretta, in luoghi pubblici o aperti al pubblico, la nuova affissione di stampati, giornali murali o altri e manifesti di propaganda»; in ogni caso, «nei i giorni destinati alla votazione è vietata ogni forma di propaganda elettorale entro il raggio di 200 metri dall'ingresso delle sezioni elettorali».

La comunicazione politica trova poi disciplina sia nella l. 4 febbraio 1985, n. 10 secondo cui, ai sensi dell'art. 9-bis, «nel giorno precedente ed in quelli stabiliti per le elezioni è fatto divieto anche alle emittenti radiotelesive private di diffondere propaganda elettorale», sia nella l. 10 dicembre 1993, n. 515 parzialmente abrogata dalla l. n. 28 del 2000, che regola lo svolgimento delle campagne elettorali: il suo art. 1, con riguardo all'accesso ai mezzi di informazione, stabilisce che «non oltre il quinto giorno successivo all'indizione dei comizi elettorali per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, la Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelesivi detta alla concessionaria del servizio pubblico le prescrizioni necessarie a garantire, in condizioni di parità fra loro, idonei spazi di propaganda nell'ambito del servizio pubblico radiotelesivo, nonché l'accesso a tali spazi alle liste ed ai gruppi di candidati a livello regionale, e ai partiti o ai movimenti politici di riferimento a livello nazionale. La Commissione disciplina inoltre direttamente le rubriche elettorali ed i servizi o i programmi di informazione elettorale della concessionaria del servizio pubblico radiotelesivo nel periodo elettorale, in modo che siano assicurate la parità di trattamento, la completezza e l'imparzialità rispetto a tutti i partiti ed i movimenti presenti nella campagna elettorale»; mentre al comma 5 dell'art. 1 precisa che «dalla data di convocazione dei comizi per il rinnovo del Parlamento e fino alla chiusura delle operazioni di voto la presenza di candidati, esponenti di partiti e movimenti politici, membri del Governo, di giunte e consigli regionali o di enti locali nelle trasmissioni informative riconducibili alla responsabilità di una specifica testata giornalistica registrata» secondo le modalità stabilite per legge «deve essere limitata esclusivamente alla esigenza di assicurare la completezza e l'imparzialità dell'informazione. Tale presenza è vietata in tutte le altre trasmissioni».

Su tale punto interviene, in ultimo, l'art. 7 del *Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici* – d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177,

modificato dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208<sup>209</sup> – secondo cui l'attività di informazione radiotelevisiva esercitata da qualsiasi emittente, oltre a costituire un servizio di interesse generale, deve garantire «l'accesso di tutti i soggetti politici alle trasmissioni di informazione e di propaganda elettorale e politica in condizioni di parità di trattamento e di imparzialità, nelle forme e secondo le modalità indicate dalla legge».

Si tratta di una legislazione elettorale di contorno la cui imprescindibilità, nel nostro ordinamento, risiede nel combinato disposto degli artt. 21 e 48 della Costituzione, secondo i quali, dalla libertà di manifestare il proprio pensiero mediante «ogni mezzo di diffusione» e da quella, correlata, di ricevere un'informazione realmente plurale, deriva l'esigenza che sia garantita la possibilità di votare in modo personale, libero, uguale e segreto<sup>210</sup>. Le caratteristiche così enunciate del diritto di voto costituiscono condizione irrinunciabile delle competizioni elettorali per la realizzazione di un'«effettiva» democrazia<sup>211</sup>, al fine, da un lato, di assicurare che l'elettore sia posto nelle condizioni di esprimere una scelta libera e consapevole avendo potuto ascoltare i programmi delle diverse forze politiche e, dall'altro, di garantire che queste ultime abbiano potuto godere di uguali opportunità<sup>212</sup>, non distorte da un uso improprio dei mass media<sup>213</sup>. L'esigenza di regolare la comunicazione politica porta infatti con sé lo scopo di tutelare in modo effettivo il principio di libertà del voto: ciascuna opzione politica dovrebbe avere la medesima opportunità di riscuotere consenso indipendentemente dalle risorse economiche di cui possono disporre coloro che la propongono<sup>214</sup>.

Finora solo l'AGCOM, in tale quadro connotato da un rilevante vuoto normativo, ha segnalato la necessità di «mettere in sicurezza»

<sup>209</sup> In attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, concernente il testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato.

<sup>210</sup> A. FRICANO, *Per una nuova disciplina del silenzio elettorale: brevi considerazioni costituzionali*, cit., p. 5; G. TARLI BARBIERI, *La legislazione elettorale nell'ordinamento italiano (1948-2017)*, Milano, 2018, p. 50.

<sup>211</sup> Corte costituzionale, n. 16 del 1978 e n. 27 del 1981. In dottrina, E. BETTINELLI, *Propaganda elettorale*, (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, p. 61.

<sup>212</sup> Così come stabilito dall'art. 2, comma 1, della legge n. 28 del 22 febbraio 2000.

<sup>213</sup> S. BARTOLE-R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 495.

<sup>214</sup> E. GROSSO, *Art. 48*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006, p. 971.

le campagne elettorali anche nel contesto digitale<sup>215</sup>; pertanto, a partire dal 2017, ha promosso l'istituzione del *Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali*<sup>216</sup>, volto ad assumere «ogni utile iniziativa al fine di promuovere l'adozione condivisa di misure di contrasto ai fenomeni di disinformazione e lesione del pluralismo informativo online» e a determinare obiettivi e strumenti per la correttezza dello svolgimento della campagna elettorale.

Ha quindi incentivato la previsione da parte dei fornitori di piattaforme di procedure di autoregolamentazione volte a «contrastare la diffusione in rete, e in particolare sui social media, di contenuti in violazione dei principi sanciti a tutela del pluralismo dell'informazione e della correttezza e trasparenza delle notizie e dei messaggi veicolati»<sup>217</sup>.

Sono state così adottate delle *Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale* per le elezioni politiche 2018<sup>218</sup>; esse stabiliscono che come «già previsto per i mezzi di informazione offline dalla l. n. 28 del 2000» – disciplina che secondo l'AGCOM può essere rielaborata per adattarsi anche all'ambiente digitale – è necessario che sia garantita «per tutti i soggetti politici, con imparzialità ed equità e alle medesime condizioni, l'accesso agli strumenti di informazione e comunicazione politica forniti dalle piattaforme digitali (Google e Facebook, in particolare)»<sup>219</sup>. Il 28 marzo 2019, poi, l'AGCOM ha adottato le *Disposizioni di attuazione della disciplina in materia di comunicazione politica e di parità di accesso ai mezzi di informazione relative alla campagna per l'elezione dei membri del Parlamento europeo*<sup>220</sup>, dedicando il Titolo VI alle piattaforme per la condivisione di video e social network<sup>221</sup>.

Nessuno di tali strumenti, che quanto ad effettività si pongono sullo stesso piano del *Codice di buone pratiche* adottato a livello di Unione europea, tuttavia, è in grado di controllare l'inafferrabile rapi-

<sup>215</sup> AGCOM, Comunicato stampa, 30 gennaio 2019.

<sup>216</sup> AGCOM, *Istituzione di un tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali*, delibera n. 423/17/CONS del 6 novembre 2017, a sua volta portato di un processo ricognitivo avviato dall'Autorità nel 2015.

<sup>217</sup> Cfr. art. 28, comma 1 e 2, delibera 94/19/CONS Agcom.

<sup>218</sup> F. NUNZIATA, *Il platform leader*, cit., p. 134.

<sup>219</sup> AGCOM, *Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018*, delibera del 1 febbraio 2018.

<sup>220</sup> Delibera n. 94/19/CONS Agcom.

<sup>221</sup> A. FRICANO, *Per una nuova disciplina del silenzio elettorale: brevi considerazioni costituzionali*, cit., p. 12.

dità della tecnologia nè tantomeno di limitare la discrezionalità delle piattaforme. Una disciplina come quella descritta, originata dalla diffusione, oltre che della stampa, soprattutto della radio e della televisione, portatrici di un messaggio calato dall'alto in modo unilaterale e senza interazione, difficilmente può adattarsi a regolare la propaganda politica in rete che, però, come e più che per i media tradizionali, è soggetta al rischio di distorsioni strutturali e di manipolazioni<sup>222</sup>.

Se infatti il fine di una regolamentazione della propaganda elettorale risiede nell'esigenza di «impedire che le pressioni sull'elettorato superino livelli tollerabili per l'effettuazione della sua libera scelta e di limitare, sulla base del principio di eguaglianza, lo strapotere di alcuni concorrenti»<sup>223</sup>, le forme di autoregolamentazione finora intervenute<sup>224</sup> – peraltro sostanzialmente violate durante le ultime campagne elettorali<sup>225</sup> – rimettono la tutela dell'integrità del discorso politico online alle sole regole degli intermediari digitali, così minando quel nesso costitutivo esistente tra pubblica opinione e democrazia, che deriva dall'essere, la prima, «il fondamento sostantivo e operativo» della seconda, la quale può a sua volta realizzarsi attraverso la sovranità popolare solo se il popolo sovrano «*sa e dice*»<sup>226</sup>.

#### 6. *L'opinione pubblica come strumento di partecipazione democratica: dall'opinione pubblica ideale all'opinione pubblica come fenomeno di aggregazione sociale*

Le prime riflessioni sull'opinione pubblica trovano forma con la nascita dello Stato moderno<sup>227</sup>: le persone, in tale contesto, iniziano

<sup>222</sup> Così S. BARTOLE-R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, seconda edizione, Padova, 2008, p. 495.

<sup>223</sup> F. LANCHESTER, *Propaganda elettorale*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 131 e anche F. LANCHESTER, *Voto (diritto di)*, (*voce*), in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 1126.

<sup>224</sup> Nella consapevolezza dell'inefficacia delle forme di auto-regolamentazione il 25 Novembre 2021 la Commissione europea ha presentato una proposta sulla trasparenza e il *political advertising*, nell'ambito delle misure volte a proteggere l'integrità delle elezioni e il dibattito democratico aperto. Per garantire che le elezioni del Parlamento europeo del 2024 si svolgano secondo i più elevati standard democratici, l'obiettivo è che le nuove norme entrino in vigore e siano pienamente attuate dagli Stati membri entro la primavera del 2023, vale a dire un anno prima delle elezioni.

<sup>225</sup> AA.VV., *I social e il (non) silenzio elettorale*, in *OpenPolis*, 1 aprile 2019.

<sup>226</sup> G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Bologna, 1995, p. 180.

<sup>227</sup> Generalmente, afferma N. MATTEUCCI, *Opinione Pubblica*, in *Enc. Dir.*, XXX, 1980, p. 421 si fa risalire a Jacques Necker l'uso di questa espressione e il ri-

a incontrarsi e confrontarsi all'interno di una nuova sfera, che non è né privata né pubblica, ma è quella di una società civile che mira a garantirsi uno spazio di autonomia dal governo<sup>228</sup>. Con una circolazione delle idee facilitata e potenziata dall'invenzione della stampa, l'aumento della cultura favorisce la formazione di un pubblico informato (se pur ancora ristretto), in grado di pronunciare giudizi sulla politica, grazie all'affermarsi, a livello istituzionale, di due condizioni: l'abolizione della censura e del principio degli *arcana imperii*, che garantivano la segretezza agli atti dello Stato, da un lato, e la rivendicazione della pubblicità dei dibattiti parlamentari, degli atti del governo, delle procedure giudiziarie e soprattutto di quelle dell'amministrazione<sup>229</sup>, dall'altro.

La pubblica opinione aspirava, in quella connotazione ideale, non a conquistare il potere politico, ma a controllarlo e a indirizzarlo, trasmettendo un consenso o un dissenso non attraverso la tradizionale procedura delle elezioni, ma per mezzo di una libera stampa e di un libero dibattito nella società.

Secondo la tradizione liberal democratica inglese<sup>230</sup>, che si connota

conoscimento della funzione politica dell'opinione pubblica nel suo *Compte rendu au Roi (1781)* con il quale rivelava al pubblico la condizione delle finanze francesi.

<sup>228</sup> N. MATTEUCCI, *Opinione pubblica*, cit., p. 422.

<sup>229</sup> N. MATTEUCCI, *Opinione pubblica*, cit..

<sup>230</sup> Di questi temi si sono occupati molti dei principali studiosi classici: Locke parla di una «legge dell'opinione o reputazione», che è una vera e propria «legge filosofica»: essa è una norma riferita alle azioni, per giudicare se siano virtuose o viziose. Gli uomini, nel formare la società politica, hanno rinunciato, a favore del potere politico, a usare la forza contro un concittadino, ma conservano intatto il potere di giudicare la virtù e il vizio, il bene e il male delle sue azioni. La legge dell'opinione si colloca accanto alla legge divina e alla legge civile e ha la sua sanzione nel biasimo e nell'elogio da parte della società di questa o di quella azione. Essendo un giudizio espresso dai cittadini, per segreto e tacito consenso, ogni società, secondo i propri costumi, stabilirà le proprie leggi dell'opinione, che saranno diverse a seconda dei vari Paesi. Anche se questa opinione ci appare ancora legata alla reputazione, essa tuttavia esprime un «consenso di privati che non hanno abbastanza autorità a fare una legge» – espressa dall'assemblea rappresentativa – ma possono sempre comminare una sanzione attraverso una censura privata (J. LOCKE, *Saggio sull'intelletto umano*, II, 28, p. 7-15); per Hume l'opinione pubblica può essere intesa come quello spirito che può formarsi per la libertà concessa alla stampa di criticare le azioni del re e dei suoi ministri, anche se questo comporta dei pericoli, come il favorire le calunnie o alimentare le lotte fra le fazioni (D. HUME, *Saggi e trattati, morali letterari politici e economici*, I, 2 e 3, Torino, 1974); per Burke sono «l'opinione generale» e lo «spirito pubblico» a dare legittimità al potere del Parlamento – e segnatamente alla Camera bassa – tramite i partiti politici, ma mostra anche che questa opinione pubblica non coincide mai necessariamente con il potere (E. BURKE, *Letter to the Sheriffs of Bristol*, New York, 1975, p. 224).

per il dinamismo della realtà economica connesso a un sistema politico che si estende dalle istituzioni alla società tramite la stampa<sup>231</sup>, l'opinione pubblica doveva essere intesa come componente essenziale del processo democratico, idonea a favorire la partecipazione politica attraverso la discussione e a svolgere una funzione di mediazione tra elettori, messi nella condizione di discutere e di manifestare le proprie opinioni sulle questioni di pubblico interesse<sup>232</sup> e potere legislativo.

Secondo l'illuminismo francese<sup>233</sup>, la pubblica opinione doveva, invece, essere identificata con l'ambito privilegiato di un ceto ristretto di intellettuali distinto dalla stessa società e chiamato a svolgere un ruolo critico attraverso l'uso pubblico della ragione<sup>234</sup>. È una pubblica opinione che si afferma al di fuori delle istituzioni<sup>235</sup>, in cui la discussione sulle questioni di interesse collettivo, il più delle volte «astratta e letteraria»<sup>236</sup>, è basata su principi desunti dalla ragione e dalla legge di natura, senza alcun raccordo con quella concreta esperienza della vita pratica, che aveva caratterizzato l'opinione pubblica inglese e che ne aveva accentuato la funzione *latu sensu* politica.

Da queste se pur differenti connotazioni ideali, la concezione dell'opinione pubblica inizia a distaccarsi a partire dal XX secolo, con il progressivo affermarsi di una società industriale percorsa da processi crescenti di conflitto sociale che chiedono di trovare spazio e riconoscimento.

Con la diffusione della cultura di massa<sup>237</sup> e di un'idea di democrazia rappresentativa fondata sul principio di sovranità popolare, sul suffragio universale e sull'uguaglianza di tutti i membri della comunità politica<sup>238</sup>, l'opinione pubblica diventa un fenomeno sociale concreto da analizzare empiricamente nelle sue dinamiche e nei suoi processi<sup>239</sup>,

<sup>231</sup> J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, cit., p. 75. Secondo J. BENTHAM, *On the liberty of the Press and Public Discussion*, Londra, 2007, p. 23, un modo per capire se un governo è dispotico è valutare se esso possa essere criticato.

<sup>232</sup> J. BENTHAM, *An Essay on Political Tactics*, in *The Works*, II, Edimburgo, 1843, p. 289 ss.: il cap. III è dedicato alla pubblicità.

<sup>233</sup> In Francia, il precursore dell'illuminismo francese, D'Alembert, nel 1753, ritiene si debba opporre ai politici un pubblico che esprime posizioni critiche e non semplici opinioni e che si serve, per farlo, della rivendicazione della libertà di stampa. Cfr. DE TOCQUEVILLE A., *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, Milano, 2015, p. 1.

<sup>234</sup> G. GROSSI, *L'opinione pubblica*, cit., da p. 23 e ss.

<sup>235</sup> A.I. ARENA, *L'esternazione del pubblico potere*, Napoli, 2019, p. 60.

<sup>236</sup> N. MATTEUCCI, *Opinione pubblica*, cit.

<sup>237</sup> La prima concettualizzazione teorica dell'opinione pubblica così come la intendiamo oggi risale a quanto teorizzato da W. LIPPMANN, *L'opinione pubblica*, cit.

<sup>238</sup> G. GROSSI, *L'opinione pubblica*, cit., p. 21.

<sup>239</sup> G. GROSSI, *L'opinione pubblica*, cit., p. 46.

strettamente connesso all'esigenza di esercitare un controllo sull'attività di governo e su una idea democratica di convivenza sociale connotata dal riconoscimento reciproco dell'uguale dignità delle opinioni di tutti i componenti<sup>240</sup>.

In questa evoluzione, gli strumenti di comunicazione, già a partire dalla radio e dalla televisione, contribuiscono ad alterare l'antico formarsi discorsivo dell'opinione pubblica<sup>241</sup>, organizzandola dall'alto<sup>242</sup> e facendola scomparire all'interno di un pubblico che si nutre in prevalenza di pubblicità mediata, la cui pertinenza al soggetto che la riceve è continuamente sollecitata e analizzata mediante tecniche di rilevazione empirica<sup>243</sup>. È però con l'affermarsi dei media digitali, i quali influenzano e condizionano nei modi visti le forme di comunicazione e informazione, che il processo di trasformazione dell'opinione pubblica come punto di contatto tra la società civile e quella politica, tra il consenso e la forza quale «contenuto [...] della volontà pubblica che potrebbe essere discorde»<sup>244</sup> sembra arrivare a un suo compimento: l'opinione pubblica, oggi, sembra infatti aver perso la sua connotazione razionale e informata; se per assumere una posizione è fondamentale partecipare al dibattito, esprimere le proprie idee, criticare le altrui posizioni e proporre emendamenti in un processo che, «non guidato da un vertice»<sup>245</sup>, sia realmente «deliberativo» e svolto in condizioni di parità e massima inclusività tra idee diverse e confliggenti<sup>246</sup>, appare allora evidente che ciò non trovi spazio nei meccanismi di funzionamento delle piattaforme digitali, delle sue bolle e algoritmi, in grado di prevedere azioni, desideri e bisogni e di orientare in questo senso ogni comunicazione rivolta all'utente. Il loro utilizzo, quale filtro principale di accesso al settore dell'informazione e da cui dipendono ormai anche editori, siti di notizie e gli stessi attori politici, porta a esaltare non fori pubblici aperti alle discussioni<sup>247</sup>, presupposto della garanzia costituzionale della libertà di

<sup>240</sup> A.I. ARENA, *L'esternazione del pubblico potere*, cit., p. 62.

<sup>241</sup> A.I. ARENA, *Sfera pubblica è democrazia (note minime su opinione pubblica e libertà di manifestazione del pensiero in politica)*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2 del 2017, p. 100.

<sup>242</sup> J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, cit., p. 292, 293.

<sup>243</sup> G. GROSSI, *L'opinione pubblica*, cit., p. 4.

<sup>244</sup> A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, Edizione critica dell'Istituto Gramsci, Torino, 2014, p. 914.

<sup>245</sup> P. BILANCIA, *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, in *Federalismi.it*, n. speciale 1, 2017.

<sup>246</sup> C. R. SUNSTEIN, *Republic.com 2.0*, Princeton 2007, p. 38 ss.

<sup>247</sup> G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., p. 29;

informazione propria delle democrazie pluraliste, ma l'informazione tagliata su misura dei gusti delle persone, a cui, nell'autoreferenzialità della rete, si rendono più facili e soddisfacenti le scelte. Tutto ciò, però, mina il significato più proprio della libertà di informazione come libertà (anche) strettamente politica, che si fa valere contro il potere – altresì quello democraticamente legittimato – per sottoporlo a un continuo controllo da parte della comunità di riferimento<sup>248</sup> e attribuisce alle piattaforme digitali un'enorme capacità di controllo sulle società che «non sta più nella produzione delle cose, ma nella possibilità di trasmettere o meno l'informazione sulle cose»<sup>249</sup>.

Quanto fin qui esaminato consente di mettere in luce come limitarsi a considerare le piattaforme digitali come meri operatori economici che gestiscono una quota crescente del commercio e delle comunicazioni online non è sufficiente per dar conto della complessità del fenomeno: lo spazio sociale – e quindi politico<sup>250</sup> – su cui tali soggetti hanno impatto consente di inferire la profonda influenza che essi hanno sulla dinamica democratica e sulla stessa struttura istituzionale dello Stato contemporaneo<sup>251</sup>.

L'attenzione chiede quindi di essere spostata sulla capacità delle piattaforme digitali di realizzare, a partire dalla rivendicazione di una libertà economica strutturata in forma privatistica, una inedita concentrazione di potere. Esse si trovano infatti a esercitare una forza pervasiva tale da non consentire di connotarle come mera infrastruttura che collega governanti e governati in un'arena entro cui si dipana il confronto pubblico tra opinioni individuali e processi decisionali. Al contrario, diventano attori in senso stretto, capaci di produrre opinione, di partecipare all'interazione cognitiva e simbolica al pari dei singoli cittadini, dei gruppi organizzati e degli attori politici<sup>252</sup>, di

cfr. altresì similmente R. MONTALDO, *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo, e riforme costituzionali*, cit., p. 790; M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, cit., p. 113; J.M. REYES, *Social network, polarizzazione e democrazia: dall'entusiasmo al disincanto*, in E. VITALE, F. CATTANEO, (a cura di), *Web e società democratica. Un matrimonio difficile*, 2018, p. 19.

<sup>248</sup> A. LAURO, *Siamo tutti giornalisti? Appunti sulla libertà di informazione nell'era social*, cit., p. 160.

<sup>249</sup> F. NUNZIATA, *Il Platform Leader*, cit., p. 140.

<sup>250</sup> P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it*, n. 11 del 2020, p. 265.

<sup>251</sup> L. MORI, *La rete come campo sociale*, in E. VITALE, F. CATTANEO (a cura di), *Web e società democratica. Un matrimonio difficile*, Torino, 2018, p. 115-140.

<sup>252</sup> V. PRICE, *L'opinione pubblica*, Bologna, 1992, p. 82. Cfr. altresì H. NIEMINEN, *Social Networks and the European Public Sphere*, in I. BONDEBERG, P. MADSEN

definire gli spazi di esercizio delle libertà fondamentali degli utenti e, nei fatti, di determinare come la pubblica opinione è organizzata<sup>253</sup>.

(a cura di), *Media, Democracy, and European Culture, Intellect*, Bristol, 2008. Si veda anche S. CRISTANTE (a cura di), *L'onda anonima. Scritti sull'opinione pubblica di Tocqueville, Lippmann, Toennies, Allport, Lazarsfeld, Habermas, Luhmann, Bourdieu, Noelle-Neumann, Landowski*, Milano, 2004.

<sup>253</sup> J.M. BALKIN, *Free Speech is a Triangle*, cit., p. 2035.

## CAPITOLO III

# Piattaforme digitali come poteri privati: quale tutela per i diritti fondamentali?

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Termini e condizioni d’uso. I presupposti dell’esercizio del potere delle piattaforme digitali. – 2.1. Un nuovo assetto di potere? – 3. Il problema del potere e il suo rapporto con la libertà. Profili di sintesi. – 3.1. Il potere politico quale *species* dei diversi poteri esercitabili dagli uomini: tra imposizione di limiti e garanzia dei diritti fondamentali. – 3.2. Le attuali implicazioni della teoria della separazione dei poteri. – 4. La sovrapposizione tra sfere di potere nelle mani degli intermediari digitali. – 5. La pervasività del mondo digitale nella sfera riservata al potere pubblico: tra influenza sul legislatore ed esercizio di funzioni giurisdizionali. – 6. Coordinate (parziali) di discussione. – 6.1. Potere privato ed effetto orizzontale dei diritti fondamentali. – 6.2. Pubblicità e trasparenza del potere quali strumenti di partecipazione. – 6.2.1. La segretezza dell’algoritmo e l’esigenza della sua conoscibilità. – 7. Quali strumenti di limitazione del potere?

### 1. Premessa

I meccanismi di funzionamento delle piattaforme digitali ridisegnano l’informazione, i luoghi della comunicazione e quelli della politica e, «abbattendo» i confini degli Stati nazionali<sup>1</sup>, contribuiscono a creare soggettività nuove e ad aprire a inedite forme di potere<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Si collega a ciò la questione del popolo in rete, cioè un popolo esistente e riconosciuto nella spazialità di un dato ordinamento giuridico che anela al proprio riconoscimento anche nell’accesso alla rete. Cfr. P. GERBAUDO, *The Digital Party. Political Organization and Online Democracy*, London, 2018; si veda in generale sul tema A. VENANZONI, *Cyber-costituzionalismo: la società digitale tra silicolonizzazione, capitalismo delle piattaforme e reazioni costituzionali*, in *Riv. It. Infor. Dir.*, n. 1 del 2020, p. 5-34.

<sup>2</sup> Pone alcuni interrogativi su queste tematiche T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta-Online*, 25 maggio 2020 e anche T.E. FROSINI, *Apocalittici o integrati. La dimensione costituzionale della società digitale*, Gela, 2021.

Internet, oggi, non è composta solo da una dimensione pubblica e «sociale»<sup>3</sup>, ma, come visto, è andata strutturandosi in un eco-sistema informatico, frutto dello sforzo creativo di pochi soggetti economici<sup>4</sup>, che agiscono in concorrenza tra loro secondo logiche di mercato e che diventano proprietari, utilizzando schemi contrattuali di tipo privatistico, dei dati immessi dagli utenti sulle loro piattaforme<sup>5</sup>. Si tratta di una struttura – basata sulla condivisione di questi dati e sulla conseguente profilazione dell'utente – che smentisce alla radice la pretesa di uguaglianza del cittadino in rete, «in favore di un modello di mercato in cui il consumatore è portato a scegliere quanto altri hanno già deciso, sulla base di un monitoraggio delle sue attitudini, inclinazioni e bisogni»<sup>6</sup>.

Le piattaforme digitali, attraverso l'elaborazione di meccanismi predittivi poi venduti a fini commerciali<sup>7</sup>, sono così in grado di acquisire vantaggi nel proprio mercato di riferimento o in mercati affini<sup>8</sup>, di

<sup>3</sup> Il ruolo di Internet è altresì enfatizzato invero come strumento di esercizio di libertà collettive, di associazione e riunione. Cfr. A. PIROZZOLI, *La libertà di riunione in Internet*, in *Dir. Inf.*, 2004, p. 595 ss.; S. SASSI, *La libertà di associazione nel "nuovo ecosistema mediatico": spunti problematici sull'applicazione dell'art. 18 della costituzione. Il (recente) caso dell'associazione xenofoba on line*, in *Rivista AIC*, 2013.

<sup>4</sup> C. O' NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Milano, 2017, p. 262. Attualmente, le società a più alta capitalizzazione a livello globale sono i colossi della rete. Un esempio su tutti è quello di Apple: nell'agosto 2020 la sua valutazione ha toccato il tetto dei 2.000 miliardi di dollari; sul tema, cfr. l'articolo di Jack Nicas pubblicato sul New York Times il 19 agosto 2019, *Apple Reaches \$2 Trillion, Punctuating Big Tech's Grip*, che esordisce come segue «It took Apple 42 years to reach \$1 trillion in value. It took it just two more years to get to \$2 trillion. Even more stunning: All of Apple's second \$1 trillion came in the past 21 weeks, while the global economy shrank faster than ever before in the coronavirus pandemic».

<sup>5</sup> Vedi infra par. n. 2.

<sup>6</sup> M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Dir. Inf.*, n. 2 del 2015, p. 300; B. RABAI, *I «big data» nell'ecosistema digitale: tra libertà economiche e tutela dei diritti fondamentali*, in *Amministrare*, n. 3 del 2017, p. 407 ss.

<sup>7</sup> C. O' NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, cit., pp. 29 e 34; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal, Rivista di Biodiritto*, n. 1 del 2019, p. 70; R.H. THALER-C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, 2008. È il meccanismo, in generale, alla base del c.d. capitalismo della sorveglianza, vale a dire «un nuovo ordine economico che sfrutta l'esperienza umana come materia prima per pratiche commerciali segrete di estrazione, previsione e vendita». Così in S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019.

<sup>8</sup> B. RABAI, *I «big data» nell'ecosistema digitale: tra libertà economiche e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 407 ss.

mettere i dati di cui acquisiscono la titolarità a disposizione di dinamiche pubbliche, fino a manifestare, in alcune occasioni, esse stesse una specifica natura politica.

Si può tracciare, in questo modo, una nuova trama del potere, che si allontana dallo Stato e si insinua in relazioni di potere ri-disegnate dalla tecnica<sup>9</sup>: trova così definizione un'articolazione complessiva fatta di interazioni tra regole, poteri, libertà e diritti fondamentali, che impone di abbandonare la logica che vorrebbe rimettere la «quantità e la qualità della capacità trasmissiva» delle piattaforme tecnologiche alla negoziazione *iure privatorum*<sup>10</sup> e conseguentemente di spostare l'attenzione sulla pluralità di forme attraverso cui il potere<sup>11</sup>, nella sua contrapposizione con le libertà in gioco che a loro volta chiedono di essere in vario modo bilanciate, si manifesta in questo sistema, riproponendo, come detto, i classici problemi costituzionali di giustificazione, controllo, garanzie e limiti<sup>12</sup>.

## 2. Termini e condizioni d'uso. I presupposti dell'esercizio del potere delle piattaforme digitali

Si è assistito, negli ultimi anni, alla costruzione di un'architettura della rete, cui è corrisposta la «creazione», da parte degli stessi operatori, di un sistema di regole destinato a disciplinare le attività che si svolgono in essa e ad assicurare che la trasmissione di risorse e lo scambio di messaggi avvenga in modo sicuro<sup>13</sup>: nella prima fase di sviluppo del web i componenti dei Bulletin Board Systems (i c.d. BBS, sistemi informatici attraverso cui era possibile l'invio di messaggi<sup>14</sup>) e dei Newsgroup (aree tematiche in cui erano raccolti e discussi notizie e articoli) avevano stabilito autonomamente e in via di prassi,

<sup>9</sup> A. GARAPON- J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021, p. 14.

<sup>10</sup> G. DE MINICO, *Libertà in rete. Libertà dalla rete*, Torino, 2020, p. XX.

<sup>11</sup> Secondo Lasswell, in A. KAPLAN-H. LASWELL, *Potere e società. Uno schema concettuale per la ricerca politica*, Bologna, 1997, «il concetto di potere è forse il più fondamentale di tutta la scienza politica».

<sup>12</sup> N. BOBBIO, *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica*, Torino, 1966, p. 21.

<sup>13</sup> M. O'ROURKE, *Fencing Cyberspace, Drawing Borders in a Virtual World*, in *Minnesota L. Rev.*, n. 82 del 1998, p. 617.

<sup>14</sup> B. DONATO, *La responsabilità dell'operatore di sistemi telematici*, in *Dir. Inf.*, 1996, p. 837 ss., definisce i BBS «reti elettroniche di computers che consentono l'interazione tra soggettii ai terminali di server remoti e tra utente e sistema informatico».

al fine di disciplinare i comportamenti da tenere durante le comunicazioni<sup>15</sup>, regole proprie, denominate *netiquette*<sup>16</sup>, progressivamente sempre più avvertite come standard obbligatori da rispettare<sup>17</sup> e la cui violazione era punita con l'esclusione dal gruppo<sup>18</sup>; nei fatti, si trattava di un sistema di (auto)produzione di norme che soggetti privati avevano definito con altri soggetti privati, individuando i confini di una comunità (virtuale) capace di produrre prescrizioni e sanzioni<sup>19</sup>.

Ciò che oggi è cambiato rispetto a questi iniziali sviluppi è che la regolazione di ogni piattaforma digitale non è più generata, come allora, dagli utenti stessi (quale gruppo di utilizzatori che persegue interessi comuni) ma è prodotta dai gestori dei siti, sotto forma di termini d'uso e di standard di comportamento alla cui accettazione è subordinata la possibilità di accedere al sito stesso e di fruire dei relativi servizi<sup>20</sup>.

Nel sistema di poteri del proprietario-piattaforma, l'esclusione rappresenta quindi una prerogativa necessaria all'interno dell'originale contesto di una rete aperta al pubblico: chiunque abbia accesso a

<sup>15</sup> F. BRIGANTI, *Netiquette: aspetti sociologici. La convivenza nel cyberspazio tra regole e libertà di espressione*, in *Diritto dell'economia e dei mezzi di comunicazione*, 2003, p. 199- 266.

<sup>16</sup> Si tratta di un neologismo che somma la parola inglese network a quella francese étiquette. Si veda al riguardo si veda M. LEMLEY, *Shrinkwraps in Cyberspace*, in *Jurimetrics J.*, 35, n. 3 del 1995, p. 313.

<sup>17</sup> I. TROTTER HARDY, *The Proper Legal Regime for «Cyberspace»*, in *University of Pittsburgh L. Rev.*, n. 55 del 1993, p. 1019 ss.; M.R. BURNSTEIN, *Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1996, p. 108.

<sup>18</sup> A. QUARTA, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli, 2020, p. 47.

<sup>19</sup> Sulla sua definibilità come ordinamento privato, si veda G. FINOCCHIARO, *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in *Contr. Impr.*, 2001, p. 571-610 e M. COHEN, A. SUNDARARAJAN, *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, in *University of Chicago L. Rev.*, n. 82 del 2015-2016, p. 116- 133.

<sup>20</sup> Le piattaforme digitali diventano, così, luoghi «aperti al pubblico», l'accesso ai quali non è «libero» ma condizionato da regole. Sulla possibilità di considerare la rete Internet come un luogo pubblico si vedano M.R. ALLEGRI-G. D'IPPOLITO (a cura di), *Accesso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, Roma, 2017; P. PASSAGLIA, *Le formazioni sociali e Internet*, in T.E. FROSINI-O. POLLICINO-E. APA-M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, 2017, p. 50 ss.; P. MARCELLI-M. MARSOCCHI-M. PIETRANGELO, *La rete internet come spazio di partecipazione politica. Una prospettiva giuridica*, Napoli, 2015; S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014, p. 2; T.E. FROSINI, *Internet come ordinamento giuridico*, in M. NISTICÒ-P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2014, p. 57 ss. Sulle dinamiche che si instaurano in termini di «cessione di dati in cambio di accesso» si veda il cap. 1 par. 4.

Internet può navigare tra i vari siti, ma questi, creati per essere visitati e conosciuti, si caratterizzano altresí per un contenuto e dei servizi che devono essere tutelati attraverso forme di controllo che ne garantiscano il godimento esclusivo<sup>21</sup>.

I termini d'uso assolvono, in questo quadro, la funzione di ridimensionare gli effetti dell'illusione originaria dell'accesso aperto tipico di Internet, conformandoli ai bisogni delle imprese. L'utente, accedendo a una piattaforma, stipula un contratto<sup>22</sup> che struttura un rapporto di durata e rende legittime le «dinamiche estrattive» con cui l'azienda, nell'esercizio di un potere economico e in una posizione strutturalmente diversa rispetto ai singoli utenti<sup>23</sup>, impone la propria autorità sui dati dei singoli<sup>24</sup>.

### 2.1. *Un nuovo assetto di potere?*

Il ricorso alla categoria dei termini e delle condizioni d'uso struttura cosí un assetto di potere in cui le pratiche di estrazione dei dati sono accettate da parte degli utenti perché parte di uno scambio (peraltro, come visto, spesso non del tutto consapevole).

Tali sistemi di accesso ed esclusione, utili ad autorizzare linguaggi di tipo proprietario, modificando l'infrastruttura di Internet attraverso una regolazione privatistica<sup>25</sup>, sono tanto piú rilevanti quanto piú si consideri, come tratteggiato nelle pagine che precedono, che le piattaforme digitali, in un rapporto gestore-utenti intriso di dinamiche di soggezione, costituiscono oggi il filtro principale di accesso al settore dell'informazione e della comunicazione<sup>26</sup>: venute meno le aspirazioni a un equilibrio di posizioni tra fruitori e distributori delle notizie, sono esclusivamente questi ultimi che, alla luce dei dati acquisiti e delle loro elaborazioni, hanno il potere di controllare i

<sup>21</sup> A. QUARTA,  *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 22.

<sup>22</sup> A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, p. 83; similmente, cfr. P. PALKA, *Terms of Service Are Not Contracts: Beyond Contract Law in the Regulation of Online Platforms*, in S. GRUNDMANN-H. COLLINS-F. GÓMEZ-J. RUTGERS-P. SIRENA (a cura di), *European Contract Law in the Digital Age*, Cambridge, 2018, p. 135-162.

<sup>23</sup> M. CUNIBERTI, *Potere e libertà nella rete*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 3 del 2018, p. 12.

<sup>24</sup> Cfr. R. KREITNER, *Speculations of Contract, or How Contract Law Stopped Worrying and Learned to Love Risk*, in *Columbia L. Rev.*, 2000, p. 1096-1138.

<sup>25</sup> D. HUNTER, *Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons*, in *California L. Rev.*, 91, 2003, p. 442-444.

<sup>26</sup> Si veda complessivamente, sul punto, il primo capitolo.

contenuti che transitano al loro interno e di definire ciò che le persone possono venire a conoscere.

È così che, pur nello svolgimento di un'attività tipicamente economica, tanto da appellarsi alla protezione costituzionale della libertà di impresa di cui rivendicano l'esercizio privilegiato per non subire limitazioni normative, le piattaforme digitali finiscono per manifestare un potere di fatto che estende la propria azione ben oltre la sfera del mercato e che incide su dinamiche connesse alla sfera pubblica e ai diritti fondamentali<sup>27</sup>.

Già, si è detto, un simile discorso ha riguardato la televisione<sup>28</sup>: invero, in un contesto in cui il numero degli operatori ammessi era limitato (e tale rimane anche in un quadro di compressione digitale del segnale), il detentore di emittenti televisive riusciva (e riesce) a esercitare nei confronti di una platea sempre più vasta forme di influenza e di persuasione, se pur ancora nell'ambito di un apparato organizzativo e normativo il cui compito era quello di mediare e gestire il confronto e il conflitto tra posizioni consolidate e riconoscibili<sup>29</sup>.

A maggior ragione, oggi, ancora più che per i media tradizionali, lo «scenario digitale» descritto rende improprio ogni riferimento all'esercizio di libertà e consente (e anzi forse impone) di parlare appunto di potere<sup>30</sup>.

### 3. *Il problema del potere e il suo rapporto con la libertà*

Affrontare il tema del potere, dell'autorità e della libertà in rete, nella prospettiva sia del rapporto tra intermediari digitali e utenti, sia della relazione – che non può essere omessa alla luce delle ripercus-

<sup>27</sup> M. CUNIBERTI, *Potere e libertà nella rete*, cit., p. 3.

<sup>28</sup> Sul ruolo della televisione si rinvia al capitolo 2.

<sup>29</sup> Anche i mezzi di comunicazione di massa tradizionali sono attraversati dal conflitto tra libertà dell'impresa editoriale (che, nel rapporto con la libertà di espressione del giornalista o dell'utente, si configura anche e soprattutto nella sua dimensione di potere privato) e libertà di manifestazione del pensiero del singolo (in questo caso, in particolare, del singolo operatore professionale dell'informazione). Cfr. ad es., da un lato, A. PACE-M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario alla Costituzione*, G. BRANCA-A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 2006, p. 542 ss.; dall'altro, M. PEDRAZZA GORLERO, *Saggi per un corso di diritto dell'informazione giornalistica*, Padova, 2006, p. 17 ss. Il tema è stato approfondito nel capitolo 2.

<sup>30</sup> A. PACE, *Stampa, giornalismo, radiotelevisione*, Padova, 1983, p. 232; Nella letteratura non giuridica, cfr. il saggio di J.L. SERVAN-SCHREIBER, *Il potere di informare*, Milano, 1973.

sioni del loro funzionamento sul piano sociale – tra questi e il potere pubblico, porta con sé l'esigenza di tratteggiare, se pur nei suoi elementi essenziali e nell'ambito di quanto funzionale al discorso qui affrontato, come il discorso sul potere, sui suoi limiti, nonché sulle sue diverse sfere di manifestazione – politica, economica e ideologica – si sia sviluppato fino ad arrivare alle sue peculiari connotazioni attuali.

Nello Stato di diritto, la nozione di potere appare, tra le situazioni giuridiche attive, «la più complessa e problematica»<sup>31</sup>. Essa è stata interpretata, nel tempo, in modo differente a seconda delle caratteristiche che si è ritenuto di volta in volta di mettere in luce: in senso oggettivo, come una *res*, che si possiede e si adopera per raggiungere uno scopo; un mezzo «che un uomo ha al presente per ottenere qualche apparente bene futuro»<sup>32</sup>, un'entità «astratta, obiettiva», libera nel fine, che deve essere concretizzata per assumere «una effettività reale»<sup>33</sup>; oppure, in termini soggettivi, come qualità, dote, disposizione o prerogativa, titolo o autorizzazione che consente a un soggetto di ottenere certi risultati o di provocare determinate conseguenze nel mondo<sup>34</sup>; in ultimo, in un'accezione relazionale – in grado di integrare elementi propri di entrambe le due precedenti – come vincolo tra due o più soggetti<sup>35</sup> che porta «un attore a indurre un altro ad agire

<sup>31</sup> L. FERRAJOLI, *Principia Juris, Teoria del diritto e della democrazia, tomo I, Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 593. Per una ricostruzione si veda altresì N. BOBBIO, *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica*, cit.

<sup>32</sup> È la concezione che sembra riscontrarsi in T. HOBBS, *Il Leviatano*, La Nuova Italia, Firenze, 1976, p. 82.

<sup>33</sup> Le due citazioni sono di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1952, p. 121.

<sup>34</sup> M. BOVERO, *Il potere, i poteri*, in M. BOVERO-V. PAZÈ (a cura di), *Diritti e poteri*, Torino, 2013, p. 105. Secondo J. LOCKE, nel *Saggio sull'intelletto umano* – nel Vol. II, Cap. XXI - Milano, 2004, essa può essere delineata come posizione riferibile a persone e cose: si pone l'attenzione, in questo senso, sull'esistenza di un potere attivo, in grado di determinare un cambiamento, e di un potere passivo, che subisce l'azione.

<sup>35</sup> Un'esposizione di tali concetti si trova in R.A. DAHL, *Introduzione alla scienza politica*, Bologna, 1967, p. 70, il quale, con riferimento all'*influenza* sostiene come si possa dire che A influenza B nella sola misura in cui induce B a far qualcosa che altrimenti non avrebbe fatto. RUSSELL, nel suo libro, *Il potere. Una nuova analisi sociale*, Milano, 1981, definisce il potere come una «produzione di effetti desiderati», distinguendone le forme di manifestazione in potere sulle cose e sugli uomini, queste ultime classificabili in tre tipi di rapporti tra poteri: 1. Un individuo può essere influenzato direttamente da un potere fisico sopra il suo corpo, per indurlo a certi atti: è il potere militare, come costrizione di carattere fisico; 2. Da una promessa di premi o una minaccia di pene: è un potere di carattere psicologico sanzionatorio, assimilabile al potere economico; 3. Da un discorso persuasivo. Si tratta di influenza di carattere psicologico, attraverso l'educazione. Si veda, sul punto, anche N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, Torino, 1999, p. 161.

in un modo in cui altrimenti questi non agirebbe»<sup>36</sup>. La tipica relazione di potere vede pertanto nella libertà contrapposta al controllo un'antinomia ineliminabile: l'esercizio di un potere, soprattutto là dove le situazioni individuali abbiano una connotazione sociale – nel momento in cui, cioè, si verifichi un'interferenza di diverse sfere d'azione – si traduce, in conseguenza di un controllo, in una limitazione dello stato di indipendenza.

Questa antinomia diventa condizione insopprimibile di sopravvivenza di una società: venuto meno l'elemento di libertà, diviene impossibile l'azione costruttiva, presupposto di sviluppo e quindi di vita; eliminato il fattore di controllo, non sono più altrimenti evitabili i comportamenti devianti, con la conseguente disgregazione della società<sup>37</sup>.

I rapporti di potere in questo senso intesi possono essere però correttamente compresi solo se esaminati nella dialettica multiforme del contesto storico ove sono collocati<sup>38</sup>, nonché delle diverse prospettive culturali e ideologiche adottate: la preoccupazione di distinguere e separare, entro l'ambito del potere, le sue varie forme attraverso infatti l'evoluzione della teoria politica.

È nell'ambito di tale premessa che le questioni connesse all'equilibrio (e alla separazione) tra poteri possono essere affrontate o limitando l'analisi alla ripartizione interna al potere politico in legislativo, esecutivo e giudiziario o – ed è la prospettiva che, pur non escludendo, ma anzi integrando la prima, qui si intende adottare – aprendo il discorso a considerare la più ampia struttura delle diverse manifestazioni del potere sociale, suddiviso, sulla scia di Dumézil<sup>39</sup>, in economico, ideologico (o culturale) e politico<sup>40</sup> e distinto in funzione dei mezzi attraverso i quali queste manifestazioni del potere si esercitano. Il potere economico è quello che si avvale del possesso di certi beni, necessari o scarsi (o percepiti come tali), per indurre coloro che non li posseggono a seguire una determinata condotta. Il potere ideologico, detenuto un tempo da sacerdoti – quale espressione

<sup>36</sup> R.A. DAHL, *Introduzione alla scienza politica*, cit.

<sup>37</sup> N. BOBBIO, *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica*, cit., p. 42. Chi affronta in modo completo e analitico tale tematica, nel rapporto tra potere e libertà, tra molti, è F.E. OPPENHEIM, *Dimensioni della libertà*, Milano, 1964, specialmente p. 31 e 57 e ss.

<sup>38</sup> A. ZANFARINO, *Potere (fil. Dir.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1985 e anche M. STOPPINO, *Potere politico e Stato*, Milano, 1968, p. 24.

<sup>39</sup> G. DUMÉZIL, *Jupiter, Mars, Quirinus*, Torino, 1955.

<sup>40</sup> M. CUONO, *Libros, espadas, monedas. Ideología trifuncional y simonía neoliberal*, in MARÍA DE GUADALUPE SALMORÁN VILLAR (a cura di), *Poder, democracia y derechos. Una discusión con Michelangelo Bovero*, Messico, 2019, p. 222.

del potere ierocratico – poi da intellettuali e oggi, si ritiene, da coloro che operano nei e detengono i mezzi di informazione, è quello che, a partire dalla disponibilità di determinate forme di sapere, esercita un'azione di influenza sui membri di un gruppo, inducendoli a compiere o ad astenersi dal compiere certe azioni. Il potere politico, invece, è quello che per imporre la propria volontà può ricorrere, sia pure come ultima risorsa, all'uso della forza<sup>41</sup>.

Già Platone ne *La Repubblica* rappresentava una società fondata su classi e funzioni riconducibili a tali sfere di potere: la città ideale era invero quella governata dai filosofi che conoscono la verità, difesa dai guerrieri e mantenuta dai lavoratori, che, attraverso la loro opera, soddisfano le necessità dei diversi membri della comunità. L'appartenenza a una delle tre classi dipendeva dal predominio, in ciascuno, di uno dei tre elementi in cui si articola la psiche umana: nei filosofi predomina l'anima razionale, che svolge la funzione di conoscenza; nei guerrieri la parte reattiva della psiche, che induce all'azione; nei produttori, una parte istintiva che tende al soddisfacimento di bisogni e passioni<sup>42</sup>.

È però Aristotele, ne *La Politica*<sup>43</sup>, che propone una classificazione in forza della quale a ogni contesto sociale – differente per complessità strutturale ed estensione numerica – corrisponde un rapporto di potere tra la sfera dei dominanti e quella dei dominati; individua così una società familiare, in cui prevale il potere paterno, una società padronale, cui inerisce il potere dispotico e lo Stato, entro cui si esercita il potere politico<sup>44</sup>. È il criterio dell'interesse che in questo caso presiede a tale distinzione: il padre comanda sul figlio, nell'interesse di quest'ultimo; il padrone fa il proprio interesse quando dà ordini allo schiavo; il governante fa l'interesse comune della città<sup>45</sup>. Si tratta di poteri che possono essere considerati, quello paterno, l'archetipo del potere ideologico, fondato su una relazione di *auctoritas*, caratterizzata da un'asimmetrica distribuzione del sapere; quello dispotico, l'archetipo di quello economico, che si connota per una relazione

<sup>41</sup> È una distinzione proposta e analizzata da M. WEBER, *Economia e società* (prima ed 1922), I, Roma-Ivrea, 1974, p. 53 ss.

<sup>42</sup> In realtà già G. DUMEZIL, *L'idéologie des trois fonctions dans les épopées des peuples indo-européens*, Parigi, 1968 e E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, Torino, 1976, dimostrano come la divisione della società in tre ordini sia in realtà antichissima e generalizzata in tutte le istituzioni indoeuropee.

<sup>43</sup> ARISTOTELE, *La Politica*, in particolare, Libro I 1252a, Roma-Bari, 2007.

<sup>44</sup> N. BOBBIO, *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza politica*, p. 56.

<sup>45</sup> E. VITALE, *Difendersi dal potere. Per una resistenza costituzionale*, Roma-Bari, 2010, p. 49.

di *dominium*, basata su una distribuzione diseguale della ricchezza; quello politico, invece, incentrato su un rapporto di *imperium*<sup>46</sup>.

Tale suddivisione è ripresa e superata da Locke, il quale, nei *Due Trattati sul Governo*, collocandosi nell'ambito delle teorie convenzionalistiche che si affermano tra il XVII e XVIII secolo e che coniugano, con piena consapevolezza, la dimensione del potere a quella dei diritti, pone attenzione alle esigenze di legittimazione del potere, al di fuori delle quali esso mostrerebbe la sua arbitrarietà<sup>47</sup>: il padre comanda sul figlio perché (e finché) questi sia minorenni e il suo potere trova fondamento nella natura; il padrone comanda sullo schiavo che debba espiare una colpa e in tale circostanza esso trova una propria giustificazione; il governante comanda sui consociati in forza del consenso derivato da un accordo tra i singoli individui (*pactum societatis* o *unionis*) e tra questi e il sovrano (*pactum subiectionis*)<sup>48</sup>. È in questa fase che il potere politico viene a connotarsi in rapporto con le altre forme di potere sociale di ulteriori fattori significanti su cui si concentrano le successive elaborazioni teoriche: l'*esclusività* – ossia la tendenza a escludere tutti gli altri poteri e a considerarli a esso subordinati<sup>49</sup> – e la *totalità*, ossia l'inclinazione ad avere come contenuto, nelle sue espressioni più generali e astratte, qualsiasi comportamento o attività dell'uomo<sup>50</sup>, salvo il limite della garanzia dei diritti fondamentali del singolo.

<sup>46</sup> M. BOVERO, *Considerazioni inattuali sul «regno della libertà»*, in S.R. GHIBAUDI, F. BARCIA (a cura di), *Studi politici in onore di Luigi Firpo*, IV, Torino, 1990, p. 449.

<sup>47</sup> È infatti nel Seicento che la tesi secondo la quale il fondamento dell'autorità politica va inteso nei termini di un contratto o accordo è elaborata nella maniera più completa e significativa. Numerosi sono i pensatori politici che si rifanno a teorie contrattualistiche: se già con Ugo Grozio, nel *De iure belli ac pacis*, il contratto costituisce il rapporto primo tra uomo e uomo da cui è possibile dedurre tutto il sistema del diritto, pur affermandosi che l'ipotesi contrattualistica non giustifica necessariamente il riconoscimento della *summa potestas* come diritto inalienabile del popolo, è con Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau che ci si incentra sull'idea di un trasferimento volontario del potere e della libertà dai singoli membri di una società all'autorità sovrana.

<sup>48</sup> M. D'ADDIO, *Contrattualismo*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1962, p. 216 ss. Il contratto assume così fondamento autonomo e identificabile, quale fonte di legittimazione diversamente formulata a seconda dei presupposti storico-ideologici adottati, che incide sul rapporto tra *pactum unionis* e *pactum subiectionis* e quindi sul concetto di sovrano, a cui è demandato l'*imperium* e i limiti del potere a questi attribuito.

<sup>49</sup> È con l'emergere del monopolio della forza che si può constatare la presenza di una «comunità politica pienamente sviluppata». Al contrario, nelle società primitive prive di un potere centralizzato l'aspetto politico dell'agire sociale non presenta uno sviluppo autonomo. Così M. WEBER, *Economia e società, Edizioni di comunità*, cit., p. 201.

<sup>50</sup> N. BOBBIO, *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica*, cit., p. 69.

### 3.1. *Il potere politico quale species dei diversi poteri esercitabili dagli uomini: tra garanzia dei diritti e imposizione di limiti*

Il potere politico è quindi solo una *species* dei diversi tipi di poteri esercitabili dagli uomini all'interno della società, divenuto oggetto di analisi specifica in conseguenza del superamento di un doppio elemento di confusione: tra sovranità (potere politico) e verità (potere ideologico) e tra sovranità (potere politico) e proprietà (potere economico)<sup>51</sup>.

Lo Stato, quale istanza unitaria chiamata a incarnare quella figura tipica di potere politico, cui è riservato il compito di assicurare la pacifica coesistenza degli individui e dei gruppi in una determinata società<sup>52</sup>, inizia così a essere separato dal «non Stato»<sup>53</sup>.

Solo sul primo, vale a dire sullo Stato e sul potere politico che incarna a partire dalle grandi rivoluzioni liberali del XVIII secolo, si concentra il dibattito, che si focalizza tanto – e prioritariamente – sui condizionamenti che a esso possono essere opposti quanto sul fondamento della sua legittimità: da un lato si vincola il potere a un diritto<sup>54</sup> che, negli Stati liberali, vede nella legge il proprio parametro e limite, poi sostituita, negli Stati di diritto costituzionale, dalle Carte fondamentali<sup>55</sup>. Dall'altro, si stabilisce che le decisioni collettive, che si realizzano all'esito di libere elezioni quali manifestazioni del principio di sovranità popolare, siano il risultato di un processo ascendente di autodeterminazione<sup>56</sup>: si obbedisce al comando di chi detiene il potere non soltanto perché questi può ricorrere all'uso della forza per imporre la propria volontà, ma perché si ritiene che ciò sia obbligatorio, in quanto quel comando è adottato da chi sia autorizzato a farlo in base a procedure legali<sup>57</sup>. Il potere politico ri-

<sup>51</sup> M. BOVERO, *La confusione dei poteri, oggi*, in *Teoria politica*, XIV, n. 3 del 1998, p. 5.

<sup>52</sup> P. FARNETI, *Sistema politico e società civile*, Torino, 1971. Cfr. altresì C. TILLY (a cura di), *La formazione degli stati nazionali nell'Europa occidentale*, Bologna, 1984; G. POGGI, *La vicenda dello stato moderno*, Bologna, 1997.

<sup>53</sup> N. BOBBIO, *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica*, cit., p. 37.

<sup>54</sup> M. BOVERO, *Il potere, i poteri*, cit., p. 111.

<sup>55</sup> È noto l'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, che afferma, in questo senso, che «ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione».

<sup>56</sup> H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1966, p. 306.

<sup>57</sup> M. WEBER, *Economia e società*, cit. In quest'opera l'autore si sofferma sul problema del potere politico. A pagina 51 del primo volume afferma che «la potenza designa qualsiasi possibilità di far valere entro una relazione sociale, anche di fronte a una opposizione, la propria volontà [...] per potere si deve intendere

specchia quindi esigenze e aspirazioni del popolo sovrano, in una pretesa, al tempo stesso, di unità<sup>58</sup>, al fine di non rimanere prigioniero di conflitti tra gli innumerevoli interessi e capace di dar vita a un apparato stabile e duraturo<sup>59</sup>, idoneo ad assicurare l'esercizio dei

la possibilità di trovar obbedienza presso certe persone, a un comando che abbia determinato un contenuto» (controllare pagina). A pagina 207 invece che «a ogni autentico rapporto di potere inerisce un minimo di volontà di obbedire, cioè un interesse all'obbedienza». A pagina 248 che «per potere deve intendersi il fenomeno per cui una volontà manifestata del detentore o dei detentori del potere vuole influire sull'azione di altre persone e influisce effettivamente in modo tale che il loro agire procede come se i dominati avessero per loro stesso volere assunto il contenuto del comando per massima del loro agire». Weber distingue quindi due forme di potere: quello costituito in virtù di una costellazione di interessi (la cui forma più pura è il potere monopolistico sul mercato); quello costituito in virtù di un'autorità: il tipo più puro è rappresentato dal potere del padre di famiglia, di ufficio o del principe. Weber, in questo senso, in rapporto alle diverse ragioni che inducono all'obbedienza individua a partire da ciò tre differenti tipi di potere legittimo: il potere tradizionale, che si basa sulla credenza nel carattere sacro delle tradizioni valide da sempre e nella legittimità di coloro che esercitano un'autorità in attuazione di tali tradizioni; il potere carismatico, che si poggia sulla dedizione straordinaria al valore esemplare o alla forza eroica o al carattere sacro di una persona e degli ordinamenti che questa ha creato; il potere legale-razionale.

<sup>58</sup> G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 670 ss. Il riferimento al popolo sovrano rimanda a un'idea di sovranità che designa il modo di essere proprio del potere statale, sia nella forma dell'indipendenza dello Stato di fronte ad altri ordinamenti esterni al suo territorio, sia nella forma di supremazia che esso esercita sui singoli e sulle comunità esistenti nell'interno del territorio stesso. Si tratta di quella forma di sovranità che, nella sua assoluta, è elaborata da Bodin nei *Sei libri dello Stato*, nei quali l'autore pone con grande rigore giuridico le basi teoriche dello Stato di diritto e fissa il concetto di sovranità come *summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*: la sovranità è assoluta, senza limiti che non siano quelli imposti dalle leggi di Dio e di natura. Tuttavia la confusione fra la sovranità e la forma concreta di governo in cui essa si attua conduce Bodin a esaltare la monarchia come l'unica forma di governo in cui la sovranità possa attuarsi veramente, nella sua indivisibilità, e a fornire così alla monarchia assoluta una forte giustificazione di diritto. Cfr. come in N. BOBBIO, *Il modello giusnaturalistico*, in N. BOBBIO-M. BOVERO (a cura di), *Società e Stato nella filosofia politica moderna. Modello giusnaturalistico e modello hegel-marxiano*, Milano, 1979, p. 75 ss. e 77, si ritrova un'impostazione che contesta la contrapposizione tra i fautori dell'indivisibilità del potere sovrano, come Hobbes e Rousseau, e i fautori della divisione dei poteri, come Locke, Montesquieu e Kant.

<sup>59</sup> In questo contesto, emerge una quarta funzione coordinatrice, consistente nella predeterminazione dei fini ultimi e più generali cui deve tendere, di volta in volta, l'azione statale ed eventualmente nella scelta dei mezzi ritenuti più idonei per il conseguimento dei fini stessi, cioè la funzione di indirizzo politico, che nell'evoluzione di questa corrente di pensiero finisce per assorbire le tre funzioni tradizionali. L'attività di indirizzo politico, infatti, è considerata logicamente precedente le (altre)

meccanismi di dominio<sup>60</sup>; e «di specificazione e differenziazione»<sup>61</sup>, che esige la suddivisione delle funzioni dello Stato e degli organi che le svolgono sulla base del presupposto per cui «tutto sarebbe perduto se lo stesso uomo, o lo stesso corpo di maggiorenti, o di nobili, o di popolo, esercitassero questi tre poteri: quello di fare le leggi, quello di eseguire le decisioni pubbliche, e quello di giudicare i delitti o le controversie dei privati»<sup>62</sup>.

Nello sdoppiamento tra la figura dello Stato detentore del potere supremo e quella dello Stato rappresentante dell'interesse generale alla tutela e conservazione dell'ordine giuridico<sup>63</sup>, unità e separazione sono dunque condizioni indispensabili per la garanzia della persona e dei suoi beni<sup>64</sup>.

La tematica della misura e dei limiti del potere, a partire dalla più che nota affermazione di Montesquieu secondo cui «perché non si possa abusare del potere, bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere arresti il potere»<sup>65</sup>, si lega in questo senso inscindibilmente alla tutela delle libertà fondamentali, le quali pretendono di circoscri-

funzioni statali giuridicamente disciplinate, non solo nel senso che essa impegna immediatamente lo Stato nella sua interezza ed unità, ma anche che essa presiede a tutte le altre innumerevoli e diverse manifestazioni della volontà statale, che ne costituiscono gradazioni diverse. La sovranità sarebbe allora unitaria, ma in uno Stato di diritto (a differenza che in uno Stato assoluto) essa, intesa come decisione politica o come indirizzo politico, si baserebbe sulla funzionalizzazione di tutti i procedimenti decisionali. L'ordinamento giuridico di uno Stato prevede, infatti, una pluralità di procedimenti e di funzioni (intese al plurale), normative, amministrative, giurisdizionali, di garanzia. Sono funzioni e non poteri, perché in presenza di una Costituzione rigida l'indirizzo politico non può essere libero; il solo potere libero è quello costituente, che nel costituzionalismo occidentale pone al centro del sistema la persona umana, che costituisce il vincolo fondamentale ed ineliminabile per l'indirizzo politico. Cfr. sul punto, V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, cit., p. 58, 59, 82, 91 169 e altresì M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, Napoli, 1985, p. 70 ss.

<sup>60</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1967, I, p. 88.

<sup>61</sup> Così V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, 1939, p. 67.

<sup>62</sup> MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, libro XI, capitolo IV (Torino, 2005). In dottrina, *ex multis*, G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 670 e G.U. RESCIGNO, *Divisione dei poteri*, in C. DONATI (a cura di), *Dizionario critico del diritto*, Savelli, Roma, 1980, 95; E. DE MARCO, *Valore attuale del principio della divisione dei poteri*, in A. PACE (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, I, p. 409 ss.

<sup>63</sup> G. JELLINEK, *Sistemi dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, 1912.

<sup>64</sup> Cfr. KANT I., *Principi metafisici della dottrina del diritto*, in N. BOBBIO, L. FIRPO, V. MATHIEU (a cura di), *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, 1956, p. 262 e 500.

<sup>65</sup> MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, libro XI, capitolo IV, cit.

vere nei confronti della politica spazi di autonomia<sup>66</sup>. I diritti fondamentali costituiscono così un limite per l'esercizio del potere, ma anche un fine della sua azione.

L'organizzazione complessiva delle forze su cui poggia l'istituzione statale attraverso la ripartizione del potere politico tra soggetti diversi e tra loro indipendenti che svolgono le funzioni a essi riconducibili<sup>67</sup>, è ciò che infatti conferisce prioritariamente carattere obiettivo al vincolo che circoscrive l'esercizio del potere stesso<sup>68</sup>. Esso, per non essere arbitrario e assoluto, deve svolgersi *per leges*, cioè mediante norme generali e astratte; *sub lege*, nei limiti formali della legge fondamentale che ne regola funzioni e competenze; *sub iuribus*, ossia nel rispetto dei diritti fondamentali degli individui, operando, in funzione della loro tutela e quale unico soggetto a tale fine preposto, gli opportuni bilanciamenti<sup>69</sup>.

Il potere pubblico, così circoscritto e limitato, è chiamato a predisporre garanzie per il pieno e libero godimento di diritti e libertà, proteggendo l'azione umana, anche dall'agire di altri e nuovi soggetti<sup>70</sup>: il costituzionalismo dei diritti, soprattutto nell'ambito della cornice di giustizia sociale che connota le Costituzioni europee del secondo dopoguerra – e tra queste, quella italiana –, è infatti tenuto non solo a limitare il (e garantire dal) potere politico, ma estende la sua funzione anche nei confronti degli altri poteri.

Invero, si è detto, che se «l'idea di potere è definita soprattutto dalla negazione della libertà altrui»<sup>71</sup>, allora, la libertà dal potere politico consiste nella capacità di azione autonoma dell'individuo in campo ideologico e economico. Allo stesso modo, però, correlativamente, la libertà dal potere ideologico ed economico corrisponde

<sup>66</sup> G. TEUBNER, *La matrice anonima Quando "privati" attori transnazionali violano i diritti dell'uomo*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2006, p. 17.

<sup>67</sup> Con ciò si intende il «modo tipico di svolgimento del potere statale secondo determinate fattispecie normative». Così C. ROSSANO, *La divisione dei poteri nella attuale struttura costituzionale dello stato di diritto e sociale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Domenico Pettiti*, Milano, 1973, III, p. 1304, nota n. 25, ma in generale si veda F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 311, che afferma che la funzione esprime «il concretarsi del potere o della potestà, attraverso gli atti formalizzati dal diritto, nella realizzazione del fine o nel soddisfacimento dell'interesse perseguito». F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1965, p. 110 e 111, e F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969, p. 102.

<sup>68</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, I, 1967, p. 90.

<sup>69</sup> M. BOVERO, *Il potere, i poteri*, cit., p. 115.

<sup>70</sup> M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali e nuove tecnologie: una mappa del dibattito italiano*, in *Journal of Institutional studies*, Vol. 6 n. 2 del 2020, p. 396.

<sup>71</sup> M. BOVERO, *Il potere, i poteri*, cit., p. 107.

all'autonomia della sfera politica contro i condizionamenti del primo e del secondo<sup>72</sup>. Stato e *non Stato*<sup>73</sup>, per non farsi assoluti non devono sovrapporsi e devono entrambi essere soggetti a regole.

È per tale ragione che non appare più possibile circoscrivere oggi le teorie della separazione dei poteri al solo potere politico, nel cui ambito la triade classica di funzioni è identificabile e isolabile nella «formula di non cumulo» in forza della quale le funzioni normativa, esecutiva e di controllo, «ancorché possano essere attribuite allo stesso organo, non possono essere cumulate dallo stesso soggetto nel medesimo ciclo di svolgimento della vita politico-costituzionale dell'ordinamento»<sup>74</sup>.

Nel mondo contemporaneo, il potere politico torna a essere «un sottosistema di un sistema globale» per cui «il controllo del primo non implica affatto il controllo del secondo»<sup>75</sup>, composto come è dall'intreccio e dalla confusione di poteri sociali, in grado di determinare come e più che in passato rischi per le libertà e i diritti dei singoli.

### 3.2. *Le implicazioni attuali della teoria della separazione dei poteri*

Oggi, in un contesto in cui i centri di potere appaiono moltiplicarsi tanto all'interno di quello politico<sup>76</sup>, quanto in un *continuum* società-istituzioni, il tradizionale rapporto autorità-libertà nell'ambito della tutela dei diritti<sup>77</sup> sembra riprodurre le stesse istanze di garanzia e di libertà<sup>78</sup>, funzionali a evitare che un'eccessiva concentrazione non solo *nei* singoli poteri, ma anche, in un rapporto dai confini

<sup>72</sup> M. CUONO, *Libros, espadas, monedas. Ideología trifuncional y simonía neoliberal*, in María de Guadalupe Salmorán Villar (a cura di), *Poder, democracia y derechos. Una discusión con Michelangelo Bovero*, Messico, 2019, p. 230.

<sup>73</sup> N. BOBBIO, *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica*, cit., p. 37.

<sup>74</sup> G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 710.

<sup>75</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1992, p. 169.

<sup>76</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 710, per il quale il significato odierno della separazione dei poteri si riassume nell'indicare «la tutela rafforzata di ogni concrezione funzionale fornita di autonoma capacità di determinazione politica-costituzionale», assistendosi alla «disseminazione delle funzioni a tutti i livelli dell'ordinamento» e alla moltiplicazione dei «centri istituzionali essenziali per l'equilibrio del sistema politico costituzionale». Cfr. altresì F. SORRENTINO, *I conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1967, nota n. 32, p. 684-685.

<sup>77</sup> G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 711.

<sup>78</sup> Cosí F. MODUGNO, *Poteri (Divisione dei)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, 1966, p. 489.

sempre meno definiti tra economia, cultura e potestas<sup>79</sup>, *dei* poteri, «metta a repentaglio le libertà civili e politiche e i diritti sociali dei cittadini, nonché un governo corretto ed efficiente dell'economia e della società»<sup>80</sup>: venuta meno, in un contesto di relazioni internazionali, la congruenza (da sempre più ideale che reale) tra territorio, Stato e ricchezza che aveva fondato il concetto moderno di sovranità nazionale, consentendo di individuare uno spazio politico entro cui un'autorità esercita il proprio potere in ogni parte del territorio<sup>81</sup>, l'economia, lungi dal limitarsi ai mezzi di produzione, scambio, e consumo di beni e servizi<sup>82</sup>, si estende progressivamente, nei contesti qui considerati, attraverso la rivendicazione dell'esercizio di una libera iniziativa economica nella sfera della cultura. Così facendo, il potere economico impone modelli ed esercita forme di controllo in grado di mettere in discussione, in modo sempre più pervasivo, quel pluralismo alla base di ogni società democratica<sup>83</sup> e di produrre effetti rilevanti nella sfera giuridica non solo di chi esercita tali libertà economiche, ma anche nelle sfere giuridiche altrui<sup>84</sup>.

È così che nello spazio lasciato libero dai poteri pubblici si instaurano soggetti e rapporti di potere privati contro i cui effetti il costituzionalismo contemporaneo è chiamato a elaborare strumenti di tutela equivalenti a quelli costruiti contro il potere politico<sup>85</sup>.

La concentrazione delle sfere culturali ed economiche, storicamente rappresentate come spazi di libertà di fronte al potere politico, rovescia allora la tradizionale gerarchia dei poteri: la manifestazione di potere<sup>86</sup> che da tale concentrazione deriva è invero in grado di determinare nuove forme di disuguaglianza e subordinazione<sup>87</sup>, che si

<sup>79</sup> N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, cit., p. 189 e 190. Similmente, è una tripartizione proposta da M. WEBER, *Economia e Società*, cit., p. 270 e prima ancora G. DUMÉZIL, *Jupiter, Mars, Quirinus*, cit. Utile la ricostruzione che fa, sul punto, M. CUONO, *Libros, espadas, monedas. Ideología trifuncional y simonía neoliberal*, cit., 223 ss.

<sup>80</sup> G. BOGNETTI, *Poteri (divisione dei)*, cit., p. 375.

<sup>81</sup> M. REVELLI, *La sinistra sociale. Oltre la civiltà del lavoro*, Torino, 1997, p. 120.

<sup>82</sup> M. BOVERO, *Il potere, i poteri*, cit., p. 110.

<sup>83</sup> Sulla connessione tra tesi dell'eguaglianza complessa e liberalismo, cfr. F. RIZZO CELONA, *Uguaglianza complessa e liberalismo nel pensiero di Michael Walzer*, in AA.VV., *I filosofi e l'eguaglianza*, 2 vol., Messina, 1992, vol. II, p. 401-413.

<sup>84</sup> L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Roma-Bari, 2021, p. 205 li definisce, nel cap. 3 par. 2, diritti civili di autonomia privata.

<sup>85</sup> M. BOVERO, *Il potere, i poteri*, cit., p. 117-118.

<sup>86</sup> M. BOVERO, *Il potere, i poteri*, cit., p. 116; Si veda altresì M. BOVERO, *Considerazioni inattuali sul «regno della libertà»*, cit., p. 451.

<sup>87</sup> M. BOVERO, *Il potere, i poteri*, cit., p. 116

impongono sul piano della struttura sociale in un'amplicata asimmetria tra *dover essere* costituzionale ed *essere* effettivo del diritto e, correlativamente, tra la potenza di sovrani globali e l'impotenza di contro-poteri garantisti<sup>88</sup>. Le forme privatistiche del contratto, alla base della rivendicazione di autonomia dei diversi soggetti economici e imprescindibili per la garanzia degli interessi privati di questi ultimi<sup>89</sup>, da un lato, sfuggono infatti agevolmente – in una dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato che assume caratteri mobili e opachi<sup>90</sup> – alla forma pubblica della normazione eteronoma generale e astratta e quindi ai tipici poteri statali di imposizione e di sanzione e, dall'altro, pretendono di svolgere senza condizionamenti esterni una funzione di regolazione, di prevenzione e di gestione dei conflitti.

#### 4. *La sovrapposizione tra sfere di potere nelle mani degli intermediari digitali*

Entro tale quadro, per quanto sommariamente tratteggiato, si innestano, con tutta evidenza, le questioni finora esaminate e che in tale prospettiva possono essere riprese e meglio comprese. L'utente che utilizza le tecnologie digitali offerte dalle piattaforme per esercitare le proprie libertà, diviene, infatti, «parte e talora oggetto di una transazione economica» che al tempo stesso struttura e condiziona le modalità di esercizio di queste stesse libertà, finendo per condizionarne effetti e contenuti<sup>91</sup>.

La rete è andata strutturandosi attraverso la capacità di porre in relazione le persone, di raccogliergli i dati e di profilarle, condizionandone pensiero, scelte e intenzioni<sup>92</sup>. Il tutto, all'interno di un mercato globale che al tempo stesso influenza l'allocazione delle risorse, rappresenta il parametro per innovazioni future<sup>93</sup> ed è in grado

<sup>88</sup> L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, cit., p. 193.

<sup>89</sup> L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, cit., p. 194. Si veda altresì M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, p. 212.

<sup>90</sup> N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, in particolare cap. 7. Si veda la voce enciclopedica di S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, p. 696-746.

<sup>91</sup> M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, cit., p. 278.

<sup>92</sup> C. PINELLI, *Pluralismo e democrazia nella società digitale. È tempo di regole?*, Seminario Astrid, 29 gennaio 2021.

<sup>93</sup> Commissione Europea, 2 febbraio 2020, *Inception Impact Assessment, Digital*

di determinare, in modo piú o meno pervasivo, servendosi di sistemi algoritmici che danno rilievo a «regolarità piú che scostamenti, normalità piú che variazioni, conformità a modelli piú che rottura di schemi»<sup>94</sup>, la vita collettiva e finanche le decisioni politiche<sup>95</sup>.

Infatti, alla luce di quanto descritto, gli intermediari digitali sono quindi, sì, poteri economici, che esercitano un controllo crescente sulle arterie chiave del commercio dipendenti dall'infrastruttura della rete<sup>96</sup> e che, grazie al vantaggio competitivo derivante dal conoscere le preferenze di utenti e consumatori, offrono beni e servizi a milioni di persone.

Tuttavia, non solo.

Tali soggetti, il cui funzionamento nel rapporto con gli utenti è stato tratteggiato nel primo e in parte nel secondo capitolo, hanno nel tempo acquisito una posizione dominante nel proprio mercato di riferimento<sup>97</sup>, attraverso l'adozione, soprattutto da parte di Facebook e Google, come già visto, di un modello di mercato c.d. two-sided<sup>98</sup>: da una parte, agendo come intermediari, attraggono gli utenti, che possono utilizzare la piattaforma e il motore di ricerca in modo apparentemente gratuito, scambiandosi informazioni e comunicazioni; dall'altra, a fronte della crescita del numero degli utenti (e quindi dei dati ricavabili dagli stessi)<sup>99</sup>, vendono sia inserzioni pubblicitarie a terzi, sia veri e propri servizi.

Quanto a Google, essa cattura, come visto, piú del 90% del mercato dei motori di ricerca a livello mondiale e ha iniziato la propria attività come «fornitore di ricerca» generalista, in grado di indicizzare il web attraverso algoritmi che identificano quale contenuto possa fornire una risposta pertinente alla domanda di un utente.

Dal punto di vista operativo, Google si caratterizza per essere uno strumento di ricerca sia «orizzontale» (offre, cioè, risultati indipen-

*Services Act Package: ex ante regulatory instrument for large online platforms with significant network effects acting as gate keepers in the European's Union internal market.*

<sup>94</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 304.

<sup>95</sup> Comunicazione della Commissione europea COM(2016) 288, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*, p. 3.

<sup>96</sup> Cfr. J. CRÉMER-Y.A. DE MONTJOYE-H. SCHWEITZER, *Commissione europea, Competition Policy for the Digital Era*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019.

<sup>97</sup> Analizzato nello studio di L.M. KHAN, *The separation of platforms and commerce*, in *Columbia L. Rev.*, 119, n. 4 del 2019, p. 973 ss.

<sup>98</sup> L. FILISTRUCCHI-D. GERADIN-E. VAN DAMME-P. AFFELD, *Market Definition in Two Sided Markets: Theory and Practice*, in *Journal of Competition Law & Economics*, n. 2 del 2014, p. 297.

<sup>99</sup> Il funzionamento è ben spiegato da S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, cit.

dentemente dall'area oggetto di ricerca ed è pertanto in grado di operare una censura indiretta dei siti confinati alle ultime pagine<sup>100</sup>, in conseguenza dell'elaborazione di whitelists e blacklists<sup>101</sup>), sia «verticale» (limita, cioè, i risultati a una specifica categoria di contenuto)<sup>102</sup>. Come dimostrato da un'indagine antitrust condotta nel 2011 dalla Federal Trade Commission e divulgata dal Wall Street Journal nel 2015<sup>103</sup>, Google approfitta della propria posizione dominante nella ricerca generale per dare alle sue proprietà verticali un trattamento preferenziale<sup>104</sup>. Infatti, abbassa di livello i contenuti di terze parti indipendenti che hanno creato propri motori di ricerca specializzati e focalizzati su aree precise (quali lo shopping comparativo, la ricerca di voli o altri servizi), ma che hanno «bisogno» di Google per essere visti e scoperti dagli utenti<sup>105</sup>. Collocando queste terze parti negli ultimi risultati delle ricerche, Google fa sì che esse subiscano una «significativa perdita di traffico» che evita che possano concorrere effettivamente con la società californiana, rischiando di deviare la domanda di ricerca e, conseguentemente, gli investimenti pubblicitari verso altri<sup>106</sup>. È stato ad esempio dimostrato che Google pone i video di YouTube sem-

<sup>100</sup> «[L]a gran parte degli utenti non va oltre la prima o la seconda pagina dei risultati di ricerca. Secondo uno studio, il 91,5% degli utenti si ferma alla prima pagina, mentre solamente il 4,8% va alla seconda, per arrivare a percentuali ancora più basse per quanto riguarda coloro che consultano anche le pagine successive». Così P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in *Consulta Online*, 2013, p. 20.

<sup>101</sup> E. BOZDAG, *Bursting the Filter Bubble: Democracy, Design, and Ethics*, Zutphen, 2015, p. 21-23.

<sup>102</sup> J. YU, *Search Is More than Google: Mastering Vertical Search Optimization*, *Search Engine Land*, 15 maggio 2018.

<sup>103</sup> FTC, *Memorandum on Google Inc.*, File No. 111-0163, at 18-30, 8 Agosto 2012. Per la versione del memorandum pubblicata sul sito del Wall Street Journal, si veda The FTC Report on Google's Business Practices, Wall St. J., 24 marzo 2015, consultabile all'indirizzo <http://graphics.wsj.com/google-ftc-report>.

<sup>104</sup> Google ha ad esempio «abbellito» i suoi risultati verticali con «interfacce accattivanti» che hanno aiutato a indirizzare gli utenti verso le proprietà verticali di Google, interfacce che Google non ha messo a disposizione dei siti web verticali concorrenti.

<sup>105</sup> Wired Staff, *Google Gets Its Groove On*, in *Wired*, 29 marzo 2004.

<sup>106</sup> FTC Memo, nota 168; cfr. altresì D. SULLIVAN, *Google Launches "Universal Search" & Blended Results*, *Search Engine Land*, 16 maggio 2007, consultabile all'indirizzo, <https://searchengineland.com/google-20-google-universal-search-11232> [<https://perma.cc/6YJ2-HQW2>] e C. SANDVIG-K. HAMILTON-K. KARAHALIOS-C. LANGBORT, *Auditing algorithms: research methods for detecting discrimination on internet platforms. Data and Discrimination: Converting Critical Concerns into Productive Inquiry. Preconference at the 64th Annual Meeting of the International Communication Association*, 2014.

pre ai primi risultati di ogni ricerca, a discapito di quelli ospitati dai siti «rivali»<sup>107</sup> e aggiunge YouTube alle ricerche sui nomi dei politici al doppio della velocità del motore di ricerca Bing<sup>108</sup>.

Similmente a Google, Facebook, quale soggetto in grado di estrarre informazioni (commerciali e non) dai propri utenti a mezzo degli algoritmi che sottostanno al suo funzionamento, sfrutta la propria posizione all'interno della rete di comunicazione online, sia vendendo posizionamenti agli inserzionisti digitali<sup>109</sup>, sia operando nel mercato, in rapporto e in concorrenza (asimmetrica) con i diversi editori. Questi ultimi, infatti, traendo profitto dalle visite degli utenti sui propri siti, necessitano della maggiore esposizione che Facebook può assicurare loro attraverso i suoi miliardi di utenti giornalieri<sup>110</sup>. In conseguenza di ciò, da un lato tali editori sono portati a investire in contenuti che gli algoritmi della piattaforma favoriscono – l'enfasi di Facebook sui contenuti video, ad esempio, ha spinto a licenziare centinaia di giornalisti a favore dei produttori di video, salvo poi scoprire che tali numeri erano stati gonfiati ad hoc<sup>111</sup> –; dall'altro, a partire dal 2010, a sfruttare una serie di plug-in social, messi a disposizione dalla stessa piattaforma, inserendoli sui propri siti web<sup>112</sup>, al fine di consentire la condivisione di contenuti dai propri siti direttamente sulla rete Facebook dell'utente, attirando, in un moto circolare, più lettori di nuovo sul proprio sito<sup>113</sup>. L'installazione di questo

<sup>107</sup> S. SCHECHNER-K. GRIND-J. WEST, *Searching for Video? Google Pushes YouTube Over Rivals*, in *The Wall Street Journal*, 14 luglio 2020.

<sup>108</sup> R.E. ROBERTSON-S. JIANG-D. LAZER-C. WILSON, *Auditing autocomplete: Suggestion networks and recursive algorithm interrogation*. *Proceedings of the 10th ACM Conference on Web Science - WebSci '19*, 235-244, ACM Press, 2019.

<sup>109</sup> Facebook, Inc., Annual Report (Form 10-K) 5, 31 gennaio 2019. <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1326801/000132680119000009/fb-12312018x10k.htm> [<https://perma.cc/E7PJ-NCMT>].

<sup>110</sup> Facebook, Inc., Annual Report (Form 10-K) 5 (Jan. 31, 2019) [hereinafter 2018 Facebook 10-K], [www.sec.gov/Archives/edgar/data/1326801/000132680119000009/fb-12312018x10k.htm](https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1326801/000132680119000009/fb-12312018x10k.htm) [<https://perma.cc/E7PJ-NCMT>].

<sup>111</sup> A.C. MADRIGAL-R. MEYER, *How Facebook's Chaotic Push into Video Cost Hundreds of Journalists Their Jobs*, in *Atlantic*, 18 ottobre 2018; si veda altresì N. THOMPSON, F. VOGELSTEIN, *Inside the Two Years that Shook Facebook - and the World*, 12 Febbraio 2018.

<sup>112</sup> Facebook for Developers, How to Use the New Facebook Social Plugins for Your Business, Facebook, 4 maggio 2010), [www.facebook.com/notes/facebook-for-developers/how-to-use-the-new-facebook-social-plugins-for-your-business/394310302301/](https://www.facebook.com/notes/facebook-for-developers/how-to-use-the-new-facebook-social-plugins-for-your-business/394310302301/) [<https://perma.cc/M3ZJ-KBER>].

<sup>113</sup> Cfr. Facebook Media, The Value of a Liker, Facebook, <https://www.facebook.com/notes/facebook-media/value-of-a-liker/150630338305797> [<https://perma.cc/D2RR-3LSX>].

plug-in<sup>114</sup>, però, ha contribuito a rafforzare la posizione di Facebook, aprendo la strada alla comunicazione diretta – diversamente non possibile – tra i dispositivi degli utenti e i server di Facebook, che ha potuto così tracciare i visitatori dei siti degli editori online, rivendendo a terzi inserzionisti l'accesso diretto ai lettori e aumentando, a discapito di quelle degli editori, le proprie entrate pubblicitarie<sup>115</sup>.

Si tratta di due esempi significativi di un fenomeno che vede nella proliferazione delle informazioni nell'era digitale, l'imprecindibile esigenza di intermediari che le organizzino e le rendano disponibili, fungendo tanto da portali digitali che da distributori di rete<sup>116</sup>; tuttavia, in un contesto di ricerca algoritmica, caratteristica propria sia del dominio orizzontale di Google e Facebook, sia della competizione verticale con gli editori di notizie che dipendono dalle piattaforme ai fini di una maggiore esposizione ai lettori<sup>117</sup>, il risultato è quello di minare il pluralismo dell'ecosistema mediatico.

Le piattaforme digitali esercitano così – e soprattutto – alla luce dell'analisi svolta nelle pagine che precedono, forme di potere culturale, mediando le comunicazioni di miliardi di utenti, secondo forme che trasformano l'informazione, da pre-condizione di un dibattito pubblico pluralista<sup>118</sup>, in «merce» nella disponibilità solo di chi ha le risorse economiche per accedere e gestire l'infrastruttura della rete. Si consideri che, nel 2018, è stato rilevato ad esempio che tra le 10 maggiori imprese che operano nel settore dell'informazione e dell'editoria le prime posizioni sono occupate da Google e Facebook<sup>119</sup>.

Ogni epoca storica è stata caratterizzata da questi intrecci, influenze e sovrapposizioni: ciò si è verificato con la stampa e l'editoria e, in maniera ancora più pervasiva, con la televisione. Oggi, però, tale fenomeno assume connotazioni più ampie, dal momento che la concentrazione nelle stesse (poche) mani di poteri economici e culturali che non si controllano a vicenda, ma perseguono su scala globale

<sup>114</sup> L.M. KHAN, *The separation of platforms and commerce*, cit., p. 1004 ss.

<sup>115</sup> D. SRINIVASAN, *The antitrust case against Facebook: a monopolist's Journey towards pervasive surveillance in spite of consumers' preference for privacy*, in *Berkeley Bus. L. J.*, 2019, p. 39 e 88.

<sup>116</sup> J.M. NEWMAN, *Antitrust in Digital Markets*, in *72 Vanderbilt L. Rev.*, 2019, p. 1497 ss.

<sup>117</sup> E. SHEARER-J. GOTTFRIED, *News Use Across Social Media Platforms 2017*, *Pew Research Center*, Washington, 2017.

<sup>118</sup> L. AMMANNATI, *I signori nell'era dell'algoritmo*, in *Dir. Pub.*, n. 2 del 2021, p. 406.

<sup>119</sup> Agcm, Agcom, Garante per la protezione dei dati personali, *Indagine conoscitiva sui big data*, febbraio 2020, 28.

lo scopo comune del controllo sociale, rischia di divenire anche un elemento strutturale di distorsione e inquinamento della convivenza civile e delle procedure democratiche<sup>120</sup>.

Il *non-Stato*<sup>121</sup> non solo rischia di non essere piú separato al suo interno, in una sovrapposizione tra due poteri sociali, ma manifesta tendenze pervasive della sfera usualmente riservata al potere politico.

Le piattaforme digitali, operatori di un mercato che non è il luogo neutrale in cui si esplica la libera attività dell' homo *oeconomicus*, ma un'infrastruttura il cui assetto valoriale è definito dalle piattaforme stesse, sfruttando il fatto che i luoghi di elaborazione dell'azione collettiva non sono piú tipizzati e facilmente collocabili nello spazio<sup>122</sup>, esprimono infatti anche una specifica natura politica<sup>123</sup>: ad esempio, distribuiscono monete con valore legale al loro interno<sup>124</sup> e consentono che dell'immensa mole di dati immessa in rete e a loro disposizione sia fatto un uso in grado di incidere su politiche decisorie e sugli stessi esiti delle competizioni elettorali, definendo «quali soggetti rispondano a quali sollecitazioni»<sup>125</sup>. Il caso di Cambridge Analytica o piú di recente e in modo differente la storia delle elezioni presidenziali Usa del 2020 culminata nell'attacco al Campidoglio del 6 gennaio 2021, all'esito del quale Twitter e Facebook, unilateralmente, hanno deciso di bandire dalle proprie comunità virtuali

<sup>120</sup> E. VITALE, *Difendersi dal potere. Per una resistenza costituzionale*, Roma-Bari, 2010, p. 75.

<sup>121</sup> N. BOBBIO, *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica*, cit., p. 37.

<sup>122</sup> G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2017, p. 18.

<sup>123</sup> M. TERNI, *Stato*, Torino, 2014, p. 80 ss.

<sup>124</sup> F. PANETTA, *Stay safe at the intersection: the confluence of big techs and global stablecoins*, discorso tenuto al panel Cross-border dimensions of non-bank financial intermediation: what are the priorities for building resilience globally?, nell'ambito della Conferenza del G7 su Safe Openness in Global Trade and Finance, ospitata dalla Bank of England, 8 ottobre 2021. Si consideri in tale ultimo senso che cinque grandi società sono già autorizzate in Europa come istituti di moneta elettronica e una come istituto di credito e tutte godono, grazie ai dati a loro disposizione, di un vantaggio in termini di scala e informazioni rispetto alle banche storiche. Cfr. Autorità bancaria europea, *Report on the use of digital platforms in the EU banking and payments sector*, Settembre 2021 EBA/REP/2021/26; F. PANETTA, *Dalla rivoluzione dei pagamenti alla reinvenzione del denaro, discorso alla conferenza della Deutsche Bundesbank sul "Futuro dei pagamenti in Europa"*, 27 novembre 2020, ma altresì A. BOOT-P. HOFFMANN-L. LAEVEN-L. RATNOVSKI, *Intermediazione finanziaria e tecnologia: cosa c'è di vecchio, cosa c'è di nuovo?*, *Working Paper Series*, n. 2438, BCE, luglio 2020.

<sup>125</sup> R. DE ROSA, *L'uso dei big data nella comunicazione politico-elettorale*, cit., p. 201.

Donald Trump<sup>126</sup>, ha permesso di illuminare gli arbitrari meccanismi utilizzati dai social network per manipolare gli utenti sia nel decidere chi possa far parte della loro «comunità» e ha fatto emergere come l'assenza di controlli della *governance* della rete da parte delle istituzioni pubbliche costituisca un rischio alla stabilità delle democrazie. Ciò, soprattutto se si considera come le piattaforme tendono sempre più sia a mettersi nella condizione di sovrapporsi (e talvolta ostacolare) l'esercizio di pubblici poteri, sia a misurarsi su terreni tipici della sovranità statale; a plasmare uno Stato nello Stato<sup>127</sup>, a *farsi Stato* cioè, influenzando poteri sovrani o aspirando a sostituirsi a essi.

##### 5. *La pervasività del mondo digitale nella sfera riservata al potere pubblico: tra influenza sul legislatore ed esercizio di funzioni giurisdizionali*

Quanto al condizionamento, da parte delle piattaforme digitali, dell'esercizio di pubblici poteri, molti sono gli esempi che possono essere riportati. Tra questi, il fatto che Facebook, nel 2020, contestando l'approvazione da parte del Parlamento australiano di una riforma, la *News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code*<sup>128</sup>, che avrebbe comportato per i colossi digitali il pagamento di un equo compenso agli editori in caso di utilizzo dei loro conte-

<sup>126</sup> Questa decisione, come visto, è stata sottoposta a giudizio da parte dell'Oversight Board di Facebook.

<sup>127</sup> P. KHANNA, *La rinascita della città-Stato*, Fazi, 2017, p. 21, osserva come concentrazione della produzione, creazione di interdipendenze e investimento in capitale umano in luogo della espansione territoriale abbiano posto le premesse per ciò che una parte degli studiosi economici americani sono soliti definire Virtual State o Stato Commerciale. Si vedano anche gli studi di G. TEUBNER, *Ibridi e attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Sesto San Giovanni, 2015, p. 55 e ss. in cui l'Autore fa riferimento all'esistenza di forme di corporativismo d'impresa, quali programma di politica del diritto. Le aggregazioni commerciali strutturate in network iniziano a evolversi mediante la fusione di diritti proprietari, di assetti contrattuali e di organizzazione istituzionale. Tale prospettiva sarà approfondita nel quarto capitolo con riferimento al loro strutturarsi giuridicamente, ma all'incapacità di porsi regole limitative. Si veda altresì F. FOER, *Facebook's war on free will. How technology is making our minds redundant*, in *The Guardian*, 19 settembre 2017, che rileva come, anche secondo Zuckerberg, nel 2017, Facebook si è trasformata ormai in qualcosa di sempre più affine a un governo.

<sup>128</sup> Treasury Laws Amendment (News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code) Bill 2021; <https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=Id%3A%22legislation%2Fbillhome%2Fr6652%22>.

nuti, ha bloccato tutte le sezioni *News* fornite attraverso le proprie pagine, comprese quelle relative alla salute e ai servizi emergenziali<sup>129</sup>. Nei fatti, il social network, in un contesto in cui, come visto, percentuali estremamente elevate di popolazione si informa tramite i media digitali, privando per giorni i propri utenti australiani di ogni contenuto giornalistico e impedendo a quelli di ogni altra nazione di condividere sulla piattaforma link dei siti di notizie australiani, è stata in grado di esercitare pressioni nei confronti del potere legislativo di uno Stato sovrano fino al raggiungimento di un accordo a sé favorevole con lo Stato<sup>130</sup>.

Non dissimile è stata poi la condotta tenuta dalle grandi piattaforme digitali che, nell'ultimo anno, hanno tentato di influenzare la discussione in sede europea sull'approvazione del Digital Market Act e il Digital Service Act<sup>131</sup>. Secondo quanto emerge dal *Registro per la trasparenza dell'Unione europea* (una banca dati che elenca le organizzazioni che cercano di condizionare il processo legislativo e di attuazione delle politiche delle istituzioni europee), tra il 2021 e il 2022 Google, Facebook, Apple, Amazon e Microsoft hanno aumentato la spesa per attività di lobbying arrivando a spendere più di 27 milioni di euro (tra questi, Google 6 milioni e mezzo di euro e Apple quasi 7 milioni di euro). Come riportato dal *Financial Times*, peraltro, accanto ad attività di lobbying registrate, le piattaforme digitali hanno tentato di condizionare i singoli commissari dell'Unione europea coinvolti nella discussione: emblematico è il documento preparato da Google, e fatto trapelare, che individua le modalità attraverso cui si sarebbero dovute esercitare pressioni su Thierry Breton, Commissario europeo per il mercato interno<sup>132</sup>.

Sempre con riferimento alle tendenze descritte, Facebook si è poi misurata sul terreno della sovranità statale attraverso l'esercizio di poteri propriamente giurisdizionali e sulla base del principio per cui «la libertà di espressione è sovrana, ma ci sono momenti in cui i contenuti possono essere in contrasto con autenticità, sicurezza, privacy e dignità. Alcune forme di libera parola possono mettere a rischio l'abilità di altre persone di esprimersi. Quindi bisogna trovare un

<sup>129</sup> A. MEADE-J. TAYLOR-D. HURST, *Facebook reverses Australia news ban after government makes media code amendments*, in *The Guardian*, 23 febbraio 2021.

<sup>130</sup> S. SCAGLIARINI, *La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica*, cit., p. 512.

<sup>131</sup> Su cui infra cap 4 par. 7.

<sup>132</sup> J. ESPINOZA, *Google apologises to Thierry Breton over plan to target EU commissioner*, in *The Financial Times*, 13 novembre 2020.

bilanciamento»<sup>133</sup>. Queste le parole di Facebook che hanno accompagnato la notizia dell'istituzione di un Oversight board, chiamato a gestire la domanda di tutela e di regolazione di diritti di rilevanza costituzionale, come quello di manifestazione del pensiero e di informazione. Scopo di tale Comitato è quello di garantire un controllo ulteriore, di secondo grado, sull'attività di rimozione di contenuti e di sospensione di account effettuata dalla stessa piattaforma per asserite violazioni delle proprie norme di community.

Le Regole di condotta e di procedura del Board sono state raccolte nei c.d. Statuti (Oversight Board Bylaws) che fungono tanto da atto costitutivo quanto da vero e proprio regolamento interno<sup>134</sup>, definendone la giurisdizione, gli atti sindacabili, i mezzi istruttori esperibili, la procedura e l'esecutività delle decisioni<sup>135</sup>.

I quaranta componenti – di cui 11 scelti preliminarmente e direttamente da Facebook, cui a loro volta è stato delegato di completare la composizione dell'organo – a partire dal 28 gennaio 2021 hanno iniziato a emettere le prime decisioni in merito ad attività di rimozione di contenuti effettuate dalla piattaforma social, rese nell'ambito di giudizi decisi dai membri del Comitato stesso: accedendo tramite il proprio account Facebook o Instagram è possibile presentare un «ricorso» rispetto a decisioni assunte in prima istanza dal social network; di tutte le segnalazione pervenute, però, non tutte sono oggetto di valutazione, ma, sulla base di una scelta del tutto discrezionale adottata a maggioranza dei componenti del Board, solo «un piccolo numero selezionato in base alla complessità» e alla luce «di criteri che garantiranno l'individuazione dei casi idonei [...] significativi e pertinenti a livello globale, in grado di arricchire le normative future»<sup>136</sup>.

Di alcuni di questi casi, che ridefiniscono nei fatti gli spazi di libertà e di dibattito all'interno dello stesso social network, appare utile trat-

<sup>133</sup> Come riportato da O. POLLICINO, *Facebook e il pericoloso passo in avanti verso la privatizzazione della giustizia digitale*, in *Il Sole24Ore*, 18 settembre 2019; anche su questi temi, v. A. MORELLI-O. POLLICINO, *Metaphors, Judicial Frames and Fundamental Rights in Cyberspace*, in *Am. J. Comp. L.*, 2020, p. 644 ss.

<sup>134</sup> Il testo degli Statuti è rinvenibile online su <https://oversightboard.com/sr/governance/bylaws/>; per una ricognizione generale, v. [www.oversightboard.com/governance/](http://www.oversightboard.com/governance/).

<sup>135</sup> Tra i commenti che hanno affrontato natura, scopi e funzionamento dell'organo, K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating and Independent Institution to Adjudicate Online Copyright*, in *129 Yale L. J.*, 2019-2020, p. 2418 ss.

<sup>136</sup> Si veda sinteticamente la procedura di ricorso al seguente indirizzo <https://www.oversightboard.com/appeals-process/>.

teggiate gli aspetti essenziali, al fine di poterne comprendere le implicazioni sul piano dell'esercizio del potere da parte di Facebook<sup>137</sup>.

Il primo caso analizzato riguarda un commento di un utente del Myanmar che, all'interno di un più elaborato discorso, aveva affermato «[there is] something wrong with Muslims psychologically»<sup>138</sup>. Questa frase era stata giudicata da Facebook offensiva nei confronti dei musulmani (cui sembrava essere imputabile una sorta di malattia mentale generalizzata) e l'intero post era stato censurato. Il Board, nel valutare il ricorso, fa innanzitutto riferimento agli standard della community che si intendono violati, in particolare la categoria dei discorsi d'odio – intesa da Facebook come riferibile a «messaggi violenti o disumanizzanti, stereotipi dannosi, dichiarazioni di inferiorità o richieste di esclusione o segregazione» – cui, però, non ritiene di ricondurre il commento censurato. Letta nella sua integrità la frase, spiega il Comitato, non rappresenta affatto un caso di retorica antimusulmana e, dunque, si pone all'interno dell'ambito coperto dagli standard della community, limitandosi a una critica sull'incoerenza tra le reazioni che si registrano in alcune comunità musulmane quando esse pretendono di difendere la propria identità: irragionevole, per l'utente, era il clamore suscitato dalle vignette di Charlie Hebdo rispetto al silenzio sulla repressione da parte delle autorità cinesi della minoranza musulmana Uyghur presente nella parte occidentale del Paese.

Altro caso, tra quelli decisi, inerisce il post di un cittadino armeno relativo al patrimonio artistico cristiano di Baku, in Azerbaijan, dove l'utente chiamava gli azeri «taziks» (un termine dispregiativo utilizzato per rimarcare uno status di inferiorità) e «aggressori», sosteneva la causa irredentista della regione di Nagorno-Karabakh, teatro di scontri durante la guerra armeno-azera ed esaltava l'apporto armeno nella creazione dell'identità della capitale Baku. In questo caso, il Comitato conferma la decisione di Facebook di censurare il post e fonda la propria argomentazione sul carattere ingiurioso del commento, che «se non costituisce incitamento [all'odio], nondimeno possiede il potenziale per causare effetti negativi»<sup>139</sup>. Per il Board, la chiave di tutto sta nel contesto: «dal settembre al novembre 2020, i combattimenti nella

<sup>137</sup> Un'analisi delle pronunce nel prosieguo riportate si deve a G. CERRINA FERONI, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche*, [www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9542545](http://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9542545). Tutte le decisioni dell'Oversight Board sono consultabili all'indirizzo <https://oversightboard.com/decision/>.

<sup>138</sup> *Case Decision 2020-002-FB-UA*.

<sup>139</sup> *Case Decision 2020-003-FB-UA*.

regione di Nagorno-Karabakh tra azeri e armeni hanno causato decine di vittime e il contenuto era stato postato poco prima del cessate-il-fuoco». Anche in considerazione di questa speciale circostanza, la maggioranza del Comitato ravvisa una violazione dei valori di sicurezza e dignità e una loro sovra-ordinazione rispetto a quello della libertà di parola. A fronte di questi rischi, vi sarebbe, a parere del Comitato, «una responsabilità da parte di Facebook nella tutela dei diritti umani».

Un'ulteriore decisione ha a che fare con la rimozione di post ritenuti pericolosi per la pace sociale in cui veniva richiamata una citazione erroneamente attribuita a Joseph Goebbels, secondo la quale in politica, piuttosto che argomentazioni razionali, si dovrebbero usare quelle istintive ed emozionali<sup>140</sup>. L'utente non condivideva né il significato della frase, né l'ideologia del gerarca nazista, anzi il suo scopo era quello di richiamare il pericolo che un tal pensiero potrebbe comportare. Facebook, tuttavia, ritiene che la condanna della frase di Goebbels non emergesse chiaramente («the users did not make clear that they shared the quote to condemn Joseph Goebbels») e rimuove il post. Il Comitato contesta la decisione del social network, non tanto perché lesiva, in assenza di un qualsivoglia intento di istigazione, della libertà di espressione dell'interessato, ma perché rileva come questa possa essere limitata, ad avviso del Board, solo in forza di regole che rispondano ai requisiti della chiarezza, della determinatezza e dell'accessibilità. Conclude pertanto che, con riferimento alle condotte che riguardano «il supporto a organizzazioni e individui pericolosi», le regole di Facebook non soddisfino tali requisiti. La piattaforma digitale avrebbe infatti dovuto compilare una lista di esempi che elenchi gli individui o i movimenti non tollerati: qualora lo avesse fatto, ben avrebbe potuto censurare il post.

Un'altra decisione ancora, tra quelle che qui interessano, riguarda il tema del dissenso nei confronti delle strategie di contrasto al virus Covid-19 messe in atto dai vari Stati, che non ha seguito un andamento sempre lineare e coerente e molto spesso ha visto prevalere un approccio empirico incentrato, soprattutto nella prima fase della pandemia, sulla ricerca di applicazioni sperimentali. Tale pronuncia annulla la decisione di Facebook di rimuovere il commento con il quale un utente francese, nell'ottobre 2020, criticava la strategia di contrasto al Covid-19 portata avanti dalle autorità francesi per il loro rifiuto di utilizzare l'idrossiclorichina, richiamando le dichiarazioni di Didier Raoult, professore di microbiologia e direttore dell'Institut Hospital-Universitaire Méditerranée Infection dell'Università

<sup>140</sup> *Case Decision 2020-005-FB-UA*.

di Marsiglia. La piattaforma ritiene il post in contrasto con le linee guida sugli abusi che concernono l'emergenza Covid-19, in particolare per i rischi di «disinformazione» che comporta, i quali si collocerebbero nella più ampia categoria della «violenza e istigazione». Secondo Facebook, avendo la comunità scientifica escluso l'efficacia del medicinale, la sua promozione avrebbe potuto istigare altri utenti a «ignorare le indicazioni precauzionali sanitarie e /o auto-curarsi».

Il Comitato, annullando la decisione, ritiene però che il rischio paventato da Facebook non fosse dimostrato, né che gli standard di Community spiegassero quali fattori concomitanti e contestuali, oltre la semplice dichiarazione dell'utente, favorissero tanto il danno quanto la sua imminenza. Di nuovo, in quest'ultima parte di motivazione, ciò che si rimprovera alla piattaforma non è l'indebita compressione della libertà di espressione a fronte di condotte che non mettono in discussione altri beni costituzionalmente rilevanti, ma il fatto che la prima sia stata limitata in assenza di regole sufficientemente dettagliate.

Particolarmente rilevante, il 5 maggio 2021<sup>141</sup>, il Comitato si trova a giudicare della sospensione degli account Facebook e Instagram<sup>142</sup> dell'ex Presidente degli Stati Uniti Donald Trump in seguito all'assalto al Campidoglio, avvenuto il 6 gennaio 2021 da parte dei suoi sostenitori. Il Comitato, in questo caso, riscontra che i due post pubblicati da Trump in quella data costituivano una violazione grave degli standard della community di Facebook e delle Linee guida di quella di Instagram: «We love you. You're very special», nel primo post, e «great patriots» e «remember this day forever» nel secondo, si ponevano in contrasto con le norme di Facebook che impediscono di esprimere elogio o supporto a persone coinvolte in atti di violenza. Il Comitato rileva che, ripetendo affermazioni infondate sui brogli elettorali e continuando a incitare all'azione, Trump, anche in forza dell'elevato numero di followers (35 milioni su Facebook e 24 milioni su Instagram) avrebbe creato un'atmosfera in grado di determinare un grave rischio di violenza, attuale anche al momento della pubblicazione dei post, usando parole a supporto delle persone coinvolte nelle rivolte, che, nei fatti, hanno legittimato le relative azioni<sup>143</sup>.

<sup>141</sup> *Case decision* 2021-001-FB-FBR.

<sup>142</sup> La stessa decisione di sospensione ha riguardato anche l'account Twitter di Donald Trump. Cfr. K. CONGER-M. ISAACH, *Twitter Permanently Suspends Trump*, in *New York Times*, 9 gennaio 2021. Tale account è stato riattivato il 20 Novembre 2022, dopo l'acquisto di Twitter da parte di Elon Musk.

<sup>143</sup> Il testo integrale della decisione è consultabile all'indirizzo [www.oversight-board.com/decision/FB-691QAMHJ/](http://www.oversight-board.com/decision/FB-691QAMHJ/).

Considerati la gravità delle violazioni e il protrarsi del rischio di violenze, la decisione di Facebook di sospendere gli account di Trump il 6 gennaio e di estendere tale sospensione il 7 gennaio è per il Comitato giustificata. Ciò che invece non appare corretto è il carattere «a tempo indeterminato» di tale provvedimento; pertanto, il Board indirizza al social network un monito, non vincolante, a definire, per il futuro, criteri di ri-ammissione. Nel dar conto dei rapporti intercorrenti tra il Comitato e Facebook appare utile considerare come il primo, nel corso di tale giudizio, abbia rivolto 46 domande alla piattaforma: quest'ultima, tuttavia, esercitando una prerogativa prevista dallo Statuto e affermando di non ritenerle necessarie ai fini della decisione, si è rifiutata di rispondere a sette di queste, tutte relative al modo in cui gli algoritmi del social network hanno influito sulla visibilità del Presidente Trump, nonché inerenti, in merito al caso in decisione, i contatti con rappresentanti politici.

Limitandosi a una preliminare analisi di queste prime decisioni rese dal Comitato<sup>144</sup>, appare evidente come si pervenga, nelle intenzioni, alla creazione di un organo para-giurisdizionale, di natura privata che – pur non escludendo il ricorso alle autorità dei singoli Stati – finisce per determinare, se ci si rivolge a esso, l'esclusione di garanzie che invece in ogni Stato di diritto costituzionale dovrebbero connotare tale funzione; manca, nella procedura, la tutela di qualsivoglia contraddittorio: sul sito istituzionale si legge un generico riferimento al fatto che, trasmesso il ricorso, il Board «di solito prende una decisione entro 90 giorni». Il contenuto e la forma delle decisioni, poi, variano di volta in volta: alcune parti della decisione sono vincolanti (per quanto non sia prevista alcuna sanzione o altro rimedio in caso di inadempimento), altre semplici raccomandazioni; muta, poi, costantemente la composizione del collegio, dal momento che le decisioni del Comitato sono adottate solo da gruppi di cinque membri per volta e il loro esito è frutto di una votazione a maggioranza. In ultimo, il parametro normativo applicato in tali decisioni non è l'ordinamento costituzionale dello Stato in cui è stata posta in essere la condotta, «ma gli standard giuridici internazionali, quali quelli definiti 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», nonché gli altri valori di riferimento della piattaforma, come dignità e sicurezza. Tutti, posti

<sup>144</sup> Nel momento in cui si scrive si sono raggiunte 23 decisioni.

sullo stesso piano, sono applicati per operare in concreto il bilanciamento con la libertà di espressione<sup>145</sup>.

Mutano così attraverso l'azione di un soggetto privato i paradigmi di giustizia elaborati a livello interno come internazionale<sup>146</sup> e si traspongono su un piano nuovo quel rischio di «evaporazione» dei diritti fondamentali<sup>147</sup> che le Costituzioni della seconda metà del Novecento avevano consegnato al bilanciamento di soggetti pubblici e che qui, in un deficit di rappresentanza democratica e nella piena discrezionalità di cosa sottoporre a decisione<sup>148</sup>, sono rimessi all'autorità di privati che si auto-legittimano. Infatti, se già considerazioni simili potevano essere svolte con riguardo a forme di giustizia privata, specie arbitrali<sup>149</sup>, diffuse negli ultimi anni, è in tale contesto che si trasforma ulteriormente il rapporto tra questi nuovi soggetti e le istituzioni pubbliche – statali o internazionali che siano – fino a incidere sulla conduzione di qualsiasi dibattito sul social network<sup>150</sup>: a un privato, la cui indipendenza dalla piattaforma che ne ha determinato la creazione e che ne finanzia il funzionamento è tutta da dimostrare, è chiesto di ri-valutare, in un giudizio di appello, il bilanciamento tra libertà di pensiero e altri beni costituzionalmente rilevanti<sup>151</sup> già operato da un altro privato sulla propria piattaforma, nell'esercizio di un potere di tipo giurisdizionale di massima delicatezza che, in quanto strettamente connesso al discorso democratico e alla sua legittimazione, è irrinunciabile per

<sup>145</sup> G. CERRINA FERONI, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche*, 16 febbraio 2021. Si veda altresì B. HARRIS, *Establishing Structure and Governance for an Independent Oversight Board*, [about.fb.com/news/2019/09/oversight-board-structure/](https://about.fb.com/news/2019/09/oversight-board-structure/), 17 settembre 2019.

<sup>146</sup> R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, p. 145. Cfr. T. GILLESPIE, *Custodians of the Internet*, cit., a pagina 8 si legge «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 sited to those with different experiences, cultures, or value systems».

<sup>147</sup> M. BETZU, *I baroni del digitale*, Napoli, 2022, p. 74.

<sup>148</sup> M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2 del 2021, p. 12. L'Autore sviluppa e porta a compimento le riflessioni di tale contributo in M. BETZU, *I baroni del digitale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022.

<sup>149</sup> C.V. GIABARDO, *Private Justice: The Privatisation of Dispute Resolution and the Crisis of Law*, in *Wolverhampton Law Journal*, n. 4 del 2020.

<sup>150</sup> M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, cit., p. 817.

<sup>151</sup> 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*, n. 19 del 16 ottobre 2019, p. 9 ss.

l'assunzione di ogni decisione di rilevanza normativa per la società e pertanto è sempre stato attribuito ad autorità pubbliche.

Non si tratta quindi solo di porre attenzione agli effetti della sovrapposizione tra sfera economica e culturale, ma anche alle tendenze espansive che tali piattaforme esercitano sulla sfera propriamente politica: di fatto, esse sembrano mirare a sostituirsi a governi, giudici e finanche legislatori<sup>152</sup>, in questo ultimo caso, sia ponendo le norme che disciplinano il loro stesso funzionamento, sia esercitando pressioni sui Parlamenti<sup>153</sup>; si assiste così a quella che Rodotà descriveva come «una nuova sottomissione delle persone alla pura logica proprietaria, a una legge del mercato nella quale si [incarna] un nuovo diritto naturale, con un conseguente trasferimento al mercato del potere normativo»<sup>154</sup>.

## 6. Coordinate (parziali) di discussione

La sovrapposizione tra sfere di potere che tale contesto determina, in assenza di vincoli e bilanciamenti, rischia così di porre godimento ed esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali in una dinamica concorrenziale<sup>155</sup> che li esclude da ogni garanzia di effettività<sup>156</sup>. È in tale prospettiva che il rapporto autorità-libertà chiama, nel mondo digitale, all'esigenza di riflettere sugli strumenti a disposizione del costituzionalismo per assolvere alla propria missione originaria di limitare e incanalare il potere, anche, come in questo caso, di natura privata.

Alla luce di ciò, le preliminari coordinate a cui sembra possibile ricondurre il discorso – ancora prima di ipotizzare, come si tenterà di fare nel capitolo successivo, alcune prospettive di azione – sono da rinvenirsi nella teoria dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali e nei principi di trasparenza e visibilità del potere.

<sup>152</sup> L. AMMANNATI, *I signori nell'era dell'algoritmo*, cit., p. 407.

<sup>153</sup> M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quad. Cost.*, n. 4 del 2019, p. 817.

<sup>154</sup> S. RODOTÀ, *Vivere la democrazia*, Roma-Bari, 2018, p. 94.

<sup>155</sup> F. PIZZOLATO, *Mutazioni del potere economico e nuove immagini della libertà*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3 del 2017, p. 3, ma anche F. PIZZOLATO (a cura di), *Libertà e potere nei rapporti economici. Profili giuspubblicistici*, Milano, 2010. Allo stesso modo, vi è tornato L. FERRAJOLI, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, II, Roma-Bari, 2007, p. 19 ss.

<sup>156</sup> H. BYUN-CHUL, *Psicopolitica. Il neoliberalismo e le nuove tecniche del potere*, Nottetempo, 2016, p. 23.

### 6.1. *Potere privato ed effetto orizzontale dei diritti fondamentali*

Il primo aspetto su cui appare essenziale concentrarsi al fine di ragionare sulle regole e sui limiti che possono essere imposti alle piattaforme digitali è quello della garanzia dei diritti fondamentali, non più limitabile al rapporto Stato-individuo e all'ambito della politica istituzionalizzata: se, come sostenuto, in termini attuali ancora oggi da Giorgio Lombardi in un momento in cui discussioni su tali tematiche non erano neanche ipotizzabili, nel quadro dei postulati dell'individualismo illuministico il problema di fondo stava nella rivendicazione della posizione del singolo di fronte allo Stato, fino a quel momento assoluto, oggi, che il sociale e il collettivo tendono a prevalere sul particolare e sull'individuale<sup>157</sup>, si pone la questione di disciplinare con le medesime forme di tutela<sup>158</sup> questi stessi diritti anche nell'ambito di rapporti tra soggetti privati<sup>159</sup>, ormai penetrati all'interno dei poteri tradizionali e formali<sup>160</sup>.

La forza del condizionamento – come persuasione, dissuasione o influenza, in grado di determinare le scelte delle persone<sup>161</sup> – che può derivare dall'uso di strumenti economici e ideologici, è in grado di ledere libertà e diritti garantiti dalla Costituzione in modo non meno ampio di quanto non sappia fare il potere politico<sup>162</sup>.

Dal momento che però il nostro ordinamento, nel ribadire il riconoscimento e la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (tanto come singolo che nelle formazioni sociali), non indica la direzione verso cui tali diritti devono essere garantiti<sup>163</sup>, si può sostenere che non è

<sup>157</sup> G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, p. 9.

<sup>158</sup> G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., p. 13.

<sup>159</sup> G. TEUBNER, *La matrice anonima Quando "privati" attori transnazionali violano i diritti dell'uomo*, cit., p. 17. In tale saggio l'Autore distingue tra diritti fondamentali, in capo alle istituzioni e che servono a tutelare l'autonomia dei processi sociali arginando le tendenze totalizzanti della matrice comunicativa; diritti fondamentali in capo alle persone che servono a tutelare, all'interno della società, l'autonomia di comunicazioni che non sono imputabili alle istituzioni, ma a quegli artefatti sociali che chiamiamo «persone»; diritti dell'uomo in senso stretto, quali limiti negativi della comunicazione sociale, entrano in azione quando l'integrità della psiche e del corpo umano è minacciata dalle intrusioni della matrice comunicativa.

<sup>160</sup> P. RESCIGNO, *Trasformazione del ruolo istituzionale dei privati*, in G. PIVA (a cura di), *Poteri, poteri emergenti e loro vicissitudini nell'esperienza giuridica italiana*, Padova, 1986, p. 257.

<sup>161</sup> F.E. OPPENHEIM, *Dimensioni della libertà*, cit., p. 41 e 112.

<sup>162</sup> H.J. MORGENTHAU, *The dilemmas of freedom*, in *The American Political Science Review*, LI, 1957, p. 714.

<sup>163</sup> G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., p. 94. Una recente, organica, ripresa di questo tema in F. BILANCIA, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, n. 3 del

alla natura pubblica o privata del potere che bisogna guardare per tutelare il sistema democratico o la dignità del singolo, ma ai suoi effetti, al fine di evitare abusi derivanti da una combinazione di forze che si avvalgono di una libertà (quella di iniziativa economica e di impresa) a discapito di altri<sup>164</sup>.

I diritti fondamentali, quindi, non possono che dispiegare la loro efficacia anche nell'ambito dello svolgimento dei normali rapporti *intersubiettivi*<sup>165</sup>; non solo dentro, ma anche al di là della sfera delle relazioni tra Stato e cittadino; e ciò alla luce di tre osservazioni<sup>166</sup>: a) non ha senso parlare di garanzia di libertà (solo) contro lo Stato: essa si svolge nel quadro dei rapporti sociali che hanno come protagonisti gli individui come tali, nella loro tipica essenza di persone; b) posto che l'ordinamento assume carattere unitario nel suo complesso, la distinzione tra una sfera di garanzia verso lo Stato e un ambito di tutela nei confronti dei consociati ai fini della protezione di beni che appaiono proclamati nelle dichiarazioni dei diritti, appare incomprensibile; c) la difficoltà di isolare, nel quadro della tutela unitaria dell'uomo, una dimensione della garanzia delle libertà operante nei soli confronti dei pubblici poteri, si rivela non del tutto appagante<sup>167</sup>.

2017, p. 41 ss.; cfr. anche G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari, 2005.

<sup>164</sup> P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, p. 289.

<sup>165</sup> Il riferimento alla teoria dei diritti pubblici subiettivi è a G. JELLINEK, *Sistemi dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, 1912.

<sup>166</sup> Così, in modo analitico, G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., p. 53.

<sup>167</sup> In una posizione diversa si pone l'ordinamento americano, la cui giurisprudenza federale ha costantemente ritenuto le disposizioni del Bill of Rights come unicamente pertinenti i rapporti sul piano verticale tra autorità federali e cittadini. La nascita della *state action doctrine* si fa risalire a *The Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883), in una logica che vedeva il testo originario della Costituzione definire i principi della forma di governo e il catalogo dei diritti delineare quelli della forma di Stato. Confermare l'efficacia delle disposizioni dei primi dieci emendamenti al rapporto fra autorità e cittadini ha dunque significato che negli Stati Uniti d'America non abbia attecchito la dottrina dell'efficacia orizzontale dei diritti sanciti in Costituzione: pur con qualche (rilevante) eccezione. Cfr. G. ROMEO, *Building Integration through the Bill of Rights: The European Union at the Mirror*, in *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 47, 2018, p. 40-42 -, infatti, essi non fondano pretese nei rapporti fra i privati. In particolare, cfr. M. TUSHNET, *Shelley v. Kraemer and Theories of Equality*, in *New York Law School L. Rev.*, n. 33 del 1988, p. 383-408 e per una ricostruzione, D. TEZZA, *Soluzioni tradizionali per piattaforme moderne: la state action (non) mostra i segni del tempo*, in *Medialwas. Rivista di diritto dei media*, 5 maggio 2020. In realtà, un esempio di applicazione orizzontale dei diritti fondamentali è fornito dal caso della Corte Suprema degli Stati Uniti *Shelley v. Kraemer* 334 U.S. 1 (1948). Il caso di specie riguardava una clausola con-

I diritti fondamentali previsti dalle Carte costituzionali come garanzie normative poste alla base della convivenza politica, e quindi indissolubilmente legati anche agli aspetti essenzialmente sociali che ne stanno alla base, vengono così ad avere un effetto diretto tanto nella dimensione verticale (nella contrapposizione tra autorità e libertà) quanto in quella orizzontale (nei rapporti tra privati)<sup>168</sup>, che si concretizza, quanto a quest'ultimo aspetto, in un vero e proprio vincolo di validità della disciplina di diritto privato<sup>169</sup>, operante qualora le parti del rapporto non si trovino in quella posizione di simmetria che giustifica – sia sul piano giuridico che ideologico – l'autonomia privata<sup>170</sup>, ma in una situazione dominante-dominato<sup>171</sup>. Tale condizione è così idonea a dar vita a una forma di assoggettamento che si ripercuote sul piano del diritto attraverso restrizioni alla sfera giuridica di quanti si trovano nella posizione più debole<sup>172</sup>: una parte esplica nei confronti dell'altra non solo i diritti e le pretese derivanti dal rapporto privatistico come tale, ma anche influenze e condizionamenti<sup>173</sup> che rendono altri non liberi di agire in determinati modi<sup>174</sup>. Si tratta, quindi, di un potere che è privato per quanto concerne la sua fonte (in quanto geneticamente riconducibile agli schemi contrattuali) e i soggetti cui si riferisce, ma che si realizza con quelle forme di cogenza e di autorità assimilabili sostanzialmente alle categorie amministrativistiche, in senso lato, che sono proprie dei poteri di diritto pubblico<sup>175</sup>.

È in questo senso che si può sostenere che la vocazione istituzionale dei diritti fondamentali comporta che essi svelino un'attitudine non più soltanto antagonistica, bensì anche conformativa<sup>176</sup> rispetto ai poteri, siano essi pubblici o privati: alla luce della crescente differenziazione e complessità sociale, propria della modernità, tali diritti

trattuale secondo cui gli afroamericani potevano vendere le case acquistate soltanto ai bianchi. In particolare, la controversia emersa riguardo tale previsione contrattuale portava la Corte Suprema a rivedere la decisione della lower Court. Ritenendo una tale restrizione lesiva della equal protection clause.

<sup>168</sup> R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, p. 570-571.

<sup>169</sup> S. GARDBAUM, *The Horizontal Effect of Constitutional Rights*, in *Michigan L. Rev.*, 102, n. 3 del 2003, p. 387-459 e in particolare p. 414-422.

<sup>170</sup> L. FERRI, *Nozione giuridica di autonomia privata*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1947, p. 129.

<sup>171</sup> G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., p. 88.

<sup>172</sup> G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., p. 86-87.

<sup>173</sup> F.E. OPPENHEIM, *Dimensioni della libertà*, cit., p. 31 e 57 e ss.

<sup>174</sup> F.E. OPPENHEIM, *Dimensioni della libertà*, cit., p. 17.

<sup>175</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1967, Vol. I, p. 91 e S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1946, p. 172 e 193 ss.

<sup>176</sup> Cfr. G.F. FERRARI, *Libertà. Profili comparatistici*, Torino, 2011, p. 354.

inviolabili «non solo proteggono l'individuo dallo Stato, ma strutturano l'ambiente [...] in modo da consolidare lo Stato come sottosistema della società»<sup>177</sup>.

L'utilità di tale approccio ai diritti fondamentali, che trae origine dalla giurisprudenza delle Corti tedesche degli anni '50 del Novecento<sup>178</sup> e che si afferma nelle altre Corti costituzionali europee, prima, e nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>179</sup> e della Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>180</sup>, poi, appare evidente

<sup>177</sup> N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, Bari, 2002, p. 86. In tale visione, che lo Stato divenga sottosistema della società è la logica conseguenza della differenziazione sociale, in seguito alla quale non tutta la *res publica* può dirsi contenuta nei ranghi dello Stato, essendosi affermati ambiti che riguardano sfere della comunicazione sociale (come l'economia, la scienza, la religione, il diritto stesso) irriducibili ai confini di esso. A dispetto delle apparenze, tale posizionamento dello Stato tra i vari sottosistemi sociali non equivale a uno svilimento dello stesso: intanto, perché sono proprio i diritti fondamentali a segnalare allo stato che i suoi compiti, con la complessità sociale, risultano complessivamente accresciuti, cosicché un sempre maggior numero di problemi deve essere risolto mediante decisioni, vincolanti, delegate a un'apposita burocrazia statale (p. 15). Lo Stato, dunque, è più che mai chiamato in causa dalla differenziazione sociale e dai diritti fondamentali. Questi ultimi svolgono una precipua funzione: quella di stabilizzare il sistema politico (lo Stato, dunque).

<sup>178</sup> È l'applicazione della teoria del *Drittwirkung*. Cfr. in tal senso, in primo luogo, BVerfGE 7, 198, Federal Constitutional Court (First Senate) 15 January 1958. Il caso Lüth riguardava un esponente della classe politica che si era opposto alla distribuzione del film antisemita «Jüd Jüss». In particolare Lüth veniva condannato a risarcire i danni che aveva causato attraverso la sua attività di boicottaggio. A seguito di tale decisione, Lüth si appellava alla Corte costituzionale lamentando la violazione della sua libertà di espressione. La Corte costituzionale tedesca affrontava quindi una questione attinente all'estensione dei diritti costituzionali nei rapporti tra privati. In tale occasione, la Corte tedesca per la prima volta ha sostenuto che i diritti costituzionali non costituiscono soltanto delle pretese dell'individuo nei confronti dello Stato ma formano un insieme di valori che si applicano in tutte le aree del diritto fornendo indicazioni assiologiche al potere legislativo, esecutivo e giudiziario. Nel caso di specie, la tutela della libertà di espressione non si sviluppa soltanto in senso verticale nei confronti dello Stato, ma anche in senso orizzontale visto che le norme di diritto civile devono essere interpretate secondo lo spirito della carta costituzionale. In dottrina si veda M. KUMM, *Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, in *German L. J.*, n. 7 del 2006, p. 341-370.

<sup>179</sup> Si veda in particolare CEDU, X e Y c. Paesi Bassi, n. 91 (1985).

<sup>180</sup> Sul tema dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali della Carta di Nizza si vedano, in particolare, D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018; S. WALKILA, *Horizontal Effect of Fundamental Rights*, in *EU Law*, Amsterdam, 2016; E. FRANTZIOU, *The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality*, in *European Law Journal*, 2015, p. 657 ss.; D. LECZYKIEWICZ, *Ho-*

alla luce delle sue più recenti attualizzazioni e delle ricadute che possono derivare, per il tema che qui interessa, sul funzionamento delle piattaforme digitali e sul ruolo che, in questo contesto, svolge la tecnologia<sup>181</sup>. Il rapporto tra autorità e libertà in ambito digitale si presenta infatti oggi in una dimensione che vede, da una parte, le grandi piattaforme, le quali, non limitate dai confini nazionali<sup>182</sup>, esercitano un ruolo decisivo per il godimento dei diritti fondamentali, rendono possibile l'accesso alla diffusione dell'informazione e obbligano chi si iscrive a esse e fruisce dei relativi servizi al rispetto di proprie condizioni, svincolando al contrario la loro azione dall'imposizione di ogni limite<sup>183</sup>; dall'altra, gli utenti, tra cui anche quelli che esercitano funzioni politiche, oggetti e soggetti di una nuova forma di «capitalismo della sorveglianza»<sup>184</sup> alimentato da frammenti, spesso delicatissimi, dell'esistenza di ciascuno<sup>185</sup>.

Se alla luce di ciò appaiono significativi i rischi che possono derivare alla dignità dell'essere umano quando si sia «in presenza [...] di una competitività e di una lotta sociale estremamente accesa, [non-

*horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, in *European L. Rev.*, n. 38 del 2013, p. 479 ss.; O. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in V. PICCONE-O. POLLICINO (a cura di), *La Carta dei Diritti Fondamentali dell'unione Europea*, Napoli, 2018, p. 263-300; da ultimo, poi, F. COSTAMAGNA, *Diritti fondamentali e rapporti tra privati nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2022.

<sup>181</sup> G. TEUBNER, *La matrice anonima. Quando 'privati' attori transnazionali violano i diritti dell'uomo*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2006 (spec. p. 12, nota 67, per riferimenti bibliografici sul neo-istituzionalismo).

<sup>182</sup> G. TEUBNER, *La matrice anonima. Quando "privati" attori transnazionali violano i diritti dell'uomo*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2006, p. 10. Infatti nell'ambito nazionale – pur affrontando il problema dell'effetto orizzontale dei diritti – gli schemi di soluzione evitano sistematicamente di rispondere alla questione se anche gli attori privati siano direttamente soggetti agli obblighi imposti dai diritti fondamentali. Questa questione viene elusa attraverso lo sviluppo di tutta una serie di dottrine per le quali i diritti fondamentali svilupperebbero nel settore privato soltanto effetti «indiretti»; cfr. D. FRIEDMAN-D. BARAK-EREZ, *Human Rights*, in *Private Law*, Oxford, 2001; A. TOMKINS, *Introduction: On Being Sceptical about Human Rights*, in T. CAMPBELL (a cura di), *Sceptical Essays on Human Right*, Oxford, 2001, p. 1; A. BARAK, *Constitutional Human Rights and Private Law*, in *Revue d'etudes constitutionnelles*, n. 3 del 1996, p. 218.

<sup>183</sup> R. PETRUSO, *Le responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a confronto*, Torino, 2019, p. XVIII.

<sup>184</sup> Chiaro in questo caso il riferimento a S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2019.

<sup>185</sup> A. SORO, *Democrazia e potere dei dati. Libertà, algoritmi, umanesimo digitale*, Milano, 2019.

ché] tutte le volte che ciò può servire un interesse sufficientemente forte»<sup>186</sup>, è allora attraverso la garanzia effettiva dei diritti fondamentali che, in un contesto come quello attuale definito da un paradigma esclusivamente privatistico, può individuarsi il primo vincolo da opporre a questi poteri privati.

## 6.2. Pubblicità e trasparenza del potere quali strumenti di partecipazione

Alla dottrina dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali può affiancarsi l'analisi di altri due principi in grado di rafforzare la posizione degli individui rispetto ai nuovi poteri della società algoritmica: il principio di trasparenza e quello correlato di visibilità del potere.

L'esigenza di pubblicità del potere, aspetto proprio della polemica illuminista contro lo Stato assoluto, che risponde all'idea per cui «tutte le azioni relative al diritto di altri uomini, la cui massima non è suscettibile di pubblicità, sono ingiuste»<sup>187</sup>, appare oggi di particolare rilievo, in un contesto in cui soggetti privati estendono la propria azione a funzioni e poteri che nel passato erano prerogative della sovranità, secondo modalità per lo più occulte nelle loro dinamiche.

Pubblicità e trasparenza offrono allora coordinate utili a orientare la discussione rispetto alle tipologie di vincoli opponibili a tali soggetti e sono meglio comprensibili, nel significato che si vuole attribuire loro, se si ricollegano al principio di partecipazione: quest'ultimo consente ai singoli di «prendere parte o avere un ruolo, con altri, in un processo decisionale»<sup>188</sup>, al fine di «favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali»<sup>189</sup> o, in generale, su chi eserciti un potere.

<sup>186</sup> A. CERRI, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. Giur. It.*, 1995, p. 2.

<sup>187</sup> I. KANT, *Risposta alla domanda: che cosa è l'illuminismo*, in N. BOBBIO-L. FIRPO-V. MATHIEU (a cura di), *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, 1956, p. 328.

<sup>188</sup> M.P. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977, p. 34. Afferma l'Autore che «dall'analisi delle accezioni di partecipazione emerge un nucleo centrale: la partecipazione è il procedere o l'aver un ruolo con altri in un processo decisionale [...]» dove si dice che «la partecipazione, prima di essere una formula verbale riassuntiva di una serie di istituti giuridici, è una categoria logica, cioè uno strumento concettuale di indagine o per la sua espressione linguistica; come tale esso non si riferisce né a cose, né a persone, ma a procedure, ad una serie di comportamenti di un certo tipo».

<sup>189</sup> Sulla «trasparenza come metafora della distribuzione del potere» e sulla «trasparenza come risultato: pubblicità e accesso come strumenti di trasparenza» si veda F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2008, 4 e 7 ss. Sul rapporto

La partecipazione trova infatti nella trasparenza il suo carattere identitario<sup>190</sup>: esclude cioè di potersi esercitare in segreto<sup>191</sup> ed è funzionale a instaurare meccanismi di sorveglianza che, nell'interazione tra società e istituzioni<sup>192</sup>, consentano, grazie a un'adeguata informazione<sup>193</sup>, di partecipare alle decisioni. Stretta è in questo senso, nella dimensione pubblica, la sua connessione con la sovranità popolare, inscindibilmente collegata alla possibilità di prendere parte alle scelte di

tra trasparenza e democrazia si rimanda inoltre a G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, p. 33, ove l'Autore sottolinea che «[...] la trasparenza dell'amministrazione, intesa come diritto a conoscere ma anche a comprendere ciò che si è conosciuto, acquista un ruolo fondamentale per lo sviluppo della democrazia [...]», 35. Si veda altresì A. CAUDURO, *La partecipazione amministrativa come trasparente "associazione" o "dissociazione" dalle scelte della pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, n. 1 del 2022, p. 181 ss.

<sup>190</sup> Particolarmente evidente nell'ambito dell'attività amministrativa, rispetto alla quale l'art. 1 c. 1 del D.lgs. n. 33 del 2013, afferma che «la trasparenza è intesa come accessibilità totale dei dati e dei documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche». La trasparenza amministrativa, come «accessibilità totale dei dati e dei documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni», non viene intesa solo a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, ma anche come promozione della «partecipazione degli interessati all'attività amministrativa».

<sup>191</sup> N. BOBBIO in *Democrazia e segreto*, Torino, 2011, afferma che «il segreto è l'essenza del potere». Sui rapporti tra segreto e potere si veda altresì C. COLAPIETRO, *Trasparenza e democrazia: conoscenza e/è potere*, in L. CALIFANO-C. COLAPIETRO (a cura di) *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, 2014, p. 7 ss. e CORSO G., *Potere politico e segreto*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.

<sup>192</sup> Sulla democrazia partecipativa come interazione tra società e istituzioni si veda U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *La democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, p. 13 ss., specie dove si dice che perché si abbia democrazia partecipativa «occorre che nella procedura vi sia l'incontro con la presenza attiva delle istituzioni rappresentative e amministrative, chiamate, secondo un compito per loro normale ma in questi casi non esclusivo, a ruoli di iniziativa, istruttorio e decisorio». Si veda, inoltre, anche G. ARENA, *Valore e condizioni della democrazia partecipativa*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *La democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, cit., p. 85 ss; V. PAZÈ, *Democrazia partecipativa. Che cos'è?*, in M. MANGINI (a cura di), *Democrazia, cittadinanza e governo del territorio*, Bari, 2013, p. 64 ss.; A. ALGOSTINO, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento No Tav*, Napoli, 2011.

<sup>193</sup> Lo stesso Weber riconosceva il valore centrale dell'informazione in funzione del controllo politico; cfr. M. WEBER, *Parlamento e Governo. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti*, Roma-Bari, 1993, p. 57 ss.

indirizzo politico generale<sup>194</sup> e di poter così contribuire alla rimozione di quegli ostacoli che, limitando di fatto la «libertà e l'uguaglianza, impediscono [...] l'effettiva partecipazione [...] all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3 co 2 della Costituzione).

Tali principi (partecipazione, trasparenza e pubblicità), come evidente, non trovano però realizzazione solo nella politica, nell'esercizio dei pubblici poteri e nel riferimento alle differenti funzioni costitutive della Repubblica (legislativa, giurisdizionale e amministrativa). Invero, se pur con pretese diverse<sup>195</sup>, essi si oppongono in maniera ampia e complessa alla generale idea del segreto, quale elemento proprio di qualsiasi forma di potere, quindi anche quello economico e culturale<sup>196</sup>: il segreto, infatti, «sta nel nucleo più interno di [ogni] potere»<sup>197</sup> e tra questi due elementi vige un rapporto di circolarità reciproca<sup>198</sup>, che rende incompatibile l'esistenza di un regime effettivamente democratico e la pretesa del potere di essere invisibile; in questo senso, la democrazia non può che essere il governo del potere visibile, la cui caratteristica principale è il controllo da parte dei cittadini. Essa infatti presuppone l'assunzione di responsabilità e la sottoposizione del potere a forme di controllo, che si inseriscono nell'ambito di un delicato equilibrio tra segreto e conoscenza, volto a garantire tanto la libertà dell'eletto che quella dell'elettore e che è risolto assicurando, da un lato, la segretezza del voto – che protegge i cittadini da condizionamenti che possano derivare a essi dal potere politico – e dall'altro, la pubblicità dei lavori parlamentari e l'assunzione di responsabilità politica da parte degli eletti<sup>199</sup>.

<sup>194</sup> C. MORTATI, *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, p. 23.

<sup>195</sup> Fa menzione, nella ricostruzione operata, alla dimensione oppositiva, pretesiva e collaborativa della partecipazione nella sua connessione con la trasparenza, A. CAUDURO, *La partecipazione amministrativa come trasparente "associazione" o "dissociazione" dalle scelte della pubblica amministrazione*, cit., p. 197-198.

<sup>196</sup> M.P. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, cit., p. 134-135; «una volta constatato che esistono ostacoli di ordine economico e sociale che di fatto limitano la libertà e l'eguaglianza, e accertato che per superare tali incongruenze è necessario uno sforzo positivo della Repubblica, dovrebbe apparire chiara la stretta interazione con l'idea di partecipazione. Questa trova il terreno per la sua realizzazione in tutti i settori della politica, dell'economia e della società e pertanto una partecipazione "effettiva" non è che il sinonimo della eguaglianza sostanziale ed insieme il veicolo istituzionale finalizzato per il superamento delle disuguaglianze».

<sup>197</sup> Così si apre l'opera di E. CANETTI, *Massa e potere*, Milano, 1981.

<sup>198</sup> C. PUNZI, *Segreto come eccezione. Sul confine tra diritto e non-diritto*, in *Sociologia del diritto*, n. 2 del 2017, p. 59 ss.

<sup>199</sup> M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, cit., p. 300.

In questo senso, la definizione della democrazia come «potere pubblico in pubblico»<sup>200</sup> appare oggi, per i fini che qui interessano, un'idea regolativa di cui è opportuno riappropriarsi, pungolando non solo il tradizionale potere pubblico, ma anche quello privato, chiamato a essere ciò che autonomamente non sarebbe: ossia, un potere trasparente<sup>201</sup>. Se la ragione profonda della segretezza è proprio quella di sfuggire a ogni possibile controllo, in quanto il potente è «tanto più incontrollabile quanto più [è] invisibile»<sup>202</sup>, conoscere il potere – ogni potere – è quindi un'operazione imprescindibile al fine del suo riconoscimento, contenimento e dunque del suo trattamento giuridico<sup>203</sup>. Le considerazioni svolte non possono che valere allora anche nei confronti del sapere tecnico e specializzato, il quale aspira a essere inaccessibile alla massa<sup>204</sup> e, proprio grazie a tale inaccessibilità, è in grado di mantenere asimmetriche posizioni di superiorità (e quindi di potere) rispetto a chi ne è soggetto e non riesce ad afferrarne la natura e la portata.

### 6.2.1. *La segretezza dell'algoritmo e l'esigenza della sua conoscibilità*

Nel caso delle piattaforme digitali, segreti (o meglio, protetti dalle norme sulla proprietà intellettuale) sono gli algoritmi che definiscono la logica seguita per ottenere, aggregare e analizzare i dati immessi sulle piattaforme dagli utenti e ceduti a terzi per finalità commerciali o messi al servizio di dinamiche pubbliche. Segreti sono altresì gli algoritmi che, alla luce di tali dati e delle elaborazioni degli stessi, decidono quali informazioni diffondere e a chi<sup>205</sup>. Incomprensibili e inaccessibili alla partecipazione degli utenti sono poi le decisioni che presiedono alla rimozione e selezione dei contenuti che gli stessi fanno transitare su tali piattaforme.

Gli algoritmi sono meccanismi tecnici indispensabili nelle decisioni e nelle attività umane<sup>206</sup>: la stessa navigazione sul web sarebbe impossibile senza processi di intelligenza artificiale che curano i con-

<sup>200</sup> N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, Torino, 1999, p. 339.

<sup>201</sup> N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 1980.

<sup>202</sup> N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, cit., p. 199.

<sup>203</sup> M.R. FERRARESE, *Privatizzazioni, poteri invisibili e infrastrutture giuridiche globali*, in *Dir. Pubbl.* n. 3 del 2021, p. 875.

<sup>204</sup> M. WEBER, *Economia e società*, cit., p. 55.

<sup>205</sup> G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., p. 26.

<sup>206</sup> B. CHRISTIAN-T. GRIFFITHS, *Algorithms to live by: The computer science of human decisions*, New York, 2016.

tenuti e consentono di rinvenire le informazioni<sup>207</sup>; tuttavia, la questione della conoscibilità della decisione algoritmica, diventa urgente là dove l'impiego di tale tecnologia si realizza quale manifestazione dell'esercizio di un potere, nelle forme e con gli effetti visti.

Si tratta di considerazioni rinvenibili nel Rapporto 2020 *dell'Agenzia europea per i diritti fondamentali*, che rileva come, in un'ottica di garanzia di tali diritti fondamentali, sia necessario mettere in luce i pericoli che derivano dal fatto che la raccolta, l'estrazione, la profilazione e l'analisi dei dati da parte delle diverse piattaforme si basi su modelli predittivi non neutri e inconoscibili, caratterizzati da pre-orientamenti assiologici in grado di condizionare l'esito della valutazione e progettati per massimizzare i profitti, «catturando» l'attenzione degli utenti senza essere sottoposti ad alcuna responsabilità pubblica<sup>208</sup>.

Si tratta di condizioni che si pongono in contrasto anche con i modelli che fino a oggi hanno interessato l'uso di decisioni algoritmiche automatizzate da parte di soggetti esercenti funzioni pubbliche nei confronti di privati, i quali possono essere ricondotti, nelle loro ricadute finali e nelle differenze rispetto ai casi riportati, all'affermazione del principio per cui le logiche proprietarie (e quindi il segreto) non possono prevalere qualora l'utilizzazione e applicazione dell'algoritmo si ponga in termini di esclusività rispetto alla decisione finale: l'algoritmo, per opporsi a forme di controllo, può solo limitarsi a fornire un elemento per la decisione umana, ma non può prendere il posto della discrezionalità a essa sottesa.

Un esempio è quello sottoposto all'attenzione della Corte Suprema del Wisconsin<sup>209</sup>, con riferimento alla conoscibilità dell'algoritmo Correctional Offender Management Profiling for Alternative San-

<sup>207</sup> G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., p. 27-28. Si veda altresì A. MAGNANI, *Il potere degli algoritmi: cosa sono, come funzionano e perché servono alle aziende*, in *IlSole-24Ore*, 30 novembre 2017. Sul più generale tema, tra gli altri, S. BAROCAS-A.D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, in *California L. Rev.*, 2016, p. 271 ss.; M. MEZZA, *Algoritmi di libertà. La potenza del calcolo tra dominio e conflitto*, Roma, 2018.

<sup>208</sup> Fundamental Rights Report 2020 – [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2020-fundamental-rights-report-2020\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-fundamental-rights-report-2020_en.pdf).

<sup>209</sup> *State Vs. Loomis*, 881 N.W.2d 749. Per una più completa ricostruzione si veda, anche con riferimento al principio di non discriminazione connesso all'uso degli algoritmi, A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., p. 73. Il caso è per molti aspetti emblematico: lo richiamano, ex multis, A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento tra scienza, etica e diritto*, in *An. Giur. Econom.*, n. 1 del 2019, p. 47; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. Dir.*, n. 2 del 2019, p. 215-216; S. CARRER, *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, in *Giur. Pen.*, n. 4 del 2019.

ctions (Compas)<sup>210</sup>, utilizzato nelle Corti americane in collegamento con una banca dati contenente casi simili, precedenti giudiziari e dati anagrafici degli imputati, con l'obiettivo di determinare il rischio di recidiva di individui condannati per un determinato crimine<sup>211</sup>. Tale sistema valuta la pericolosità sociale dell'imputato sulla base di dati statistici e di una serie di altre variabili costituenti input coperti da proprietà intellettuale, immessi nel sistema di decisione algoritmica da parte della società che ne detiene la titolarità.

Nonostante, nel 2016, il sito giornalistico ProPublica abbia pubblicato un articolo<sup>212</sup> in grado di dimostrare la natura discriminatoria di tale meccanismo nei confronti degli individui di colore, erroneamente indicati come a maggior rischio di recidiva<sup>213</sup>, esso continua a essere tutt'oggi utilizzato.

Nel febbraio 2013, Eric Loomis, cittadino americano, viene arrestato per non essersi fermato all'ordine di un poliziotto mentre

<sup>210</sup> L'acronimo corrisponde a «Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions». L'algoritmo elabora i dati ottenuti dal fascicolo dell'imputato e dalle risposte fornite nel colloquio con lo stesso. Per quanto riguarda la valutazione del rischio, l'elaborato consiste in un grafico di tre barre che rappresentano in una scala da 1 a 10 il rischio di recidiva preprocessuale, il rischio di recidiva generale ed il rischio di recidiva violenta. I punteggi di rischio sono volti a predire la probabilità generale che gli individui con una storia criminosa simile siano più o meno propensi a commettere un nuovo reato una volta tornati in libertà. L'aspetto da tener presente è che COMPAS non prevede il rischio di recidiva individuale dell'imputato, bensì elabora la previsione comparando le informazioni ottenute dal singolo con quelle relative ad un gruppo di individui con caratteristiche assimilabili. Nelle Corti statunitensi si usa anche il software Public Safety Assessment (PSA), necessario per calcolare l'ammontare della cauzione o del periodo di custodia cautelare degli imputati. In generale, per una riflessione metodologica sull'uso delle tecnologie digitali nel diritto e in una prospettiva processuale, che non si intende in questa sede trattare, cfr. P. MORO, *Algoritmi e pensiero giuridico. Antinomie e interazioni*, in *Medialaw. Rivista di diritto dei media*, 2019; A. ZIROLDI, *Intelligenza artificiale e processo penale tra norme, prassi e prospettive*, in *Questione Giustizia, Relazione per l'incontro di studi organizzato Scuola superiore della magistratura: Progresso scientifico e giudizio di merito: nuove scienze, prove atipiche, perizia*, Roma, 13 settembre 2019; S. QUATTROCOLO, *Intelligenza Artificiale e giustizia: nella cornice della Carta Etica Europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in *lalegislazionepenale.eu*, 18 Dicembre 2018, p. 3.

<sup>211</sup> G. SARTOR-K. BRANTING (a cura di), *Judicial applications of Artificial Intelligence*, Dordrecht, 1998, p. 105 ss.

<sup>212</sup> J. ANGWIN-J. LARSON-S. MATTU-L. KIRCHNER, *Machine bias. there's software used across the country to predict future criminals. and it's biased against blacks*, in *ProPublica*, 23 maggio 2016.

<sup>213</sup> A. VENANZONI, *La Valle del perturbante: il costituzionalismo alla prova delle intelligenze artificiali e della robotica*, cit., p. 249.

guidava un autoveicolo senza il consenso del proprietario e, per questo, è condannato a sei anni di prigione e cinque di libertà vigilata. La Corte della contea di La Crosse, in un passaggio della sentenza, motiva la propria decisione affermando che «attraverso l'utilizzo del software Compas [l'imputato] è stato ritenuto un individuo ad alto rischio per la comunità, in quanto la sua storia personale e gli strumenti di valutazione del rischio suggeriscono un'alta probabilità di recidiva». Il caso davanti a cui ci si trova di fronte è quello di un algoritmo, creato da una società privata e per fini predittivi<sup>214</sup>, utilizzato da un'autorità giurisdizionale pubblica per assumere decisioni con effetti sulla libertà personale di un individuo<sup>215</sup>. La difesa di Loomis, alla luce di ciò, chiede di poter aver accesso al codice sorgente del software di valutazione per comprendere ed eventualmente contestarne il risultato finale, ma la Corte respinge tale richiesta sulla base della natura proprietaria dello strumento tecnico utilizzato.

Il condannato, dunque, impugna la sentenza innanzi alla Corte di Appello, la quale rinvia la questione alla Corte suprema dello Stato del Wisconsin, chiamata a valutare se possa dirsi intervenuta, in questo caso, una violazione del principio del giusto processo<sup>216</sup>: il giudice della contea, secondo Loomis, avrebbe violato il suo diritto a conoscere le ragioni della propria condanna, dal momento che la natura proprietaria dell'algoritmo ha impedito di comprendere ciò che è stato posto alla base di una parte rilevante della motivazione<sup>217</sup>.

La Corte Suprema del Wisconsin respinge, tuttavia, tale interpretazione, riconoscendo come sia legittimo opporre la segretezza dei meccanismi alla base del funzionamento dell'algoritmo, in quanto esso rappresenta non l'unico, ma «solo uno degli strumenti a disposizione del Tribunale, che rimane libero di basarsi su parti di esso, rifiutandone altre».

<sup>214</sup> P. DOMINGOS, *L'algoritmo definitivo. La macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, Milano, 2016, p. 64 ss.; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2018, p. 872-893, che pone l'attenzione sul fatto che tali tendenze predittive siano coerenti con quell'ideale di certezza del diritto che ha accompagnato la formazione dello Stato moderno.

<sup>215</sup> K.D. ASHLEY, *Artificial Intelligence and legal analytics. New tools for law practice in the digital Age*, Cambridge, 2017.

<sup>216</sup> La c.d. due process clause, riconducibile al V e al XIV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti.

<sup>217</sup> Altri argomenti avanzati dalla difesa erano la violazione del diritto dell'imputato ad una sentenza individualizzata e, infine, la circostanza che l'utilizzo del software Compas avrebbe determinato una discriminazione di genere, trattando in maniera differenziata il rischio di recidiva degli uomini e quello delle donne.

Di segno apparentemente opposto, per quanto simile nel principio di diritto che all'esito del giudizio trova affermazione, è la controversia decisa dal Tar Lazio con riguardo all'applicazione della l. 13 luglio 2015, n. 107 recante *Disposizioni sulla Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione* (la cd *buona scuola*): in questo caso è stato il Ministero della Pubblica Istruzione a servirsi di un software, implementato sempre da una società privata<sup>218</sup>, per gestire un numero rilevante di richieste di prima assegnazione delle sedi di servizio. All'esito di ciò, un sindacato di insegnanti, la Gilda Unams, dopo essersi visto negare l'accesso all'algoritmo, richiesto ai sensi dell'art. 22 della l. 7 agosto 1990, n. 24<sup>219</sup> al fine di acquisire piena cognizione degli input in forza dei quali il Ministero aveva proceduto alle assegnazioni, impugna tale diniego dinanzi al Tar Lazio<sup>220</sup>.

Il giudice amministrativo rileva in questo caso come sia imprescindibile la conoscenza del funzionamento di un algoritmo che sia utilizzato nella decisione pubblica, soprattutto quando, come nell'ipotesi considerata, finisce per determinarla; contestualmente dichiara, in un *obiter dictum*, che l'uso di meccanismi algoritmici è ammissibile solo qualora coinvolga un potere amministrativo vincolato; non, invece, nel caso in cui la decisione algoritmica aspiri a sostituire l'esercizio di un potere amministrativo discrezionale, che vedrebbe limitata indebitamente la sua azione da parte di una procedura integralmente automatizzata.

Piú recentemente, la medesima sezione del Tar Lazio<sup>221</sup>, chiamata nuovamente a riesaminare le modalità di assegnazione delle sedi di servizio ai vincitori del concorso per le cattedre della scuola superiore, ribadisce che: «gli istituti di partecipazione, di trasparenza e di accesso, nella relazione del privato con i pubblici poteri, non possono essere mortificati e compressi soppiantando l'attività umana con quella impersonale». Nessuna complessità può legittimare la devoluzione di una decisione amministrativa<sup>222</sup> a un «meccanismo informatico o

<sup>218</sup> La HPE Servizi Srl.

<sup>219</sup> Per ricostruzione si veda A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale. Intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., p. 74 ss.

<sup>220</sup> Tar Lazio Sez. III bis n. 3769 del 2017; sulla vicenda si vedano le osservazioni di I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti - T.A.R. Lazio Sez. III bis, 14 febbraio 2017*, n. 3769, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, p. 647-662.

<sup>221</sup> TAR Lazio sezione III bis n. 9224-9230 del 2018.

<sup>222</sup> G. FASANO, *Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione: tra esigenze di semplificazione e trasparenza algoritmica*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 3 del 2019, del 20 Novembre 2019, ma anche L. MUSSELLI, *La*

matematico orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale, che deve informare l'attività amministrativa, specie ove sfociante in atti provvedimenti incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati e di consequenziali ovvie ricadute anche sugli apparati e gli assetti della pubblica amministrazione»<sup>223</sup>.

Tali principi sono da ultimo confermati dalla Corte di Cassazione, con ordinanza n. 14381 del 2021, che affronta, in un contesto integralmente privatistico, la questione della protezione dei dati personali sotto il profilo della conoscibilità dell'uso che ne viene fatto attraverso un algoritmo in grado di generare profili reputazionali delle persone<sup>224</sup>. In questo caso, i giudici di legittimità, se pur in una diversa sede, sembrano portare a compimento il percorso argomentativo seguito dal Tar Lazio nelle due pronunce citate. La vicenda trae origine dal provvedimento n. 488 del 24 novembre 2016<sup>225</sup> dell'Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali che aveva considerato illecito – già in un contesto antecedente all'entrata in vigore del Regolamento UE/679/2016 sulla protezione dei dati personali (GDPR) – il trattamento operato dall'Associazione Mevaluate Onlus sulla base di un peculiare modello di business costituito da una piattaforma web (e

*decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2020, p. 18 ss; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Federalismi.it*, n. 21 del 7 novembre 2018; A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, n. 4 del 2019, p. 1149 ss., spec. 1183, il quale osserva che «affinché si possa conoscere la motivazione con la quale un algoritmo prende una certa decisione, occorrerebbe che tale algoritmo fosse – non tanto ragionevole, perché potrebbe comunque produrre decisioni commisurate allo scopo, quanto – “razionabile” (dalla *rationabilitas canonica*), ovvero come si preferisce nella terminologia tecnica più aggiornata, “esplicabile”, cioè descrivibile nella sua strutturazione causale, in modo da poterne “ripercorrerne l'iter logico” – come chiedono i giudici; ma questa qualità oggi non è un carattere necessario di tutti i sistemi di decisione automatica ed anzi sono rapidamente in aumento le tecnologie basate sul cosiddetto *deeplearning* ovvero sistemi di apprendimento automatico che simulano l'azione del cervello. In questi casi – quand'anche si volesse riconoscere all'algoritmo la natura di “atto” – esso sarebbe strutturalmente inconoscibile (o inesplicabile), quantomeno con gli strumenti ordinari della logica umana».

<sup>223</sup> TAR Lazio sezione III bis n. 9224-9230 del 2018.

<sup>224</sup> Per un commento si veda R. BIN, *L'algoritmo e l'autonomia privata*, in *Bio-law Journal, Rivista di Biodiritto*, n. 4 del 2021 e F. PAOLUCCI, *Consenso, intelligenza artificiale e privacy. Commento a: Corte di Cassazione, sez. I Civ. - 25/05/2021, n. 14381*, in *Medialaws, Rivista di diritto dei media*, 16 giugno 2021.

<sup>225</sup> Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali, Registro dei provvedimenti n. 488 del 24 novembre 2016.

correlato database) gestita da Mevaluate Holding Ltd., Mevaluate Italia s.r.l. e la stessa Associazione Mevaluate Onlus. Tale piattaforma si caratterizzava per un sistema di raccolta, verifica ed elaborazione di dati personali a cui seguiva una successiva fase di automatica assegnazione di «indicatori alfanumerici asseritamente in grado di misurare l'affidabilità reputazionale dei soggetti censiti»<sup>226</sup>. Il Garante della Privacy, soffermandosi sulle criticità derivanti dal fatto che la reputazione, attraverso tale sistema, appariva strettamente correlata «alla considerazione delle persone e alla loro stessa «proiezione» sociale, e intimamente connessa con la loro dignità, elemento cardine della disciplina di protezione dei dati personali»<sup>227</sup>, aveva disposto, ai sensi dell'art. 154 comma. 1 lett. d) del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 il divieto di operazioni di trattamento dei dati personali da parte dell'Associazione. La Corte di Cassazione è quindi chiamata a pronunciarsi, su ricorso del Garante della privacy, che impugna la sentenza del Tribunale di Roma che aveva annullato il provvedimento dallo stesso emesso: riconducendo all'autonomia privata dell'Associazione la facoltà di organizzare sistemi di accreditamento degli utenti, il giudice di primo grado aveva ritenuto legittimo il trattamento dei dati personali forniti dagli utenti che a tale trattamento prestavano pieno consenso.

La Corte di Cassazione, tuttavia, nel riformare la pronuncia del Tribunale di Roma, si sofferma sul fatto che l'art. 23 del Codice Privacy richiedeva non solo che sia prestato dall'utente un generico consenso, ma che questo sia «validamente prestato»: cioè espresso liberamente e con consapevole riferimento a un trattamento «chiaramente individuato», «ben definito nei suoi elementi essenziali» e nelle conseguenze che da quel trattamento derivano all'utente.

Se il consenso – al di fuori delle ipotesi in cui non sia necessario ai fini della liceità del trattamento<sup>228</sup> – costituisce la massima espressio-

<sup>226</sup> F. PAOLUCCI, *Consenso, intelligenza artificiale e privacy. Commento a: Corte di Cassazione, sez. I Civ. - 25/05/2021, n. 14381*, cit.

<sup>227</sup> Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali, Registro dei provvedimenti n. 488 del 24 novembre 2016, punto 2.2.

<sup>228</sup> Soprattutto oggi, in seguito all'entrata in vigore del Regolamento UE/679/2016 (GDPR), il cui articolo 6 individua, quali condizioni di liceità del trattamento, non solo (più) il consenso (lett. a), ma anche le ipotesi in cui b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso; c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento; d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il

ne del controllo da parte dell'individuo sulle proprie informazioni<sup>229</sup>, non ha fondamento, secondo i giudici di legittimità, il ragionamento del Tribunale di Roma fondato sulla pretesa inevitabilità della segretezza dell'algoritmo che rimetterebbe al solo mercato, nel rapporto tra soggetti privati anche non collocati nella medesima posizione di forza, il compito di valutare l'utilità, «l'efficacia e la bontà del risultato ovvero del servizio prestato dalla piattaforma». Al contrario, secondo quanto sostenuto dalla Corte di Cassazione, il consenso può essere considerato valido – e quindi il trattamento legittimo – solo se «lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone non restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati».

Si tratta di casi che, pur riferiti a contesti altri rispetto al funzionamento delle piattaforme digitali e a una disciplina antecedente al GDPR, nelle loro ricadute, offrono importanti spunti di riflessione.

Il principio da essi desumibile infatti è quello per cui, qualora un risultato dipenda da una decisione integralmente rimessa a una procedura automatizzata, le logiche proprietarie non possono prevalere, da ciò derivando «la necessità che la formula tecnica, che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella “regola” a essa sottesa, la c.d. regola algoritmica, e che la rendano leggibile e comprensibile»<sup>230</sup>.

Si fa strada, dunque, anche in questo contesto, una declinazione rafforzata del principio di trasparenza che pone un traguardo più avanzato rispetto alla mera conoscibilità e che si proietta verso il risultato della comprensibilità dell'algoritmo: in capo al soggetto che ne è proprietario vi è l'onere di rendere intellegibile ciò che è oscuro ai più, pena il rischio di minare l'effettività del sistema di diritti<sup>231</sup>.

La trasparenza si apre, in questo modo, a quanto è necessario perché quel processo rimanga accessibile a chi, quale interessato, intenda prendervi parte<sup>232</sup> – e quindi alla sua partecipazione –, al fine di porre argine ai meccanismi algoritmici stabiliti unilateralmente dalle stesse

titolare del trattamento; f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore.

<sup>229</sup> S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, cit.

<sup>230</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

<sup>231</sup> G. FASANO, *Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione: tra esigenze di semplificazione e trasparenza algoritmica*, cit.

<sup>232</sup> S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, cit. p. 76.

piattaforme digitali che gestiscono il flusso informativo, ma impediscono la partecipazione alla sua gestione<sup>233</sup>.

Si tratta di un principio, espresso anche nel Considerando 71 del GDPR, che richiama il diritto riconosciuto e tutelato dell'interessato a una «specifica informazione»<sup>234</sup>, rispetto alle decisioni assunte da soggetti tanto pubblici che privati<sup>235</sup> e che rende applicabili i principi richiamati dalla Corte di Cassazione limitatamente al consenso a tutte le ipotesi di liceità del trattamento: tale pretesa informativa (che si concretizza nell'indicazione di informazioni da fornire, ai sensi dell'art. 13 del GDPR, qualora i dati personali siano raccolti presso l'interessato e che contribuisce a delineare il diritto in questione come presidio di libertà delle scelte di vita individuali<sup>236</sup>) non produrrebbe alcun effetto se non si fosse in grado di decifrare come il procedimento algoritmico metta insieme i dati e li trasformi (in calcoli, decisioni, predizioni o stime).

## 7. Quali strumenti di limitazione del potere?

Efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, visibilità e trasparenza del potere offrono quindi alcune prime parziali coordinate in grado di orientare una discussione che possa porsi, come obiettivo, quello di rispondere alle problematiche connesse sia all'esigenza di bilanciare libertà, anche di iniziativa economica, e poteri, sia alla necessità di individuare strumenti di giustificazione e controllo da opporre a questi ultimi.

Una volta ricondotti questi soggetti privati alla categoria del potere è allora proprio tale ultima questione a divenire urgente<sup>237</sup>.

<sup>233</sup> G. TEUBNER, *Costituzionalismo della società transnazionale — relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, in *Osservatorio AIC*, n. 4 del 2013, p. 2.

<sup>234</sup> A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale. Intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., p. 78.

<sup>235</sup> A ben vedere, nel caso in cui la decisione venga presa da una Pubblica amministrazione la norma del Regolamento può ritenersi nient'altro che una applicazione specifica dell'art. 42 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali («Right to a good administration»), laddove afferma che quando la Pubblica Amministrazione intende adottare una decisione che può avere effetti avversi su di una persona, essa ha l'obbligo di sentirla prima di agire, di consentirle l'accesso ai suoi archivi e documenti, ed, infine, ha l'obbligo di «dare le ragioni della propria decisione».

<sup>236</sup> Cfr. A. SIMONCINI-S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Riv. Fil. Dir.*, n. 1 del 2019, p. 87 ss.

<sup>237</sup> Di «nuovi sovrani globali» parla, nel generale quadro della irrinunciabilità al superiore paradigma della legalità costituzionale, G. AZZARITI, *Il costituzionalismo*

In tale contesto, il rapporto tra autorità e libertà si sposta da una dimensione verticale a una orizzontale relativa al rapporto tra piattaforme digitali (come soggetti economici, culturali e finanche politici) e utenti, e le grandi tematiche afferenti la struttura più intima della architettura di uno Stato e della tutela dei cittadini (e dei loro diritti) tendono a uscire, come visto, dal recinto della sovranità ordinamentale: gli intermediari digitali esercitano oggi tipiche funzioni sovrane e, moderando contenuti e informazioni su di essi circolanti, finiscono per incidere su libertà di rango costituzionale e su quel pluralismo essenziale al loro godimento ed esercizio<sup>238</sup>. In un sistema in cui la dimensione comunicativa e informativa cui il pubblico dibattito attinge è così strettamente connessa alle dinamiche di mercato, si assisterebbe, se queste ultime fossero lasciate a una propria autonomia regolatoria, a una tensione permanente tra controllo autoritario e aspirazioni di intervento dei cittadini, accrescendo l'ipotesi di continui conflitti.

È in questo senso che, nella prospettiva del complesso contesto finora delineato, il paradigma del diritto costituzionale è chiamato a rimanere fedele alla sua vocazione originaria: quella di essere limite, e a volte argine, al potere, interrogandosi su come adattare gli strumenti classici di limitazione del potere elaborati nel contesto del potere politico a questo nuovo piano e avendo come riferimento prioritario ciò che è al tempo stesso premessa e conseguenza ineludibile del riferimento a tale paradigma.

Anticipando quanto sarà oggetto di più approfondita trattazione nel prossimo capitolo, se il potere deve svolgersi *per leges, sub lege e sub iuribus*, è allora il legislatore, nell'esercizio di una funzione imprescindibilmente pubblica, anch'essa sottoposta a vincoli, il soggetto tenuto a porre norme efficaci in grado di rendere più trasparenti e responsabili il mercato e i suoi attori.

*moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, p. 50. Si tratta di tutti quei poteri emergenti dalla complessità globale che per via di fatto riescono ad imporre il loro modus decidendi. Il quadro che ne emerge è pertanto composito, frammentario e difficilmente può dare adito al concepire una superiore decisione politica globale di matrice unitaria, ovvero la piena sostituzione degli ordini sovrani nazionali con un ordine globale altrettanto sovrano

<sup>238</sup> Ampiamente sul ruolo ormai meta-costituzionale e censorio delle piattaforme digitali a cui gli Stati sembrano aver esternalizzato alcune funzioni precipue di rango costituzionale, il già richiamato M. MONTI, *Le internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quad. Cost.*, n. 4 del 2019, p. 811-840, spec. 816 e ss.



## CAPITOLO IV

# Trasparenza, partecipazione e arte della separazione nella regolamentazione delle piattaforme digitali

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le costituzioni sociali. Tra regole costitutive ed esigenze limitative. – 3. Dall’auto-regolazione delle piattaforme all’esigenza di etero-regolazione da parte della politica. – 4. Quale regolazione del mercato? La priorità assiologica del principio di uguaglianza e della garanzia dei diritti fondamentali nell’attività di impresa. – 4.1. Attività di impresa e utilità sociale. – 4.2. Libertà economica privata e principio di libera concorrenza. – 5. Sovranità e territorialità nelle esigenze di regolazione. – 5.1. Protezione dei dati e principio di territorialità. – 6. Meccanismi di funzionamento e meccanismi da scardinare: quali spunti di regolamentazione? – 6.1. Il valore dei dati. Un approccio funzionale. – 6.1.1. I dati come barriera all’ingresso di nuovi operatori. – 6.1.2. Tutela multilivello dell’autodeterminazione informativa e garanzie di effettività. – 6.2. I rimedi strutturali: operatività su più mercati e posizione dominante nel mercato dell’informazione e delle comunicazioni online. – 6.2.1. L’arte della separazione. – 7. Da ipotesi regolative teoriche a proposte concrete di regolazione. – 7.1. USA: separazione delle piattaforme e tutela dei diritti in una prospettiva di garanzia della concorrenza. – 7.2. Digital Service Act e Digital Market Act: privacy, gestione dei dati e separazioni strutturali. Un primo passo nella regolamentazione effettiva del fenomeno a livello europeo?

### 1. *Premessa*

Il potere politico, detentore del monopolio dell’uso della forza, dovrebbe essere distinto tanto da quello economico, caratterizzato dalla capacità di definire l’allocazione dei beni materiali, quanto da quello ideologico, idoneo a esercitare un’influenza sulle idee e opinioni altrui e di condizionare la costruzione della pubblica opinione. Sulla base del principio della separazione, ogni sfera di potere deve porre limiti alle altre due, deve controllarle e deve bilanciare le imprescindibili interazioni reciproche<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Si richiama così M. WALZER, *Pensare politicamente. Saggi teorici*, Roma-Bari, 2009.

Si è finora visto come lo sviluppo delle relazioni economiche dell'ultimo secolo e, per ciò che qui interessa, l'avvento del digitale, sembrino oggi, ancora più che in passato, mettere in discussione tale principio.

In questo nuovo contesto, in cui la confusione tra le sfere di potere sta mutando l'equilibrio al loro interno e quello complessivo del sistema<sup>2</sup>, si ripropone allora all'attenzione un problema antico: come «catturare» la pervasività del potere economico da cui tale confusione origina e come individuare un equilibrio tra istanze di regolazione ed esigenze di libertà senza cadere nell'equivoco che il carattere dilagante di questo potere sia da un punto di vista storico-evolutivo un inevitabile processo<sup>3</sup>?

Il problema non è certamente quello di scegliere tra l'opposizione o l'incentivazione del progresso tecnologico, in una tensione tra diritto e innovazione che è e rimane irrisolvibile; nei fatti, lo iato tra un agire umano teso al cambiamento e uno volto alla razionalizzazione dell'esistente costituisce una costante<sup>4</sup>: l'invenzione tecnologica «ha un senso in sé in quanto invenzione»<sup>5</sup> e pretende legittimazione per il solo fatto di esistere; il diritto si pone invece nella prospettiva di una necessaria attribuzione di senso, prima sociale e poi formalizzato in fonti.

In questo caso si tratta di definire strumenti e percorsi idonei a consentire sia di beneficiare dei vantaggi che le tecnologie possono apportare<sup>6</sup>, sia di individuare come, attraverso il diritto, possano essere delineati i contorni del complesso di questioni che emergono dalla concentrazione del potere.

## 2. *Le costituzioni sociali. Tra regole costitutive ed esigenze limitative*

Tra il Settecento e l'Ottocento il potere politico inizia a fare i conti con l'autonomia del mercato e le sue pretese; è nel XX secolo, però, che l'economia si fa progressivamente sempre più globale, estenden-

<sup>2</sup> E. VITALE, *Difendersi dal potere. Per una resistenza costituzionale*, cit., p. 73.

<sup>3</sup> G. AZZARITI, *A proposito di democrazia e suoi limiti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2 del 2017, p. 7.

<sup>4</sup> M. LUCIANI, *Relazione conclusiva al Convegno di Pisa. Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica, 18-19 giugno 2021*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3 del 2021, p. 2.

<sup>5</sup> M. LUCIANI, *Relazione conclusiva al Convegno di Pisa. Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica, 18-19 giugno 2021*, cit., p. 2.

<sup>6</sup> S. SCAGLIARINI, *La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica*, in *Consulta Online*, 9 luglio 2021.

do la propria influenza sull'immaginario collettivo della società e sulla stessa politica<sup>7</sup>.

Ciò determina lo sviluppo di sistemi sociali privati o «ibridi»<sup>8</sup>, non riconducibili alla comunità politica organizzata, ma posti al suo interno o a livello transnazionale<sup>9</sup>. Sono «sottosistemi autonomi della società-mondo»<sup>10</sup> che «in analogia con le costituzioni statali incorpora[no] meccanismi di autolimitazione per ridurre le ingerenze nei confronti di altri attori e altri poteri»<sup>11</sup> e riproducono, sotto l'apparenza di una società quanto mai aperta, il pensiero unico tipico di quelle società chiuse, sviluppando una tendenza all'omogeneità e conformità al gruppo d'appartenenza.

Con la globalizzazione, tali sottosistemi, non riconducibili a forme di pluralismo ordinamentale à la Santi Romano, in cui lo Stato condivide la costruzione della giuridicità con ordinamenti minori<sup>12</sup>, escano dallo stato di latenza e iniziano a produrre un «diritto sostantivo», portatore di interessi settoriali a scapito dei tradizionali poteri politici e costituzionali<sup>13</sup>: l'economia e le altre sfere sociali manifestano infatti un fabbisogno normativo che trova una risposta giuridica all'interno delle sfere stesse<sup>14</sup>; esse producono un diritto che fa a meno dello Stato<sup>15</sup> e che, nell'ambito delle dinamiche sociali ed economiche che si vengono a creare, può convivere con questo o ingenerare un conflitto di cui è parte sia la *forza* come potere sociale (economico, culturale e politico) che cerca di imporre la propria normatività, sia la *forza* propria del diritto che innesca una lotta per il diritto stesso<sup>16</sup>.

<sup>7</sup> E. VITALE, *Difendersi dal potere. Per una resistenza costituzionale*, cit., p. 73

<sup>8</sup> A. J. GOLIA, *Costituzionalismo sociale (teorie del)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Milano, 2017.

<sup>9</sup> G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Torino 2012, p. 13 e 14.

<sup>10</sup> G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005, p. 111.

<sup>11</sup> COSÍ O. DILLING-M. HERBERG-G. WINTER, *Responsible Business. Self-Governance and Law*, in *Transnational Economic Transactions*, 2008, p. 8.

<sup>12</sup> S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1946, p. 29.

<sup>13</sup> G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, cit. Nella prospettiva indicata vedi anche G. TEUBNER, *A. Febbrajo, State, Law and Economy as autopoietic system. Regulation and autonomy in a new perspective*, Milano, 1992.

<sup>14</sup> A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino, 2018, p. 64

<sup>15</sup> S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit.

<sup>16</sup> A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, cit., p. 66.

Gli ordinamenti statali del XX secolo «non hanno mai riconosciuto ufficialmente costituzioni sociali parziali autonome», ma «hanno stabilito un peculiare equilibrio tra un costituzionalismo statale, che estende man mano le disposizioni della costituzione politica ad ambiti sociali, e un pluralismo costituzionale in cui lo Stato, di fatto, rispetta le costituzioni proprie della società»<sup>17</sup>.

Tra queste si colloca la rete e, al suo interno, i grandi intermediari digitali: così come l'economia internazionale è retta dalla *lex mercatoria* prodotta dalla comunità degli affari che cerca di affrancarsi dai principi regolativi imposti dalle costituzioni degli Stati, così anche Internet pretende di affidarsi a processi spontanei di autoregolazione, che si compongono entro la *lex digitalis*<sup>18</sup>, assoggettando a sé la tutela dei diritti fondamentali e delle libertà degli utenti. Le piattaforme digitali approntano infatti un'infrastruttura di moderazione dei contenuti che poggia su regole implicite (cioè rappresentate dal codice della piattaforma che costringe i contenuti entro una propria architettura<sup>19</sup>) ed esplicite<sup>20</sup> (cioè contenute negli standard delle community e nei diversi termini e condizioni d'uso), le quali, costruendo un ordinamento para-giuridico autonomo soggetto a implementazione continua<sup>21</sup>, che riconosce diritti, individua divieti e regola la responsabilità degli utenti<sup>22</sup>, soddisfano una funzione costitutiva<sup>23</sup>.

In questo senso, tali soggetti pretendono di evitare la regolamentazione politica (anzi, cercano di conformarla ai propri interessi)<sup>24</sup> e mirano ad assoggettare i cittadini a sistemi di governo privato che,

<sup>17</sup> G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, cit., p. 11.

<sup>18</sup> G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2 del 2011, dove l'autore afferma di non essere convinto dalle tesi che puntano a tradurre in chiave «costituzionale» i meccanismi di funzionamento della rete prodotti dagli interessi settoriali, frutto della spinta spontanea del mercato e delle forze che vi operano.

<sup>19</sup> T. GILLESPIE, *Custodians of the Internet. Platforms, and the Hidden Decisions that Shape Social Media*, New Haven-London, 2018, p. 179.

<sup>20</sup> B. SANDER, *Freedom of Expression in the Age of Online Platforms: The Promise and Pitfalls of a Human Rights-Based Approach to Content Moderation*, in *Fordham International L. J.*, 2020, p. 946 ss.

<sup>21</sup> M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2 del 2021, p. 174.

<sup>22</sup> M.K. LAND, *The Problem of Platform Law: Pluralistic Legal Ordering on Social Media*, in *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, 2020, p. 4.

<sup>23</sup> M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1996, p. 124 ss.

<sup>24</sup> In generale, M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Milano, 2005.

rifuggendo da obblighi di trasparenza e partecipazione, sono sempre meno responsabili quanto più aumentano le proprie dimensioni<sup>25</sup>.

È in tale prospettiva, allora, che parlare di una «costituzionalizzazione di Internet»<sup>26</sup> deve fare i conti con quella che è la più grande differenza tra questi sistemi, che pretendono di strutturarsi giuridicamente rivendicando una libera iniziativa economica, e gli ordinamenti costituzionali: oggetto delle costituzioni statali è il potere, nessuna delle cui forme, al fine della garanzia dei diritti, può logicamente sfuggire al «contenimento e alla limitazione»<sup>27</sup>. Una cosa quindi è una costituzione intesa come mero insieme di regole costitutive che liberano le diverse razionalità del sistema<sup>28</sup>; altra è l'imprescindibile esigenza di affiancare ai principi della costituzione formale e alla loro configurazione in senso materiale<sup>29</sup>, «regole limitative che impediscono l'autodistruzione del sistema ed arginano i danni ai suoi ambienti sociali, umani e naturali»<sup>30</sup>. Solo la presenza di queste ultime regole può conferire una connotazione effettivamente costituzionale a sistemi normativi la cui fundamentalità sta nell'aver «come compito primario, quello di preservare il gruppo politico, attualmente e nel suo futuro»<sup>31</sup>.

In questo contesto, gli intermediari digitali sono soggetti prodotti da costruzioni giuridiche<sup>32</sup> (hanno quindi regole costitutive) che le-

<sup>25</sup> Z. TEACHOUT-L. ZHAN, *Market structure and political law: a taxonomy of power*, in *Duke J. of Constitutional Law & Public Policy*, n. 9 del 2014, p. 40.

<sup>26</sup> Il richiamo è a S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?* in *Pol. Dir.*, n. 3 del 2010.

<sup>27</sup> M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., p. 161.

<sup>28</sup> M. DOGLIANI, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3 del 2009.

<sup>29</sup> Sul senso della costituzione materiale, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

<sup>30</sup> M. DOGLIANI, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, cit. Si veda altresì A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino, p. 62.

<sup>31</sup> M. DOGLIANI, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, cit.

<sup>32</sup> M. DOGLIANI, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, cit. che analizza la questione esaminando il mondo di definire la Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale per poi arrivare a tentare di elaborare una soluzione alle tendenze autodistruttive degli attuali sistemi sociali.

gittimano l'esistente. Tuttavia, elevando se stessi al ruolo di legislatori o giudici, senza alcuna separazione<sup>33</sup>, mancano del tutto di considerare, rivendicando un'autonomia priva di limitazioni immanente nella loro dinamica espansiva<sup>34</sup>, il profilo funzionale delle costituzioni<sup>35</sup>, che al contrario vede nella divisione del potere e nel suo contenimento il proprio scopo e in questo senso struttura l'ordinamento<sup>36</sup>.

Le costituzioni così intese forniscono alla società un meccanismo politico che, attraverso i diritti fondamentali, identifica le «fessure tra sfere sociali altrimenti interpenetrate e assicura la differenziazione di [esse] all'interno della società»<sup>37</sup>. Sono in qualche modo costituzioni *contro il fatto* perché tendono a sovrapporsi a esso e a regolarlo<sup>38</sup>, garantendo l'uguaglianza necessaria a tutelare l'individuo e le libertà all'interno di un ordinamento costituzionale<sup>39</sup>.

Alla luce di ciò, per quanto qui interessa, si pongono allora alcune questioni da affrontare in modo preliminare: in primo luogo, vi è quella che, nel passaggio da pretese di auto-regolamentazione della rete a ipotesi di etero-regolamentazione, definisca perché, come anticipato alla fine del capitolo precedente, sia la politica a essere chiamata a porre regole limitative; in secondo luogo, vi è quella inerente l'individuazione del criterio che deve orientare il bilanciamento tra la tutela dell'iniziativa economica, quella della concorrenza, quella di altri diritti fondamentali – tra cui il diritto all'informazione – e quella del pluralismo; in ultimo, vi è quella relativa alla difficoltà di collocare in un determinato spazio l'attività umana che si svolge in rete.

<sup>33</sup> F. MOSTERT, 'Digital due process': a need for online justice, in *J. of Intellectual Property Law & Practice*, forthcoming, Marzo 2020, p. 380.

<sup>34</sup> M. DOGLIANI, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, cit.

<sup>35</sup> L. RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli, 2007, p. 235 ss.

<sup>36</sup> G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, cit., 87; G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, p. 15, che afferma come «tensione propria del costituzionalismo» sia quello di avere «un nucleo centrale ben riconoscibile, che consiste in un modo specifico di declinare la più generale esigenza della limitazione del potere politico e di articolare le tecniche giuridiche funzionali a questo scopo».

<sup>37</sup> C. THORNILL, *State building, constitutional rights and the social construction of norms: outline for a sociology of Constitutions*, in M. RASK MADSEN-G. VERSCHRAEGEN (a cura di), *A sociology of human rights*, Oxford, 2011, p. 18.

<sup>38</sup> P. CIARLO, *Contro l'idea di costituzione spontanea*, in *Quad. Cost.*, n. 1 del 2002, p. 102.

<sup>39</sup> P. CIARLO, *Contro l'idea di costituzione spontanea*, cit., p. 102.

### 3. Dall'auto-regolazione delle piattaforme all'esigenza di etero-regolazione da parte della politica

Indugiare in maniera «fideistica»<sup>40</sup> sulla volontà e capacità di autoregolazione da parte delle grandi piattaforme digitali, come avvenuto negli anni Novanta del XX secolo appare oggi ingenuo<sup>41</sup>.

In quel periodo, ci si affidava a una dimensione di autoregolamentazione fondata sul *codice*<sup>42</sup>, strumento tecnico volto a garantire la libertà tanto degli utenti del web quanto dei soggetti che vi operavano<sup>43</sup>. Presupposto di tale prospettiva era che la rete fosse un sistema «abitato» da piattaforme neutrali basate su una comunicazione end-to-end e indifferenti ai contenuti trasmessi. Affidarsi alla *lex informatica*<sup>44</sup> mirava a impedire a «chiunque fosse al centro [di] controllare il modo in cui interagiva chi era agli estremi»<sup>45</sup> e a dar luogo così a un ordinamento speciale fatto di regole auto-applicative ricavate dall'oggetto da regolare<sup>46</sup>, non soggette a limiti e che funzionavano, di fatto, come una legge<sup>47</sup>, prescrivendo le azioni consentite o impedita<sup>48</sup>.

Tuttavia, avallare l'idea di «governare senza la politica»<sup>49</sup>, attraverso il *codice*, ha portato progressivamente con sé, come conseguenza, che, con l'aumento della complessità della struttura, le risorse e il potere abbiano finito per concentrarsi (senza possibilità di porvi rimedio attraverso regole che si imponessero dall'esterno) su un sistema alimentato esclusivamente da dinamiche interne, nelle mani di poche piattaforme<sup>50</sup>.

<sup>40</sup> M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, Roma, 2019, p. 85.

<sup>41</sup> Parla di mito definitivamente superato M. CUNIBERTI, *Potere e libertà nella rete*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, n. 3 del 2018, p. 13; si veda altresì M. BETZU, *Libertà di espressione e poteri privati nel cyberspazio*, in *Riv. Dir. Cost.*, n. 1 del 2020, p. 117 ss.

<sup>42</sup> L. LESSIG, *Code. Version 2.0*, New York, 2006.

<sup>43</sup> M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit., p. 166.

<sup>44</sup> J.R. REIDENBERG, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, in *Texas L. Rev.*, 1998, p. 553 ss. Il concetto di Lex informatica si riferisce all'insieme delle scelte tecniche impositive di comportamenti; Lawrence Lessig elabora questa teoria nella sua opera *Code* alla cui base c'è l'assioma per il quale è il codice che, primariamente, regola il cyberspazio perché è il codice che lo fonda.

<sup>45</sup> L. LESSIG, *Il futuro delle idee*, Milano, 2006, p. 125.

<sup>46</sup> F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002, p. 7.

<sup>47</sup> E. MAESTRI, *Lex informatica e diritto. Pratiche sociali, sovranità e fonti nel cyberspazio*, in *Ars Interpretandi*, n. 1 del 2017, p. 18.

<sup>48</sup> R.H. WEBER, "Rose is a rose is a rose is rose" - what about the code and law? in *Computer Law & Security Rev.*, n. 34 del 2018, p. 702.

<sup>49</sup> CH.S. MAIER, *Governance e anti-governance. Note sulla impasse attuale della politica democratica*, in *Parole chiave*, n. 2 del 2016, p. 35 ss.

<sup>50</sup> G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, cit.

Esse pretendono oggi di regolare la realtà attraverso un modello «capace di adattarsi a dinamiche sociali, economiche, tecnologiche in continuo cambiamento»<sup>51</sup> e volto a orientare il comportamento dei soggetti, indirizzandoli al perseguimento di obiettivi prefissati, senza (apparentemente) costringerli. Nel *codice* è infatti possibile incorporare contenuti e obiettivi (come visto sottratti a ogni pubblicità<sup>52</sup>) con ciò garantendo *ex ante* l'effettività delle regole senza che sia necessario l'intervento di un soggetto terzo che *ex post* vigili sulla loro applicazione<sup>53</sup>: l'algoritmo, assumendo la tradizionale funzione del diritto, si trova così nella possibilità di imporre i valori proprietari dei privati, incorporandoli nella tecnologia. In questo senso, rappresenta la chiave del potere delle piattaforme.

Tuttavia, non può essere anche quella della loro regolamentazione.

A tale fine, appare poco utile fare affidamento sulla «genericità enfatica di carte, dichiarazioni e protocolli d'intesa»<sup>54</sup>, per porre regole che vincolino chi gestisce, nell'esercizio di un'attività prettamente economica, gli strumenti tecnologici in grado di rendere possibile l'accesso e la diffusione dell'informazione sugli spazi digitali e di controllare il flusso dei contenuti che possono transitare sulla rete<sup>55</sup>; ai fini di un'effettiva tutela dei diritti fondamentali non ci si può porre «al di fuori delle forme di protezione che gli ordinamenti giuridici statali, ancorché offuscati, sono capaci di apprestare»<sup>56</sup>, salvo il rischio di indebolire il nesso che dovrebbe legare società civile e istituzioni rappresentative, condizionando l'essenza stessa del principio democratico<sup>57</sup>.

Nella prospettiva dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali (che opera nei confronti dello Stato, ma anche, come visto, di terzi attori privati) e dei principi di trasparenza e responsabilità sono allora le autorità pubbliche, attraverso mezzi propriamente giuridici, a dover essere chiamate in gioco, al fine di porre un argine alle tendenze espansive di questi sistemi sociali parziali<sup>58</sup>, non limitandosi a

<sup>51</sup> B. PASTORE, «Soft law», *gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lav. Dir.*, n. 1 del 2003, p. 8.

<sup>52</sup> F. PASQUALE, *New Law of Robotics. Defending Human expertise in the age of AI*, Cambridge, 2020.

<sup>53</sup> L. AMMANNATI, *I signori nell'era dell'algoritmo*, cit., p. 384.

<sup>54</sup> N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, p. 127.

<sup>55</sup> R. PETRUSO, *Le responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a confronto*, Torino, 2019, p. XVIII.

<sup>56</sup> M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit., p. 170.

<sup>57</sup> M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit., p. 170.

<sup>58</sup> G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, cit., p. 19.

correggere le esternalità del mercato, ma, in una prospettiva di diritto costituzionale, promuovendo impulsi di controllo e di vincoli<sup>59</sup> che arrivino a mutare le strutture di questi stessi sistemi<sup>60</sup>.

Ai pubblici poteri spetta certamente di far funzionare i mercati, talvolta astenendosi dall'intervenire e rimettendo le dinamiche attraverso cui essi operano al libero estrinsecarsi di rapporti commerciali; talvolta, però, anche assumendo, in funzione di tutela di bisogni e diritti essenziali<sup>61</sup>, la correzione delle asimmetrie di potere reale che si verificano nel mercato tra grandi gruppi economici (nella loro qualità di datori di lavoro e gestori di servizi) e singoli individui (come lavoratori, utenti di tali servizi, consumatori e in ultimo cittadini).

È a questi, ai pubblici poteri cioè, che spetta allora produrre sui «sistemi parziali» una pressione sufficiente a limitarli nelle loro dinamiche comportamentali<sup>62</sup>.

#### 4. *Quale regolazione del mercato? La priorità assiologica del principio di uguaglianza e della garanzia dei diritti fondamentali nell'attività di impresa*

Nella discussione su quali meccanismi di controllo approntare nei confronti dei privati<sup>63</sup>, affinché all'attività economica che essi svolgono estendendo pervasivamente la propria azione anche su altre sfere di potere, sia assicurata una direzione intrinsecamente politica<sup>64</sup>, ciò su cui è necessario concentrare l'attenzione è proprio il rapporto intercorrente tra la politica e il potere economico, che a sua volta deve essere collocato all'interno della cornice definita dal costituzionalismo: quest'ultimo, infatti, nella pretesa di coniugare indivi-

<sup>59</sup> G. TEUBNER, *Il costituzionalismo della società mondiale. Cinque tesi sulle costituzioni proprie di spazi sociali transnazionali, Relazione presentata al Seminario su La Sfida della transnazionalizzazione tra teoria delle fonti e dottrine della costituzione*, Enna, 16 maggio 2009, p. 9. L'autore, invero, parla di autolimitazioni in conseguenza di pressioni esterne.

<sup>60</sup> M. DOGLIANI, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, cit.

<sup>61</sup> T. PROSSER, *The economic constitution*, Oxford, 2014, p. 1.

<sup>62</sup> G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, cit., p. 83.

<sup>63</sup> P. CIARLO, *Contro l'idea di costituzione spontanea*, cit., p. 101.

<sup>64</sup> E. PICOZZA, *Intervento dello Stato in economia e finalità sociali*, in R. DI RAIMO, V. RICCIUTO (a cura di), *Imprese pubbliche e intervento dello Stato nell'economia*, Napoli, 2006, p. 44.

duo e società, aspira a garantire il soggetto privato nella sua libertà, ma allo stesso tempo impone di sottoporre, in una prospettiva di giustizia sociale, a vincoli la sua azione. Utili coordinate, per comprendere il senso di tale quadro, sono offerte dal significato che può essere attribuito alle disposizioni della *c.d. costituzione economica* e dal raccordo che esse operano nel nostro ordinamento, ma con portata suscettibile di generalizzazione, tra politica e forze del mercato.

#### 4.1. *Attività di impresa e utilità sociale*

Che «il divorzio tra politica ed economia [sia] assurdo»<sup>65</sup> e che sia necessario consacrare, in Costituzione, una «indissolubile connessione tra l'ordinamento economico e l'ordinamento politico»<sup>66</sup> è principio che trova la propria origine già nel corso dei lavori dell'Assemblea costituente. Le premesse culturali che emergono durante la discussione trovano poi trasposizione nelle disposizioni costituzionali<sup>67</sup>, soprattutto all'interno di quella parte definita *costituzione economica*<sup>68</sup>, in cui emerge come, «fatta eccezione per problemi particolari del tutto trascurabili, non esiste nessuna questione pratica [...] che possa essere decisa soltanto su premesse economiche»<sup>69</sup>. Lo stesso Einaudi, pur dalla sua prospettiva intrinsecamente liberale, affermava che «l'errore catastrofico fu di considerare l'economia di mercato [...] come qualcosa di autonomo, che riposa in se stesso, come una condizione di natura»<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> Intervento di Malvestiti del 3 maggio 1947, in Atti Ass. Cost., 3502

<sup>66</sup> Intervento di Della Seta, in Atti Ass. Cost., 3682. In generale L. GIANNITI, *Note sul dibattito alla Costituente sulla "costituzione economica"*, in *Dir. Pubbl.*, n. 3 del 2000, p. 919 ss.; R. NIRO, *Art. 41*, in *Commentario alla Costituzione* R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI, Torino, 2006.

<sup>67</sup> M. LUCIANI, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. Soc.*, 2009, p. 24.

<sup>68</sup> Tra gli scritti più significativi S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2021; C. PINELLI, T. TREU, *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010; G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione economica italiana: passato e attualità*, in *Dir. Soc.*, 2010, p. 333 sgg.; M. LUCIANI, *Economia (nel diritto costituzionale)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1991, p. 373 ss.; A. CANTARO, *Costituzione e ordine economico*, Acireale, Bonanno, 1994, p. 126 ss.

<sup>69</sup> J. STUART MILL, *Principi di economia politica*, Milano, 2009, p. 80.

<sup>70</sup> L. EINAUDI, *Economia di concorrenza e capitalismo storico. La terza via fra i secoli XVIII e XIX* in F. FORTE-F. FELICE, *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2010, p. 207. Ciò, per quanto, come riporta M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione Repubblicana, Relazione al Convegno annuale AIC su Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*, p. 24, Einaudi definì l'«utilità sociale» come una formula inconoscibile, una «norma senza significato».

Non paiono così trovare spazio nella Carta fondamentale né la tesi dell'automatismo tra massima prosperità individuale e massima prosperità collettiva, né quel principio, proprio dello Stato liberale, della netta separazione tra società politica, chiamata a conformarsi intorno al sistema dei diritti pubblici, e società civile, volta a trovare la propria legittimazione nella spontaneità delle forze economiche e nell'autonomia negoziale dei privati<sup>71</sup> in cui le parti sono collocate in posizione di parità come «soggetti contrapposti su di un piano di astratta eguaglianza giuridica, armati identicamente delle medesime armi negoziali»<sup>72</sup>.

Sfatando il mito della *mano invisibile* di Adam Smith<sup>73</sup>, sembra potersi escludere l'idea strettamente individualistica dell'origine naturale del mercato come ordine spontaneo e complesso dei rapporti che si intrecciano al suo interno<sup>74</sup> e che vive attraverso la costruzione di regole proprie<sup>75</sup>.

Se però i mercati rappresentano una realtà artificiale creata, retta e garantita da regole giuridiche<sup>76</sup> e quindi frutto di una scelta politica<sup>77</sup>, è alla politica e non ai meccanismi che determinano il funzionamento

arbitraria e per questo anticostituzionale. Nella seduta dell'Assemblea costituente del 9 maggio 1947 propose, infatti, di sopprimere le parole «in contrasto con l'utilità sociale». A seguito del dibattito che si instaurò in quella sede, nella seduta del 13 maggio affermò che: «Il primo emendamento all'articolo 39 da me presentato si limitava a togliere le parole: in contrasto con l'utilità sociale o».

<sup>71</sup> C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello. Il regolamento UE 2016/679 parametro di legittimità della complessiva normativa italiana sulla privacy*, Napoli, 2018, p. 18-19.

<sup>72</sup> V. CRISAFULLI, *Diritti, libertà e poteri dell'imprenditore*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, 1954, p. 71 ss.

<sup>73</sup> M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., analizza come nella stessa opera di Adam Smith tale mito avesse appunto una connotazione più che altro ideale.

<sup>74</sup> G. KENNEDY, *Adam Smith and the Invisible Hand, From Metaphor to Myth*, in *Econ. Journal Watch*, 2009, 259.

<sup>75</sup> Così M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., p. 21 il quale pone in confronto gli scritti di Shaftesbury, Mandeville e Hume, ma anche M. LUCIANI, (voce) *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, Torino, 1990, p. 374 ss. Secondo l'Autore, in realtà, si può parlare della disciplina dell'economia solo se non si perde di vista «l'impianto unitario della Costituzione».

<sup>76</sup> Osserva C. B. MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, Milano, 1982, p. 75 come tra le caratteristiche essenziali della società mercantile sono la definizione precisa della tipologia e il riconoscimento di garanzie in capo a soggetti terzi con riferimento ai contratti.

<sup>77</sup> N. IRTI, *Introduzione*, in AA.Vv., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999, p. VII.

dei mercati che spetta definire cosa sia di pubblico interesse e, «al suo interno, quale sia la scala di priorità tra i singoli interessi pubblici che, assieme, compongono il *bonum* comune»<sup>78</sup>. Concedere illimitata libertà all'*homo oeconomicus* porterebbe infatti con sé il rischio di ledere proprio questo «ordine delle priorità sotto il profilo dei valori più essenziali della persona umana»<sup>79</sup>. Economia e politica, in questo senso, per quanto sfere dell'agire umano che devono rimanere distinte, si pongono sullo stesso piano nella dimensione del dover essere giuridico<sup>80</sup>.

Centrale, in questo discorso, è l'art. 41 della Costituzione.

Tale articolo, la cui complessità ne impedisce in queste sede una compiuta ricostruzione<sup>81</sup>, non a caso, ha costituito la base delle diffe-

<sup>78</sup> M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., p. 25, che analizza le opere di Adam Smith al fine di teorizzare la mitizzazione del principio della mano invisibile. Si veda anche R. VAN DEN BERGH, *L'analisi economica del diritto della concorrenza*, in A. FRIGNANI-R. PARDOLESI-A. PATRONI GRIFFI-L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1997, p. 2-6.

<sup>79</sup> R. NANIA, *Libertà economiche e libertà d'impresa*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2001, I, p. 69 ss.

<sup>80</sup> M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., p. 42. Peraltro, osserva l'Autore, ciò appare evidente già nella scelta di fondare la Repubblica sul lavoro. Cfr. C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. Lav.*, 1954, I, p. 149 sgg., e G. FERRARA, *Il lavoro come fondamento della Repubblica e come connotazione della democrazia italiana*, in G. CASADIO (a cura di), *I diritti sociali e del lavoro nella Costituzione italiana*, Roma, 2006, p. 200.

<sup>81</sup> La disposizione è stata spesso definita come di «difficile interpretazione»; cfr. *ex multiis*: M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, p. 175 ss.; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur. It.*, XVII, Roma, 1989; c'è stato anche chi ha cercato di conferire alla disposizione una lettura unitaria, in forza proprio dei principi costituzionali tesi ad esaltare la centralità della persona e in primo luogo i diritti di libertà ad essa garantiti. In tale prospettiva si veda F. COZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia. I "diritti di cittadinanza" tra libertà economiche ed integrazione sociale*, Torino, 2001; M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale* (voce), cit., p. 374 ss. La centralità dell'art. 41 Cost. per il modello economico costituzionale ne ha fortemente influenzato l'interpretazione, tanto da essere stato anch'esso ritenuto di natura compromissoria. Secondo E. CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1960, p. 303, essa è «norma [...] indeterminata nel suo nucleo politico centrale, anfibologica, suscettibile cioè di essere sviluppata in due direzioni opposte e sottoposta, in fatto, a particolare tensione da parte delle forze politiche». Per un inquadramento delle principali teorie sull'art. 41 Cost. cfr. A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 582-610; F. GALGANO, *Art. 41*, in *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, II, G. BRANCA, Bologna-Roma, 1982, p. 1-68; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Lezioni, pt. speciale*, II ed., Padova, 1992, p. 457-500; S. NINATTI, *Iniziativa economica privata (libertà di) (voce)*, in S. CASSESE

renti interpretazioni da attribuire alle disposizioni della *costituzione economica*: ad esempio, secondo Luciani, tale articolo dà per scontata l'esistenza di un modo di produzione di tipo capitalistico, quale parte costitutiva del patto repubblicano<sup>82</sup>; secondo Bognetti, nell'area dei rapporti economici, la Costituzione prende posizione sui soli diritti dei lavoratori, ma non su «altri aspetti essenziali del sistema economico»<sup>83</sup> e, come tale, a partire da tale articolo, ritiene necessario adottare correzioni neoliberali al «generico modello sociale accolto nella nostra Costituzione»<sup>84</sup>, rompendo il «nesso inquinante tra partiti politici ed economia»<sup>85</sup>; o ancora, secondo Lavagna, sarebbe configurabile, a Costituzione invariata, un'evoluzione in senso socialista del sistema dei rapporti economici, potendo, l'art. 41 Cost., essere interpretato, in modo più ristretto, quale libertà «non tanto di organizzazione imprenditoriale, con tutte le sue tradizionali implicazioni capitalistiche, quanto di ideazione e proposta nel campo delle attività produttive, suscettibile di realizzarsi attraverso canali e strumenti non necessariamente rispondenti agli schemi di un'economia capitalista»<sup>86</sup>.

Tali differenti opzioni ermeneutiche, che insistono a loro volta su premesse valoriali proprie di ciascun autore, incidono sul modo di intendere il trattamento riservato dalla Costituzione all'attività economi-

(a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, IV, Milano, 2006, p. 31; R. NIRO, *Art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI, I, Torino, 2006, p. 846-863; M. GIAMPIERETTI, *Art. 41*, in S. BARTOLE-R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 407; L. CASETTI, *Articolo 41*, in F. CLEMENTI-L. CUOCOLO-F. ROSA-G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, Bologna, 2018, p. 267-272. Sul significato assunto dall'art. 41 della Costituzione con specifico riferimento alla proposta di riforma formulata nel 2010-2011, I. MASSA PINTO, *L'innocenza della Costituzione e la sua difesa minima: in margine al dibattito sulla proposta di modifica dell'art. 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2 del 2020.

<sup>82</sup> M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., p. 46.

<sup>83</sup> G. BOGNETTI, *La Costituzione economica*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, Modena, 2011, p. 162.

<sup>84</sup> G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1995, p. 30.

<sup>85</sup> G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, cit., p. 25. Si veda altresì G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983.

<sup>86</sup> C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977, p. 70 ss.. In tale saggio l'Autore effettua un'analisi dei rapporti tra Costituzione e socialismo cercando di definire se la Costituzione consenta o meno la realizzazione di un sistema socialista. Dimostrando che socialismo e Costituzione non sono termini antitetici, ma esprimono modelli sovrapponibili, diventa possibile sostenere la possibilità dell'avvento del socialismo in Italia. Al contrario, ciò sarebbe impossibile se si ritenesse che quest'ultimo sia attuabile stravolgendo l'attuale impianto costituzionale.

ca privata, a cui sembra riferirsi una disciplina diversa dalle altre libertà riconosciute dalla Carta fondamentale: la tutela di queste ultime appare infatti consustanziale a quella del bene comune «tanto è vero che [a esse] vengono imposti solo limiti esterni»<sup>87</sup>; per la libertà di iniziativa economica questa corrispondenza non è invece scontata<sup>88</sup>, assoggettata come è, al limite interno dell'utilità sociale, a sua volta strettamente connesso all'art. 3 comma 2 della Costituzione; quest'ultimo aspira infatti alla realizzazione, da parte di ciascuno, del proprio progetto di emancipazione sociale e umana<sup>89</sup>, che, insieme a quello di tutti gli altri<sup>90</sup>, concorre al progresso materiale dell'intera società, quale rappresentato dalla «maggior quantità di benessere per il maggior numero possibile di uomini»<sup>91</sup> a cui tutti devono poter accedere in condizioni di eguaglianza<sup>92</sup>. Non a caso, nella Costituzione, l'essere umano non è preso in considerazione come astratto cittadino, ma «nella concretezza della sua posizione sociale, nella realtà dei molteplici nessi sociali che ne condizionano effettivamente la personalità; da ciò consegue che l'ordinamento regola l'agire umano non partendo dalla prospettiva di un'inesistente eguaglianza di tutti gli individui, ma proprio dal riconoscimento della loro disuguaglianza, tentando di rimuoverne le cause»<sup>93</sup>.

Nel collegamento tra i limiti a cui la libertà economica soggiace e il compito prescritto alla Repubblica proprio dall'art. 3 comma 2 della Costituzione, è allora possibile cogliere la ragione di fondo che impone che il mercato sia il prodotto di precise condizioni istituzionali

<sup>87</sup> Così M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., p. 48.

<sup>88</sup> M. LUCIANI, *La produzione della ricchezza nazionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, III, Napoli, 2008, p. 67.

<sup>89</sup> A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, p. 194. Questa funzionalizzazione verso i «fini sociali», in realtà, non apparterebbe solamente alla disciplina dell'iniziativa economica dell'art. 41 Cost. (in riferimento non solo al richiamo ai «fini sociali» ma anche all'«utilità sociale»), bensì all'intera materia economica per come prevista all'interno del testo costituzionale. Si pensi, ad esempio, alla «funzione sociale» dell'art. 42; all'«utilità generale» e all'«interesse generale» dell'art. 43; il riferimento dell'art. 44 agli «equi rapporti sociali»; alla «funzione sociale» dell'art. 45. Così A. COIANTE, *Le "potenzialità concorrenziali nascoste" dell'art. 41 della Costituzione: dal riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata all'affermazione del principio della libera concorrenza*, in *Federalismi.it*, p. 148.

<sup>90</sup> Così S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013, p. 204 ss.

<sup>91</sup> R. NIRO, *Art. 41*, cit., p. 854.

<sup>92</sup> N. BOBBIO, *Eguaglianza e egualitarismo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1976, p. 321 ss..

<sup>93</sup> V. CRISAFULLI, *Intervento*, in *Atti del convegno sulla Tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*, Torino, 20-21 Novembre 1954, Milano, p. 58-59.

e di valori sociali che limitano, controllano e orientano la dinamica del sistema economico<sup>94</sup>: tra questi, oltre all'affermazione dell'utilità sociale, come limiti all'attività d'impresa si pongono la sicurezza, la libertà, la dignità umana, a cui si aggiungono oggi la tutela dell'ambiente e della salute<sup>95</sup>; la previsione di una riserva di legge per la traduzione di questi limiti in regole entro le quali deve svolgersi la concorrenza degli operatori del mercato segnala dunque la necessità che la politica pre-determini le coordinate legislative che incorporano i beni e i diritti che da questo gioco del mercato devono restare fuori, ponendosi a monte di esso. Affiora così, con riferimento all'attività economica, l'esigenza di tutelare i più deboli dalle decisioni fondate sul profitto delle imprese e sull'efficienza del sistema, ristabilendo la priorità assiologica dei diritti fondamentali<sup>96</sup>.

In questo senso, la tutela dell'utilità sociale richiede un continuo e concreto confronto dialettico chiamato a svolgersi nella forma della garanzia del pluralismo e a muovere dal presupposto per cui sul mercato la quota di potere che, in condizioni di scarsità, ciascuno detiene e che corrisponde alla quantità e qualità dei beni posseduti, è diseguale<sup>97</sup>.

È in tale quadro che si inserisce il dibattito sulla riconducibilità all'art. 41 Cost., per come interpretato, del principio di libera concorrenza<sup>98</sup> e su cui ha avuto una sicura influenza il processo di integrazione europea<sup>99</sup>.

<sup>94</sup> R. BIN, *La concorrenza nel bilanciamento dei valori*, cit., p. 2.

<sup>95</sup> Con legge costituzionale n. 1 del 2022 il legislatore ha modificato l'art. 9 della Costituzione che ha oggi la seguente formulazione «La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». È intervenuta altresì sull'art. 41, la cui attuale formulazione prevede che «L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con la utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali».

<sup>96</sup> E. VITALE, *Difendersi dal potere. Per una resistenza costituzionale*, cit., p. 87.

<sup>97</sup> G.J. STIGLER, *Perfect Competition, Historically Contemplated*, in *J. of Political Economy*, n. 65 del 1957, p. 1 s.

<sup>98</sup> Emblematica la pubblicazione degli Atti del Convegno AIC del 1991, *La Costituzione economica. Associazione Italiana Costituzionalisti, La Costituzione economica*, Cedam, Padova, 1991. Si segnalano in tal senso le relazioni di G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*; G. BOGNETTI, *La Costituzione economica tra ordinamento nazione e ordinamento comunitario*.

<sup>99</sup> Art. 4 del Trattato CE.

#### 4.2. Libertà economica privata e principio di libera concorrenza

La concorrenza ha una complessa relazione con la libertà economica<sup>100</sup>: infatti, da un lato, in una dimensione soggettiva quale diritto del singolo in rapporto con altri operatori di accedere e rimanere sul mercato, è elemento essenziale della libera iniziativa economica; dall'altro, in una dimensione oggettiva, si caratterizza quale componente imprescindibile del mercato stesso<sup>101</sup> che presiede alla sua organizzazione e funzionamento<sup>102</sup>. La concorrenza costituisce in questo senso pertanto sia un profilo della libertà economica – ogni operatore ha interesse a entrare e competere in un mercato – sia un limite della stessa, in quanto si contrappone all'interesse, di chi su quel mercato è già in posizione dominante, di escludere gli altri dall'accesso.

Si tratta di principi, quelli a cui si sta facendo riferimento, che, in assenza, quantomeno originariamente, di un richiamo esplicito alla concorrenza in Costituzione<sup>103</sup>, per lungo tempo non hanno trovato spazio nella giurisprudenza costituzionale<sup>104</sup>. È solo con la sentenza

<sup>100</sup> S. CASSESE, *La Nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2021, p. 138 ss.

<sup>101</sup> G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1995, p. 39-41, secondo cui la concorrenza deriva dal rilievo verso i terzi (dunque in una prospettiva orizzontale) dell'iniziativa economica; da ciò deriva che l'art. 41 Cost. pone come principio ottimale dell'economia il «pluralismo competitivo tra privati». Secondo N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 95 la libertà è una figura che assume una connotazione verticale, di protezione verso lo Stato, mentre la concorrenza è una figura orizzontale che regola i rapporti tra imprenditori.

<sup>102</sup> I. DE CESARE, *Concorrenza e utilità sociale*, in *Federalismi.it*, 1 aprile 2020, p. 62.

<sup>103</sup> La tutela della concorrenza è poi stata introdotta con l. cost. 3 del 2001 tra le materia rientranti nella potestà legislativa esclusiva dello Stato.

<sup>104</sup> Corte costituzionale, n. 29 del 1957, relativa all'art. 125 T.U. delle leggi sanitarie 27 luglio 1934, n. 1265, modificato dalla legge 7 novembre 1942, n. 1528 la norma impugnata deve ritenersi costituzionale, anche se la vendita di medicinali fatta dal farmacista possa riportarsi tra le attività economiche considerate dall'art. 41 della Costituzione. Questa disposizione, invero, enuncia sul piano costituzionale la libertà economica nella sua fondamentale manifestazione di libertà di iniziativa economica e privata, che si traduce nella possibilità di indirizzare liberamente, secondo le proprie convenienze, la propria attività nel campo economico. A tale libertà la Costituzione pone il limite del pubblico interesse, in quanto l'iniziativa privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, intesa come conseguimento del bene comune; Corte costituzionale, n. 21 del 1964 artt. 1 della l. 11 febbraio 1952, n. 631 della l. 16 ottobre 1962, n. 1498; 6 della l. 22 marzo 1908, n. 105, precipua la necessità di evitare una causa di ingiustificata concorrenza a favore dell'esercente che, lavorando personalmente, si potrebbe sottrarre alla disciplina comune, il cui carattere di generalità è imposto dalla esigenza di tutelare gli interessi di tutta la categoria degli esercenti e quelli dei consumatori; Corte costituzionale, 10 giugno 1969, n. 97,

n. 223 del 1982 che, per la prima volta, cogliendo i mutamenti che stavano interessando il sistema economico, anche, come detto, alla luce del processo di integrazione europea, la Corte costituzionale riconosce – riconducendola allo statuto della libertà di iniziativa economica privata e quindi all'art. 41 Cost. complessivamente considerato – la libertà di concorrenza tra imprese<sup>105</sup>: essa, da un lato, «integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenere i prezzi»<sup>106</sup>.

È però solo con l'introduzione della disciplina *Antitrust* – la l. 10 ottobre 1990, n. 287 recante *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato* – che, anche grazie alla sempre maggiore influenza del diritto comunitario<sup>107</sup> si riconosce esplicitamente l'esistenza di un vincolo tra concorrenza e art. 41 della Costituzione<sup>108</sup>: l'art. 1, comma 1, di tale legge dispone, infatti, che «le disposizioni di cui essa si compone sono “attuative” della libertà di iniziativa economica privata»<sup>109</sup>.

Da tale momento questo cambiamento trova ampio riflesso nelle pronunce della Corte costituzionale: prima, nelle sentenze n. 443 del 1997 e 362 del 1998, poi, soprattutto in seguito alla riforma del Titolo V che introduce tra le materia di legislazione esclusiva dello Stato la tutela della concorrenza<sup>110</sup>, nella pronuncia n. 27 del

la Corte costituzionale osserva che «fra questi limiti viene qui in evidenza quello connesso all'utilità sociale, alle cui esigenze deve essere subordinata la concorrenza, che indubbiamente il vigente sistema costituzionale non considera di per sé idonea a realizzare o a rispettare gli interessi della società».

<sup>105</sup> I. De Cesare, *Concorrenza e utilità sociale*, cit., p. 65.

<sup>106</sup> Corte costituzionale, n. 223 del 1982. Cfr. per un commento M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quad. Cost.*, n. 2 del 2019, p. 325-326, soprattutto con riferimento alla nota 39. Nella pronuncia n. 241 del 1990, la Corte costituzionale ricostruisce poi come tale libertà sia connaturale all'iniziativa economica privata e funzionale alla tutela del consumatore quale contraente debole.

<sup>107</sup> Soprattutto a partire dal Trattato di Maastricht del 1992; cfr. G. DE VERGOTTINI, *La costituzione economica italiana: passato e attualità*, in *Dir. Soc.*, nn. 3-4 del 2010, p. 338; P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996, p. 132.

<sup>108</sup> L. CASETTI, *Articolo 41*, cit., p. 270

<sup>109</sup> G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata (voce)*, in *Enc. Giur. It.*, XIX, Roma, 1990, p. 6.

<sup>110</sup> M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, cit., p. 375. Osserva l'Autore che potrebbe sembrare che a oggi la concorrenza, nella Costituzione formale, operi solo (e peraltro in termini di «tutela») quale criterio di distribuzione della potestà legislativa statale e regionale, non avendo riconoscimento nell'insieme delle disposizioni che fondano la cd. Costituzione economica.

2003<sup>111</sup>; in ultimo, specialmente, nella pronuncia n. 14 del 2004, in cui la Corte riconosce esplicitamente nel principio concorrenziale un valore costituzionale fatto direttamente derivare dal diritto comunitario: la concorrenza, affermano i giudici costituzionali, «non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, [...] che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o a instaurare assetti concorrenziali»<sup>112</sup>.

Non è quindi sufficiente il preteso automatismo in funzione del quale, affermata la libertà di concorrenza, non può che esservi un mercato concorrenziale<sup>113</sup>, ma è necessario ricollegare tale libertà a quella di iniziativa economica, interpretando a questo punto entrambe in connessione con l'utilità sociale<sup>114</sup> e il principio di uguaglianza sostanziale<sup>115</sup>, in un equilibrio variabile di volta in volta, «ben potendo essere socialmente utile, per la Costituzione, la limitazione (o addirittura l'esclusione), piuttosto che la garanzia della libera concorrenza»<sup>116</sup>.

Utilità sociale e principio di uguaglianza sostanziale costituiscono quindi lo sfondo assiologico di riferimento che, in ordinamenti che si ispirino alla cultura liberal-democratica<sup>117</sup>, deve orientare lo svolgimento e i confini dell'attività economica; di conseguenza, la concorrenza, in questo contesto, si connota – o meglio, si dovrebbe connotare<sup>118</sup> – per essere un semplice mezzo, da tutelare e a cui af-

<sup>111</sup> In questo caso la Corte fa salva la disciplina lombarda sull'organizzazione del servizio farmaceutico fondando la decisione sulla considerazione che l'accentuazione della concorrenza tra le farmacie causate dal prolungamento degli orari avrebbe potuto determinare la scomparsa di alcuni esercizi con pregiudizio per la distribuzione territoriale della rete farmaceutica.

<sup>112</sup> Corte costituzionale, n. 14 del 2004.

<sup>113</sup> G. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 793.

<sup>114</sup> Come invece pretende di fare la Corte costituzionale nella sentenza n. 270 del 2010.

<sup>115</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 19.

<sup>116</sup> M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., p. 52.

<sup>117</sup> R. BIN, *La concorrenza nel bilanciamento dei valori*, in M. AINIS-G. PITRUZZELLA, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari 2019, 65-71 (relazione al Convegno Roma, AGCM 10 maggio 2018), p. 1.

<sup>118</sup> Apparentemente più complessa è la questione con riferimento all'Unione europea, la cui politica di concorrenza rappresenta uno strumento chiave per il conseguimento di un mercato interno libero e dinamico, nonché per lo sviluppo di un benessere economico comune. La concorrenza costituisce quindi la regola, limitazioni a essa, l'eccezione.

fidarsi se diretto alla protezione della collettività o da contenere, là dove «la sua azione, estesa al di là di un certo punto, diventa dannosa per la struttura sociale»<sup>119</sup>. La disciplina normativa che è chiamata a definire forma e funzionamento anche di un'economia di mercato<sup>120</sup>, non si può limitare quindi alla mera garanzia dello «spontaneo sviluppo del dinamismo economico privato»<sup>121</sup>, quale soluzione naturale ai problemi di produzione e distribuzione della ricchezza<sup>122</sup> o alla tutela dell'esistenza di una pluralità di imprese, ma deve estendersi a salvaguardare e promuovere quel pluralismo sociale e politico da cui l'intero sistema trae impulso e legittimazione<sup>123</sup>.

Non è solo quindi necessario che siano poste delle regole e che queste regole siano esterne al mercato, ma è altrettanto imprescindibile che esse siano finalizzate a tutelare interessi la cui protezione può condizionare la concorrenza e limitare l'iniziativa degli operatori.

In ciò sta la principale differenza tra la disciplina posta dalle Autorità di regolazione e le norme stabilite dalle istituzioni politiche. Le prime non sono chiamate a effettuare «ponderazioni tra interessi diversi al fine di scegliere la misura soddisfacente del bisogno loro affidato»<sup>124</sup>, ma a stabilire norme che, tra le altre cose<sup>125</sup>, garantiscono (non solo, ma anche) le modalità di «gioco» tra operatori e a vigilare sul rispetto di esse<sup>126</sup>: si tratta di Autorità che, sorrette da forme di le-

<sup>119</sup> L. EINAUDI, *Economia di concorrenza e capitalismo storico. La terza via fra i secoli XVIII e XIX*, in F. FORTE-F. FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2010, p. 217.

<sup>120</sup> R.H. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna 1995, p. 49.

<sup>121</sup> L. D'ANDREA, *Democrazia e potere economico: la "forma" del primato costituzionale*, cit., p. 1004.

<sup>122</sup> M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, cit., p. 322 e 323. Sull'incapacità del mercato di autoregolarsi e di garantire l'ottimo sociale, R. NIRO, *Art. 41*, cit., p. 858.

<sup>123</sup> M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, in *Dir. Soc.*, 2004, p. 468 ss.

<sup>124</sup> G. AMATO, *Le Autorità indipendenti nella costituzione economica*, in AA.VV. (a cura di) *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano 1997, p. 9.

<sup>125</sup> L'Agcom ha ad esempio ulteriori competenze in materia di servizio universale, ossia l'insieme dei servizi messi a disposizione di tutti gli utenti finali a un livello qualitativo stabilito e a un prezzo accessibile, indipendentemente dalla posizione geografica, disciplinato dagli artt. 43-64 del *Codice delle comunicazioni elettroniche o di tutela della disabilità* per garantire, in condizioni di parità con gli altri utenti, l'accesso, la scelta e la fruizione dei servizi di comunicazione elettronica. A questo ultimo riguardo il riferimento è alla Delibera n. 290/21/CONS recante *Disposizioni in materia di misure riservate a consumatori con disabilità per i servizi di comunicazione elettronica da postazione fissa e mobile*.

<sup>126</sup> G. AMATO, *Le Autorità indipendenti nella costituzione economica*, cit., p. 9.

gittimazione diverse e molto spesso troppo vicine agli stessi soggetti che dovrebbero regolare<sup>127</sup>, operano esse stesse all'interno del mercato, garantendo il pluralismo attraverso la difesa del fondamentale «valore» ultimo della concorrenza<sup>128</sup>.

Alla politica, in una prospettiva opposta, spetta invece di determinare, regolando l'economia, le coordinate legislative entro cui deve svolgersi la concorrenza, sottraendola al gioco degli operatori di mercato e individuando nel pluralismo (interno, qualora quello esterno non sia effettivo) l'interesse da proteggere al fine della garanzia dei diritti fondamentali<sup>129</sup>. È quindi a un soggetto politicamente responsabile che spetta assumere, in una sede rappresentativa, la definizione del punto di equilibrio storicamente determinato e mutevole tra diritti, poteri e libertà<sup>130</sup>.

Se alla luce di ciò è il pluralismo il criterio orientatore dell'analisi, allora può comprendersi come la concorrenza non possa e non debba essere vista in chiave esclusivamente economica – pena restringerla eccessivamente e indebitamente significato e portata – ma al contrario come strumento idoneo a realizzare interessi costituzionalmente rilevanti in funzione del benessere collettivo e dello scopo di impedire la formazione di poteri economici (ma anche culturali e politici) talmente potenti da condizionare l'esercizio delle libertà e il funzionamento della democrazia<sup>131</sup>.

Da ciò consegue che, se è alle istituzioni politiche che spetta di intervenire perseguendo quel massimo livello di pluralismo, che della concorrenza è la premessa, gli effetti negativi prodotti dal mercato sui livelli di protezione dei diritti individuali e sociali, non sono imputabili (solo) al mercato, ma anche all'insufficiente opera di regolazione della politica, che spesso, ridotta essa stessa alla logica del mercato di cui ha interesse a sfruttare le dinamiche, rifugge dal porre regole limitative, celandosi dietro la difficoltà del collocare nello spazio le attività economiche che esorbitano dai confini nazionali. Tra queste, certamente si pone la rete, che annulla le distanze e rende complesso (ma non impossibile) stabilire un legame tra un'attività, i rapporti

<sup>127</sup> L. D'ANDREA, *Democrazia e potere economico: la forma del primato costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2018, p. 996.

<sup>128</sup> R. BIN, *La concorrenza nel bilanciamento dei valori*, cit., p. 5.

<sup>129</sup> R. BIN, *La concorrenza nel bilanciamento dei valori*, cit., p. 5.

<sup>130</sup> G. DE MINICO, *Per una tecnologia amica della Costituzione*, in G. DE MINICO (a cura di), *Libertà in rete, libertà dalla rete*, Torino, 2020, p. XXVIII.

<sup>131</sup> F. DENOZZA, *Intellectual Property and Refusal to Deal: 'Ad Hoc' versus 'Categorical'*, in G. AGGIANO-G. MUSCOLO, M. TAVASSI (a cura di), *Competition Law and Intellectual Property: A European Perspective*, Netherlands, 2012, p. 267.

giuridici che a fronte di questa attività prendono forma e il territorio di un determinato Stato.

### 5. Sovranità e territorialità nelle esigenze di regolazione

La sovranità definisce lo Stato – nella dimensione interna e in quella esterna<sup>132</sup> – allo stesso tempo sia come unità politica che interagisce con la pluralità dei soggetti individuali e collettivi che la integrano, sia come organizzazione e ordinamento giuridico<sup>133</sup>.

Della sovranità il territorio è stato a lungo «l'abitazione»<sup>134</sup>, quale criterio di collegamento utile per individuare lo Stato competente a dettare le regole e a vigilare sulla loro applicazione. Tuttavia, oggi, lo spazio con cui i singoli ordinamenti statali si trovano a confrontarsi è divenuto sconfinato<sup>135</sup> e il diritto, da questo punto di vista, si trova a inseguire «l'ovunque»<sup>136</sup>.

La globalizzazione<sup>137</sup>, soprattutto nella sua dimensione economica, ha infatti travolto il concetto di territorio<sup>138</sup>, contribuendo a rendere evidenti le difficoltà connesse alla «realizzazione del progetto normativo della cattura costituzionale del potere»<sup>139</sup>. È in tal senso che la nozione di territorio si è trovata costretta a mutare il proprio significato: nel rapporto tra esso e la sovranità, quest'ultima si emancipa dal legame con il primo, inteso quale «sfera di dominazione delimitata nello spazio ed esclusiva»<sup>140</sup> e, rigettando l'idea di un confine chiuso, diventa il luogo in cui lo scontro degli interessi che animano la società trova un equi-

<sup>132</sup> G. BERTI, *Sovranità (voce)*, in *Enc. Dir.*, I., Milano 2007, p. 1072.

<sup>133</sup> G. BERTI, *Sovranità (voce)*, cit.

<sup>134</sup> N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, cit., p. 100.

<sup>135</sup> D. DI SABATO, *Il ruolo delle piattaforme digitali nello svolgimento delle attività economiche in rete*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino - Studi* -, n. 9 del 2020, p. 5.

<sup>136</sup> N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, I, p. 625 ss.

<sup>137</sup> Non è possibile in questa sede dar conto della complessità del fenomeno. Si richiama, anche per la bibliografia ivi contenuta D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, 2004 e P. BILANCIA (a cura di), *Costituzione economica, integrazione sovranazionale, effetti della globalizzazione*, in *Federalismi.it*, n. 5 del 2019.

<sup>138</sup> A. POGGI, *Le dimensioni spaziali dell'eguaglianza*, in *Rivista AIC*, n. 1 del 2020, p. 323.

<sup>139</sup> A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, 2010, p. 344.

<sup>140</sup> G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, Milano, 1921, p. 368.

librio e una composizione in chiave politica<sup>141</sup>. Alla luce di ciò, anche in un'economia avente portata globale, le autorità statali, intimamente legate alla tutela dei diritti<sup>142</sup> e al concetto di sovranità popolare quale rappresentazione dell'indirizzo politico generale<sup>143</sup>, possono continuare a incidere: la globalizzazione avviene infatti «concretamente dentro gli Stati nazionali ed è qui che si riverberano gli effetti» di essa<sup>144</sup>.

D'altronde, che lo Stato possa ancora porre proprie norme, vincolando a esse le attività svolte in rete, emerge chiaramente, per quanto qui interessa con riferimento al mondo digitale, dal *Report Freedom of the net 2021. The Global Drive to Control Big Tech*, che mostra crescenti limitazioni alla libertà nella rete in 56 Paesi. In essi, si legge nel Report, è stata disposta la condanna di persone per il solo pensiero manifestato online. In 20 Stati, i governi hanno sospeso l'accesso a Internet e in 21 hanno impedito di usufruire dei social media, il più delle volte durante periodi di turbolenze politiche ed elezioni<sup>145</sup>. È chiaro che in ordinamenti di tal genere non si ponga il problema della regolazione di Internet e delle piattaforme digitali, ma al più ve ne sia uno di tutela delle libertà<sup>146</sup>; la capacità espansiva della rete è vista, in questi contesti, come potenziale strumento di creazione del dissenso e, quindi, come pericolo rispetto a valori assunti, soprattutto nell'ambito di regimi autoritari, come fondanti<sup>147</sup>. Riappropriandosi della territorialità (e dimostrando che ciò è possibile), tali sistemi sono in grado di sottoporre a regole ogni persona o impresa

<sup>141</sup> G. BERTI, *Sovranità (voce)*, cit., p. 1066.

<sup>142</sup> Cfr. G. BERTI, *Sovranità (voce)*, cit., p. 1068 ss.

<sup>143</sup> C. MORTATI, *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, p. 21 ss.

<sup>144</sup> A. POGGI, *Le dimensioni spaziali dell'eguaglianza*, cit., p. 327.

<sup>145</sup> *Report Freedom of the Net 2021. The Global Drive to Control Big Tech*.

<sup>146</sup> Così M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit., p. 171.

<sup>147</sup> Si legge infatti nel *Report Freedom of the Net 2021. The Global Drive to Control Big Tech*, che «la libertà globale di Internet è diminuita per l'11° anno consecutivo. I maggiori deterioramenti sono stati documentati in Myanmar, Bielorussia e Uganda, dove le forze statali hanno represso in mezzo a crisi elettorali e costituzionali. Il calo del punteggio di 14 punti del Myanmar è il più grande registrato dall'inizio del progetto Freedom on the Net. La Cina si classifica come il peggior ambiente per la libertà di Internet per il settimo anno consecutivo. Le autorità cinesi hanno imposto pene detentive draconiane per il dissenso online, i rapporti indipendenti e le comunicazioni quotidiane banali. La pandemia di Covid-19 rimane uno degli argomenti più pesantemente censurati. I funzionari hanno anche represso i giganti della tecnologia del paese, citando i loro abusi legati alla concorrenza e alla protezione dei dati, anche se la campagna ha ulteriormente concentrato il potere nelle mani dello stato autoritario».

che produca effetti sul proprio ordinamento interno<sup>148</sup>. Emblematico è il caso della Cina<sup>149</sup>, che negli anni ha sviluppato un sistema di controllo dei flussi di informazione in rete cui sono soggetti, come visto nel primo capitolo, sia i cittadini che gli operatori, interni ed esteri.

Nelle democrazie occidentali, la prospettiva invece muta: in esse è ormai acquisita la consapevolezza del potenziale emancipatorio di Internet<sup>150</sup> e come tale è necessario che non sia inibita la possibilità per gli utenti di esprimersi liberamente condividendo informazioni a livello transfrontaliero<sup>151</sup>. Assunto quindi un presupposto di libertà nella rete, si pone un problema di regolamentazione (pubblica) che, come visto nel paragrafo precedente, garantisca la natura egualitaria del web, in termini di possibilità di accesso sia degli utenti sia dei prestatori di servizi e che non può essere rifuggita per il sol fatto che Internet, quale spazio aperto al pubblico privo di confini, si pone come sganciato dalla sfera delle sovranità nazionali.

Non è, come detto, situazione inedita che una quota crescente di interessi economici esorbiti dallo spazio politico statale e non sia più circoscrivibile all'interno di un singolo territorio<sup>152</sup>. La politica e il diritto, nell'esigere un *dove*, inseguono da sempre un'economia che sfugge alla localizzazione (e quindi alle pretese di regolazione) muovendo alla «ricerca di nuovi spazi nei quali estendere i commerci e dispiegare l'iniziativa individuale»<sup>153</sup>. Nell'inesausto confronto tra la sfera del mercato, soprattutto là dove esso diventa luogo di socializzazione, comunicazione e partecipazione, e quella della *polis*, che rivendica uno spazio di autonomia da tale sfera economica, lo Stato deve allora mantenere il suo ruolo di sanzione del rispetto delle libertà e dei diritti fondamentali<sup>154</sup>, a dispetto del preteso indebolimento della sua capacità regolativa<sup>155</sup>.

<sup>148</sup> M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit., p. 171.

<sup>149</sup> Si veda in tal senso il capitolo 1.

<sup>150</sup> A. PUNZI, *L'ordine giuridico delle macchine. La Mettrie Helvétius D'Holbach: l'uomo-macchina verso l'intelligenza collettiva*, Torino, 2003.

<sup>151</sup> G. DE MINICO, *Per una tecnologia amica della Costituzione*, in G. DE MINICO (a cura di), *Libertà in rete, libertà dalla rete*, Torino, 2020, p. XXIII.

<sup>152</sup> G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit. p. 15.

<sup>153</sup> G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit., p. 15.

<sup>154</sup> L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Milano, 1995; si veda altresì U. ALLEGRETTI *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, 2002.

<sup>155</sup> H.P. GLENN, *The Cosmopolitan State*, Oxford, 2013, p. 171 e J. BOYLE, *Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors*, in *Universi-*

Se quindi è certamente vero che gli Stati nazionali non possono stabilire una sovranità sulla rete globalmente intesa<sup>156</sup>, ciò non esclude che essi possano comunque far valere sul (proprio) territorio il proprio potere: questo, in quanto la potestà dello Stato non si concretizza (più), come detto, semplicemente «in un diritto sul territorio, ma si manifesta come un aspetto o un atteggiamento della potestà generale sovrana dello Stato stesso: che ha per titolo un diritto sopra o per un territorio» – potendosi continuare a esplicitare nei confronti di tutti i soggetti e di tutte le cose che si trovano su un territorio – «ma non ha per oggetto il territorio stesso»<sup>157</sup>.

Quindi, se è vero che «dagli Stati si parte e agli Stati si ritorna»<sup>158</sup>, nell'ambito dei fenomeni globali contemporanei e in particolare della rete, ben può lo Stato sovrano (se lo vuole) riappropriarsi della territorialità, aspirando a regolamentare gli effetti che tali stessi fenomeni provocano al suo interno, in uno spazio che può coincidere con quello nazionale o essere articolato e integrato (quindi non sostituito) a livello sovranazionale, in una dimensione che, per quanto non consenta una sovrapposizione piena nel medesimo sentire politico tra eletto ed elettore come avviene nello Stato, può coinvolgere collettività e interessi più ampi<sup>159</sup> e quindi assicurare maggiore effettività alla disciplina che può essere posta.

Esplicito è il riferimento, per quanto qui interessa, al processo di integrazione europea.

Il confine territoriale, in questo caso, assume un valore funzionale, dal momento che, in conseguenza della rinuncia da parte dello Stato all'esclusività del dominio sul proprio territorio, sul medesimo ambito spaziale vengono esercitati più poteri «sovrani» che conferiscono contenuti ed efficacia alla pluralità di disposizioni che compongono l'ordinamento normativo<sup>160</sup>.

I principi del costituzionalismo, integrandosi con una più com-

*ty of Cincinnati L. Rev.*, 66, 1997, p. 177 fa riferimento al loro essere gli Stati «troppo grandi, troppo lenti, troppo geograficamente e tecnicamente limitati a regolare le interazioni fugaci di una cittadinanza globale».

<sup>156</sup> Parla di una distinzione tra sovranità improponibile e potere invadente S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet*, cit., p. 338.

<sup>157</sup> P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Territorio dello Stato (voce)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1992, p. 336.

<sup>158</sup> N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, cit., p. 158.

<sup>159</sup> G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit., p. 12.

<sup>160</sup> G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit., p. 12.

plexa realtà di valori e di garanzie fondamentali appartenenti al patrimonio delle tradizioni costituzionali dei singoli Stati<sup>161</sup>, danno così corpo all'esigenza, storicamente determinata, di legittimazione del potere pubblico<sup>162</sup>, unico preposto – si ritiene, come si è detto, più che i soggetti operanti nella sfera economica o le relative autorità di regolazione<sup>163</sup> – a far convivere istanze liberali di limitazione del potere e istanze democratiche di partecipazione al potere, in modo tale da assicurare tanto la garanzia delle libertà, quanto l'eguaglianza nell'effettivo godimento dei diritti<sup>164</sup>. Anche in un contesto così definito, tali istanze di tutela mostrano la loro piena coincidenza con la democrazia<sup>165</sup> e sono volte ad assicurare il paradigma dello Stato di diritto nei confronti non solo del potere politico, ma anche di quello economico e, in generale, delle potestà private<sup>166</sup>.

L'unificazione europea, di cui non si nascondono problemi e criticità che non possono essere approfonditi in questa sede<sup>167</sup>, ha senz'altro mutato l'assetto fondamentale dei singoli ordinamenti costituzionali<sup>168</sup>, ma ha altresì determinato l'instaurarsi al suo interno di una rete di relazioni in grado di restituire, attraverso il primato della politica, maggiore effettività alle opzioni regolative che i singoli Stati nazionali possono approntare nei confronti del potere economico ed è stata capace di attribuire maggiore forza al modello di economia sociale di mercato<sup>169</sup> definitivamente riconosciuto dall'art. 3 TUE. È vero in-

<sup>161</sup> D'altronde l'art. 4 co 3 del TUE impegna l'Unione al rispetto delle identità nazionale insite nelle strutture fondamentali, politiche e costituzionali degli Stati membri.

<sup>162</sup> A. PACE, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Dir. Pubbl.*, n. 3 del 2003, p. 887 ss.

<sup>163</sup> L. D'ANDREA, *Democrazia e potere economico: la "forma" del primato costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2018, p. 996.

<sup>164</sup> L. D'ANDREA, *Democrazia e potere economico: la "forma" del primato costituzionale*, cit., p. 1003.

<sup>165</sup> P. CIARLO, *Contro l'idea di Costituzione spontanea*, cit., p. 101.

<sup>166</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, II, Roma-Bari, 2007, p. 224.

<sup>167</sup> Si veda M. BENVENUTI, *Democrazia e potere economico*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2018. Non da ultimo, il riferimento è a una carenza nella legittimazione democratica e a una evidente fragilità del c.d. pilastro europeo dei diritti sociali. Cfr. sul punto A. SPADARO, *Integrazione europea e costituzionalismo globale*, in DPCE online, n. 2 del 2021, p. 2443, ma anche G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2 del 2011.

<sup>168</sup> P. SCARLATTI, *Costituzionalismo multilivello e questione democratica nell'Europa del dopo Lisbona*, in *Rivista AIC*, n. 1 del 2012, p. 2.

<sup>169</sup> R. DICKMANN, *L'articolo 3 del Trattato sull'Unione e la Politica economica europea*, in *Federalismi.it*, 2013, secondo cui ogni Paese che possa definirsi come de-

fatti che il progetto politico europeo non aveva (e in parte non ha tuttora) alla base la protezione dei diritti sociali<sup>170</sup>. Tuttavia, esso si caratterizza – quantomeno nelle aspirazioni ideali – come quel sistema che rifiuta il liberismo estremo come il dirigismo economico<sup>171</sup> e che, dunque, riconosce il libero mercato come suo caposaldo, ma al tempo stesso garantisce quell’equità sociale, indispensabile affinché i singoli individui siano in grado di operare liberamente (anche) all’interno del mercato e in condizioni di pari opportunità<sup>172</sup>.

Pertanto, sebbene l’Unione europea tuteli la libertà d’impresa – e quindi il principio di autonomia privata, per cui «tutte le imprese, indipendentemente dal fatto di essere in una posizione dominante, devono avere il diritto di scegliere liberamente i loro partner contrattuali e quello di disporre liberamente della loro proprietà»<sup>173</sup> –, contestualmente accoglie nel proprio orizzonte una serie di finalità sociali ulteriori che, in connessione con quanto previsto dall’art. 2 TUE<sup>174</sup> e con un più generale principio solidaristico<sup>175</sup>, vanno a limitare la stessa libertà di impresa (similmente a come fa l’art. 41 Cost.)<sup>176</sup>.

mocratico possiede un’«economia di mercato a vocazione sociale (o anche solidale, parola che penso evidenzi il profilo dinamico del concetto di “sociale”)».

<sup>170</sup> A. POGGI, *Le dimensioni spaziali dell’eguaglianza*, cit., p. 351.

<sup>171</sup> I. DE CESARE, *Concorrenza e utilità sociale*, cit.

<sup>172</sup> A. PERA, *Concorrenza e antitrust*, Bologna, 1998, p. 41.

<sup>173</sup> Comunicazione della Commissione europea - *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell’applicazione dell’articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti (2009/C 45/02)*, 75.

<sup>174</sup> Ai sensi dell’art. 2 TUE, «L’Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini»; 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*, Roma-Bari, 2019, p. 25.

<sup>175</sup> A. POGGI, *Le dimensioni spaziali dell’eguaglianza*, cit., p. 351. Sulle aspirazioni di un progetto politico che definisca i confini entro cui racchiudere una comunità statale reale, si veda E. GROSSO, *Cittadinanza e territorio. Lo ius soli nel diritto comparato*, Napoli, 2015, in particolare p. 35-36.

<sup>176</sup> L. D’ANDREA, *Democrazia e potere economico: la “forma” del primato costituzionale*, cit., p. 1003-1004. Peraltro, l’art. 3 TUE, afferma che lo «sviluppo sostenibile dell’Europa» è «basato [...] su un’economia sociale di mercato fortemente competitiva». Ciò tuttavia deve essere letto considerando che l’aggettivo «sociale» è assente nel più «operativo» art. 119 TFUE (già art. 4 TCE), a tenor del quale la politica economica dell’Unione e degli Stati è condotta «conformemente al principio di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza».

### 5.1. Protezione dei dati e principio di territorialità

La circostanza che uno Stato possa – se lo vuole – sottoporre a proprie regole sia i singoli, sia l'esercizio di un'attività di impresa, anche transnazionale, per quanto nei limiti degli effetti giuridici prodotti da tale attività sul proprio sistema interno, è dimostrato dalla disciplina in materia di protezione dei dati personali adottata, se pur in contesti radicalmente differenti, sia da parte della Repubblica popolare cinese con, da ultimo il *Protection Law of the People's Republic of China* (Pipl), entrato in vigore il 1 novembre 2021<sup>177</sup>, sia dall'Unione europea, con il Reg. UE/679/2016 (GDPR), discipline entrambe in grado di sviluppare un sistema di controllo dei flussi di informazioni in rete, cui sono soggetti cittadini e operatori, interni o esteri<sup>178</sup>.

Quanto alla prima, la Cina, dopo aver approntato un piano quinquennale (2021-2025) di sviluppo dell'industria dei big data, stimandone le dimensioni in circa 3.000 miliardi di yuan (470 miliardi di dollari)<sup>179</sup>, appare aver rimodellato il paradigma tradizionale in tema di governance dei dati, finora dominato dall'Unione Europea e dagli Stati Uniti, in un quadro normativo, che coinvolge i cittadini in funzione della tutela della sicurezza nazionale.

Le istituzioni cinesi, affermando il principio della sovranità statale sui dati<sup>180</sup>, hanno infatti consolidato una produzione legislativa che ha come obiettivo quello di controllare lo sviluppo delle tecnologie<sup>181</sup> e che ha esteso la nozione di *Network Operators* (quali sog-

<sup>177</sup> R. CREEMERS-G. WEBSTER, *Translation: Personal Information Protection Law of the People's Republic of China - Effective Nov. 1, 2021*, Digichina, Stanford, 2021. Per un commento si veda R. CREEMERS, *China's Emerging Data Protection Framework*, 16 Novembre 2021.

<sup>178</sup> È del mese di ottobre 2021 la decisione di LinkedIn (società acquistata da Microsoft nel 2016) di lasciare la Cina a causa dell'impossibilità di operarvi in conseguenza delle misure sempre più restrittive adottate dal Paese. Da ultimo, la China PIPL, la legge sulla privacy cinese che si inserisce in un quadro normativo composto da altre due leggi: la Cybersecurity Law approvata nel 2017 e la Data Security Law, entrata in vigore il primo settembre del 2021.

<sup>179</sup> L. GAO-A. ZHANG-R. WOO, *China outlines vision for four mega data centre clusters*, in *Reuters*, 31 dicembre 2021.

<sup>180</sup> Il European Council on Foreign Relations, nel paper del luglio 2020, *Europe's digital sovereignty: from rulemaker to superpower in the age of Us-China rivalry*, definisce la sovranità digitale la capacità, di un Paese, «di controllare le nuove tecnologie digitali e i loro effetti sulla società».

<sup>181</sup> Per un commento sulla normativa in vigore nella Repubblica popolare cinese, Y. LI, *Cross-border Data Transfer Regulation in China*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 1 del 2021.

getti vincolati dalla normativa a cui si fa riferimento) fino a includere qualsiasi società, ovunque ubicata, che gestisca la sua rete – compresi i siti web e le reti interne ed esterne – per fornire prodotti o servizi o raccogliere dati in Cina<sup>182</sup>. Ad esempio, la Pipl si applica a «qualsiasi trattamento di dati personali, eseguito anche al di fuori della Repubblica Popolare Cinese, qualora questo trattamento sia finalizzato a fornire prodotti o servizi a persone fisiche situate in Cina».

Il potere politico, centralizzando il ruolo di supervisore, pone regole e limiti, sia su un livello verticale, allo scopo di evitare danni alla sicurezza nazionale che possono nascere dall'utilizzo illecito dei big data, sia su uno orizzontale, con l'obiettivo di fornire ai consumatori, nel rapporto con i grandi conglomerati tecnologici, maggiori garanzie sull'impiego trasparente dei propri dati.

È stabilita, in questo ultimo senso, tanto la necessità di informare gli interessati sulle modalità di trattamento dei dati personali, con modalità facilmente accessibili e in un linguaggio chiaro e semplice, quanto, ai sensi dell'art. 24 della Pipl, l'impossibilità per il titolare del trattamento di ricorrere a processi decisionali automatizzati, qualora questi possano avere conseguenze pregiudizievoli per gli interessati.

Si tratta di norme in alcun modo distanti, nella loro disciplina formale, da quanto stabilito dal GDPR. Anch'esso, infatti, estende il principio di territorialità innovando quello di stabilimento: la Direttiva CE/95/46, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione dei dati prevedeva che essa potesse applicarsi solo là dove il trattamento di dati personali fosse effettuato nel contesto delle attività di uno stabilimento del titolare situato nell'UE (art. 4 comma. 1 lett.a). Similmente, il Codice Privacy, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, stabiliva che le sue norme si riferissero al trattamento di dati personali effettuato da chiunque fosse stabilito nel territorio dello Stato italiano e da chiunque, stabilito nel territorio di un Paese extraeuropeo, impiegasse per il trattamento strumenti situati nel territorio dello Stato. Il GDPR, al contrario, ai sensi dell'art. 3, stabilisce che esso si applica «al trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito delle attività di uno stabilimento da parte di un titolare del trattamento o di

<sup>182</sup> Tale estensione di campo applicativo si trova in primo luogo nel Data Security Law, in vigore dal 1° settembre 2021. Cfr. R. CREEMERS, *G. Webster, Translation: Data Security Law of the People's Republic of China (Effective Sept. 1, 2021)*, Digichina, Stanford, 2021. Nel 2017 era già entrata in vigore la Cybersecurity law, in vigore dal 1 giugno 2017, con l'obiettivo di stabilire un regime normativo uniforme per la sicurezza informatica e la protezione dei dati in Cina.

un responsabile del trattamento nell'Unione, indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione», nonché al trattamento dei dati personali di interessati che si trovano nell'Unione, effettuato da un titolare del trattamento o da un responsabile del trattamento che non è stabilito nell'Unione, quando le attività di trattamento riguardano: a) l'offerta di beni o la prestazione di servizi ai suddetti interessati nell'Unione, indipendentemente dall'obbligatorietà di un pagamento dell'interessato; oppure b) il monitoraggio del loro comportamento nella misura in cui tale comportamento ha luogo all'interno dell'Unione».

Tutte le attività di impresa, ovunque stabilite, che operino su Internet offrendo beni o servizi ai consumatori dell'Unione sono dunque vincolate al rispetto della nuova normativa, con un conseguente allargamento dei soggetti coinvolti, in una incrementata garanzia di tutela dei diritti degli interessati e in una corrispondente imposizione di doveri in capo a chi, alla luce di tale disciplina, tratta i dati.

È fin superfluo sottolineare la distanza tra i due contesti entro cui queste discipline hanno origine. In Unione europea, tutelare i dati significa garantire il trattamento di informazioni personali, ponendo al centro dell'intero sistema l'interessato, il quale sui propri dati pretende di esercitare un potere inscindibilmente legato, in un bilanciamento tra innovazione e protezione delle persone fisiche, alla sua persona in quanto tale<sup>183</sup>. Si tratta in questo senso di un sistema costruito sul valore centrale dell'essere umano, «nel senso che il suo fine è di assicurare lo svolgimento della persona umana e di garantire i suoi diritti inviolabili»<sup>184</sup>.

In Cina, in coerenza con la natura del suo sistema politico<sup>185</sup>, controllare i dati significa al contrario salvaguardare prioritariamente la sicurezza nazionale nel nome dell'interesse collettivo, essendo del tutto assente la nozione stessa di diritto fondamentale<sup>186</sup>. Che la pro-

<sup>183</sup> La conferenza internazionale dei Garanti della protezione dei dati personali, tenutasi a Tirana nel mese di ottobre 2019, «Convergence and connectivity raising global data protection standards in the digital age». Ha riconosciuto la privacy come diritto fondamentale per il corretto funzionamento delle democrazie, la lotta sui social media ai messaggi inneggianti al terrorismo, una maggiore cooperazione tra le autorità che tutelano i dati personali e quelle che operano a tutela dei consumatori e della concorrenza, nonché la riduzione dell'errore umano quale causa delle violazioni dei dati.

<sup>184</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 155.

<sup>185</sup> J. LI, QUART, *China's new algorithm rules are at odds with its tech giants' business models*, 5 gennaio 2022.

<sup>186</sup> R. CREEMERS, *The Privilege of Speech and New Media: Conceptualizing China's Communications Law in the Internet Era*, in J. DELISLE-A. GOLDSTEIN-G. YANG, *The Internet, Social Media and a Changing China*, Philadelphia, 2014.

spettiva sia esclusivamente quella della difesa degli interessi del regime ben emerge (segnando così la distanza rispetto all'ordinamento europeo) dall'art. 1 del Regolamento *Disposizioni sull'amministrazione delle raccomandazioni sugli algoritmi per i servizi di informazione su Internet*<sup>187</sup>, in vigore dal primo marzo 2022, secondo cui la finalità della regolamentazione dei soggetti che operano in rete è quella di «standardizzare le attività di raccomandazione degli algoritmi dei servizi di informazione su Internet, promuovere i valori fondamentali socialisti, salvaguardare la sicurezza nazionale e gli interessi pubblici, proteggere i diritti e gli interessi legittimi dei cittadini, delle persone giuridiche e di altre organizzazioni e promuovere lo sviluppo sano e ordinato di Internet».

Tuttavia, entrambe le normative considerate, disponendo che qualsiasi azienda straniera che si rivolga al loro mercato interno è sottoposta a esse, dimostrano come, anche in uno spazio «defisicizzato» come la rete che realizza la pretesa di forme nuove di sovranità, le autorità politiche possano riappropriarsi della territorialità.

#### 6. *Meccanismi di funzionamento e meccanismi da scardinare, quali spunti di regolamentazione?*

Quanto finora esaminato – l'esigenza di regole limitative che chiamano a un bilanciamento con i principi del pluralismo e dell'uguaglianza sostanziale, adottate da soggetti politici che esercitano la propria sovranità su un territorio – chiede ora di essere analizzato nelle sue ricadute sul tema di cui qui ci si occupa: le piattaforme digitali. Esse, si è detto, sono organizzazioni economiche orientate all'efficienza sul mercato, con la tendenza alla creazione di situazioni di oligopolio, se non addirittura di monopolio, volte a escludere o a limitare la concorrenza e con effetti sul pluralismo informativo e sulla stessa dialettica democratica. L'esigenza di una disciplina giuridica – che pur non può del tutto prescindere dall'intermediazione di un *codice* che rende possibile il funzionamento delle piattaforme digitali (incorporando determinati input) – trova quindi il proprio fondamento nella necessità di salvaguardare i diritti fondamentali dei cittadini da un potere privato che pretende di farsi assoluto.

Pur non avendo la presunzione di aver individuato soluzioni defi-

<sup>187</sup> T. QU-J. ZHANG, *China rolls out new regulation to rein in algorithms used on apps as Beijing continues to clip wings of Big Tech firms*, in *South China Morning Post*, 4 gennaio 2022.

nitive, si vogliono qui proporre, alla luce del quadro delineato, alcuni spunti di riflessione per ragionare sui problemi posti in una prospettiva piú ampia, indicando la direzione che, si ritiene, dovrebbero seguire le regole da opporre ai sovrani della rete.

Si è detto che da un punto di vista prettamente economico, gli intermediari digitali forniscono l'infrastruttura necessaria per costruire l'interazione tra mercati che sono diversi, ma al tempo stesso interconnessi e funzionalmente complementari. Tali soggetti sono, da un lato, in grado di causare la riduzione della dimensione del mercato esterno: le imprese concorrenti diventano infatti, in conseguenza del verificarsi di esternalità quali gli effetti di rete<sup>188</sup> e l'accesso ineguale ai dati<sup>189</sup>, dipendenti da tale infrastruttura; dall'altro, si pongono nella condizione di spostare la dialettica concorrenziale sul proprio mercato interno, assorbendo le relazioni competitive tra la piattaforma e gli altri operatori che da essa dipendono<sup>190</sup> e contestualmente ponendo in essere strategie preferenziali rispetto ai propri prodotti e servizi a discapito di quelli dei concorrenti che si avvalgono del medesimo spazio<sup>191</sup>.

Se però, alla luce di quanto detto, la tutela della concorrenza diventa strumento di valorizzazione del pluralismo istituzionale, mezzo e non piú fine ultimo della disciplina economica, nell'approccio a un'ipotesi di regolamentazione che sia orientata dalle descritte coordinate, si può distinguere tra una proposta comportamentale, di carattere maggiormente procedurale e legata alle garanzie connesse al trattamento dei dati personali, e una proposta strutturale<sup>192</sup>. Si tratta di opzioni che individuano un possibile orizzonte di azione, funzionale alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, che pongono l'attenzione sugli effetti trasversali che la garanzia di una reale competizione pluralista tra operatori sortisce in un mercato solo all'apparenza modulato su parametri ordinari<sup>193</sup>.

<sup>188</sup> In forza di tali effetti il valore del bene o servizio aumenta con un maggiore utilizzo dello stesso. M.L. KATZ, C. SHAPIRO, *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, in *American Economic Rev.*, n. 75 del 1985, p. 424.

<sup>189</sup> Cfr. *United States c. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d 30, 36 (D.D.C. 2000).

<sup>190</sup> L. AMMANNATI, *I signori nell'era dell'algoritmo*, cit., p. 392.

<sup>191</sup> Si pensi, ad esempio, che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel 2019 ha emesso un provvedimento nei confronti di Amazon (il n. 27623 del 2019) che conferisce solo ai venditori che usano il suo servizio di logistica vantaggi per la visibilità delle offerte discriminando chi usa una logistica esterna. Cfr. L. AMMANNATI, *I signori nell'era dell'algoritmo*, cit., p. 393.

<sup>192</sup> Contrappone le due prospettive, se pur nel differente contesto statunitense, O. LYNSKEY, *Regulating Platform Power*, in *LSE Working Paper*, n. 1 del 2017, p. 4 ss.

<sup>193</sup> G. GIANNONE CODIGLIONE, *Libertà di impresa, concorrenza e neutralità della*

La prima proposta analizza e si fonda sulla capacità delle piattaforme digitali di creare valore dalla (immensa) raccolta dei dati e dalla loro elaborazione attraverso algoritmi<sup>194</sup>; nella prospettiva dell'applicazione, di cui già si è detto, anche ai poteri privati delle garanzie di effettività dei diritti fondamentali e del principio del «potere pubblico in pubblico»<sup>195</sup> si tratta allora di potenziare la tutela dei dati personali, implementando misure esistenti e orientandole ai principi di trasparenza, partecipazione ai processi che riguardano i dati di ciascuno e responsabilità (degli intermediari).

La seconda proposta, che va al fulcro del discorso sin qui affrontato, a partire dall'analisi dell'architettura di ogni piattaforma e del suo modello di business<sup>196</sup>, propone un'idea regolativa fondata sull'esercizio dell'«arte» della separazione e finalizzata alla rottura delle strutture oligopolistiche e monopolistiche che operano in forza della logica del «chi vince prende tutto»<sup>197</sup>. Si tratta, in questo ultimo caso, di fare ricorso a un intervento normativo originariamente individuato come rimedio antitrust nelle industrie di rete<sup>198</sup> e che, nelle piattaforme digitali, trova un proprio nuovo significato: queste ultime più raccolgono, accumulano e organizzano dati, più aumentano le proprie dimensioni e grazie ai profitti derivanti dallo sfruttamento di essi possono acquisire i concorrenti, incorporando i dati nella disponibilità di questi, così creando un'infrastruttura nei fatti inaccessibile ad altri che vogliono affacciarsi sul medesimo mercato.

Sono ipotesi regolative, quella comportamentale e quella strutturale, che si pongono non in alternativa, ma in rapporto di necessaria

*rete*, in G. RESTA-V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali dai "safe harbour principles" al "privacy shield"*, Roma, 2016, p. 279.

<sup>194</sup> Si veda in tal senso anche A. CANEPA, *I mercanti dell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Torino, 2020, p. 28 ss.

<sup>195</sup> N. BOBBIO, *Democrazia e segreto*, Torino, 2011, p. 21 ss.

<sup>196</sup> E. FEYEN-J. FROST-L. GAMBACORTA-H. NATARAJAN-M. SAAL, *Fintech e trasformazione digitale dei servizi finanziari: implicazioni per la struttura del mercato e le politiche pubbliche*, in *BIS Papers*, n. 117 del 2021.

<sup>197</sup> Commission Staff Working Document, *A digital single market for Europe: analysis and evidence*, SWD(2015) 100 final, p. 53.

<sup>198</sup> L.M. KHAN, *The separation of platforms and commerce*, in *Columbia L. Rev.*, 119 n. 4 del 2021, p. 980 e 981, appronta uno studio che cerca di dare alle separazioni strutturali. Tracciare la storia delle separazioni rivela che sono state motivate da una serie di obiettivi funzionali, che vanno dalla concorrenza leale e resilienza del sistema alla diversità e all'amministrabilità dei media. Il richiamo a questa più ampia serie di preoccupazioni mette a fuoco la gamma di fattori in gioco quando si tratta di intermediari dominanti e invita a considerare il grado in cui le separazioni nei mercati delle piattaforme risponderrebbero anche a una serie diversificata di problemi.

complementarietà. Da sola la separazione strutturale non impedisce *bias*, discriminazioni e un uso distorto dei dati da parte della piattaforma, dal momento che esse continuerebbero ad avere un enorme potere attraverso lo specifico servizio che offrono e che ormai è divenuto parte integrante (e in un certo senso irrinunciabile) dell'esistenza di tutti; allo stesso modo, un trasparente e responsabile uso dei dati non è sufficiente a impedire oligopolistiche o monopolistiche concentrazioni di poteri privati.

### 6.1. *Il valore dei dati. Un approccio funzionale*

I dati a disposizione delle grandi piattaforme digitali rilevano sia come informazioni personali riguardanti chi vi accede sia come beni economici<sup>199</sup>, al tempo stesso moneta e fonte del potere<sup>200</sup>, scambiabili liberamente tra le imprese (se pur nel rispetto delle regole del GDPR)<sup>201</sup>.

Come informazioni personali, la loro protezione è preordinata alla tutela dell'identità personale degli utenti, diritto inviolabile<sup>202</sup> che, come detto, ha origine nella pretesa di Warren e Brandeis di *right to be let alone* e che si declina oggi nella dimensione positiva di diritto alla protezione dei dati<sup>203</sup>; come beni economici, la loro connotazione è quella di una controprestazione rispetto a un servizio apparentemente gratuito, di cui però costituiscono un input essenziale.

#### 6.1.1. *I dati come barriera all'ingresso di nuovi operatori*

In entrambi i casi<sup>204</sup>, i dati, che siano intesi come informazioni personali o come beni economici, rappresentano una nuova forma

<sup>199</sup> S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 52 e ss.; ma anche H. ZECH, *Data as a tradeable commodity*, in A. DE FRANCESCHI (a cura di), *European Contract Law and the Digital Single Market, the Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, 2016.

<sup>200</sup> Si veda in questo senso G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali e anti-trust*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 3 del 2016.

<sup>201</sup> G. GIANNONE CODIGLIONE, *Libertà di impresa, concorrenza e neutralità della rete*, cit., p. 273.

<sup>202</sup> Sul fondamento costituzionale si veda A. PACE, *Nome, soggettività giuridica e identità personale*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 95; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.

<sup>203</sup> R. DE MEO, *La profilazione dei dati personali: il problema e gli orientamenti del Garante della Privacy*, in *Giustizia civile.com*, 16 marzo 2015.

<sup>204</sup> Così sulla doppia natura del dato personale, Consiglio di Stato n. 2632 del 29 marzo 2021.

di capitale<sup>205</sup> diverso e alternativo rispetto al plusvalore ottenuto dalla vendita dei servizi o degli spazi pubblicitari, nonché, soprattutto, il presupposto di funzionamento degli algoritmi che, elaborando questi stessi dati in tempo reale e per finalità differenti rispetto a quelle che li hanno generati, sono in grado di eliminare le linee di confine tra i mercati<sup>206</sup> e di definire, anticipandoli e indirizzandoli<sup>207</sup>, profili e preferenze degli utenti che in nessun modo possono partecipare ai meccanismi di profilazione. Si alimenta così un circolo vizioso in forza del quale, quanto più attraverso proposte mirate è definito come gli utenti devono pensare, consumare, vivere e finanche votare<sup>208</sup>, tanto più questi sono indotti a ricercare una pluralità di scelte sempre più ristretta: l'effetto è di limitare ulteriormente la concorrenza sul mercato esterno, con conseguenti effetti distorsivi nel potenziale passaggio da una piattaforma all'altra.

In aggiunta a ciò, l'utilizzo di tecniche algoritmiche sempre più sofisticate rafforza un'asimmetria informativa, che, dal lato di chi accede alla piattaforma, consente di trarre vantaggio dalla scarsa consapevolezza di ciascuno riguardo ai diritti rivendicabili sui propri dati<sup>209</sup> e pone il rischio di numerosi *bias* come potenziale fonte di discriminazione<sup>210</sup>; dal lato di chi sfrutta questi dati, alimenta invece posizioni di vantaggio e attribuisce un «patrimonio informazionale» che aumenta la sua forza nei confronti dei concorrenti<sup>211</sup>.

<sup>205</sup> Il tema è stato esplorato con riguardo all'attuale assetto economico, sociale e tecnologico da A. GORZ, *L'immateriale. Conoscenza, valore e capitale*, Torino, 2003, p. 24 e ss.

<sup>206</sup> L. AMMANNATI, *I signori nell'era dell'algoritmo*, cit., p. 382-383.

<sup>207</sup> In concreto gli spazi pubblicitari sono venduti all'asta, tramite sistemi informatici (c.d. Real time bidding, RTB) in funzione dell'interesse suscitato dalle caratteristiche del singolo utente. Si veda G. PROIETTI, *La pubblicità nell'era delle nuove tecnologie*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, p. 161 ss. e in generale, S. QUINTARELLI, *Capitalismo immateriale. Le tecnologie digitali e il nuovo conflitto sociale*, Torino, 2019; A. VESPIGNANI, *L'algoritmo e l'oracolo. Come la scienza predice il futuro e ci aiuta a cambiarlo*, Milano, 2019.

<sup>208</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Una strategia europea per i dati, COM (2020) 66 final del 19.02.2020, consultabile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066&from=EN>.

<sup>209</sup> Per questo, cfr. in particolare European Commission, Consumers, Health, Agriculture and Food Executive Agency (Chafea) on behalf of Directorate-General for Justice and Consumers, Behavioural Study on the transparency of online platforms, 2018.

<sup>210</sup> In particolare, come si è visto, l'uso di algoritmi di machine learning accresce l'opacità dei meccanismi e della decisione così che non è agevole verificare se il sistema ha reso possibili esiti scorretti o discriminazioni anche grazie all'utilizzo di dati personali e bias cognitivi e comportamentali degli utenti.

<sup>211</sup> G. GIANNI CODIGLIONE, *Libertà d'impresa, concorrenza e neutralità della rete nel mercato transnazionale dei dati personali*, cit., p. 278.

Ciò che in ogni caso emerge è che un complesso di norme volte alla tutela di diritti fondamentali della persona (la riservatezza e l'identità personale) e finalizzati alla garanzia di un bene pubblico (l'informazione), con l'avvento dell'economia digitale si è trasformato in un sistema di regole finalizzate ad assicurare in via sostanzialmente esclusiva lo sfruttamento economico del dato, secondo modalità rimesse alla dinamica delle forze del mercato. Evidente è quindi l'arretramento che da ciò deriva nella tutela dei diritti inviolabili a vantaggio di quelli di matrice economica<sup>212</sup> e che amplia la possibilità di trarre profitto dal dato, la cui disponibilità si trasferisce dal soggetto a cui si riferisce all'operatore economico in un processo, di fatto, di espropriazione non reversibile<sup>213</sup>: si consideri ad esempio, in tal senso, che gli utenti che chiedono la cancellazione dei propri account non possono più accedere ai dati ivi contenuti, ma i medesimi dati rimangono nella «proprietà» della sola piattaforma.

#### 6.1.2. *Tutela multilivello dell'autodeterminazione informativa e garanzie di effettività*

In un contesto così delineato l'autodeterminazione informativa<sup>214</sup> – che si compone tanto della tutela della privacy e della riservatezza dei dati quanto del diritto a essere informati – rappresenta il necessario presupposto di scelte libere e consapevoli, nonchè lo strumento di protezione da interferenze e turbative esterne.

L'esigenza della garanzia, per l'interessato, di esercitare un controllo sul trattamento dei propri dati (inteso nella sua accezione più vasta di cui all'art. 4 par. 2 del GDPR che ne estende la nozione «fin dove può giungere qualsiasi forma di relazione umana o automatica del dato personale»<sup>215</sup>) trova nel GDPR<sup>216</sup> un complesso regolati-

<sup>212</sup> L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, cit., p. 205, nella distinzione tra diritti più connessi all'ambito patrimoniale e diritti inviolabili.

<sup>213</sup> G. CERRINA FERONI, *Libertà di espressione, Garante privacy: "Troppo potere alle big tech, ecco come intervenire"*, in *Agenda digitale*, 11 maggio 2021.

<sup>214</sup> In generale si veda L. ANTONINI, *L'autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in AA.VV., *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Torino, 2012.

<sup>215</sup> Consiglio di Stato n. 2632 del 29 marzo 2021.

<sup>216</sup> Un primo corpus normativo, quantomeno in Europa, era già rinvenibile nella disciplina dettata dal Consiglio d'Europa con la Convenzione n. 108 del 1981 sul trattamento di dati automatizzati di carattere personale; l'Unione europea, invece, è intervenuta prima con la Direttiva 95/46/CE, poi, riformata e interamente sostituita

vo che prende espressamente in considerazione la necessità di porre specifica attenzione alle decisioni adottate sulla base di trattamenti automatizzati dei dati personali e che formula un principio generale per cui ognuno ha diritto di conoscere l'esistenza e i meccanismi alla base dei processi decisionali che lo riguardano, ricevendo informazioni significative, in una prospettiva di trasparenza, sui meccanismi utilizzati e sottesi al trattamento<sup>217</sup>. Il GDPR, quindi, ridefinisce e regola la profilazione, sancendo, da un lato, il diritto del singolo a non essere sottoposto a una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato e richiedendo, dall'altro, che il titolare del trattamento renda una valida informativa e attui tutte le misure necessarie per tutelare diritti, libertà e interessi legittimi dell'interessato<sup>218</sup>.

Alla tutela – almeno potenziale – fornita dalla normativa in materia di protezione dei dati personali, si aggiunge altresì, in conseguenza del riconoscimento della validità dello schema negoziale *servizi contro dati* (in funzione di remunerazione) e in un'ottica di tutela multilivello, la protezione offerta dal diritto dei consumatori<sup>219</sup>; la stessa Direttiva (UE) 2019/2161, relativa a una *Migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori* prevede che i professionisti possano personalizzare il prezzo delle loro offerte per determinati consumatori o specifiche categorie di consumatori, sulla base di processi decisionali automatizzati e di profilazione, solo se i consumatori siano chiaramente informati di ciò, in modo da poter tenere conto dei potenziali rischi insiti nel loro processo decisionale di acquisto<sup>220</sup>.

Tuttavia, rispetto alle piattaforme digitali tali rimedi scontano ancora rilevanti problemi di effettività, nonostante le ingenti sanzioni conseguenti alla loro violazione<sup>221</sup>. Se, da un lato, non è piena la

dal nuovo Regolamento in materia di privacy n. 2016/679/UE. In Italia, il decreto legislativo n. 101 del 2018 che ha sostituito il precedente Codice Privacy, d.lgs. n. 196 del 2003.

<sup>217</sup> Cfr. artt. 13, 2 lett. f) e 14., 2 lett. g) del Reg. GDPR; ma sostanzialmente anticipato già dall'art.12 della Direttiva 95/46/CE che stabiliva il diritto di avere accesso alla logica dei trattamenti automatizzati

<sup>218</sup> Art. 22 par. 1. Reg n. 679/2016/UE.

<sup>219</sup> Consiglio di Stato n. 2632 del 29 marzo 2021.

<sup>220</sup> A tal fine, si prevede una modifica dell'art. 6 della Direttiva 2011/83/UE e l'introduzione della lettera e bis) al paragrafo 1 che potrebbe comportare una limitazione della capacità dei dati personali di interferire con le scelte di consumo.

<sup>221</sup> Il regolamento europeo, ad esempio, distingue due gruppi di violazioni: 1) Nel primo caso (art. 83, par. 4, GDPR) le sanzioni amministrative pecuniarie possono arrivare fino a 10 milioni di euro oppure, per le imprese, al 2% del fatturato mondiale annuo dell'esercizio precedente, se superiore, e riguardano: a) inosservan-

consapevolezza da parte dell'interessato del fatto che, concludendo un contratto con la piattaforma, rende lecito l'uso dei propri dati, dall'altro è evidente che sia difficile ipotizzare che l'utente decida di non sottoscrivere le condizioni contrattuali che gli sono proposte, se la conseguenza è quella di rimanere escluso da un servizio tanto fondamentale, quanto difficilmente sostituibile nella realtà contemporanea: l'effetto è che «il consenso è sempre meno, in concreto, strumento di reale autodeterminazione», soprattutto là dove la base

za degli obblighi del titolare e del responsabile del trattamento a norma degli articoli 8 (consenso dei minori), 11 (trattamento che non richiede identificazione), da 25 a 39 (privacy by default, contitolari del trattamento, rappresentanti non stabiliti nell'Unione, responsabili del trattamento, registro dei trattamenti, sicurezza, notifica delle violazioni, valutazione di impatto, DPO), 42 e 43; b) inosservanza degli obblighi dell'organismo di certificazione a norma degli articoli 42 e 43; c) inosservanza degli obblighi dell'organismo di controllo a norma dell'articolo 41, paragrafo 4; d) inosservanza dell'articolo 2-quinquies, comma 2, Cod. Privacy (informativa ai minori); e) inosservanza dell'art. 2-quinquiesdecies Cod. Privacy (trattamento che presenta rischi elevati per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico); f) inosservanza dell'art. 92, comma 1 Cod. Privacy (cartelle cliniche); g) inosservanza dell'art. 93, comma 1, Cod. Privacy (certificato di assistenza al parto); h) inosservanza dell'art. 123, comma 4, Cod. Privacy (informativa agli utenti per i dati relativi al traffico telefonico); i) inosservanza dell'art. 128 Cod. Privacy (blocco dei trasferimenti di chiamata); l) inosservanza dell'art. 129, comma 2, Cod. Privacy (consenso per l'inclusione negli elenchi telefonici); m) inosservanza dell'art. 132-ter Cod. Privacy (misure di sicurezza per i fornitori di servizi di comunicazione elettronica); n) non effettuazione della valutazione di impatto di cui all'articolo 110 Cod. Privacy, comma 1, primo periodo; o) non sottoposizione del programma di ricerca a consultazione preventiva del Garante a norma dell'art. 110 Cod. Privacy, comma 1, terzo periodo. 2) Un secondo gruppo di violazioni (art. 83, par. 5, GDPR), per il quale sono previste sanzioni fino a 20 milioni di euro o, per le imprese, fino al 4 % del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore, riguardano: a) inosservanza dei principi di base del trattamento, comprese le condizioni relative al consenso, a norma degli articoli 5, 6, 7 e 9; b) inosservanza dei diritti degli interessati a norma degli articoli da 12 a 22; c) inosservanza dei trasferimenti di dati personali a un destinatario in un paese terzo o un'organizzazione internazionale a norma degli articoli da 44 a 49; d) inosservanza di qualsiasi obbligo ai sensi delle legislazioni degli Stati membri adottate a norma del capo IX; e) inosservanza di un ordine, di una limitazione provvisoria o definitiva di trattamento o di un ordine di sospensione dei flussi di dati dell'autorità di controllo ai sensi dell'articolo 58, paragrafo 2, o il negato accesso in violazione dell'articolo 58, paragrafo 1; f) inosservanza degli articoli 2-ter, 2-quinquies, comma 1, 2-sexies, 2-septies, 2-octies, 2-terdecies, commi 1, 2, 3 e 4, 52, commi 4 e 5, 75, 78, 79, 80, 82, 92, comma 2, 93, commi 2 e 3, 96, 99, 100, commi 1, 2 e 4, 101, 105 commi 1, 2 e 4, 110-bis, commi 2 e 3, 111, 111-bis, 116, comma 1, 120, comma 2, 122, 123, commi 1, 2, 3 e 5, 124, 125, 126, 130, commi da 1 a 5, 131, 132, 132-bis, comma 2, 132-quater, 157, nonché delle misure di garanzia, delle regole deontologiche di cui rispettivamente agli articoli 2-septies e 2-quater.

del trattamento si fonda sul contratto: «tali soggetti si trovano nella condizione di raccogliere dati per le finalità piú disparate»<sup>222</sup>, in modo formalmente legittimo, ma sostanzialmente inconsapevole per i singoli.

A fronte di questa situazione, però, le coordinate di riferimento non possono che prioritariamente essere quelle individuate nel capitolo precedente: se l'obiettivo è quello di stabilire la «sovranità» da parte dei singoli interessati sui propri dati (ceduti alle piattaforme digitali), consentendo così di disporre e di limitarne il traffico soprattutto quando sono raccolti, analizzati e venduti (o comunque condivisi) all'insaputa degli utenti, i principi di trasparenza e pubblicità dell'algoritmo sono chiamati a orientare la discussione e ad applicarsi sia ai dati ricevuti all'esito della sottoscrizione del contratto o, nei casi in cui sia richiesto, della prestazione del consenso, che a quelli raccolti attraverso processi di selezione imprevedibili<sup>223</sup> che non seguono «una logica basata sul nesso di causalità»<sup>224</sup>.

Tale prospettiva deve portare dalla legittimazione al segreto (su cui le piattaforme fondano il proprio potere) alla pretesa da parte del titolare dei dati di poter avere accesso – e quindi esercitare un controllo – sul modo attraverso cui i suoi stessi dati sono trattati, aprendo a quanto è necessario perché quel processo, funzionale tanto all'esercizio delle libertà fondamentali quanto all'erogazione di servizi essenziali<sup>225</sup> sia accessibile a chiunque, quale interessato, intenda essere reso partecipe di un trattamento che coinvolge la sua persona e voglia esercitare forme di controllo su chi eserciti un potere.

È in attuazione di tali principi che può essere letta – e trovare quindi giustificazione – l'introduzione, in capo alle grandi piattaforme, di un divieto, in caso di acquisto di società concorrenti, di sfruttare non solo le tecnologie di queste, ma anche le informazioni relative ai loro utenti, incrementando la mole di dati a disposizione

<sup>222</sup> A. MANTELERO, *La privacy all'epoca dei Big Data*, in V. CUFFARO-R. D'ORAZIO-V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, p. 1181 ss. e spec. 1190.

<sup>223</sup> L. AMMANNATI, *I signori nell'era dell'algoritmo*, cit., p. 397; si veda altresì A. MANTELERO, *Artificial Intelligence, dati e diritti: spunti di riflessione per i regolatori*, in P. BERTOLI-F. FERRARI-G. RIPAMONTI-G. TIBERI (a cura di), *Data protection tra Unione europea, Italia e Svizzera*, 2019, p. 8 ss.

<sup>224</sup> F. FAINI, *Il diritto nella tecnica: tecnologie emergenti e nuove forme di regolazione*, in *Federalismi.it*, 2020, p. 112.

<sup>225</sup> A. PAPA, *La problematica tutela del diritto all'autodeterminazione informativa nella big data society*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 17 aprile 2020, p. 9-10.

e quindi i meccanismi di profilazione. Al tempo stesso, e in modo specularmente opposto, può, anzi, deve trovare maggiore garanzia di effettività il diritto alla portabilità dei dati, già previsto dall'art. 20 del GDPR e in forza del quale un individuo può rivendicare lo spostamento dei propri dati personali (e i relativi contatti, relazioni e amicizie virtuali) senza effetti negativi, da una piattaforma all'altra, senza che quella originaria possa più farne alcun uso.

In entrambi i casi, l'obiettivo che si propone di raggiungere, implementando misure esistenti e applicandole alle piattaforme digitali e al loro modo di operare, è quello di scardinare la logica dell'ambiente chiuso su cui tali società proliferano e di spezzare così la relativa catena di valore<sup>226</sup>. Appare invece più difficilmente percorribile, per le implicazioni che vi possono essere proprio in tema di protezione dei dati, l'ipotesi di costringere le piattaforme dominanti a condividere con terzi che vogliono accedere al loro mercato i dati in proprio possesso attraverso il ricorso alla dottrina delle *essential facilities*<sup>227</sup>, secondo cui quando una impresa in posizione dominante sia titolare di un bene o di un servizio indispensabili perché altre imprese concorrenti svolgano la loro attività (in questo caso i dati), la dominante può essere obbligata a fornire il bene o il servizio ovvero a dare accesso al bene o al servizio<sup>228</sup> senza poter più beneficiare del

<sup>226</sup> Teorizzata dall'economista Michael E. Porter nel 1985 in M.E. PORTER, *Competitive Advantage: creating and sustaining superior Performance*, New York, 1985.

<sup>227</sup> Cfr. V. MELL, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto anti-trust comunitario*, Torino, 2003, pp. 118 e ss.; G. COLANGELO, *Le public utilities tra regolazione e concorrenza - Là dove porta la dottrina dell'essential facility*, in *Enti pubblici*, 2001, p. 451; A. VALERIANI, *L'essential facility doctrine: sviluppi normativi ed orientamenti giurisprudenziali*, in *Resp. Comun. Impr.*, 2001, p. 187; N. DESSARD, *EU Competition Policy in the Big Data Industry. Merger Review and Application of the essential Facility Doctrine*, Beau Bassin, 2018, p. 35 ss. Si veda altresì *Olde Monmouth Stock Transfer Co. v. Depository Trust & Clearing Corp.*, 485 F. Supp. 2d 387, 395 (S.D.N.Y. 2007).

<sup>228</sup> L. KHAN, *The separation of platforms and commerce*, cit., p. 1027. Questa dottrina risale ai primi anni della legge federale antitrust, quando la Corte Suprema interpreta la Sezione 1 dello Sherman Act per imporre obblighi di accesso equo e non discriminatorio (Brett Frischmann & Spencer Weber Waller, *Revitalizing Essential Facilities*, 75 *Antitrust L.J.* 1, 6-7, 2008). Nei decenni successivi, la Corte interpreta lo Sherman Act per richiedere che l'unico ponte ferroviario sul fiume Mississippi garantisse un accesso aperto e paritario a tutti i rivali (Stati Uniti contro Terminal R.R. Ass'n di St. Louis, 224 U.S. 383, 411, 1912), che l'Associated Press concedesse l'adesione non discriminatoria agli editori che avessero gareggiato con i suoi membri esistenti (*Associated Press v. Stati Uniti*, 326 U.S. 1, 21, 1945) e che l'unica compagnia elettrica in una regione dovesse trasmettere l'energia generata da

compenso che deriva dall'utilizzazione esclusiva dell'infrastruttura di cui è titolare<sup>229</sup>. Tale dottrina trova origine negli Stati Uniti quando, già dai primi anni del 1900, la Corte Suprema, in un caso relativo all'utilizzazione delle infrastrutture ferroviarie, aveva imposto ad alcune imprese di consentire ai concorrenti di utilizzare uno snodo ferroviario di cui erano proprietarie<sup>230</sup>. Nel 1983, la Corte Suprema degli Stati Uniti conferma la sentenza resa dalla Corte del Settimo Circuito nel caso MCI Communications<sup>231</sup>, nell'ambito di un giudizio svolto contro la AT&T, all'epoca il maggiore operatore telefonico degli Stati Uniti, per il risarcimento del danno causato alla concorrente MCI Communications attraverso una serie di violazioni degli articoli 1 e 2 dello Sherman Antitrust Act, tra cui l'applicazione di prezzi predatori, il diniego di interconnessione e la stipulazione in mala fede. Il giudizio di primo grado vede AT&T condannata al pagamento di 600 milioni di dollari a titolo di risarcimento del danno. La sentenza viene impugnata dinnanzi alla Corte di Appello del Settimo Circuito, la quale individua i quattro elementi necessari per stabilire la responsabilità di un'impresa in base alla *essential facilities doctrine*: (1) il monopolista controlla l'accesso a una struttura essenziale; (2) l'impianto non può essere praticamente o ragionevolmente duplicato da un concorrente; (3) il monopolista nega l'accesso a un concorrente; e (4) è possibile per il monopolista fornire l'accesso<sup>232</sup>. Se negli Stati Uniti questa dottrina è contestata – e da allora sempre meno utilizzata – a partire dal c.d. caso Trinko<sup>233</sup>, una controversia che trova origine in una domanda risarcitoria proposta da un consumatore-utente nei confronti di un operatore telefonico attivo nello

aziende rivali a clienti che hanno cercato di acquistare energia più economica da quei rivali (Otter Tail Power Co. contro Stati Uniti, 410 U.S. 366, 378, 1973).

<sup>229</sup> V. MELI, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, cit.

<sup>230</sup> Sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti United States v. Terminal Railroad Assoc. Of St. Louis, 224 U.S. 383 (1912).

<sup>231</sup> MCI Communications Corp. v. AT&T Co., 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983) case opinion from the US Court of Appeals for the Seventh Circuit, inerenti il servizio di telefonia.

<sup>232</sup> MCI Communications Corp. v. AT&T Co., 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983) case opinion from the US Court of Appeals for the Seventh Circuit, inerenti il servizio di telefonia. Tale causa vedeva contrapposte MCI COMMUNICATIONS CORPORATION and MCI Telecommunications Corporation, Plaintiffs-Appellees, v. AMERICAN TELEPHONE AND TELEGRAPH COMPANY, Defendant-Appellant].

<sup>233</sup> Verizon Commc'ns Inc. contro Law Offices of Curtis V. Trinko LLP, 540 U.S. 398, 410-11 (2004).

Stato di New York<sup>234</sup>, al contrario, essa sembra aver riscontrato maggiore successo nella giurisprudenza dell'Unione europea, in cui si è sviluppata molto più tardi, quando la Commissione europea ne ha iniziato a fare applicazione in alcune decisioni relative alle condizioni di accesso e di utilizzazione di infrastrutture portuali<sup>235</sup>. I giudici europei, a partire dalla definizione di «attrezzatura o infrastruttura alla quale i concorrenti devono avere accesso onde poter fornire i propri servizi ai clienti»<sup>236</sup> elaborano un criterio per restringere l'applicazione della dottrina delle *essential facilities* e della conseguente imposizione di un obbligo di contrarre all'impresa dominante: devono infatti essere riscontrate «circostanze eccezionali», consistenti nel fatto che il rifiuto 1) deve riguardare un prodotto indispensabile per l'esercizio dell'attività dell'impresa concorrente, 2) ostacola l'emergere di un prodotto nuovo per il quale esiste una domanda potenziale da parte dei consumatori, 3) non è giustificato da considerazioni obiettive e 4) potrebbe eliminare del tutto la concorrenza nel mercato derivato.

Con riferimento alle piattaforme digitali, è certamente vero che i dati costituiscono un prodotto indispensabile per l'esercizio dell'attività di impresa e una importante barriera all'ingresso di nuovi operatori in mercati in cui tali piattaforme esercitano una posizione dominante: la pretesa di accesso da parte di terzi alla mole di informazioni riguardanti gli utenti è quindi riconducibile astrattamente alla teoria delle *essential facilities*. Tuttavia, l'applicabilità di tale dottrina si scontra proprio con il principio di sovranità di ciascuno sui propri dati; non può infatti essere la piattaforma – volontariamente

<sup>234</sup> La Verizon Communications, sino alla liberalizzazione intervenuta nel 1996, era l'unico operatore della rete telefonica nello Stato di New York. Il Telecommunications Act del 1996 obbligava la Verizon, come gli altri ex monopolisti locali (c.d. incumbents), a condividere le infrastrutture di rete con le nuove imprese operanti nel settore; la legge, in particolare, stabiliva obblighi di separazione a carico degli operatori del settore e, per i concorrenti emergenti sul mercato, il diritto di accesso alle reti telefoniche, al fine di fornire il servizio. Lo studio legale Trinko, cliente di un'impresa concorrente della Verizon, intraprendeva un'azione nei confronti di quest'ultima, al fine di ottenere l'accertamento della violazione dell'art. 2 dello Sherman Act ed il risarcimento del danno. Secondo la Suprema Corte, tuttavia, difettava nel caso di specie l'interruzione di una relazione commerciale in corso, non si era in presenza di servizi offerti direttamente al pubblico e nel contegno dell'impresa dominante non era riscontrabile alcun intento di monopolizzazione. Per un commento, A GIANNACCARI, *Il caso Trinko*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 1 del 2004, p. 187 ss.

<sup>235</sup> Commissione B&I/Sealink Harbours, 11 giugno 1992; Sea Containers/Stena Link e Porto di Rodby, 21 dicembre 1993.

<sup>236</sup> Commissione B&I/Sealink Harbours, 11 giugno 1992.

o in forza di imposizione – a trasferire a terzi i dati in suo possesso, dovendo al contrario essere garantita (esclusivamente) all'utente, nell'esercizio di un diritto fondamentale, la possibilità di imporre il proprio dominio sugli stessi, invertendo il processo di espropriazione oggi in atto da parte delle piattaforme e spezzando così, in forza della propria esclusiva volontà, la catena di valore a essi sottesa.

## 6.2. *I rimedi strutturali: operatività su piú mercati e posizione dominante nel mercato dell'informazione e delle comunicazioni online*

La struttura delle piattaforme digitali, attraverso l'attività di controllo dei flussi di informazioni e dati, si è nel tempo evoluta ed è diventata progressivamente piú complessa<sup>237</sup>: per mezzo di successive fusioni, in forza delle quali là dove un'impresa si pone come concorrente di un grande intermediario digitale, essa viene da questo acquisita, al fine di eliminarla (c.d. killer acquisitions<sup>238</sup>), di acquisirne la tecnologia e integrarla nel proprio sistema digitale, tali soggetti hanno costruito, grazie al potere di mercato di cui godono<sup>239</sup>, ingenti

<sup>237</sup> P. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit., p. 167.

<sup>238</sup> Si è scoperto che Facebook si è dotato di una tecnologia che gli consente di rilevare quali app rivali stanno avendo successo. In tali situazioni dà alle aziende una scelta: essere acquisite da Facebook o guardarlo lanciare una replica diretta. Cfr. E. DWOSKIN, *Facebook's Willing to Copy Rivals' Apps Seen as Hurting Innovation*, in *Washington Post*, 10 agosto 2017; B. MORRIS-D. SEETHARAMAN, *The New Copycats: How Facebook Squashes Competition from Startups*, in *Wall Street Journal*, 9 agosto 2017.

<sup>239</sup> Molti studi hanno analizzato il potere di mercato di queste piattaforme digitali. Si pensi ad esempio all'Australian Competition & Consumer Comm'n, *Digital Platform Inquiry: Preliminary Report 4-5* (2018), [www.accc.gov.au/system/files/ACCC%20Digital%20Platforms%20Inquiry%20-%20Preliminary%20Report.pdf](http://www.accc.gov.au/system/files/ACCC%20Digital%20Platforms%20Inquiry%20-%20Preliminary%20Report.pdf); all'Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt, *Competition Law and Data* (2016), [www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddata-final.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddata-final.pdf); all'Autorité de la Concurrence, *Opinion No. 18-A-03 del 6 marzo 2018 sul trattamento dei dati nel settore della pubblicità online 2-10* (2018), [www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/avis18a03\\_en\\_.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/avis18a03_en_.pdf) che conclude affermando che i profitti derivanti dalla crescita della pubblicità online sono andati principalmente a una manciata di grandi aziende e «quelle che stanno raccogliendo i maggiori frutti sono le aziende che hanno accesso a vasti set di personalità di alta qualità dati»; al Digital Competition Expert Panel, *Unlocking Digital Competition 8-16* (2019), [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/785547/unlocking\\_digital\\_competition\\_furman\\_review\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf), che fornisce venti raccomandazioni politiche su come i mercati digitali possono essere resi piú competitivi; alla *Digital, Culture, Media & Sport Comm., House of Commons, Disinformation and 'Fake News': Final Report 36* (2019), <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcomeds/1791/1791.pdf>, che discute di come

barriere all'ingresso di nuovi operatori e ridefinito i termini in base ai quali sono consentiti l'accesso e l'attività nel web<sup>240</sup>.

In tal modo, la piattaforma dominante riesce ad aumentare il numero e la tipologia dei servizi offerti e, di conseguenza, a incrementare la quantità di dati disponibili<sup>241</sup>.

È in questo modo che pochi intermediari digitali sono riusciti a mediare una quota crescente di commercio e comunicazioni online<sup>242</sup> e a concentrare il proprio potere anche al di là delle loro attività primarie: essi consentono agli iscritti di effettuare ricerche, di comunicare, di acquisire informazioni e notizie; contestualmente, agiscono sia come operatori commerciali che ospitano fornitori di beni o prestatori di servizi terzi sia come partecipanti a quello stesso mercato che compete con tali fornitori o produttori. In questo modo, le piattaforme sfruttano il vantaggio informativo di cui dispongono – in forza dei dati in loro possesso – per consolidare ulteriormente la loro posizione anche su mercati separati, contrastare la concorrenza (imponendo condizioni più favorevoli agli utenti che dipendono dalla loro infrastruttura o limitando la capacità di terze parti di raggiungerli autonomamente)<sup>243</sup>, soffocare l'innovazione<sup>244</sup> (gli investimen-

Facebook abbia acquisito un'immensa quantità di dati sull'utilizzo delle app dai propri clienti e abbia utilizzato queste informazioni per acquisire aziende che sembravano redditizie «o chiudere quelle che giudicavano una minaccia»).

<sup>240</sup> Le caratteristiche dei mercati digitali sono accuratamente descritte in vari rapporti e indagini da parte delle autorità antitrust e delle commissioni legislative competenti: per l'Unione europea, cfr. V. J. CRÉMER-Y.A. DE MONTJOYE-H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era, Final Report*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2019; per l'Italia, v. Agcm, Agcom, *Garante per la protezione dei dati personali, Indagine conoscitiva sui Big Data*, Roma, 2019.

<sup>241</sup> Si veda J. CRÉMER-Y.A. DE MONTJOYE-H. SCHWEITZER, *Commissione europea, Competition Policy for the Digital Era, Final Report*, cit., p. 110 ss.

<sup>242</sup> Vedi, ad esempio, F. FOER, *World Without Mind: The Existential Threat of Big Tech*, New York, 2017, p. 103 secondo cui «Amazon non vuole necessariamente possedere intere industrie, ma le piace controllarle. Con l'editoria, Amazon è diventato il negozio indispensabile. Vende il 65% di tutti gli e-book e oltre il 40% di tutti i libri»; J. TAPLIN, *Move Fast and Break Things: How Facebook, Google, and Amazon Corrupted Culture and Undermined Democracy*, Boston, 2017, p. 21, secondo cui «Google ha una quota di mercato dell'88% nelle ricerche online e nella pubblicità di ricerca. Il sistema operativo mobile Android di Google ha una quota di mercato globale dell'80% nella sua categoria. Amazon ha una quota di mercato del 70% nelle vendite di ebook. Facebook ha una quota di mercato del 77% nei social media mobili».

<sup>243</sup> L. KHAN, *Sources of tech platform power*, in *Georgetown L. Tech Rev.*, n. 2 del 2018, p. 325 e 334.

<sup>244</sup> J.D. WRIGHT, *Antitrust, Multi-Dimensional Competition, and Innovation: Do We Have an Antitrust-Relevant Theory of Competition Now?*, in G.A. MAN-

ti iniziali rischiano infatti di non generare profitti competitivi)<sup>245</sup> e mettere in difficoltà i settori produttivi tradizionali, la piccola distribuzione o i media classici (giornali, radio, televisione), incapaci di raggiungere in tempo reale tutti i potenziali interessati.

Si tratta di dinamiche caratteristiche del potere orizzontale di Google e Facebook (ma anche di Apple, Amazon e Microsoft, i.c.d. GAFAM), i quali, come portali dominanti di notizie e media, competono anche verticalmente con gli editori e produttori di quelle medesime notizie, che dipendendo dalle piattaforme per una maggiore esposizione agli utenti<sup>246</sup> e sono così spinti a investire in prodotti e servizi suggeriti e favoriti dagli stessi intermediari con conseguenti effetti distorsivi<sup>247</sup>. Si è ad esempio visto che Google classifica più in alto i propri servizi rispetto a quelli offerti dai rivali, in un «pregiudizio di ricerca» che significa che chiunque sia in concorrenza con le sue proprietà può effettivamente scomparire dai suoi risultati<sup>248</sup>; o ancora Amazon, che nel 2013 ha acquistato anche il Washington Post, è in grado di escludere dal mercato online editori e autori che vogliono utilizzare un proprio canale di distribuzione<sup>249</sup>, impedendo loro di raggiungere i consumatori o consentendo di raggiungerli in una posizione di svantaggio rispetto ai beni o servizi distribuiti attraverso i propri canali<sup>250</sup>.

Il funzionamento di questi intermediari, attraverso la «ri-propo-

NE, J.D. WRIGHT (a cura di), *Competition Policy and Patent Law Under Uncertainty: Regulating Innovation*, Cambridge, 2011, p. 228-230.

<sup>245</sup> G. CONTALDI, *Il DMA (Digital Markets Act) tra tutela della concorrenza e protezione dei dati personali*, cit., p. 296-297; altresì R.D. BUZZELL, *Is Vertical Integration Profitable?*, in *Harvard Business Review*, 1983.

<sup>246</sup> Cfr. capitolo 2 par.

<sup>247</sup> A.C. MADRIGAL-R. MEYER, *How Facebook's Chaotic Push into Video Cost Hundred of Journalists Their Jobs*, in *The Atlantic*, 18 ottobre 2018.

<sup>248</sup> I risultati del *bias* di ricerca hanno spinto le autorità antitrust in Europa e in India a multare Google per aver violato le leggi sulla concorrenza. Cfr. N. LOMAS, *Google Fined \$2.7BN for EU Antitrust Violations over Shopping Searches*, in *TechCrunch*, 27 giugno 2017; N. LOMAS, *Google Fined \$21.1M for Search Bias in India*, in *TechCrunch*, 9 Febbraio 2018.

<sup>249</sup> Le condotte tenute da Amazon in questo settore hanno soffocato l'industria del libro, come attestato dalla *Letter from Authors United to William J. Baer, Assistant Att'y Gen., Antitrust Div., Dep't of Justice*, [www.authorsunited.net/july/longdocument.html](http://www.authorsunited.net/july/longdocument.html).

<sup>250</sup> Cfr. G. BENSINGER, *Competing with Amazon on Amazon*, in *Wall Street Journal*, 27 giugno 2012; J. CRESWELL, *How Amazon Steers Shoppers to Its Own Products*, in *New York Times*, 23 giugno 2018 [www.nytimes.com/2018/06/23/business/amazon-the-brand-buster.html](http://www.nytimes.com/2018/06/23/business/amazon-the-brand-buster.html); R. MEYER, *When Does Amazon Become a Monopoly?*, in *Atlantic*, 16 giugno 2017.

sizione algoritmica di beni, servizi e argomenti quotidiani ai discorsi e alle conversazioni»<sup>251</sup>, influenza i rapporti con il sistema politico-istituzionale, condiziona il legame esistente tra democrazia, informazione e formazione dell'opinione pubblica<sup>252</sup> e alimenta così una catena di potere che consente di svolgere, attraverso questi strumenti, altresì un ruolo «infrastrutturale» nell'accesso a un bene o servizio essenziale quale è l'informazione<sup>253</sup>.

### 6.2.1. *L'arte della separazione*

Alla luce di ciò, l'approccio regolativo che, unitamente e non alternativamente a quanto precedentemente descritto, risulta più utile è quello a cui nel tempo hanno fatto ricorso le autorità pubbliche là dove si sono trovate a regolamentare la condotta di aziende che, in particolare nel settore dei media, avevano acquisito il controllo su una rete o un canale di distribuzione: se in tale settore non sono garantiti né il pluralismo esterno né quello interno, l'unica soluzione diventa quella di ridurre la concentrazione di potere in capo a chi gestisce i canali informativi, in modo da (ri)creare e mantenere «una distanza salutare tra ciascuna delle principali funzioni dell'economia e quelle dell'informazione e della comunicazione»<sup>254</sup>. Infatti, come detto, nella distinzione tra la tutela del pluralismo, funzionale sia alla libera formazione dell'identità dei singoli che compongono la collettività sia al corretto funzionamento delle pratiche democratiche<sup>255</sup>, e la protezione degli interessi economici dei prestatori di servizi, è proprio il pluralismo a dover costituire criterio orientatore delle di-

<sup>251</sup> W. PRIVITERA, *Sfera pubblica e democratizzazione*, Roma-Bari, 2001.

<sup>252</sup> A. PAPA, *La complessa individuazione di un "equo" bilanciamento tra tutela della privacy e profilazione nella big data society*, cit., p. 43.

<sup>253</sup> Per una definizione di «infrastrutturale», si veda K. SABEL RAHMAN, *The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept*, in *Cardozo L. Rev.*, 2018, p. 1640-44.

<sup>254</sup> T. WU, *The Master Switch. The Rise and Fall of Information Empires*, Bloomsbury, 2012, p. 304.

<sup>255</sup> Analisi conoscitiva sui big data, Agcm, Agcom, Garante per la protezione dei dati personali, Febbraio 2020, p. 88. Cfr. le modifiche introdotte al *Regolamento UE sullo statuto e il finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee* dal Regolamento (UE, EURATOM) 2019/493 del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il Regolamento (UE, EURATOM) n. 1141/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, per quanto riguarda la procedura di verifica relativa alle violazioni delle norme in materia di protezione dei dati personali nel contesto delle elezioni del Parlamento europeo (GUUE 27.3.2019).

scipline regolative<sup>256</sup>, limitando funzionalmente anche le dinamiche connesse al principio di libera concorrenzialità.

Contenere le linee commerciali in cui un'impresa può impegnarsi (a partire dalla gestione delle attività pubblicitarie) consente di tentare di eliminare (ex ante) prima ancora di sanzionare, vietare o imporre (ex post), quelle pratiche che renderebbero la minaccia al pluralismo anche solo possibile<sup>257</sup>: permettere al contrario a chi controlla un servizio essenziale di sfruttare tale dominio in modi che producono esclusivo profitto, senza considerare i danni che ciò può determinare a terzi e al sistema complessivo<sup>258</sup>, significa avallare l'azione di «un'autorità arbitraria non controllata dai meccanismi ordinari di responsabilità politica»<sup>259</sup>.

Non si tratta di rispondere a una mera esigenza di regolamentazione a livello economico, al fine di verificare se una fusione verticale tra più aziende sia anticoncorrenziale per la competitività del mercato, per la creazione di ulteriori barriere all'ingresso<sup>260</sup> e per il benessere dei consumatori<sup>261</sup>, come invero spesso sostenuto (soprattutto nell'ordinamento statunitense), ma di porre attenzione al fatto che la concentrazione della proprietà senza l'imposizione di limitazioni mette a repentaglio, prima e più che la libertà di impresa, il pluralismo e la diversità culturale. Applicare tale approccio regolativo alla concentrazione di potere operata dalle piattaforme digitali significa mutare il paradigma entro cui la protezione della libera concorrenza si pone: essa non può considerarsi quale fine ultimo della regolamentazione, ma al contrario, è chiamata a essere uno strumento, nelle mani dei legislatori, per garantire quella molteplicità dei mezzi di informazione e comunicazione che da sola non sarebbe in grado di assicurare.

Che sia irrinunciabile il riferimento alla concorrenza è evidente, ad esempio per qualificare la posizione assunta da queste piattafor-

<sup>256</sup> S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, p. 92 ss.

<sup>257</sup> H.A. SHELANSKI-J.G. SIDAK, *Antitrust Divestiture in Network Industries*, in *University of Chicago L. Rev.*, n. 1 del 2001, p. 15.

<sup>258</sup> K. SABEEL RAHMAN, *The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept*, in *Cardozo L. Rev.*, 2018, p. 1628.

<sup>259</sup> K. SABEEL RAHMAN, *The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept*, cit., p. 1629.

<sup>260</sup> Cfr. T.G. KRATTENMAKER-S.C. SALOP, *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price*, in *Yale L. J.*, 209 del 1986, p. 224-238.

<sup>261</sup> W.E. KOVACIC, *The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix*, in *Columbia Bus. L. Rev.*, n. 1 del 2007, p. 8.

me come *dominante*<sup>262</sup>, ossia come «situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi e di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori»<sup>263</sup>. Ciò, peraltro, con tutte le difficoltà connesse tanto al fatto che, stante il carattere dinamico dei mercati digitali, la quota detenuta dalla società oggetto di incorporazione finisce per coincidere ed essere diluita nel riferimento al mondo intero<sup>264</sup>, secondo la nota affermazione per cui «competition is just one click away»<sup>265</sup>, quanto alla circostanza per cui la concorrenza tra le imprese operanti in rete non avviene sui prezzi, abituali strumenti di misurazione della stessa nei mercati tradizionali attraverso meccanismi quali ad esempio lo SSNIPP test<sup>266</sup>.

<sup>262</sup> Si veda da ultimo la multa comminata ad Amazon Italia dall'Agcm per 1 miliardo e 128 milioni di euro per abuso di posizione dominante.

<sup>263</sup> Cort. Giust., 13 febbraio 1979, c. C85/76, Hoffmann La Roche/Commissione.

<sup>264</sup> Cfr. F. VESSIA, *Big data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, in *Giur. Comm.*, 2018, p. 1064 ss.

<sup>265</sup> Così afferma Eric Schmidt, Ceo di Google nel 2011, nel corso dell'audizione davanti al Senato statunitense, Subcommittee on antitrust, competition and consumer rights, nel settembre 2011; *Schmidt on Antitrust: Competition is One Click Away*, consultabile all'indirizzo [www.nbcbayarea.com/news/national-international/schmidt-on-antitrust-competition-is-one-click-away/190163](http://www.nbcbayarea.com/news/national-international/schmidt-on-antitrust-competition-is-one-click-away/190163).

<sup>266</sup> Lo SSNIPP test stima il rapporto di sostituibilità tra prodotti sul versante della domanda tra due (o più) prodotti in ragione della reazione dei consumatori ad un ipotetico aumento di carattere permanente del prezzo. L'acronimo SSNIPP sta per Small but Significant Non-transitory Increase in Price. In pratica si ipotizza che un determinato prodotto sia commercializzato da un'unica impresa. In questa situazione di monopolio l'impresa può teoricamente aumentare i prezzi quanto vuole o, almeno, fino a che i consumatori non decidano di non acquistare più quel determinato prodotto e di spostare le proprie preferenze su un prodotto succedaneo, seppure non identico. In altri termini, se il prezzo del prodotto «A» aumenta, ci si chiede fino a che punto esso possa aumentare senza che il consumatore abituale decida di spostarsi sul prodotto «B», che è funzionalmente equivalente al primo, benché esso non presenti le medesime caratteristiche qualitative e non determini, conseguentemente, la stessa soddisfazione. La sostituibilità va verificata in concreto. A tal fine, le autorità antitrust tengono conto di una serie di elementi quali il prezzo medio, le caratteristiche proprie di ogni prodotto, le condizioni di rivendita e/o la necessità di disporre della consulenza di un tecnico esperto del ramo (Cort. Giust., 9 novembre 1983, c. C-322/81, Michelin I), i comportamenti e il profilo degli utenti, le preferenze dei consumatori verso prodotti di alto di gamma ovvero verso beni di impiego quotidiano (la vendita di un profumo di lusso è chiaramente distinta dalla rivendita di profumi a basso costo (v. la decisione della Commissione YSL Parfumes,

Tuttavia, di fronte alle questioni collegate alla concentrazione delle reti informative e comunicative e in un'ultima istanza dei poteri, limitarsi al diritto della concorrenza e alla garanzia della libertà del mercato non consentirebbe di tenere in sufficiente conto che le grandi concentrazioni di ricchezza privata possono sconvolgere l'equilibrio tra le diverse sfere e dunque agire come agirebbe il potere politico in assenza di limitazioni<sup>267</sup>. Il potenziale dell'«arte» della separazione tra le diverse sfere di potere<sup>268</sup> cui sono chiamati gli ordinamenti costituzionali può quindi contribuire a garantire sia spazi di libertà individuale (anche attraverso la rimozione di ostacoli alla libera determinazione degli operatori economici<sup>269</sup>) sia, soprattutto, forme specifiche di uguaglianza sociale e di pluralismo in assenza del quale un mercato aperto nei contenuti sarebbe impensabile<sup>270</sup>.

### 7. *Da ipotesi regolative teoriche a proposte concrete di regolazione*

Quelle descritte sono ipotesi regolative che, per come esposte, potrebbero risultare limitate al piano teorico, tanto da rischiare di peccare di eccessiva astrattezza ideale. Eppure, in questa prospettiva, le autorità pubbliche sembrano iniziare a muovere i primi passi su un terreno fino a pochi anni fa impensabile e che potrebbe portare a superare le resistenze che finora hanno impedito di sanzionare,

16 dicembre 1991, GU L-12 del 18 gennaio 1992); la commercializzazione di una penna elegante è diversa da quella delle penne a sfera (v. Tribunale, 14 luglio 1994, Parker Pen, causa T-77/92). L. FILISTRUCCHI, *SSNIP Test for Two-Sided Markets - The Case of Media*, in *NET Institute Working Paper*, n. 8 del 2008, p. 34; I. VAN BAEL-J. BELLIS, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, Torino, 2009, p. 151. D'altro canto, neppure nelle ipotesi nelle quali il prezzo diventa un elemento del rapporto contrattuale, le autorità sulla concorrenza possono fare su di esso affidamento per valutare l'esistenza di illeciti. La concertazione sul prezzo non dimostra necessariamente l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, dal momento che la stessa determinazione del prezzo di offerta è sovente frutto di un'operazione algoritmica, priva, in quanto tale, dell'elemento di concertazione che necessariamente contraddistingue gli accordi restrittivi della concorrenza. Cfr. M. MAGGIOLINO, *Big Data e prezzi personalizzati*, in *Conc. Merc.*, 2016, p. 95 ss.

<sup>267</sup> M. WALZER, *Il liberalismo come arte della separazione*, Torino, 2004.

<sup>268</sup> L. KHAN, *The separation of platforms and commerce*, cit., ma anche L. KHAN, *Sources of tech platform power*, in *Georgetown L. Tech Rev.*, n. 2 del 2018, p. 325 e 334.

<sup>269</sup> G. REPETTO, *Efficienza economica, libertà e tutela dai poteri privati: a cosa serve il principio di libera concorrenza*, in *Dir. Cost.*, n. 1 del 2021, p. 122.

<sup>270</sup> M.L. HERSKOVITZ, *Note, The Repeal of the Financial Interest and Syndication Rules: The Demise of Program Diversity and Television Network Competition?*, in *Cardozo Arts & Ent. Law Journal*, 177, n. 43 del 1997, p. 179-181.

tra l'altro, l'acquisto di Instagram e Whatsapp da parte Facebook<sup>271</sup>. Ciò, sia in ordinamenti, come quello statunitense, in cui l'interpretazione della libertà di concorrenza non come fine, ma come strumento funzionale alla garanzia di istanze di giustizia sociale fatica tuttora a trovare affermazione, sia, soprattutto, nell'Unione europea.

### 7.1. USA: separazione delle piattaforme e tutela dei diritti in una prospettiva di garanzia della concorrenza

Nell'ordinamento statunitense la prospettiva di una regolamentazione eteronoma delle piattaforme digitali non rimessa alla sola Federal Trade Commission, ma ad autorità pubbliche che abbiano come scopo quello di prendere di mira la «fonte» del potere più che il suo esercizio, fatica ancora oggi a trovare spazio. Anche in questo contesto, però, negli ultimi anni qualcosa ha iniziato a mutare.

A ottobre 2020 negli USA, a seguito di un'indagine durata 16 mesi, la *sottocommissione Antitrust* della Camera ha infatti pubblicato un *Rapporto sullo stato della concorrenza nel settore online*<sup>272</sup>, nel quale il monopolio delle grandi aziende tecnologiche, Apple, Amazon, Facebook e Google, è accusato di incidere non solo sulle pratiche commerciali, ma, soprattutto, sulla democrazia<sup>273</sup>. Secondo tale Rapporto queste società avrebbero iniziato come start-up perdenti per poi assumere un dominio nel loro settore anche grazie a pratiche anticoncorrenziali, che hanno portato ad acquistare, Amazon e Google 104 società, tra cui quest'ultima YouTube, Apple 96 società e Facebook 88 società; è in questo modo che queste piattaforme sono riuscite ad assumere, oggi, il ruolo di guardiani non solo del commercio, ma anche delle comunicazioni dell'era digitale, influenzando la distribuzione di notizie online e la disponibilità di fonti giornalistiche di alta qualità.

Tale Report giunge quindi alla conclusione che l'attuale legislazione statunitense dovrebbe essere rivista, imponendo tra l'altro se-

<sup>271</sup> La Commissione europea, ad esempio, nel 2014, negando la connessione tra privacy e concorrenza, Facebook/WhatsApp, (Decisione 3 ottobre 2014 nel caso COMP/M.7217, spec. par. 164) afferma espressamente che «any privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules».

<sup>272</sup> J. NADLER-D.N. CICILLINE, *Investigation of competition in digital markets*, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law, 2020.

<sup>273</sup> J. NADLER-D.N. CICILLINE, *Investigation of competition in digital markets*, cit., p. 6.

parazioni strutturali a tali aziende dominanti in settori strategici per la formazione dell'opinione pubblica.

Alla luce di tale documento, da una parte, ha avuto inizio un iter legislativo che ha portato alla presentazione, al Congresso degli Stati Uniti, di una pluralità di proposte di regolamentazione: tra queste, una denominata *State Antitrust Enforcement Venue Act*, che consente ai pubblici ministeri degli Stati Membri di scegliere il tribunale al quale sottoporre i casi antitrust contro le grandi società del digitale<sup>274</sup>; il *Merger Filing Fee Modernization Act*, che si propone di incrementare le commissioni che le grandi aziende sono tenute a versare sia alla Federal Trade Commission sia alla divisione antitrust del Dipartimento di Giustizia per le grandi fusioni societarie<sup>275</sup>; una proposta titolata *Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching (ACCESS)*, le cui Section 3 e 4 sono dedicate rispettivamente alla portabilità dei dati e alla interoperabilità tra le piattaforme in modo tale che gli utenti riescano facilmente a trasferire i propri dati da una piattaforma all'altra in un formato che sia leggibile e comprensibile da interfacce di programmazione concorrenti. In questo modo, rifacendosi a una prospettiva più prettamente comportamentale, l'obiettivo è di arginare gli effetti di lock-in in forza dei quali tali intermediari sono in grado di rendere i propri utenti sempre più dipendenti dai propri servizi; il *Platform Competition and Opportunity Act (PCOA)*<sup>276</sup> che, da un punto di vista strutturale, sposta l'attenzione sulle «killer acquisitions», ossia le acquisizioni future con finalità anticoncorrenziali. La Section 2 prevede una presunzione di illegalità di tali operazioni, salvo la prova in capo ai colossi del web di dimostrare che le loro acquisizioni sono legali; ancora, l'*American Choice in Innovation Online Act*<sup>277</sup>, che obbliga i giganti digitali a non adottare comportamenti discriminatori nei riguardi dei propri concorrenti, vietando di fatto condotte

<sup>274</sup> Consultabile al seguente indirizzo [www.congress.gov/117/bills/s1787/BILLS-117s1787is.pdf](http://www.congress.gov/117/bills/s1787/BILLS-117s1787is.pdf).

<sup>275</sup> Consultabile al seguente indirizzo [www.congress.gov/117/bills/s228/BILLS-117s228is.pdf](http://www.congress.gov/117/bills/s228/BILLS-117s228is.pdf).

<sup>276</sup> L'iter di tale approvazione è consultabile a partire dal sito del Congresso americano all'indirizzo [www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/3197?r=12&s=1](http://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/3197?r=12&s=1). Si tratta di un complesso di norme che vieta generalmente agli operatori di piattaforme coperte di acquisire azioni o altro capitale sociale o i beni di un'altra persona impegnata nel commercio o in qualsiasi attività che influisca sul commercio.

<sup>277</sup> Consultabile al seguente indirizzo [www.congress.gov/117/bills/hr3816/BILLS-117hr3816ih.pdf](http://www.congress.gov/117/bills/hr3816/BILLS-117hr3816ih.pdf).

preferenziali per società di cui sono proprietarie, con la conseguente manipolazione dei sistemi di classificazione; in ultimo, *l'Ending the Platform Monopolies Act*<sup>278</sup>, che prevede lo scorporo dei conglomerati digitali: la Section 2 sancisce infatti che è illegale possedere una piattaforma e contemporaneamente offrire servizi e prodotti con proprio marchio sulla medesima, ponendosi in competizione diretta con aziende in grado di garantire prodotti equivalenti.

Secondo una diversa prospettiva, più ampia rispetto a quella strettamente concorrenziale che interessa le proposte di legge descritte, invece, nel dicembre 2020, la Federal Trade Commission, con un voto di 3 a 2, ha provveduto a intentare una causa contro Facebook<sup>279</sup>, sostenendo che tale società «sta mantenendo illegalmente il suo monopolio personale sui social network e nelle reti di comunicazione e informazione attraverso una condotta [...] costituita da una strategia sistematica, in cui è da ricomprendersi l'acquisizione nel 2012 del rivale emergente Instagram, acquisita per un miliardo di dollari, e quella nel 2014 dell'app di messaggistica mobile WhatsApp<sup>280</sup> per 19 miliardi di dollari». Ciò, secondo la FTC danneggia, sì, la concorrenza, ma soprattutto – in una differente dimensione – priva gli utenti della possibilità di una pluralità di scelte: per questo, chiede ai giudici della Corte distrettuale della Columbia di imporre la cessione di Instagram e Whatsapp. A tale ricorso hanno fatto seguito i procuratori generali di 46 Stati che hanno promosso una causa separata<sup>281</sup>, articolata su una teoria del danno in forza della quale le politiche di Facebook, al diminuire della concorrenza, si sono dimostrate progressivamente sempre più lesive dei diritti fondamentali degli utenti<sup>282</sup>.

<sup>278</sup> Consultabile al seguente indirizzo [www.congress.gov/117/bills/hr3825/BILLS-117hr3825ih.pdf](http://www.congress.gov/117/bills/hr3825/BILLS-117hr3825ih.pdf).

<sup>279</sup> I documenti della causa sono consultabili all'indirizzo <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/191-0134/facebook-inc-ftc-v>

<sup>280</sup> Facebook, Inc., FTC v.

<sup>281</sup> Gli atti possono essere consultati all'indirizzo [https://ag.ny.gov/sites/default/files/facebook\\_complaint\\_12.9.2020.pdf](https://ag.ny.gov/sites/default/files/facebook_complaint_12.9.2020.pdf).

<sup>282</sup> Il 28 giugno 2021 tale Corte respinge le denunce della FTC [Civil Action No. 20-3590 (JEB), Case 1:20-cv-03590-JEB Document 73 Filed 06/28/21, consultabile all'indirizzo <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.dcd.224921/gov.uscourts.dcd.224921.73.0.pdf>], ritenendo che l'accusa non sia riuscita a dimostrare l'effettiva posizione di monopolio di Facebook. La FTC oppone quindi una integrazione di denuncia, aggiungendo nuove prove a sostegno della sua tesi [Case 1:20-cv-03590-JEB Document 75-1 Filed 08/19/21 consultabile all'indirizzo [https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/ecf\\_75-1\\_ftc\\_v\\_facebook\\_public\\_redacted\\_fac.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/ecf_75-1_ftc_v_facebook_public_redacted_fac.pdf)] e si è ancora oggi in attesa della decisione finale. Dall'altra parte del mondo, in differente contesto, si veda anche, di Novembre 2021, la notizia che il Competi-

7.2. *Digital Service Act e Digital Market Act: privacy, gestione dei dati e separazioni strutturali. Un primo passo nella regolamentazione effettiva del fenomeno a livello europeo?*

Ancora più che con riferimento all'ordinamento giuridico statunitense, strettamente legato alla tutela della concorrenza come fine ultimo dell'azione dei pubblici poteri, è al legislatore europeo che si deve guardare se si tratta di misurare, secondo le due prospettive descritte, i caratteri e i limiti dell'intervento giuridico necessario a regolare il funzionamento delle piattaforme digitali.

A oggi, gli strumenti normativi a disposizione, anche in tale contesto, si sono rivelati solo parzialmente efficaci: da una parte, si tende ancora ad applicare agli operatori della rete una responsabilità di tipo editoriale, rilevante solo in caso di effettiva produzione di contenuti, ignorando il mutamento del loro ruolo<sup>283</sup>; peraltro, il quadro normativo di riferimento, costituito dalla Direttiva E-Commerce<sup>284</sup>, sebbene oggetto di molteplici interventi della Corte di Giustizia<sup>285</sup>, è rimasto invariato nel corso di vent'anni e non è più in grado di rappresentare un baluardo regolatorio sufficiente; dall'altra parte, la disciplina del GDPR, nonostante la sua portata innovativa, come visto, non può avere carattere risolutivo, dal momento che la deroga al divieto di trattamento dei dati in forza del contratto concluso dall'interessato, è inidonea a tutelare i diritti dell'utente della rete, sia per il

tion and Market Authority (CMA), l'antitrust britannico ha rilevato che l'acquisizione da parte di Facebook, Inc (ora Meta Platforms, Inc) di GIPHY, Inc. può dar luogo a problemi di concorrenza sia nella fornitura di pubblicità display nel Regno Unito, sia nella fornitura di servizi di social media in tutto il mondo (compreso il Regno Unito). Facebook è tenuto a vendere GIPHY, acquistata dall'azienda lo scorso 2020 per 400 milioni di dollari.

<sup>283</sup> O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in *Percorsi Costituzionali*, n. 1 del 2014, p. 46 ss. che conclude sostenendo che «servizi quali social network, piattaforme di condivisione, aggregatori di news non paiono potersi immediatamente inquadrare nell'ambito di un controllo sui contenuti». A tale lacuna non ha inoltre posto tuttora rimedio la giurisprudenza, che solo in rari casi ha riconosciuto il ruolo attivo e la responsabilità dell'internet service provider. Si veda sul punto Tribunale di Milano, ordinanze 21/25 gennaio e 24 marzo 2011.

<sup>284</sup> Direttiva n. 2000/31/CE sul commercio elettronico.

<sup>285</sup> Numerose sono state le sentenze interpretative che hanno fatto scuola circa le norme contenute nella richiamata E-Commerce Directive. Una su tutte la *Scarlet Extended SA v. SABAM*, ove la Corte si è pronunciata circa l'art.15 della Direttiva in quanto si riferisce alla generale mancanza di un obbligo di monitoraggio in capo ai service providers. Sent. III sez. C-70/10: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&num=C-70/10>.

carattere spesso oscuro delle informative che vengono offerte in un contesto così complesso<sup>286</sup>, sia perché esso oggi si pone come espressione di una reale scelta tra alternative possibili, in quanto, se non concluso, determina l'esclusione dal servizio e, quindi, una perdita o uno svantaggio in termini economici e sociali<sup>287</sup>.

In questo quadro, l'Unione europea, alla luce delle sfide che tale contesto tecnologico porta con sé, ancora di più dopo un 2020 caratterizzato da un utilizzo sempre più massivo di piattaforme informatiche, ha iniziato a lanciare un primo, debole, segnale di cambiamento che non può essere ignorato e di cui, alla luce di quanto finora detto non può non essere dato atto: in primo luogo, più e con maggiore effettività che gli Stati nazionali, si è dotata di un *Osservatorio sulle piattaforme online* composto da un gruppo di funzionari della Commissione e da un gruppo di esperti indipendenti, con il mandato di monitorare tendenze e dati nell'economia degli operatori dell'intermediazione digitale; in secondo luogo, si è posta l'obiettivo di creare un unico apparato di regole politiche applicabili in tutta Europa, che possano rendere lo spazio digitale più aperto e sicuro, nonché in grado di integrare la forza delle compagnie private con i principi fondamentali della democrazia, e di rendere più chiari e trasparenti i procedimenti algoritmici alla base delle loro operazioni<sup>288</sup>.

All'alba del «decennio digitale»<sup>289</sup>, l'Unione europea si propone così di disciplinare le piattaforme digitali, attraverso due iniziative

<sup>286</sup> A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Dir. Inf.*, n. 4 del 2018, p. 809.

<sup>287</sup> S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973, p. 44 e 51.

<sup>288</sup> Così la vicepresidente esecutiva della Commissione UE per un'Europa pronta per l'era digitale, Margrethe Vestager nel corso della videoconferenza "*Beyond the buzzwords: Putting meaningful transparency at the heart of the Digital Services Act*"; cfr. "*Vestager: "Identità digitale europea e Digital services act proteggeranno la democrazia dell'UE"*", Eunews, 30 ottobre 2020, <https://www.eunews.it/2020/10/30/vestager-identita-digitale-europea-digital-services-act-proteggeranno-democrazia/136917>.

<sup>289</sup> Così la Presidente della Commissione Europea, Ursula von der Leyen, con riferimento al periodo iniziato nel 2020: «Il primo anno della Commissione von der Leyen», Commissione europea, [https://ec.europa.eu/info/about-european-commission/what-european-commission-does/delivering-political-priorities/first-year-von-der-leyen-commission\\_it](https://ec.europa.eu/info/about-european-commission/what-european-commission-does/delivering-political-priorities/first-year-von-der-leyen-commission_it). La Presidente della Commissione europea, a fine gennaio ha pubblicato le linee guida politiche per il periodo 2019-2024, indicanti gli obiettivi da raggiungere. Nel percorso verso «un'Europa adatta all'era digitale», i documenti confermano che la Commissione è impegnata nella stesura di norme per i servizi digitali (Digital Services Act), per l'intelligenza artificiale (il Libro bianco), un quadro per la governance dei dati, un piano d'azione per i media, la revisione delle norme sulla concorrenza e nuove norme in materia di tassazione.

legislative, il cui iter di formazione si è concluso nel novembre 2022, entrambe parte della «European Digital Strategy, Shaping Europe's Digital Future», adottata nel novembre del 2018, allo scopo di promuovere una società attenta tanto al digitale quanto ai diritti degli utenti<sup>290</sup>: il Digital Services Act<sup>291</sup> e il Digital Market Act<sup>292</sup>, entrambi applicabili ai servizi di intermediari online, di contenuti, prodotti e servizi, messi a disposizione di terzi, a prescindere dal luogo di stabilimento dell'intermediario e dalla normativa applicabile alla prestazione.

Il primo atto, ambisce a migliorare la sicurezza degli utenti online in tutta l'Unione europea, bilanciando il rapporto tra nuove tecnologie, diritti fondamentali e Stato di diritto<sup>293</sup> e ponendo l'attenzione non più sul mercato, ma sull'individuo, pur senza tradursi in una «compressione sproporzionata di altri interessi costituzionalmente tutelati»<sup>294</sup>.

Si apre così a un meccanismo di co-regolamentazione volto a realizzare una pressione sugli ordinamenti giuridici parziali e a introdurre regole limitative esterne a quelle costitutive prodotte da tali stessi ordinamenti parziali: si mantiene intatta la deroga di responsabilità per i service provider<sup>295</sup>, ma, contestualmente, si inaspriscono le sanzioni (pari fino al 6% del fatturato globale) nei confronti dei colossi del web, in caso di mancata rimozione successiva alla segna-

<sup>290</sup> Il raggiungimento di tali propositi passa attraverso la trasformazione digitale della Pubblica Amministrazione, che, secondo quanto richiamato nel documento recante la Strategy, dovrebbe avvenire entro il 2022. [https://ec.europa.eu/info/publications/EC-Digital-Strategy\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/EC-Digital-Strategy_en).

<sup>291</sup> Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, Bruxelles, 15.12.2020, COM(2020) 825 final, 2020/0361(COD). Pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'UE come Reg. UE 2022/2065.

<sup>292</sup> Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), Bruxelles, 15.12.2020, COM(2020) 842 final, 2020/0374(COD). Pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea come Reg. UE 2022/1925.

<sup>293</sup> O. POLLICINO, *Verso una democrazia digitale europea con meno opacità*, in *IlSole24Ore*, 24 Dicembre 2020.

<sup>294</sup> O. POLLICINO, G. De Gregorio, *L'alba di nuove responsabilità sulle piattaforme digitali: il Digital Services Act*, in *Agenda Digitale*, 15 dicembre 2020.

<sup>295</sup> Il testo proposto non va ad innovare tale punto, in quanto viene traspota la tripartizione già presente in seno alla Direttiva E-Commerce tra servizi di *mere conduit*, *caching* e *hosting*, nonché il riferimento al *general monitoring ban*. Cfr. altresì M. BASSINI, *Mambo Italiano: The Perilous Italian Way to ISP Liability*, in *Fundamental Rights Protection Online*, 8 dicembre 2020.

lazione di contenuti considerati illeciti in base a quanto previsto dallo stesso Digital Services Act<sup>296</sup>: fake news, hate speech, materiale contraffatto o illegale in genere. In particolare, le misure riguardanti la pubblicità sulle piattaforme on line suscitano interesse in quanto, integrando le norme del GDPR in tema di profilazione (ivi incluso il necessario consenso dell'interessato e il diritto di questi di opporsi al trattamento), danno più completa attuazione al principio di trasparenza, imponendo alle piattaforme stesse di rendere note, tra l'altro, le «informazioni rilevanti sui principali parametri utilizzati per determinare il destinatario al quale viene mostrata la pubblicità»<sup>297</sup>. In questo modo, l'interessato ha maggiori chances di acquisire consapevolezza sulla profilazione cui è assoggettato e, per l'effetto, vi è una maggiore probabilità che egli eserciti in concreto i suoi diritti. Si tratta, insomma, di una disposizione utile nell'ottica di tutela dell'autodeterminazione informativa e dell'identità personale, nella misura in cui cerca di evitare che le proprie preferenze vengono (inconsapevolmente) eterodirette cristallizzando, quando non guidando, le scelte commerciali o, più genericamente, di vita. L'obiettivo sembra così essere quello di rendere i cittadini consapevoli delle decisioni che sono chiamati a prendere nello spazio digitale, dando loro non solo gli strumenti, ma anche e soprattutto la consapevolezza di come possono partecipare al discorso pubblico.

<sup>296</sup> L'art. 14 in apertura della Sez. II stabilisce che, in caso di attività di rimozione di contenuti, i *provider* di servizi di *hosting* dovranno implementare meccanismi che rendano più semplice, rispetto all'attuale scenario, l'espletamento di suddette attività di *notice and take down*: vale a dire, la rimozione di contenuti illegali ovvero lesivi di diritti, a seguito di una presa di conoscenza della loro presenza sulla piattaforma. Una procedura che è attualmente prevista dall'art. 14 della E-Commerce Directive e che negli anni ha sollevato numerosi dubbi interpretativi con altrettanti celebri *case law* decisi dalle Corti Europee: uno tra tutti il Delfi vs. Estonia (Delfi AS v. Estonia ECtHR 64668/09) è un caso della Corte Europea dei Diritti Umani deciso nel 2015 che ha deciso su un conflitto venutosi a creare tra la libertà di espressione e gli obblighi all'interno del menzionato art. 14 della E-Commerce Directive e, in particolare, sul criterio dell'«*actual knowledge*». La Corte, a seguito di un *four-part test* volto a considerare tutti gli interessi in gioco, ha stabilito che l'Estonia non ha violato l'art. 10 della Cedu nell'allocare la responsabilità (e la richiesta di un importante risarcimento danni) in capo a Delfi, grande servizio di news estone, per commenti diffamatori presenti in una sezione del loro sito web, non avendo agito in modo spedito nel rimuovere suddetti contenuti.

<sup>297</sup> Art. 24, lett. c). Analoga è la previsione di cui all'art. 30, par. 2, lett. d) che, per le piattaforme di grandi dimensioni, stabilisce l'obbligo di tenuta di un registro che rechi anche «un'indicazione volta a precisare se la pubblicità fosse destinata ad essere mostrata a uno o più gruppi specifici di destinatari del servizio e, in tal caso, i principali parametri utilizzati a tal fine».

Attraverso il DSA, si mira a costruire un sistema volto a distinguere tra grandi piattaforme (soprattutto statunitensi)<sup>298</sup> e piccole o medie realtà imprenditoriali digitali (soprattutto europee), in forza della maggiore pervasività delle prime e dell'esigenza di garantire alle seconde concrete possibilità di concorrenza: solo ai grandi intermediari, ad esempio, è richiesto uno standard più elevato di trasparenza e responsabilità su come sono moderati i contenuti, compresi quelli pubblicitari, e su come sono gestiti i processi algoritmici cui sottopongono i dati in loro possesso<sup>299</sup>.

Il Digital Market Act, invece, si propone di intervenire sul funzionamento dei mercati digitali, stabilendo obblighi in capo alle imprese e anticipando l'effetto delle misure restrittive previste dal Digital Service Act attraverso la predisposizione di un'apposita regolamentazione applicabile *ex ante*, che vada oltre la «speciale responsabilità» che generalmente incombe alle imprese dominanti, insufficiente ormai, stante la peculiarità dei mercati digitali, a garantire un effettivo pluralismo<sup>300</sup>.

Considerata dagli editori europei di giornali – rappresentati da ENPA (European Newspapers Publishers Association) ed EMMA (European Media Magazines Association) – come una occasione storica e potenzialmente unica per l'Unione Europea per affrontare gli squilibri di mercato e garantire una distribuzione equa e non discriminatoria della stampa<sup>301</sup>, il Digital Market Act, vuole assicurare condizioni di parità tra le aziende digitali, fissando regole chiare per le piattaforme che detengono una posizione economica con un impatto significativo sul mercato interno, che operano stabilmente in più paesi dell'Unione e che occupano una stabile posizione di intermediazione, collegando un'ampia base di utenti a un gran numero di imprese<sup>302</sup>. Tra le regole più significative: l'obbligo di consentire

<sup>298</sup> Si veda sul punto il Considerando 56, ove a tali colossi viene associata la locuzione «very large online platforms», le quali contano all'incirca 45 milioni di utenti destinatari del servizio.

<sup>299</sup> Per un quadro più analitico si veda O. POLLICINO-G. DE GREGORIO-M. BASSINI, *Verso il Digital Services Act: problemi e prospettive. Presentazione del simposio*, in *Medialaws, Rivista di diritto dei media*, 23 Novembre 2020.

<sup>300</sup> G. CONTALDI, *Il DMA (Digital Markets Act) tra tutela della concorrenza e protezione dei dati personali*, cit., p. 293.

<sup>301</sup> Pericolo imminente per la stampa europea, Comunicato stampa del 28 settembre 2021, [www.enpa.eu/press-releases/imminent-danger-european-press](http://www.enpa.eu/press-releases/imminent-danger-european-press).

<sup>302</sup> Tali regole si applicano, ai sensi dell'art. 3, ai colossi con un fatturato annuo di almeno 6,5 miliardi di euro negli ultimi tre anni e una capitalizzazione di mercato di 65 miliardi di euro nell'ultimo esercizio. Cfr. Legge sui mercati digitali:

agli utenti commerciali di accedere ai dati che generano utilizzando la piattaforma, l'obbligo di fornire alle imprese che fanno pubblicità sulla piattaforma gli strumenti e le informazioni necessarie per permettere a inserzionisti e a editori verifiche indipendenti dei messaggi pubblicitari ospitati dalla stessa, l'obbligo di garantire agli utenti commerciali di promuovere la loro offerta e concludere contratti con clienti al di fuori della piattaforma. L'insieme dei divieti imposti agli intermediari include, tra l'altro, quello di riservare ai propri servizi e prodotti un trattamento favorevole in termini di classificazione rispetto a servizi o prodotti analoghi offerti da terzi sulla loro piattaforma, il divieto di impedire ai consumatori di mettersi in contatto con le imprese al di fuori della piattaforma; il divieto di impedire agli utenti di disinstallare software o applicazioni preinstallati se lo desiderano; il divieto di impedire la portabilità dei propri dati da parte degli utenti finali. Di particolare rilievo, poi, l'obbligo a carico degli intermediari di informare la Commissione europea in merito a progetti di concentrazioni che coinvolgano un altro fornitore di servizi di piattaforma di base o di qualsiasi altro servizio nel settore digitale, nonché la possibilità per la stessa di adottare un regime sanzionatorio fino al 10% del fatturato mondiale totale annuo dell'impresa e penali di mora fino al 5 % del fatturato medio giornaliero (realizzato a livello globale nell'esercizio precedente), nonché di prevedere anche rimedi strutturali quali l'obbligo di vendere un'attività o parti di essa.

Appare evidente come si sia di fronte a un primo segnale di cambio di paradigma – che d'altronde ha già suscitato grande allarme nelle piattaforme interessate<sup>303</sup>, le quali hanno implementato, come visto, le attività di lobbying per fare pressione sui membri delle istituzioni coinvolti nell'iter legislativo – volto a prendere le distanze da quella prospettiva che ha relegato sul piano essenzialmente economico la regolamentazione dei servizi digitali<sup>304</sup> e che si inserisce perfettamente nel processo iniziato con la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 2017 sulla *e-democrazia nell'Unione europea: potenziale e sfide*.

garantire mercati digitali equi e aperti, Commissione europea, [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets\\_it](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_it).

<sup>303</sup> A. SATARIANO-M. STEVIS-GRIDNESS, *Big Tech Turns Its Lobbyists Loose on Europe, Alarming Regulators*, in *The New York Times*, 14 dicembre 2020.

<sup>304</sup> M. FAILLA, *Safeguarding European Democracy in the Age of Surveillance Capitalism: A Call for the Approval of a 'Charter of Digital Fundamental Rights' and the Recognition of Data as Commons*, in *MediaLaws, Rivista di diritto dei media*, 21 dicembre 2020.

Se fino a questo momento la risposta delle istituzioni nazionali, prima, ed europee poi, di fronte all'ascesa delle piattaforme era stata ambigua in forza del riconoscimento dell'apporto positivo dell'economia digitale alla crescita del mercato unico, tanto da limitarsi a «incoraggiare» le piattaforme digitali ad adottare misure di autoregolazione coordinate a livello dell'UE<sup>305</sup>, oggi, le iniziative che quest'ultima si propone di adottare sembrano attestare la volontà politica di intervenire per cercare di guidare e indirizzare lo sviluppo tecnologico, anziché subirlo, così evitando che il sistema di regole giuridiche e ancor prima valoriali posto alla base della società resti travolto.

<sup>305</sup> Comunicazione della Commissione, COM(2016) 288 final del 25.5. 2016, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale*, cit., in particolare pp. 6 e 17. Cfr. poi il documento su *Principles for Better Self- and Co-Regulation*, con cui la Commissione invita «all stakeholders [...] to consider these Principles as benchmark for self- and co-regulation and to promote their use».

## Osservazioni conclusive

La rete, si è visto, ha i suoi guardiani: inediti centri di potere che hanno trasformato quella che sarebbe dovuta essere un'arena pubblica nello spazio gestito da chi, attraverso procedure opache dietro cui si nasconde la decisione di chi detiene questo potere, è in grado di estrarre valore dai dati che ha a disposizione, non solo al fine di acquisire vantaggi direttamente o indirettamente nel proprio mercato di riferimento o in mercati affini, ma anche per influenzare – o mettere questi stessi dati a disposizione di chi intende influenzare – dinamiche private, relazionali e pubbliche. L'utente che utilizza le tecnologie digitali offerte dalle piattaforme per esercitare le proprie libertà diviene così parte e oggetto di una transazione economica che al tempo stesso struttura e condiziona le modalità di esercizio di queste stesse libertà, finendo per influenzarne effetti e contenuti<sup>1</sup>. La diminuzione delle scelte dei consumatori – derivante dalle posizioni dominanti che soggetti economici, soprattutto con le caratteristiche descritte, acquisiscono in una pluralità di settori – non si esaurisce infatti nella sola sfera del mercato e delle dinamiche concorrenziali, ma incide su come si struttura e tutela un regime effettivamente democratico<sup>2</sup>: attraverso la capacità di porre in relazione le persone, di raccogliergli i dati e di profilarle, le piattaforme digitali, come si è visto, sono in grado di influire tanto sulla formazione dell'identità personale di ciascuno quanto sulla sua comprensione del mondo, che a sua volta si traduce in orientamenti, scelte e finanche voti.

L'analisi effettuata ha consentito di mettere in luce come limitarsi a considerare gli intermediari digitali quali meri operatori economici che gestiscono una quota crescente del commercio e delle comunicazioni online non sia sufficiente per dar conto della complessità del

<sup>1</sup> M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Dir. Inf.*, cit., p. 278.

<sup>2</sup> R. LONERGAN, *Mr. Justice Brandeis, Great American*, St. Louis, 1941, p. 42.

fenomeno: lo spazio sociale – e quindi politico<sup>3</sup> – su cui tali soggetti hanno impatto consente di inferire la profonda influenza che essi hanno sulla dinamica democratica e sulla struttura stessa dello Stato costituzionale contemporaneo<sup>4</sup>. In un contesto globale ad altissima complessità – che incide sull’allocazione delle risorse e rappresenta il parametro per innovazioni future – la tecnologia permette all’attività economica esercitata da questi soggetti di svilupparsi secondo forme nuove e di proiettarsi, attraverso logiche proprietarie, sfruttando lo squilibrio di posizioni che da tale contesto deriva, sul terreno della comunicazione e dell’informazione, del godimento dei diritti fondamentali e di investire in pieno il circuito democratico-rappresentativo, i luoghi, i soggetti della decisione politica e le istituzioni nel loro complesso, non risparmiando neanche quelle di garanzia<sup>5</sup>.

È in questo senso che lo «scenario digitale» descritto consente (anzi: impone) di soffermarsi sulla questione del potere esercitato da questi intermediari. La concentrazione che essi realizzano delle sfere culturali ed economiche, storicamente rappresentate come spazi di libertà di fronte al potere politico, si trova infatti, più che in passato, nella condizione di rovesciare la tradizionale gerarchia dei poteri e di determinare forme di disuguaglianza e subordinazione che si impongono sul piano della struttura sociale in un’amplificata asimmetria tra *dover essere* costituzionale ed *essere* effettivo del diritto e, correlativamente, tra la potenza di (privati) sovrani globali e l’impotenza di (pubblici) contro-poteri garantisti<sup>6</sup>.

Di fronte a una realtà così complessa e soggetta a rapide trasformazioni, si è allora ritenuto essenziale (ri)mettere al centro del discorso una premessa irrinunciabile del costituzionalismo moderno e contemporaneo, di natura assiologica e prescrittiva<sup>7</sup>: ogni forma di potere, qualunque sia la sua origine – non solo politica, ma anche culturale ed economica –, deve essere sottoposta a vincoli.

Limitare il potere, garantire i diritti e legittimare i moti di cambiamento<sup>8</sup>, entro una cornice che pone al tempo stesso doveri e obblighi,

<sup>3</sup> P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it*, n. 11 del 2020, p. 265.

<sup>4</sup> L. MORI, *La rete come campo sociale*, in E. VITALE-F. CATTANEO (a cura di), *Web e società democratica. Un matrimonio difficile*, Torino, 2018, p. 115-140.

<sup>5</sup> In termini più generali, cfr. A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quad. Cost.*, n. 4 del 2008, p. 508 ss.

<sup>6</sup> L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, cit., p. 193.

<sup>7</sup> M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. Cost.*, n. 4 del 2006, p. 1668.

<sup>8</sup> G. AZZARITI, *Diritto e barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, cit., p. 49.

costituisce, infatti, sin dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, tratto essenziale del costituzionalismo<sup>9</sup>, che mira a definire le condizioni di un progetto di emancipazione sociale, muovendo entro un equilibrio complessivo di poteri e diritti<sup>10</sup>. In questo senso, le costituzioni moderne non sono solo «un testo giuridico o un armamentario di regole normative, ma anche l'espressione di uno stadio evolutivo culturale, un mezzo di autorappresentazione culturale del popolo, lo specchio di un patrimonio culturale e fondamento delle sue speranze»<sup>11</sup> e, come tali, rappresentano gli atti del limite *al e ai poteri per eccellenza*<sup>12</sup>, funzionali alla convivenza attraverso la preservazione di principi storicamente e materialmente indisponibili ai poteri stessi<sup>13</sup>.

È quindi necessario, se il costituzionalismo non vuole mettere in discussione la sua *ratio* «esistenziale»<sup>14</sup> quale struttura cognitiva (e normativa) dell'esistente, non limitare l'attenzione, nel contesto descritto e nelle sue mutate prospettive, alle sole garanzie nei confronti del potere politico. Se è vero infatti che «l'idea di potere è definita soprattutto dalla negazione della libertà altrui»<sup>15</sup>, non solo la libertà dal potere politico consiste nella capacità di azione autonoma dell'individuo in campo ideologico e economico, ma correlativamente la libertà dal potere ideologico ed economico corrisponde all'autonomia della sfera politica dai condizionamenti del primo e del secondo<sup>16</sup>.

Sia Stato che *non-Stato*<sup>17</sup>, per non farsi assoluti, devono essere soggetti a regole e limiti.

Tuttavia, quali regole e quali limiti?

Si è visto come siano stati «fallimentari» i tentativi di individuare una possibile risposta nelle regole del mercato, stabilite dagli stessi operatori che vi operano. Esse non trovano il loro fondamento nella necessità di salvaguardare i diritti inviolabili delle persone<sup>18</sup> – quest'ultime collocate, nella totalità delle loro potenzialità espressive (private,

<sup>9</sup> M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, p. 201.

<sup>10</sup> C.H. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, 1990, p. 159.

<sup>11</sup> P. HÄBERLE, *Costituzione e identità culturale*, Milano, 2006, p. 11.

<sup>12</sup> R. BODEI, *Limite*, Bologna, 2016, p. 91.

<sup>13</sup> G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 232.

<sup>14</sup> Cfr. C. GALLI, *Sovranità*, Bologna, 2018, p. 16.

<sup>15</sup> M. BOVERO, *Il potere, i poteri*, cit., p. 107.

<sup>16</sup> M. CUONO, *Libros, espadas, monedas. Ideología trifuncional y simonía neoliberal*, in María de Guadalupe Salmorán Villar (a cura di), *Poder, democracia y derechos. Una discusión con Michelangelo Bovero*, Messico, 2019, p. 230.

<sup>17</sup> N. BOBBIO, *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica*, cit., p. 37.

<sup>18</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 140 ss.

sociali e politiche) al vertice del sistema costituzionale<sup>19</sup> – né, derivando dagli stessi soggetti che devono sottoporre a vincoli la propria azione, sono in grado di evitare che il potere (economico) si sottragga a vincoli nazionali e costituzionali<sup>20</sup>, in un nuovo *medioevo*<sup>21</sup> decentrato e frammentato, che esclude la dimensione collettiva e solidale e che tende al massimo della concentrazione all'interno dello stesso e tra le differenti sfere. Altresí, le forme privatistiche del contratto – come visto utilizzate anche dalle piattaforme digitali, alla base della loro rivendicazione di autonomia e imprescindibili per la garanzia dei loro interessi privati<sup>22</sup> – da un lato, pretendono di sfuggire, in una dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato che assume caratteri mobili e opachi<sup>23</sup>, alla forma pubblica della normazione eteronoma generale e astratta e quindi ai tipici poteri statali di imposizione e di sanzione e, dall'altro, aspirano a svolgere senza condizionamenti esterni una funzione di regolazione, di prevenzione e di gestione dei conflitti.

Alla luce di ciò, allora, l'esame va concentrato sul rapporto intercorrente tra potere politico e potere economico, nel significato che tale rapporto assume all'interno della cornice definita dal costituzionalismo, e quindi sul ruolo che in tale quadro è chiamato a rivestire il diritto, in particolare il diritto costituzionale. Quest'ultimo – se non vuole risolversi in un insieme di norme che, sposando il mito della neutralità della tecnica<sup>24</sup>, finisce con il ratificare la decisione dei piú forti e «tecnicamente» attrezzati, ossia, considerati gli attuali rapporti di potere, dei nuovi *sovrani della rete* – è tenuto ad assumere il proprio primato sull'economia, conferendole una direzione intrinsecamente politica<sup>25</sup>, contribuendo a realizzare quell'eguaglianza complessa alla base del progetto di emancipazione personale e sociale che fonda la Costitu-

<sup>19</sup> N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità delle posizioni*, Milano, 1988, p. 51 ss.

<sup>20</sup> G. AZZARITI, *Diritto e barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, cit., p. 26.

<sup>21</sup> D. D'ANDREA, *Oltre la sovranità. Lo spazio politico europeo tra post modernità e nuovo medioevo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXI, 2002, p. 77.

<sup>22</sup> L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, cit., p. 194.

<sup>23</sup> N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, in particolare cap. 7.

<sup>24</sup> G. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, cit., p. 89-93.

<sup>25</sup> E. PICOZZA, *Intervento dello Stato in economia e finalità sociali*, in R. DI RAIMO, V. RICCIUTO (a cura di), *Imprese pubbliche e intervento dello Stato nell'economia*, Napoli, 2006, p. 44.

zione<sup>26</sup> e orientando la propria azione a precise coordinate teoriche: tra queste, in primo luogo, la teoria dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali nei rapporti inter privati. I diritti fondamentali previsti dalle Carte costituzionali europee, quali garanzie normative poste alla base della convivenza politica, si presentano infatti come indissolubilmente legati agli aspetti sociali che ne stanno alla base e pertanto hanno un effetto diretto tanto nella dimensione verticale (nella contrapposizione tra autorità e libertà) quanto in quella orizzontale (nei rapporti tra privati)<sup>27</sup>. In questo ultimo caso, qualora le parti non si trovino in una posizione di simmetria che giustifica – sia sul piano giuridico che ideologico – l'autonomia privata<sup>28</sup>, ma in una situazione dominante-dominato<sup>29</sup>, si viene a configurare una relazione di potere che è privata per quanto concerne la sua fonte (geneticamente riconducibile agli schemi contrattuali) e i soggetti cui si riferisce, ma si realizza con quelle forme di coerenza e di autorità proprie dei poteri di diritto pubblico<sup>30</sup>. Tuttavia, dal momento che il nostro ordinamento, nel ribadire il riconoscimento e la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, non indica la direzione verso cui tali diritti devono essere garantiti<sup>31</sup>, si è sostenuto che non è alla natura pubblica o privata del potere che bisogna guardare per tutelare il sistema democratico o la dignità del singolo, ma ai suoi effetti, al fine di evitare abusi derivanti da una combinazione di forze che si avvalgono di una libertà (anche quella di iniziativa economica e di impresa) a discapito di altre<sup>32</sup>. La forza del condizionamento che può derivare dall'uso di strumenti economici e ideologici (soprattutto, come nel caso delle piattaforme digitali, tendenti a sovrapposizione e confusione) è in grado di ledere libertà e diritti garantiti dalla Costituzione in modo non meno ampio del potere politico<sup>33</sup>.

I diritti fondamentali sono allora in grado di svelare un'attitudine «conformativa»<sup>34</sup> rispetto a tutti i poteri, pubblici o privati che siano: per quanto qui interessa, «strutturano l'ambiente [...] in modo da consolidare lo Stato come [mero] sottosistema della società»<sup>35</sup>.

<sup>26</sup> M. WALZER, *Sfere di giustizia*, Milano, 1987.

<sup>27</sup> R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, p. 570-571.

<sup>28</sup> L. FERRI, *Nozione giuridica di autonomia privata*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1947, p. 129.

<sup>29</sup> G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., p. 88.

<sup>30</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1967, Vol. I, p. 91.

<sup>31</sup> G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., p. 94.

<sup>32</sup> P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, p. 289.

<sup>33</sup> P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, p. 289.

<sup>34</sup> Cfr. G. F. FERRARI, *Libertà. Profili comparatistici*, Torino, 2011, p. 354.

<sup>35</sup> N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, Bari, 2002, p. 86.

Alla dottrina dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali si sono conseguentemente affiancate ulteriori due coordinate di discussione: il principio di trasparenza e di visibilità del potere, nella sua intrinseca connessione con il principio di partecipazione. Soprattutto quest'ultimo ha infatti lo scopo di consentire ai singoli di «prendere parte o avere un ruolo, con altri, in un processo decisionale»<sup>36</sup>, al fine di «favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali»<sup>37</sup> o, in generale, su chi eserciti un potere, come avviene nel contesto digitale, secondo modalità per lo più occulte nelle loro dinamiche.

Tratteggiato così il quadro teorico entro cui si ritiene il diritto sia chiamato a muoversi, si è quindi cercato di ipotizzare possibili soluzioni in grado di rispondere in concreto alla domanda circa il contenuto che deve avere la disciplina giuridica chiamata a regolare l'attività – così orientata – di questi soggetti. Si è pertanto distinto tra due opzioni: una prima proposta comportamentale, di carattere maggiormente procedurale e legata alle garanzie connesse al trattamento dei dati personali, e una seconda proposta di carattere strutturale. La prima analizza la capacità delle piattaforme digitali di creare valore dalla (immensa) raccolta dei dati e dalla loro elaborazione attraverso algoritmi<sup>38</sup>; nella prospettiva dell'applicazione, di cui già si è detto, anche ai poteri privati delle garanzie di effettività dei diritti fondamentali e del principio del «potere pubblico in pubblico»<sup>39</sup> si è ipotizzato di potenziare la tutela dei dati personali, implementando misure esistenti e orientandole ai principi di trasparenza, partecipazione ai processi che riguardano i dati di ciascuno e responsabilità (degli intermediari). La seconda, che va al fulcro del discorso sin qui affrontato, a partire dall'analisi dell'architettura di ogni piattaforma e del suo modello di business<sup>40</sup>, propone invece un'idea regolativa fondata sull'esercizio dell'«arte» della separazione e finalizzata alla rottura delle strutture oligopolistiche e monopolistiche che operano in forza della logica del «chi vince prende tutto»<sup>41</sup>. Essa, per come

<sup>36</sup> M.P. CHITTI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977, p. 34.

<sup>37</sup> F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, p. 4 e 7 ss.

<sup>38</sup> Si veda in tal senso anche A. CANEPA, *I mercanti dell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Torino, 2020, p. 28 ss.

<sup>39</sup> N. BOBBIO, *Democrazia e segreto*, Torino, 2011, p. 21 ss.

<sup>40</sup> E. FEYEN-J. FROST-L. GAMBACORTA-H. NATARAJAN-M. SAAL, *Fintech e trasformazione digitale dei servizi finanziari: implicazioni per la struttura del mercato e le politiche pubbliche*, in *BIS Papers*, n. 117 del 2021.

<sup>41</sup> Commission Staff Working Document, *A digital single market for Europe: analysis and evidence*, SWD(2015) 100 final, p. 53.

descritta nelle pagine che precedono, trova appunto nella separazione tra le diverse sfere di potere e nei limiti alla concentrazione di esso all'interno di ciascuna, l'espressione più genuina della garanzia del pluralismo<sup>42</sup>. Quest'ultimo, infatti, si alimenta di un insieme di frammenti di potere<sup>43</sup>, portatori di istanze proprie, e che, per non diventare assoluti, iscrivendosi nel paradigma descritto, sono chiamati a rispettare vincoli e a rimanere separati, pur nelle imprescindibili influenze reciproche.

Ciò significa affermare che è necessario evitare che l'economia si impossessi della politica, la catturi e la usi per finalità private, trasformandola in strumento di redistribuzione inegualitaria di beni e risorse, ma anche che la politica si impossessi dell'economia usandola come trampolino di lancio<sup>44</sup>, sfruttandola o lasciandola operare perché più conveniente al soddisfacimento dei propri stessi interessi<sup>45</sup>.

Sono ipotesi regolative, quella comportamentale e quella strutturale, che si sono poste come necessariamente complementari. Da sola la separazione strutturale non impedisce *bias*, discriminazioni e un uso distorto dei dati da parte della piattaforme, dal momento che esse continuerebbero ad avere un enorme potere attraverso lo specifico servizio che offrono e che ormai è divenuto parte integrante (e in un certo senso irrinunciabile) dell'esistenza di tutti; allo stesso modo, un trasparente e responsabile uso dei dati non è sufficiente a impedire oligopolistiche o monopolistiche concentrazioni di poteri privati.

Queste le ipotesi elaborate.

La velocità con cui la tecnica evolve e con cui ci troviamo a confrontarci, soprattutto negli ultimi anni, pone il diritto – e chi lo studia – nella condizione di dover comprendere e disciplinare fenomeni in continua evoluzione, senza poterne «afferrare» in pieno la portata prima che mutino ulteriormente sollevando nuovi e ulteriori interrogativi. Ciò che, tuttavia, rileva ai fini del presente lavoro è che definire, nel rapporto tra libertà e autorità e nelle diverse forme di dominio che quest'ultimo realizza, doveri, obblighi e vincoli, è ormai questione che non può più essere rifuggita, che consente di delimitare i po-

<sup>42</sup> C. MORTATI, *Le forme di governo*, Padova, 1973, p. 93.

<sup>43</sup> P. RIDOLA, *Il costituzionalismo e lo stato costituzionale*, in *Nomos*, n. 2 del 2018, p. 12.

<sup>44</sup> R. ROMANO, *Una tipologia economica*, in *Storia d'Italia*, Torino, 1972, I, p. 299.

<sup>45</sup> In tale senso, M.R. FERRARESE, *Poteri Nuovi*, Bologna, 2022, esamina come i governi siano spesso complici dell'ascesa di poteri «nuovi» (economici, ma anche tecnologici), accomunati dal non essere caratterizzati da alcuna forma di responsabilità nei confronti della società civile.

teri dei *sovrani della rete* e così di «sostituire [...] alla materialità del potere di qualcuno l'astrattezza della regola di tutti, provando in tal modo a dare soluzione ai conflitti concreti, a regolare la convivenza, a operare, a partire dalla norma, anche "oltre la norma"»<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, il passo richiamato a p. 5.

## Bibliografia

- AA.VV., *I social e il (non) silenzio elettorale*, in *OpenPolis*, 1 aprile 2019
- AGGARWAL C.C., *Neural Networks and Deep Learning: A Textbook*, Berlin, 2018
- AINIS M., *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, 1991
- AINIS M., *Il regno dell'Uroboro. Benvenuti nell'era della solitudine di massa*, Milano, 2018
- ALESSANDRI A., *Osservazioni sulle notizie false, esagerate o tendenziose*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973
- ALEXY R., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012
- ALFANO M., FARD A. E., CARTER J. A., CLUTTON P., KLEIN C., *Technologically scaffolded atypical cognition: The case of YouTube's recommender system*, in *Synthese*, n. 199 del 2021
- ALGOSTINO A., *Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del Movimento No Tav*, Napoli, 2011
- ALGOSTINO A., *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino, 2018
- ALI M., SAPIEZYNSKI P., KOROLOVA A., MISLOVE A., RIEKE A., *Ad delivery algorithms: The hidden arbiters of political messaging. Technical report*, Ithaca, 2019
- ALLCOTT H., GENTZKOW M., *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, in *J. of Economic Perspectives*, Vol. 31, n. 2 del 2017
- ALLEGRETTI U., *Democrazia partecipativa*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 2011
- ALLEGRETTI U., *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in U. ALLEGRETTI U. (a cura di), *La democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010
- ALLEGRETTI U., *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, 2002
- ALLEGRETTI U., *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista AIC*, 25 novembre 2010
- ALLEGRI M.R., D'IPPOLITO G. (a cura di), *Accesso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, Roma, 2017

- ALPA G., *L'identità digitale e la tutela della persona*, in *Contr. Impr.*, 2017
- ALPA G., *La posizione degli utenti nella legislazione sulle radiodiffusioni*, in *Dir. Inf.* 1995
- AMATO G., *Il mercato nella Costituzione*, in Atti del Convegno AIC, *La Costituzione economica. Associazione Italiana Costituzionalisti, La Costituzione economica*, Padova, 1991
- AMATO G., *Le Autorità indipendenti nella costituzione economica*, in AA.VV. (a cura di), *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997
- AMATO MANGIAMELI A. C., *Algoritmi e big data. Dalla carta sulla robotica*, in *Riv. Fil. del diritto*, n. 1 del 2019
- AMICUCCI E., *La stampa della rivoluzione e del regime*, Milano, 1938
- AMMANNATI L., *I signori nell'era dell'algoritmo*, in *Dir. pubbl.*, n. 2 del 2021
- AMMANNATI L., *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, in *Federalismi.it*, 3 aprile 2019
- ANGIOLINI A., *Il «pluralismo» nella costituzione e la costituzione per il «pluralismo»*, in R. BIN, C. PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996
- ANGWIN J., LARSON J., MATTU S., KIRCHNER L., *Machine bias. there's software used across the country to predict future criminals. and it's biased against blacks*, in *Propublica*, 23 maggio 2016
- ANTONINI L., *L'autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in AA.VV., *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Torino, 2012
- APA E., *Il nodo di Gordio: informazione televisiva, pluralismo e Costituzione*, in *Quad. Cost.*, n. 2 del 2004
- APA E., *Osservazioni sul ddl sulla disciplina del settore radiotelevisivo nella fase di transizione alla tecnologia digitale*, in *Astrid-Rassegna*, n. 53 del 2007
- APA E., *Sic et non: nel caso Vivendi la Corte di giustizia censura le incongruenze della disciplina italiana a tutela del pluralismo dell'informazione*, in *Medialaws, Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2021
- AQUARONE A., *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, 1978
- ARENA A. I., *L'esternazione del pubblico potere*, Napoli, 2019
- ARENA A. I., *Sfera pubblica è democrazia (note minime su opinione pubblica e libertà di manifestazione del pensiero in politica)*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2 del 2017
- ARENA G., *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008
- ARENA G., *Valore e condizioni della democrazia partecipativa*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *La democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010

- ARENDRT H., *Verità e politica*, Torino, 1995
- ARISTOTELE, *Politica*, Roma-Bari, 2007
- ASHLEY K.D., *Artificial Intelligence and legal analytics. New tools for law practice in the digital Age*, Cambridge, 2017
- ASHTON K., *That 'Internet of Things' Thing*, in *RFID Journal*, 22 giugno 2009
- Atti Assemblea Costituente, in particolare nelle sedute del 5,8,26,27,28,29 marzo 1947 e 10, 14, 15 Aprile 1947
- AVELAR D., *WhatsApp Fake News during Brazil Election 'Favoured Bolsonaro'*, in *The Guardian*, 25 gennaio 2019
- AZZARITI G., *A proposito di democrazia e suoi limiti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2 del 2017
- AZZARITI G., *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari, 2005
- AZZARITI G., *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010, 114
- AZZARITI G., *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013
- AZZARITI G., *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2 del 2011
- AZZARITI G., *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. Pub.*, n. 2 del 2011
- BAKER P., POTTS A., 'Why do white people have thin lips?' *Google and the perpetuation of stereotypes via auto-complete search forms*, in *Critical Discourse Studies*, n. 10 del 2013
- BAKSHY E., MESSING S., ADAMIC L., *Exposure to ideologically diverse news and opinion*, in *Science*, CCCXLVIII, n. 6239 del 2015
- BALDASSARRE A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997
- BALDASSARRE A., *I diritti della persona nello Stato rappresentativo*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano, Vol. II. Sovranità e democrazia*, Roma-Bari, 2006
- BALDASSARRE A., *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971
- BALDASSARRE A., *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1974
- Baldwin-Philippi J., *Using Technology, Building Democracy. Digital Campaign and the Construction of Citizenship*, Oxford Study Press, Oxford, 2015
- BALKIN J.M., *Free speech is a triangle*, in *Columbia L. Rev.*, 118, n. 7 del 2018.
- BARABÁSI A. L., *Link. La scienza delle reti*, Torino, 2014
- BARAK A., *Constitutional Human Rights and Private Law*, in *Revue d'études constitutionnelles*, n. 3 del 1996

- BARBERA A., *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quad. Cost.*, n. 4 del 2008
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984
- BARILE P., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953
- BARILE P., *Libertà di manifestazione del pensiero (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974
- BARILE P., *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975
- BAROCAS S., SELBST A.D., *Big Data's Disparate Impact*, in *California L. Rev.*, 2016
- BARSTOW D., DON VAN NATTA JR, *Examining the Vote, how Bush took Florida: mining the overseas absentee vote*, in *The New York Times*, 15 luglio 2001
- BARTHEL M., SHEARER E., GOTTFRIED J., MITCHELL A., *The evolving role of news on twitter and facebook*, Pew Research center, Washington, 14 luglio 2015
- BARTOLE S., BIN R., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008
- BASSI F., *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969
- BASSI F., *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1965
- BASSINI M., *Mambo Italiano: The Perilous Italian Way to ISP Liability*, in *Fundamental Rights Protection Online*, 8 dicembre 2020
- BASSINI M., FERRARI F., *La disinformazione al tempo del covid-19: profili costituzionali e ruolo dell'Agcom*, in L. BARTOLUCCI, L. DI MAJO (a cura di), *La prassi delle Istituzioni in pandemia*, Napoli, 2022
- BASSINI M., *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Canterano, 2019
- BASSINI M., *Partiti, tecnologie e crisi della rappresentanza democratica. Brevi osservazioni introduttive*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, n. 3 del 2015
- BASSINI M., VIGEVANI G.E., *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *Medialaws, Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2017
- BENEDICENTI D., *La televisione e la campagna elettorale permanente*, in *Rivista Il Mulino*, n. 1 del 2006
- BENKLER Y., FARIS R., ROBERTS H., BOURASSA N., *Understanding Media and Information Quality in an Age of Artificial Intelligence, Automation, Algorithms and Machine Learning*, Berkman Klein Center, 12 luglio 2018
- BENKLER Y., *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedoms*, New Haven-Londra, 2006
- BENSINGER G., *Competing with Amazon on Amazon*, in *Wall Street Journal*, 27 giugno 2012
- BENTHAM J., *On the liberty of the Press and Public Discussion*, London, 2007

- BENTHAM J., *An Essay on Political Tactics*, in *The Works*, II, Edinburgh, 1843
- BENVENISTE E., *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, Torino, 1976
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952
- BENVENUTI M., *Democrazia e potere economico*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2018
- BERTI G., *Sovranità*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 2007
- BETTINELLI E., *Propaganda elettorale*, (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, 1997
- BETTONI M., *Profili giuridici della privatizzazione della censura*, in *Cib. Dir.*, n. 4 del 2011
- BETZU M., DEMURO G., *I big data e i rischi per la democrazia rappresentativa*, in *Medialaws, Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2020
- BETZU M., *Libertà di espressione e poteri privati nel cyberspazio*, in *Riv. Dir. Cost.*, n. 1 del 2020
- BETZU M., *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2 del 2021
- BETZU M., *Regolare Internet. La libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2012
- BETZU M., *I baroni del digitale*, Napoli, 2022
- BEVERE A., CERRI A., *Il diritto di informazione e i diritti della persona. Il conflitto della libertà di pensiero con l'onore, la riservatezza, l'identità personale*, Milano, 2006
- BIANCA C. M., *Le autorità private*, Napoli, 1977
- BIANCA C.M., *Diritto civile 1. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002
- BIANCA M., *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in *Medialaws, Rivista di diritto dei media*, n. 2 del 2019
- BIFULCO R., *Democrazia deliberativa* (voce), in *Enc. Dir.*, Milano, 2011
- BILANCIA F., *Sovranità*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2017
- BILANCIA P., *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, in *Federalismi.it*, n. speciale 1, 2017
- BILANCIA P., *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996
- BILANCIA (a cura di), *Costituzione economica, integrazione sovranazionale, effetti della globalizzazione*, in *Federalismi.it*, n. 5 del 2019
- BIN R., *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018
- BIN R., *L'algoritmo e l'autonomia privata*, in *Biolaw Journal, Rivista di Biodiritto*, n. 4 del 2021
- BIN R., *La concorrenza nel bilanciamento dei valori*, in M. AINIS, G. PIRRUZZELLA, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari 2019, Relazione al Convegno Roma, AGCM 10 maggio 2018

- BIONDI DAL MONTE F., *Esiste ancora la “par condicio”? Contenuto e limiti della legge n. 28/2000*, in *Osservatorio AIC*, n.1 del 2018
- BISCARETTI DI RUFFIA P., *Territorio dello Stato (voce)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1992
- BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007
- BOBBIO N., *Democrazia e segreto*, Torino, 2011
- BOBBIO N., *Eguaglianza e egualitarismo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1976
- BOBBIO N., *Il modello giusnaturalistico*, in N. BOBBIO, M. BOVERO (a cura di), *Società e Stato nella filosofia politica moderna. Modello giusnaturalistico e modello hegel-marxiano*, Milano, 1979
- BOBBIO N., *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica*, Torino, 1966
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, 1992
- BOBBIO N., *La democrazia e il potere invisibile*, in *Il futuro della democrazia*, Torino, 1980
- BOBBIO N., *Teoria generale della politica*, Torino, 1999
- BODEI R., *Limite*, Bologna, 2016
- BOGGERO G., *La satira come libertà ad “autonomia ridotta” nello Stato costituzionale dei doveri*, in *Nomos*, n. 5 del 2020
- BOGNETTI G., *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983
- BOGNETTI G., *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1995
- BOGNETTI G., *La Costituzione economica tra ordinamento nazione e ordinamento comunitario*, Atti dei Convegno AIC, *La Costituzione economica. Associazione Italiana Costituzionalisti, La Costituzione economica*, Padova, 1991
- BOGNETTI G., *La Costituzione economica*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, Modena, 2011
- BOGNETTI G., *Poteri (divisione dei)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1996
- BOND R., FARISS C., JONES J., KRAMER A., MARLOW C., SETTLE J., FOWLER J., *A 61 million person experiment in social influence and political mobilization*, in *Nature*, 489, 2012
- BONINI P., *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it*, n. 11 del 2020
- BOOT A., HOFFMANN P., LAEVEN L., RATNOVSKI L., *Intermediazione finanziaria e tecnologia: cosa c'è di vecchio, cosa c'è di nuovo?*, *Working Paper Series*, n. 2438, BCE, luglio 2020
- BORGESIOUS F.Z., *Discrimination, Artificial Intelligence and Algorithmic Decision-Making*, Consiglio d'Europa, 2018
- BORRELLO R., FROSINI A., *La disciplina delle trasmissioni radiotelevisi-*

- ve di rilievo politico in Italia. Premesse generali e di diritto comparato la disciplina dei periodi ordinari*, Santarcangelo di Romagna, 2019
- BORRELLO R., *Televisione e referendum: una nuova strada irta di incognite per modificare l'assetto del sistema radiotelevisivo italiano*, in *Giur. Cost.*, 1995
- BOVERO M., *Considerazioni inattuali sul «regno della libertà»*, in S. R. GHIBAUDI, F. BARCIA (a cura di), *Studi politici in onore di Luigi Firpo*, IV, Torino, 1990
- BOVERO M., *Il potere, i poteri*, in M. BOVERO, V. PAZÈ (a cura di), *Diritti e poteri*, Torino, 2013.
- BOVERO M., *La confusione dei poteri, oggi*, in *Teoria politica*, XIV, n. 3 del 1998
- BOWMAN S., C. WILLIS, *We media. How audiences are shaping the future of news and information*, Report for the Media Center at the American Press Institute, Standford, 2003
- BOYD D., CRAWFORD K., *Critical questions for big data: Provocations for a cultural, technological, and scholarly phenomenon*, in *Information, Communication & Society*, n. 15 del 2012
- BOYLE J., *Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors*, in *University of Cincinnati L. Rev.*, 66, 1997
- BOZDAG E., *Bursting the Filter Bubble: Democracy, Design, and Ethics*, Zutphen, 2015
- BRAVO F., *Lo «scambio di dati personali» nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. Impr.*, 2019
- BRIGANTI F., *Netiquette: aspetti sociologici. La convivenza nel cyberspazio tra regole e libertà di espressione*, in *Diritto dell'economia e dei mezzi di comunicazione*, 2003.
- BURKE E. *Letter to the Sheriffs of Bristol*, New York, 1975
- BURNSTEIN M. R., *Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1996
- BUSH D., ZAHEER A., *Bing's Top Search Results Contain an Alarming Amount of Disinformation*, Stanford Internet Observatory, Cyber Policy Center, 17 dicembre 2019
- BUSIA G., *Riservatezza (diritto alla)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 2000
- BUZZELL R. D., *Is Vertical Integration Profitable?*, in *Harvard Business Rev.*, 1983.
- BYUN-CHUL H., *Psicopolitica. Il neoliberismo e le nuove tecniche del potere*, Nottetempo, 2016
- C. GALLI, *Sovranità*, Bologna, 2018
- C. KUNER, D. J. B. SVANTESSON, F. H. CATE, O. LYNKEY, C. MILLARD, *Machine learning with personal data: is data protection law smart enough to meet the challenge?*, in *International Data Privacy L.* n. 1 del 2017

- CACCIOTTO M., *All'ombra del potere: strategie per il consenso e consulenti politici*, Firenze, 2014
- CADWALLADR C., GRAHAM-HARRISON E., *Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach*, in *The Guardian*, 17 Marzo 2018
- CADWALLADR C., *I Made Steve Bannon's Psychological Warfare Tool: Meet the Data War Whistleblower*, in *The Guardian*, 18 Marzo 2018
- CADWALLER C., *Facebook's Role in Brexit - and the threat to democracy*, in *Ted2019*, 17 Aprile 2019
- CALISE M., MUSELLA F., *Il principe digitale*, Roma-Bari, 2019
- CANEPA A., *I mercanti dell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Torino, 2020
- CANETTI E., *Massa e potere*, Milano, 1981
- CANFORA L., *La storia falsa*, Milano, 2008
- CANNISTRARO P. V., *La fabbrica del consenso. Fascismo e mass media*, Roma-Bari, 1975
- CANTARO A., *Costituzione e ordine economico*, Acireale, 1994
- CARDON D., *Che cosa sognano gli algoritmi. Le nostre vite al tempo dei big data*, Milano, 2016
- CARETTI P., CARDONE A., *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza tecnologica*, Bologna, 2019
- CARETTI P., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2013
- CARETTI P., *La legge n. 112 del 2004 e le esigenze del pluralismo informativo*, in *Nuove auton.*, n. 6 del 2005
- CARETTI P., *Pluralismo informativo e diritto comunitario*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007
- CARETTI P., *Radiotelevisione*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1997
- CARLASSARE L. (a cura di), *Il pluralismo radiotelevisivo tra pubblico e privato*, Padova, 2007
- CARR N., *La gabbia di vetro. Prigionieri dell'automazione*, Milano 2015
- CARRER S., *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Lomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, in *Giur. Pen.*, n. 4 del 2019
- CARUSO C., *Il caso Petroni davanti alla Corte, ovvero della metamorfosi dell'atto politico*, in *Forum Quad. Cost.*, 2009
- CASETTI L., *Articolo 41*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, Bologna, 2018
- CASONATO C., *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Riv. Dir. Pubbl. Comp.*, Speciale/2019
- CASSESE S., *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2021
- CAUDURO A., *La partecipazione amministrativa come trasparente "associazione" o "dissociazione" dalle scelte della pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, n. 1 del 2022

- CAVANILLAS J.M., CURRY E., WAHLSTER W., *New Horizons for a Data-Driven Economy*, Berlin, 2016
- CELOTTO A., *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento tra scienza, etica e diritto*, in *An. Giur. Econom.*, n. 1 del 2019
- CERRI A., *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. Giur. It.*, Milano, 1995
- CERRI A., *Telematica (ad vocem)*, *Enc. Giur. It.*, Milano, Aggiornamento VII, 1999
- CERRINA FERONI G., *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche*, 16 febbraio 2021
- CERRINA FERONI G., *Libertà di espressione, Garante privacy: "Troppo potere alle big tech, ecco come intervenire"*, in *Agenda digitale*, 11 maggio 2021
- CHAFFEE S.H., *The diffusion of political information*, in CHAFFEE S.H. (a cura di), *Political communication: issues and strategies for research*, Beverly Hills, 1975
- CHELI E., *Libertà di informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)
- CHELI E., *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1960
- CHIOLA C., *L'informazione nella Costituzione*, Padova, 1973
- CHITI M. P., *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977
- CHRISTIAN B., GRIFFITHS T., *Algorithms to live by: The computer science of human decisions*, New York, 2016
- CIANCIO A. (a cura di), *Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione*, Torino, 2012
- CIARLO P., *Contro l'idea di costituzione spontanea*, in *Quad. Cost.*, n. 1 del 2002
- CIARLO P., *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, n. 2 del 2018
- CLARKE R., *The Digital Persona and Its Application to Data Surveillance*, in *The Information Society*, 10, n. 2 del 1994
- CLARKE R., *The Digital Persona and Its Application to Data Surveillance*, Canberra, 1993
- COASE R.H., *Impresa, mercato e diritto*, Bologna 1995
- COCOZZA F., *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia. I "diritti di cittadinanza" tra libertà economiche ed integrazione sociale*, Torino, 2001
- COHEN M., SUNDARARAJAN A., *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, in *University of Chicago L. Rev.*, n. 82 del 2015-2016

- COIANTE A., *Le “potenzialità concorrenziali nascoste” dell’art. 41 della Costituzione: dal riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata all’affermazione del principio della libera concorrenza*, in *Federalismi.it*, 2020
- COLANGELO G., *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 3 del 2016.
- COLANGELO G., *Le public utilities tra regolazione e concorrenza - Là dove porta la dottrina dell’essential facility*, in *Enti pubblici*, 2001
- COLAPIETRO C., *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello. Il regolamento UE 2016/679 parametro di legittimità della complessiva normativa italiana sulla privacy*, Napoli, 2018
- COLAPIETRO C., *Trasparenza e democrazia: conoscenza e/è potere*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di) *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, 2014
- Commission Staff Working Document, *A digital single market for Europe: analysis and evidence*, SWD(2015) 100 final
- CONGER K., ISAACH M., *Twitter Permanently Suspends Trump*, in *The New York Times*, 9 gennaio 2021
- CONTALDI G., *Il DMA (Digital Markets Act) tra tutela della concorrenza e protezione dei dati personali*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021
- CONTARELLO A., MAZZARA B.M., *Le dimensioni sociali dei processi psicologici. Individui contesti appartenenze*, Roma-Bari, 2000
- CONTE L., *Questioni costituzionali in tema di opinione pubblica*, in *Federalismi.it*, 24 aprile 2020
- CONTI G.L., *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c’è ancora da ballare per strada?*, in *Rivista AIC*, n. 4 del 2018
- CONVERSE J.M., *Survey research in the United States: roots and emergence, 1890-1960*, Berkeley, 1987
- COOLEY C.H., *L’organizzazione sociale*, Milano, 1977
- CORASANITI G., *Informazione, comunicazione e regole antitrust*, in *Dir. Inf.*, 1988.
- CORSO G., *Potere politico e segreto*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008
- COSIMI S., *Facebook e rischio censura: dietro al “blocco” c’è un esercito di moderatori*, in *La Repubblica*, 20 luglio 2016
- COSTA P., *Motori di ricerca e social media: i nuovi filtri nell’ecosistema dell’informazione online e il potere occulto degli algoritmi*, in G. AVANZINI, G. MATUCCI (a cura di), *L’informazione e le sue regole. Libertà, pluralismo e trasparenza*, Napoli, 2016
- COSTAMAGNA F., *Diritti fondamentali e rapporti tra privati nel diritto dell’Unione europea*, Torino, 2022

- COSTANZO P., «Diritto all'informazione» e «Diritto d'informazione» nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva, in P. BARILE, R. ZACCARIA (a cura di), *Rapporto '93 sui problemi giuridici della radiotelevisione in Italia*, Torino, 1994
- COSTANZO P., *Informazione nel diritto Costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993
- COSTANZO P., *La governance di Internet in Italia*, in O. POLLICINO, E. BERTOLINI, V. LUBELLO (a cura di), *Internet: regola e tutela dei diritti fondamentali*, Roma, 2013
- COVINGTON P., ADAMS J., SARGIN E., *Deep neural networks for YouTube recommendations. Proceedings of the 10th ACM Conference on Recommender Systems—RecSys '16*, Settembre 2016
- CREEMERS R., *China's Emerging Data Protection Framework*, 16 Novembre 2021
- CREEMERS R., *The Privilege of Speech and New Media: Conceptualizing China's Communications Law in the Internet Era*, in DELISLE J., GOLDSTEIN A., YANG G., *The Internet, Social Media and a Changing China*, Philadelphia, 2014
- CREEMERS R., WEBSTER G., *Translation: Personal Information Protection Law of the People's Republic of China - Effective Nov. 1, 2021*, Digichina, Stanford, 2021
- CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.A., SCHWEITZER H., *Commissione europea, Competition Policy for the Digital Era*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019
- CRESWELL J., *How Amazon Steers Shoppers to Its Own Products*, in *New York Times*, 23 giugno 2018
- CRISAFULLI V., *Diritti, libertà e poteri dell'imprenditore*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, 1954
- CRISAFULLI V., *Intervento*, in *Atti del convegno sulla Tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*, Torino, 20-21 Novembre 1954, Milano, 1955
- CRISAFULLI V., *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, 1939
- CRISAFULLI V., *Problematica della libertà di informazione*, in *Il Politico*, 1962
- CRISTANTE S., (a cura di), *L'onda anonima. Scritti sull'opinione pubblica di Tocqueville, Lippmann, Toennies, Allport, Lazarsfeld, Habermas, Lubmann, Bourdieu, Noelle-Neumann, Landowski*, Milano, 2004
- CUKIER K., *Data, Data everywhere*, in *The Economist*, 25 Febbraio 2010
- CUNIBERTI M., *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2017
- CUNIBERTI M., *Potere e libertà nella rete*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 3 del 2018

- CUNIBERTI M., *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2 del 2015
- CUONO M., *Libros, espadas, monedas. Ideología trifuncional y simonía neoliberal*, in MARÍA DE GUADALUPE SALMORÁN VILLAR (a cura di), *Poder, democracia y derechos. Una discusión con Michelangelo Bovero*, Messico, 2019
- D'ADDIO M., *Contrattualismo*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1962
- D'ALOIA A., *Il diritto verso «il mondo nuovo». Le sfide dell'Intelligenza artificiale*, in *BiolaW Journal. Rivista di BioDiritto*, n. 1 del 2019
- D'ANDREA D., *Oltre la sovranità. Lo spazio politico europeo tra post modernità e nuovo medioevo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXI, 2002
- D'ANDREA L., *Democrazia e potere economico: la "forma" del primato costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2018
- D'IPPOLITO G., *Comunicazione politica online: dal messaggio politico commercializzato alle sponsorizzazioni sui social network*, in *Media-laws, Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2020
- DAHL R.A., *Introduzione alla scienza politica*, Bologna, 1967
- DATTA A., TSCHANTZ M. C., *Automated experiments on ad privacy settings*, in *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, 2015
- DAVIES H., *Ted Cruz using firm that harvest data on millions of unwitting facebook users*, in *The Guardian*, 11 Dicembre 2015
- DE CESARE I., *Concorrenza e utilità sociale*, in *Federalismi.it*, 1 aprile 2020
- DE GIACOMO C., *Diritto, libertà e privacy nel mondo della comunicazione globale*, Milano, 1999
- DE MARCO E., *Valore attuale del principio della divisione dei poteri*, in A. PACE (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999
- DE MARTINO F.R., *L'attualità del principio pluralista come problema*, in *Rivista AIC*, n. 2 del 2019
- DE MEO R., *La profilazione dei dati personali: il problema e gli orientamenti del Garante della Privacy*, in *Giustizia civile.com*, 16 marzo 2015
- DE MINICO G., *Accesso a Internet tra mercato e diritti sociali nell'ordinamento europeo e nazionale*, in G. DE MINICO (A CURA DI), *Libertà in rete, libertà dalla rete*, Torino, 2020
- DE MINICO G., *Libertà in rete. Libertà dalla rete*, Torino, 2020
- DE MINICO G., *Per una tecnologia amica della Costituzione*, in G. DE MINICO (a cura di), *Libertà in rete, libertà dalla rete*, Torino, 2020
- DE MINICO G., *Silenzi elettorale e Costituzione*, in *Dir. Soc.*, n. 2 del 2010
- DE MINICO G., *Uguaglianza e accesso a Internet*, in *forumcostituzionale.it*, 6 marzo 2013

- DE ROSA R., *Digital persona, big data e sfera pubblica. Quali sfide per la democrazia che verrà*, in *Laboratorio dell'ISPF - Istituto per la Storia del pensiero filosofico e scientifico moderno -*, 2019
- DE ROSA R., *L'uso dei big data nella comunicazione politico-elettorale. La previsione di voto nelle presidenziali francesi 2017*, in *Comunicazione politica*, n. 2 del 2018
- DE SENA P., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e legge Gasparri: alcune riflessioni su pluralismo e televisione digitale*, in *Forumcostituzionale.it*, 2005
- DE SIERVO U., *Stampa*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1990
- DE TOCQUEVILLE A., *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, Milano, 2015
- DE VERGOTTINI G., *La Costituzione economica italiana: passato e attualità*, in *Dir. Soc.*, n. 3-4 del 2010
- DELLA MORTE G., *Big data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti*, Napoli, 2018
- DENOZZA F., *Intellectual Property and Refusal to Deal: 'Ad Hoc' versus 'Categorical'*, in G. AGGIANO, G. MUSCOLO, M. TAVASSI (a cura di), *Competition Law and Intellectual Property: A European Perspective*, Netherlands, 2012
- DESAI D. R., *Exploration and Exploitation: An Essay on (Machine) Learning, Algorithms, and Information Provision*, in *Loyola University Chicago L. Journal*, n. 2 del 2015
- DESSARD N., *EU Competition Policy in the Big Data Industry. Merger Review and Application of the essential Facility Doctrine*, Beau Bas-sin, 2018
- DI GIOVINE A., *Democrazia elettronica. Alcune riflessioni*, in *Dir. Soc.*, 1995, ora in A. DI GIOVINE, *Democrazia diretta e sistema politico*, Padova, 2001
- DI GIOVINE A., *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988
- DI GIOVINE A., *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988
- DI GREGORIO L., *Demopatia, Sintomi, diagnosi e terapie del malessere democratico*, Soveria Mannelli, 2019
- DI MARTINO A., *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, 2010
- DI SABATO D., *Il ruolo delle piattaforme digitali nello svolgimento delle attività economiche in rete*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino - Studi -*, n. 9 del 2020
- DI SALVO F., *Leaks. Whistleblowing e hacking nell'età senza segreti*, Roma, 2019
- DIAKOPOULOS N., *Algorithmic accountability*, in *Digital Journalism*, 2014

- DIAMANTI I., LAZAR M., *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, Roma-Bari, 2018
- DICKMANN R., *L'articolo 3 del Trattato sull'Unione e la Politica economica europea*, in *Federalismi.it*, 2013
- DICKMANN R., MALINCONICO G., *La posizione costituzionale della Commissione di vigilanza RAI nel quadro delle competenze normative in materia di servizio pubblico radiotelevisivo*, in *Federalismi.it*, 25 marzo 2009
- DILLING O., HERBERG M., WINTER G., *Responsible Business. Self-Governance and Law*, in *Transnational Economic Transactions*, 2008
- DIZIKES P., *Study: On Twitter, false news travels faster than true stories. Research project finds humans, not bots, are primarily responsible for spread of misleading information*, in *Mit News*, 8 marzo 2018
- DOGLIANI M., *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3 del 2009
- DOGLIANI M., *Indirizzo politico*, Napoli, 1985
- DOGLIANI M., *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994
- DOMINGOS P., *L'algoritmo definitivo. La macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, Milano, 2016
- DONATI F., *Il pluralismo informativo nello scenario della convergenza*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza*, Torino, 2003
- DONATI F., *Pluralismo e concorrenza nel sistema dell'informazione (considerazioni a margine del caso Seat Telemontecarlo)*, in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 2001
- DONATI F., *Protezione dei dati di carattere personale*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001
- DONATI G., *Fake news e libertà di informazione in Medialaws, Rivista di diritto dei media*, n. 2 del 2018
- DONATO B., *La responsabilità dell'operatore di sistemi telematici*, in *Dir. Inf.*, 1996
- DORMEHL L., *Thinking machines. The inside story of Artificial Intelligence and our race to build the future*, London, 2016
- DUBINI P., *Voltare pagina: economia e gestione strategica nel settore dell'editoria libraria*, Milano, 1997
- DUHIGG C., *How Companies Learn Your Secrets*, in *The New York Times Magazine*, 16 Febbraio 2012
- DUMÉZIL G., *Jupiter, Mars, Quirinus*, Torino, 1955
- DUMEZIL G., *L'idéologie des trois fonctions dans les épopées des peuples indo-européens*, Parigi, 1968

- DURKHEIM E., *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 2016
- DURKHEIM E., *Le regole del metodo sociologico. Sociologia e filosofia*, Torino, 2008
- DWOSKIN E., *Facebook's Willing to Copy Rivals' Apps Seen as Hurting Innovation*, in *Washington Post*, 10 agosto 2017
- Editorial Board, *Does 'don't be evil' still apply, Google?* in *Washington Post*, 5 dicembre 2018
- EINAUDI L., *Economia di concorrenza e capitalismo storico. La terza via fra i secoli XVIII e XIX*, in F. FORTE e F. FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2010
- ENGEL LANG G., LANG K., *The battle for public opinion. The President, the press and the polls during Watergate*, New York, 1983
- EPSTEIN R., ROBERTSON R. E., *The search engine manipulation effect (SEME) and its possible impact on the outcomes of elections*, in *Pnas online (Proceedings of the National Academy of Sciences)*, n. 4 del 2015
- ESPINOZA J., *Google apologises to Thierry Breton over plan to target EU commissioner*, in *The Financial Times*, 13 novembre 2020
- ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958
- FAILLA M., *Safeguarding European Democracy in the Age of Surveillance Capitalism: A Call for the Approval of a 'Charter of Digital Fundamental Rights' and the Recognition of Data as Commons*, in *MediaLaws, Rivista di diritto dei media*, 21 dicembre 2020
- FAINI F., *Il diritto nella tecnica: tecnologie emergenti e nuove forme di regolazione*, in *Federalismi.it*, 2020
- FANTI V., *La trasparenza amministrativa tra principi costituzionali e valori dell'ordinamento europeo: a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 20 del 2019
- FARNETI P., *Sistema politico e società civile*, Torino, 1971
- FASAN M., *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in *BiolaW Journal. Rivista di Biodiritto*, n. 1 del 2019
- FASANO G., *Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione: tra esigenze di semplificazione e trasparenza algoritmica*, in *MediaLaws, Rivista di diritto dei media*, n. 3 del 2019, del 20 Novembre 2019
- FASSASSI I., *Les effets des réseaux sociaux dans les campagnes électorales américaines*, in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Ottobre 2017
- FERRAJOLI L., *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Roma-Bari, 2021

- FERRAJOLI L., *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Milano, 1995
- FERRAJOLI L., *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, 2011
- FERRAJOLI L., *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007
- FERRARA G., *Il lavoro come fondamento della Repubblica e come connotazione della democrazia italiana*, in G. CASADIO (a cura di), *I diritti sociali e del lavoro nella Costituzione italiana*, Roma, 2006
- FERRARESE M.R., *Il diritto al presente*, Bologna, 2002
- FERRARESE M.R., *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012
- FERRARESE M.R., *Privatizzazioni, poteri invisibili e infrastrutture giuridiche globali*, in *Dir. Pubbl.*, n. 3 del 2021
- FERRARESE M.R., *Poteri Nuovi*, Bologna, 2022
- FERRARI G. F., *Libertà. Profili comparatistici*, Torino, 2011
- FERRETTI G. C., *Storia dell'editoria letteraria in Italia (1945-2003)*, Torino, 2004
- FERRI L., *Nozione giuridica di autonomia privata*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1947
- FEYEN E., FROST J., GAMBACORTA L., NATARAJAN H., SAAL M., *Fintech e trasformazione digitale dei servizi finanziari: implicazioni per la struttura del mercato e le politiche pubbliche*, in *BIS Papers*, n. 117 del 2021
- FILISTRUCCHI L., GERADIN D., VAN DAMME E., AFFELD P., *Market Definition in Two Sided Markets: Theory and Practice*, in *Journal of Competition Law & Economics*, n. 2 del 2014
- FILISTRUCCHI L., *SSNIP Test for Two-Sided Markets - The Case of Media*, in *NET Institute Working Paper*, n. 8 del 2008
- FINOCCHIARO G., *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in *Contr. Impr.*, 2001
- FINOCCHIARO G., *Riflessioni su diritto e tecnica*, in *Dir. Inf.*, 2012
- FLORIDI L., *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017
- FOER F., *Facebook's war on free will. How technology is making our minds redundant*, in *The Guardian*, 19 settembre 2017
- FOER F., *World Without Mind: The Existential Threat of Big Tech*, New York, 2017
- FOIS S., *Informazione e diritti costituzionali*, in *Dir. Inf.*, 2000
- FOIS S., *Libertà di diffusione del pensiero e monopolio radiotelevisivo*, in *Giur. Cost.*, 1960
- FOIS S., *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957
- FOIS S., *Profili costituzionali e disciplina radiotelevisiva*, in *Giur. Cost.*, 1989

- FONSI A., *Commercio dei dati e tutela del consumatore: il Consiglio di Stato rigetta il ricorso di Facebook su una sanzione dell'AGCM*, in *Medialaws*, in *Medialaws, Rivista di diritto dei media*, 20 aprile 2021
- FORD H., *Mass Production*, in *Enciclopedia Britannica*, New York, 1926
- FORGIONE I., *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti* - T.A.R. Lazio Sez. III bis, 14 febbraio 2017, n. 3769, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018
- FOROOHAR R., *Release Big Tech's grip on power*, in *Financial Times*, 18 giugno 2017
- FORTUNATO S., FLAMMINI A., MENCZER F., VESPIGNANI A., *Topical interests and the mitigation of search engine bias*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Vol. 103 del 2006
- FOUCAULT M., *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Milano, 2005
- FRANTZIOU E., *The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality*, in *European Law Journal*, 2015
- FRESCHI A. C., *Falsità, manipolazione, intimidazione: le minacce digitali al pluralismo e alla democrazia*, in *Rivista il Mulino*, n. 4 del 2019
- FRICANO A., *Per una nuova disciplina del silenzio elettorale: brevi considerazioni costituzionali*, in *Federalismi.it*, n. 29 del 2021
- FRIEDMAN B., NISSENBAUM H., *Bias in Computer Systems*, in *14 ACM Transactions on Information Systems*, 1996
- FRIEDMAN D., BARAK-EREZ D., *Human Rights*, in *Private Law*, Oxford, 2001
- FROOMKIN M., *The Death of Privacy*, in *Stanford Law Review*, n. 52 del 2000
- FROSINI T.E., *Apocalittici o integrati. La dimensione costituzionale della società digitale*, Gela, 2021.
- FROSINI T.E., *Costituzionalismo 2.0*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 4 del 2016
- FROSINI T.E., *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, *ConsultaOnline*, 25 maggio 2020
- FROSINI T.E., *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Rivista AIC*, n. 1 del 2011
- FROSINI T.E., *Internet come ordinamento giuridico*, in M. NISTICÒ, P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2014
- FROSINI T.E., *No news is fake news*, in *Dir. Pub. Comp. Eur.*, n. 4 del 2017
- GADDE V., *Editorial, Twitter Executive: Here's How We're Trying to Stop Abuse While Preserving Free Speech*, in *Washington Post*, 16 aprile 2015
- GALEOTTI M., *Discriminazioni e algoritmi. Incontri e scontri tra diverse idee di fairness*, in *The Lab's Quarterly*, n. 4 del 2018

- GALGANO F., *Art. 41*, in *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, II, G. BRANCA, Bologna-Roma, 1982
- GALLO D., *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018
- GAMBARO M., SILVA F., *Economia della televisione*, Bologna, 1992
- GAMBINO A.M., *L'accordo telematico*, Milano, 1997
- GAO L., ZHANG A., WOO R., *China outlines vision for four mega data centre clusters*, in *Reuters*, 31 dicembre 2021
- GARAPON A., LASSÈGUE J., *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021
- GARDBAUM S., *The Horizontal Effect of Constitutional Rights*, in *Michigan L. Rev.*, 102, n. 3 del 2003
- GARREAU J., *Radical Evolution*, Milano, 2007
- GERBAUDO P., *The Digital Party. Political Organization and Online Democracy*, London, 2018
- GEROSA A., *La tutela della libertà di manifestazione del pensiero nella rete tra Independent Oversight Board e ruolo dei pubblici poteri. Commenti a margine della decisione n. 2021-001-FB-FBR*, in *Forum Quad. Cost.*, n. 2 del 2021
- GHIDINI G., *Monopolio e concorrenza (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976
- GIABARDO C.V., *Private Justice: The Privatisation of Dispute Resolution and the Crisis of Law*, in *Wolverhampton Law Journal*, n. 4 del 2020
- GIACOMINI G., *Habermas 2.0. Un approccio filosofico alla neointermediazione e al ritorno (potenziato) dell'agire strategico*, in *Ragion pratica*, n. 1 del 2020
- GIACOMINI G., *Potere digitale. Come Internet sta cambiando la sfera pubblica e la democrazia*, Milano, 2018
- GIACOMINI G., *Verso la neointermediazione. Il potere delle grandi piattaforme digitali e la sfera pubblica*, in *Iride*, n. 3 del 2018, p. 457-468
- GIAMPIERETTI M., *Art. 41*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008
- GIAMPIERETTI M., *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, in *Dir. Soc.*, 2004
- GIANNACCARI A., *Il caso Trinko*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 1 del 2004
- GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977
- GIANNITI L., *Note sul dibattito alla Costituente sulla "costituzione economica"*, in *Dir. Pubbl.*, n. 3 del 2000
- GIANNONE CODIGLIONE G., *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la «consumerrizzazione» della privacy*, in *Dir. Inf.*, 2017
- GIANNONE CODIGLIONE G., *Libertà di impresa, concorrenza e neutralità della rete*, in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La prote-*

- zione transnazionale dei dati personali dai “safe harbour principles” al “privacy shield”, Roma, 2016
- GILLESPIE T., *Custodians of the Internet. Platforms, and the Hidden Decisions that Shape Social Media*, New Haven-London, 2018
- GILLESPIE T., *The Politics of Platforms*, in *New Media & Society*, n. 12 del 2010
- GILLESPIE T., *The Relevance of Algorithms*, Cambridge, 2013
- GIORGIS A., *La costituzionalizzazione dei diritti all’eguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999
- GLENN H.P., *The Cosmopolitan State*, Oxford, 2013
- GOEL V., *In India, Facebook’s WhatsApp Plays Central Role in Elections*, in *The New York Times*, 14 maggio 2018
- GOLDBERG L.R., *Language and individual differences: The search for universals in personality exicons*, in WHEELER L. (a cura di), *Review of Personality and social psychology*, II, Beverly Hills, 1981
- GOLDFARB B., KIRSH D., DAVID A. MILLER, *Was There Too Little Entry During the Dot Com Era?*, in *Journal of Financial Economics*, 86, n. 1 del 2007
- GOLEBIEWSKI M., BOYD D., *Data voids: Where missing data can easily be exploited. Technical report*, in *Data & Society*, 2019
- GOLIA A. J., *Costituzionalismo sociale (teorie del)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Milano, 2017
- GOMETZ G., *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Pisa, 2017
- GOMETZ G., *Populismo digitale e democrazia eterodiretta: il pericolo sta nel mezzo*, in *Ragion pratica*, n. 1 del 2019
- GORZ A., *L’immateriale. Conoscenza, valore e capitale*, Torino, 2003
- GRAMSCI A., *Quaderni del carcere*, Edizione critica dell’Istituto Gramsci, Torino, 2014
- GRANDINETTI O., *I referendum: le sentenze della Corte costituzionale. Le televisioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5 del 1995
- GRANDINETTI O., *La par condicio al tempo dei social, tra problemi “vecchi” e “nuovi” ma, per ora, tutti attuali*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 3 del 2019
- GRIMMELMANN J., *Speech Engines*, in *Minnesota L. Rev.*, n. 3 del 2014
- GROSSI G., *L’opinione pubblica*, Roma-Bari, 2004
- GROSSO E., *Art. 48*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006
- GROSSO E., *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nel pensiero di Norberto Bobbio*, in *Rivista AIC*, n. 4 del 2015
- GROSSO E., *Cittadinanza e territorio. Lo ius soli nel diritto comparato*, Napoli, 2015
- GUARINO G., *Pubblico e privato nell’economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, Atti del Convegno AIC, La

- Costituzione economica. Associazione Italiana Costituzionalisti, La Costituzione economica*, Padova, 1991
- HÄBERLE P., *Costituzione e identità culturale*, Milano, 2006
- HÄBERLE P., *Diritto e verità*, Torino, 2000
- HABERMAS J., *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, 2002
- HABERMAS J., *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, 1986
- HAN B.C., *Nello sciame. Visioni del digitale*, Milano, 2015
- HAYNES A. W., *Online Privacy Policies: Contracting away Control over Personal Information*, in *Pennsylvania State L. Rev.*, 111, n. 3 del 2007
- HERSKOVITZ M. L., *Note, The Repeal of the Financial Interest and Syndication Rules: The Demise of Program Diversity and Television Network Competition?*, in *Cardozo Arts & Ent. Law Journal*, 177, n. 43 del 1997
- HILBERT M., *Big Data for Development: A Review of Promises and Challenges*, in *Development Policy Rev.*, 2016
- HOBBS T., *Il Leviatano*, Firenze, 1976
- HOLLEY P., *Kill Them. Kill Them All: GOP Congressman Calls for War Against Radical Islamists*, in *The Washington Post*, 5 giugno 2017
- HOOKE PEARSON G.D., KNOBLOCH-WESTERWICK S., *Is the Confirmation Bias Bubble Larger Online? Pre-Election Confirmation Bias in Selective Exposure to Online versus Print Political Information*, in *Mass Communication and Society*, n. 4 del 2019
- HUME D., *Saggi e trattati, morali letterari politici e economici*, Torino, 1974
- HUNTER D., *Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons*, in *California L. Rev.*, n. 91 del 2003
- INGRAM M., *Twitter Tries to Find a Balance between Promoting Free Speech and Curbing Abuse*, in *Fortune*, 20 luglio 2016
- IRTI N., *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007
- IRTI N., *Introduzione*, in AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998
- IRTI N., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002
- IRTI N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001
- IRTI N., SEVERINO E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001
- ISAAC M., *Facebook Wrestles With the Features It Used to Define Social Networking*, in *The New York Times*, 29 ottobre 2021
- ITALIANO G. F., *Intelligenza Artificiale: passato, presente, futuro*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018
- JEFFREY L., *Tempo e democrazia on line. Riflessioni sul processo politico nell'era dei network globali*, in D. DE KERCKHOVE (a cura di), *La conquista del tempo*, Roma, 2003

- JELLINEK G., *La dottrina generale dello Stato*, Milano, 1921
- JELLINEK G., *Sistemi dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, 1912
- JENIK C., *A Minute on the Internet in 2021*, in *Statista*, 2021
- JEONG S., *The History of Twitter's Rules*, in *Motherboard.vive.com*, 14 gennaio 2016
- JONAS H., *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino 2009
- KAISER J., RAUCHFLEISCH A., *Unite the right? How YouTube's recommendation algorithm connects the U.S. far-right*, in *Medium*, 11 Aprile 2018
- KAMARINO D., MILLARD C., SINGH J., *Machine Learning with Personal Data*, in *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper*, n. 247 del 2016
- KANT I., *Principi metafisici della dottrina del diritto*, in N. BOBBIO, L. FIRPO, V. MATHIEU (a cura di), *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, 1956
- KANT I., *Risposta alla domanda: che cosa è l'illuminismo*, in N. BOBBIO, L. FIRPO, V. MATHIEU (a cura di), *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, 1956
- KAPLAN A., LASWELL H., *Potere e società. Uno schema concettuale per la ricerca politica*, Bologna, 1997
- KATZ M. L., SHAPIRO C., *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, in *American Economic Rev.*, n. 75 del 1985
- KELLER M., *The Apple 'kill list': What your iPhone doesn't want you to type*, in *Daily Beast*, 11 luglio 2013
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1966
- KENNEDY G., *Adam Smith and the Invisible Hand, From Metaphor to Myth*, in *Econ. J. Watch*, 2009
- KENNEY M., ZYSMAN J., *The Rise of the Platform Economy*, in *Issues in Science and Technology*, 32, n. 3 del 2016
- KHAN L., *Sources of tech platform power*, in *Georgetown L. Tech Rev.*, n. 2 del 2018
- KHAN L., *The separation of platforms and commerce*, in *Columbia L. Rev.*, 119, n. 4 del 2019
- KHANNA P., *La rinascita della città-Stato*, Fazi, 2017
- KILHOFFER Z., LENAERTS K., BEBLAVÝ M., *The Platform Economy and Industrial Relations: Applying the Old Framework to the New Reality*, *CEPS Research Report*, n. 12 del 2017
- KILLINGSWORTH S., *Minding Your own Business: Privacy Policies in Principle and in Practice*, in *J. of Intellectual Property Law & Practice*, 7, n. 1 del 1999
- KITCHIN R., *The Data Revolution: Big Data, Open Data, Data Infrastructures and Their Consequences*, London, 2014

- KLONICK K., *The Facebook Oversight Board: Creating and Independent Institution to Adjudicate Online Copyright*, in 129 *Yale L. J.*, 2019-2020
- KLONICK K., *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harvard L. Rev.*, n. 131 del 2018
- KOVACIC W. E., *The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix*, in *Columbia Bus. L. Rev.*, n. 1 del 2007
- KRAMER A. D. I., GUILLORY J. E., J. T. HANCOCK, *Experimental evidence of massive-scale emotional contagion through social networks*, in *PNAS (Proceeding on the National Academy of Science of The United States of America)*, n. 24 del 2014
- KRATTENMAKER T. G., SALOP S. C., *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price*, in *Yale L. J.*, 209 del 1986
- KREITNER R., *Speculations of Contract, or How Contract Law Stopped Worrying and Learned to Love Risk*, in *Columbia L. Rev.*, 2000
- KRUGER J., DUNNING D., *Unskilled and unaware of it: how difficulties in recognizing one's own incompetence lead to inflated self-assessments*, in *J. of Personality and Social Psychology*, n. 6 del 1999
- KUMM M., *Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, in *German L. J.*, n. 7 del 2006
- LAIDLAW E. B., *Regulating Speech in Cyberspace*, Cambridge, 2015
- LAMBERTI A., *Libertà di informazione televisiva e diritti fondamentali*, Milano, 2009
- LAMBRECHT A., TUCKER C., *Algorithmic bias? An empirical study of apparent gender-based discrimination in the display of STEM career ads*, in *Management Science*, n. 65 del 2019
- LANCHESTER F., *Propaganda elettorale*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988
- LANCHESTER F., *Voto (diritto di)*, (voce), in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993
- LAND M.K., *The Problem of Platform Law: Pluralistic Legal Ordering on Social Media*, in *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, 2020
- LANEVE G., *Pluralismo e Limite (al potere e per l'altro): declinazioni della Costituzione come modo di guardare al mondo*, in *Consulta online*, 24 settembre 2019
- LATTANZI R., *La tutela dei dati personali dopo la ratifica della convenzione europea sulle banche-dati*, in *Dir. Inf.*, 1990
- LAURO A., *Siamo tutti giornalisti? Appunti sulla libertà di informazione nell'era social*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, 12 luglio 2021

- LAVAGNA C., *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956
- LAVAGNA C., *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977
- LAWRENCE S., *Searching the World Wide Web*, in *Science*, n. 280 del 1998
- LAZARSFELD P.F., BERELSON B., GAUDET H., *The People's Choice - How the voter makes up his mind in a presidential campaign*, New York, 1948
- LECZYKIEWICZ D., *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, in *European L. Rev.*, n. 38 del 2013
- LEE P., *Corporate Vice President, Microsoft Healthcare, Learning from Tay's introduction*, Official Microsoft Blog, 25 marzo 2016
- LEHNER E., *Fake news e democrazia*, in *Medialaws, Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2019
- LEMLEY M., *Shrinkwraps in Cyberspace*, in *Jurimetrics J.*, 35, n. 3 del 1995
- LESSIG L., *Code. Version 2.0*, New York, 2006
- LESSIG L., *Il futuro delle idee*, Milano, 2006
- LEWANDOWSKY S., SMILLIE L., GARCIA D., HERTWIG R., WEATHERALL J., EGIDY S., ROBERTSON R.E., O'CONNOR C., KOZYREVA A., LORENZ-SPREEN P., BLASCHKE Y., LEISER M., *Technology and Democracy: Understanding the influence of online technologies on political behaviour and decision-making*, EUR 30422 EN, Luxembourg, 2020
- LI J., QUART, *China's new algorithm rules are at odds with its tech giants' business models*, 5 gennaio 2022
- LI, J., *Cross-border Data Transfer Regulation in China*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 1 del 2021
- LIPARI N., *Libertà di informare o diritto ad essere informati? (Spunti di riflessione)*, in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1978
- LIPPMANN W., *L'opinione pubblica*, Milano, 1963
- LITMAN J., *The Exclusive Right to Read*, in *Cardozo Arts & Entertainment L. J.*, n. 13 del 1994
- LOBEL O., *The Law of the Platforms*, in *Minnesota L. Rev.*, 101, n. 1 del 2016
- LOCKE J., *Saggio sull'intelletto umano*, Milano, 2004
- LOIODICE A., *Contributo allo studio sulla libertà d'informazione*, Napoli, 1967
- LOIODICE A., *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971
- LOMAS N., *Google Fined \$2.7BN for EU Antitrust Violations over Shopping Searches*, in *TechCrunch*, 27 giugno 2017
- LOMAS N., *Google Fined \$21.1M for Search Bias in India*, in *TechCrunch*, 9 Febbraio 2018

- LOMBARDI G., *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970
- LONERGAN R., *Mr. Justice Brandeis, Great American*, St. Louis, 1941
- LOTTA C., *Un nuovo diritto al tempo del Covid-19? Accesso a Internet e Digital Divide*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2 del 2020
- LUCIANI M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. Cost.*, n. 4 del 2006
- LUCIANI M., *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, 2004
- LUCIANI M., *Economia (nel diritto costituzionale)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1991
- LUCIANI M., *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1996
- LUCIANI M., *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. Soc.*, 2009
- LUCIANI M., *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2018
- LUCIANI M., *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. Dir.*, 1989
- LUCIANI M., *La produzione della ricchezza nazionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, III, Napoli, 2008
- LUCIANI M., *Relazione conclusiva al Convegno di Pisa. Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica, 18-19 giugno 2021*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3 del 2021
- LUCIANI M., *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione Repubblicana, Relazione al Convegno annuale AIC su Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*, Torino, 27-29 ottobre 2011
- LUCIANI M., *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Dir. Soc.*, n. 4 del 2011
- LUCKERSON V., *Here's How Facebook's News Feed Actually Works*, in *Time*, 2015
- LUHMANN N., *I diritti fondamentali come istituzione*, Bari, 2002
- LUPO R., TROILO S., *Mezzo secolo di stampa assistita. Rapporto sulle forme di sostegno dello Stato all'editoria (1935-1987)*, in *Dir. Inf.*, 1988
- LYNSKEY O., *Regulating Platform Power*, in *LSE Working Paper*, n. 1 del 2017
- LYON D., *Surveillance, Snowden, and Big Data: Capacities, consequences, critique*, in *Big Data & Society*, n. 1 del 2014
- MACGILLIS A., *Fulfillment. Winning and Losing in OneClick America*, New York, 2021

- MACPHERSON C. B., *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, Milano, 1982
- MADRIGAL A. C., MEYER R., *How Facebook's Chaotic Push into Video Cost Hundreds of Journalists Their Jobs*, in *Atlantic*, 18 ottobre 2018
- MAESTRI E., *Lex informatica e diritto. Pratiche sociali, sovranità e fonti nel cyberspazio*, in *Ars Interpretandi*, n. 1 del 2017
- MAGGIOLINO M., *Big Data e prezzi personalizzati*, in *Conc. Merc.*, 2016
- MAGNANI A., *Il potere degli algoritmi: cosa sono, come funzionano e perché servono alle aziende* in *IlSole-24Ore*, 30 novembre 2017
- MAGNANI C., *Libertà di espressione e fake news, il difficile rapporto tra verità e diritto. Una prospettiva teorica*, in *Costituzionalismo.it.*, n. 3 del 2018
- MAIER CH.S., *Governance e anti-governance. Note sulla impasse attuale della politica democratica*, in *Parole chiave*, n. 2 del 2016
- MANETTI M., *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum Quad. Cost.*, n. 1 del 2021
- MANETTI M., *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quad. Cost.*, n. 2 del 2019
- MANETTI M., *La libertà di manifestazione del pensiero*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Torino, 2001
- MANETTI M., *Pluralismo dell'informazione e libertà di scelta*, in *Rivista AIC*, n. 1 del 2012
- MANHEIM K., KAPLAN L., *Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy*, in *Yale Journal of Law & Technology*, n. 21 del 2019
- MANTELERO A., *Artificial Intelligence, dati e diritti: spunti di riflessione per i regolatori*, in P. BERTOLI, F. FERRARI, G. RIPAMONTI, G. TIBERI (a cura di), *Data protection tra Unione europea, Italia e Svizzera*, Torino, 2019
- MANTELERO A., *La privacy all'epoca dei Big Data*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019
- MARCELLI P., MARSOCCI M., PIETRANGELO M., *La rete internet come spazio di partecipazione politica. Una prospettiva giuridica*, Napoli, 2015
- MARQUIS M., *La Federal Trade Commission e la Section 5 del Federal Trade Commission Act. Aspetti istituzionali e penombre giurisdizionali*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2010
- MARSOCCI P., *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni politiche*, Napoli, 2012
- REYES J.M., *Social network, polarizzazione e democrazia: dall'entusiasmo al disincanto*, in E. VITALE, F. CATTANEO (a cura di), *Web e società democratica. Un matrimonio difficile*, Torino, 2018
- MASSA PINTO I., *L'innocenza della Costituzione e la sua difesa minima:*

- in margine al dibattito sulla proposta di modifica dell'art. 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2 del 2020
- MATTEUCCI N., *Opinione Pubblica*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980
- MAYER-SCHÖNBERGER V., CUKIER K.N., *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013
- MAZZOLA R., *Note su Internet e democrazia*, in *Laboratorio dell'Ispfl - Istituto per la Storia del pensiero filosofico e scientifico moderno*, 2019
- MCCRAE R., COSTA P.T., *Personality, coping, and coping effectiveness in an adult sample*, in *Journal of Personality*, n. 54 del 1986
- MCGREGOR S.C., «Taking the Temperature of the Room». *How Political Campaigns Use Social Media to Understand and Represent Public Opinion*, in *Public Opinion Quarterly*, n. 84 del 2020
- MCILWAIN C.H., *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, 1990
- MCLUHAN M., *Gli strumenti del comunicare*, Milano 2015
- MEADE A., TAYLOR J., HURST D., *Facebook reverses Australia news ban after government makes media code amendments*, in *The Guardian*, 23 febbraio 2021
- MELI V., *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003
- MELZI D'ERIL C., *Fake news e responsabilità: paradigmi classici e tendenze incriminatrici*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2017
- MÉNY Y., SUREL Y., *Populismo e democrazia*, Bologna, 2000
- MERLONI F., *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008
- MERUSI F., *Le leggi del mercato*, Bologna 2002
- MEYER R., *When Does Amazon Become a Monopoly?*, in *Atlantic*, 16 giugno 2017
- MEZZA M., *Algoritmi di libertà. La potenza del calcolo tra dominio e conflitto*, Roma, 2018
- MEZZA M., *L'algoritmo nazione*, in B. CARFAGNA (a cura di), *La democrazia digitale*, 2018
- MEZZANOTTE M., *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009
- MICHETTI M., *Disciplina dei «mezzi» e libera manifestazione del pensiero*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione Potere Libertà*, Torino, 2005
- MOAZED A., JOHNSON N.L., *Modern Monopolies. What It Takes to Dominate the 21st Century Economy*, New York, 2016
- MODUGNO F., *Funzione*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1969
- MODUGNO F., *I «nuovi» diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995
- MODUGNO F., *Poteri (Divisione dei)*, in *Noviss. Dig. It*, XIII, 1966

- MONTALDO R., *La tutela del pluralismo informativo nelle piattaforme online*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2020
- MONTALDO R., *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo, e riforme costituzionali*, in *Quad. Cost.*, n. 4 del 2019
- MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Torino, 2005
- MONTI M., *Il Code of Practice on Disinformation dell'UE: tentativi in fieri di contrasto alle fake news*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2019
- MONTI M., *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quad. Cost.*, n. 4 del 2019.
- MONTI M., *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 1 del 2019
- MORBIDELLI G., *Iniziativa economica privata (voce)*, in *Enc. Giur. It.*, XIX, Roma, 1990
- MORELLI A., POLLICINO O., *Metaphors, Judicial Frames and Fundamental Rights in Cyberspace*, in *Am. J. of Comp. L.*, 2020
- MORETTI A., *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Dir. Inf.*, n. 4 del 2018
- MORGENTHAU H. J., *The dilemmas of freedom*, in *The American Political Science Review*, LI, 1957
- MORI L., *La rete come campo sociale*, in E.VITALE, F. CATTANEO (a cura di), *Web e società democratica. Un matrimonio difficile*, Torino, 2018
- MORO P., *Algoritmi e pensiero giuridico. Antinomie e interazioni*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, 2019
- MORRIS B., SEETHARAMAN D., *The New Copycats: How Facebook Squashes Competition from Startups*, in *Wall Street Journal*, 9 agosto 2017
- MORRONE A., *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. Cost.*, n. 1 del 2014
- MORTATI C., *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975
- MORTATI C., *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. Lav.*, 1954
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1967
- MORTATI C., *Le forme di governo*, Padova, 1973
- MORTATI C., *Relazione sui diritti pubblici subiettivi*, in *Relazione all'Assemblea Costituente (Ministero per la Costituente, Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato)*, I, Roma, 1946
- MOSTERT F., *'Digital due process': a need for online justice*, in *J. of Intellectual Property Law & Practice*, forthcoming, Marzo 2020
- MOWSHOWITZ A., KAWAGUCHI A., *Assessing bias in search engines*, in *Information Processing & Management*, n. 38 del 2002
- MOWSHOWITZ A., KAWAGUCHI A., *Measuring search engine bias*, in *Information Processing & Management*, n. 41 del 2005

- MOZUR P., *A Genocide Incited on Facebook, With Posts From Myanmar's Military*, in *New York Times*, 16 Ottobre 2018
- MURPHY K. P., *Machine Learning: A Probabilistic Perspective*, Cambridge, 2012
- MUSSELLI L., *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2020
- NADLER J., CICILLINE D. N., *Investigation of competition in digital markets*, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law, 2020
- NANIA R., *Libertà economiche e libertà d'impresa*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2001
- NEATE R., *Billionaires' wealth rises to \$10.2 trillion amid Covid crisis*, in *The Guardian*, 7 ottobre 2020
- NEGROPONTE N., *Being Digital*, New York, 1995
- NEWMAN J. M., *Antitrust in Digital Markets*, in *72 Vanderbilt L. Rev.*, 2019
- NICOTRA I., *Privacy vs trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte*, in *Federalismi.it*, n. 7 del 2019
- NIEMINEN H., *Social Networks and the European Public Sphere*, in I. BONDEBERG, P. MADSEN (a cura di), *Media, Democracy, and European Culture, Intellect*, Bristol, 2008
- NIGER S., *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006
- NINATTI S., *Iniziativa economica privata (libertà di)(voce)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, IV, Milano, 2006
- NIRO R., *Art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006
- NORMAN W. T., *Toward an adequate taxonomy of personality attributes: Replicated factor structure in peer nomination personality ratings*, in *J. of Abnormal and Social Psychology*, n. 66 del 1963.
- NUNZIATA F., *Il Platform Leader*, in *Digital Politics*, n. 1 del 2021
- O' NEIL C., *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Milano, 2017
- O'ROURKE M., *Fencing Cyberspace, Drawing Borders in a Virtual World*, in *Minnesota L. Rev.*, n. 82 del 1998
- OCCHIOCUPO N., *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità delle posizioni*, Milano, 1988
- ODDENINO A., *Reflections on big data and International Law*, in *Dir. Comm. Int.*, n. 4 del 2017
- OLIVETTI M., *Diritti fondamentali e nuove tecnologie: una mappa del dibattito italiano*, in *J. of Institutional studies*, 6, n. 2 del 2020
- ONIDA V., *Relazione*, in AA.VV., *La televisione, tra autonomia e controlli. Atti del convegno di Genova 7-8 aprile 1995*, Padova, 1995
- OPPENHEIM F. E., *Dimensioni della libertà*, Milano, 1964

- ORIGGI G., *La democrazia può sopravvivere a Facebook? Egualitarismo epistemico, vulnerabilità cognitiva e nuove tecnologie*, in *Ragion Pratica*, n. 51 del 2018
- OROFINO M., *Art. 21 Cost.: le ragioni per un intervento di manutenzione ordinaria*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 2 del 2019
- OROFINO M., *Diritto alla protezione dei dati personali e sicurezza: osservazioni critiche su una presunta contrapposizione*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 2 del 2018
- OROFINO M., *L'articolo 15 della Costituzione italiana: osservazioni sulla libertà e sulla segretezza delle comunicazioni ai tempi del web 2.0*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, 2017
- OROFINO M., *L'inquadramento costituzionale del web 2.0: da nuovo mezzo per la libertà di espressione a presupposto per l'esercizio di una pluralità di diritti costituzionali*, in AA.VV. (a cura di), *Da internet ai social network. Il diritto di ricevere e comunicare informazioni e idee*, Santarcangelo di Romagna, 2013
- OROFINO M., *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Milano, 2008
- OTT B. L., *The Age of Twitter: Donald J. Trump and the Politics of Debasement*, in *Critical Studies in Media Communication*, n. 34 del 2017
- OVERLY S., *YouTube CEO: Politicians can break our content rules*, in *Politico.com*, 25 settembre 2019
- PACE A., *La concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo: impresa come «sostanza» e proprietà pubblica come mera «forma»?*, in *Giur. Cost.*, 1995
- PACE A., *La televisione pubblica*, in *Il Foro Italiano*, n. 118 del 1995
- PACE A., *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Dir. Pubbl.*, n. 3 del 2003
- PACE A., *Legge Gasparri e Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3 del 2003
- PACE A., *Libertà di informare e diritto ad essere informati. Due prospettive a confronto nell'interpretazione e nelle prime applicazioni dell'art. 7, co. 1, del T.U. della radiotelevisione*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2 del 2007
- PACE A., MANETTI M., *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 2006
- PACE A., *Nome, soggettività giuridica e identità personale*, in *Giur. Cost.*, 1994
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali, Lezioni, pt. speciale*, II ed., Padova, 1992

- PAGE A., *Stampa, giornalismo, radiotelevisione*, Padova, 1983
- PACIFICO F., *Caso Cambridge Analytica. Il Garante Soro: "Così è a rischio la libertà di scelta"*, in *Il Mattino*, 20 marzo 2018
- PACKARD V., *I persuasori occulti*, Torino, 2015
- PAGALLO U., *Il diritto nell'età dell'informazione. Il riposizionamento tecnologico degli ordinamenti giuridici tra complessità sociale, lotta per il potere e tutela dei diritti*, Torino, 2014
- PALADIN L., *Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in L. PALADIN (a cura di), *La libertà di informazione*, Torino, 1979
- PALKA P., *Terms of Service Are Not Contracts: Beyond Contract Law in the Regulation of Online Platforms*, in S. GRUNDMANN, H. COLLINS, F. GÓMEZ, J. RUTGERS, P. SIRENA (a cura di), *European Contract Law in the Digital Age*, Cambridge, 2018
- PANETTA F., *Dalla rivoluzione dei pagamenti alla reinvenzione del denaro, discorso alla conferenza della Deutsche Bundesbank sul "Futuro dei pagamenti in Europa"*, 27 novembre 2020
- PANETTA F., *Stay safe at the intersection: the confluence of big techs and global stablecoins*, discorso tenuto al panel Cross-border dimensions of non-bank financial intermediation: what are the priorities for building resilience globally?, nell'ambito della Conferenza del G7 su Safe Openness in Global Trade and Finance, ospitata dalla Bank of England, 8 ottobre 2021
- PAOLUCCI F., *Consenso, intelligenza artificiale e privacy. Commento a: Corte di Cassazione, sez. I Civ. - 25/05/2021, n. 14381*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, 16 giugno 2021
- PAPA A., *Democrazia della comunicazione e formazione dell'opinione pubblica*, in P. BILANCIA (a cura di), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, 2018
- PAPA A., *Democrazia della comunicazione e formazione dell'opinione pubblica*, in *Federalismi.it*, 2 ottobre 2017
- PAPA A., *La complessa individuazione di un "equo" bilanciamento tra tutela della privacy e profilazione nella big data society*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, *Consulta Online*, 17 aprile 2020
- PAPA A., *La problematica tutela del diritto all'autodeterminazione informativa nella big data society*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 17 Aprile 2020
- PAPAKYRIAKOPOULOS O., HEGELICH S., SHAHREZAYE M., MEDINA SERRAO J.C., *Social media and microtargeting: Political data processing and the consequences for Germany*, in *Big Data & Society*, Luglio-Dicembre 2018
- PARDOLESI R., *Pluralismo esterno (non più d'una rete a testa?) per l'etere privato*, in *Il Foro italiano*, 1995

- PARISER E., *Il Filtro. Quello che Internet ci nasconde*, Milano, 2012
- PASQUALE F., *New Law of Robotics. Defending Human expertise in the age of AI*, Cambridge, 2020
- PASQUALE F., *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard, 2015
- PASQUINO G., *Partiti, istituzioni, democrazie*, Bologna, 2014
- PASQUINO G., *Restituire lo scettro al principe: proposte di riforma istituzionale*, Roma-Bari, 1985
- PASSAGLIA P., *Diritto di accesso ad Internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*, in M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso a Internet*, Napoli, 2011
- PASSAGLIA P., *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in *Consulta Online*, 2013
- PASSAGLIA P., *Le formazioni sociali e Internet*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, 2017
- PASTORE B., “Soft law”, gradi di normatività, teoria delle fonti, in *Lav. Dir.*, n. 1 del 2003
- PAZÈ V., *Democrazia partecipativa. Che cos'è?*, in M. MANGINI (a cura di), *Democrazia, cittadinanza e governo del territorio*, Bari, 2013
- PEDRAZZA GORLERO M., *Saggi per un corso di diritto dell'informazione giornalistica*, Padova, 2006.
- PELISSERO M., *Diritto di critica e verità dei fatti*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992
- PERA A., *Concorrenza e antitrust*, Bologna, 1998
- PERLINGIERI C., *Il contratto concluso con e-Bay e le vendite all'asta online business to consumer. La disciplina applicabile*, in *Rass. Dir. Civ.*, n. 4 del 2017
- PERRONE R., *Fake news e libertà di manifestazione del pensiero: brevi coordinate in tema di tutela costituzionale del falso*, in *Nomos*, n. 2 del 2018.
- PERUZZI A., ZOLLO F., SCHMIDT A.L., QUATTROCIOCCHI W., *From Confirmation Bias to Echo-Chambers: a data-driven approach*, in *Sociologia e Politiche Sociali*, n. 3 del 2018
- PETRUSO R., *Le responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a confronto*, Torino 2019
- PICOZZA E., *Intervento dello Stato in economia e finalità sociali*, in R. DI RAIMO, V. RICCIUTO (a cura di), *Imprese pubbliche e intervento dello Stato nell'economia*, Napoli, 2006
- PINELLI C., “Postverità”, verità e libertà di manifestazione del pensiero, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2017
- PINELLI C., *Pluralismo e democrazia nella società digitale. È tempo di regole?*, Seminario Astrid, 29 gennaio 2021

- PINELLI C., TREU T., *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010
- PINO G., *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017
- PINO G., *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003
- PIROZZOLI A., *La libertà di riunione in Internet*, in *Dir. Inf.*, 2004
- PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in M. AINISI, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma-Bari, 2019
- PITRUZZELLA G., *Italy antitrust chief urges EU to help beat fake news*, in *Financial Times*, 30 dicembre 2016
- PITRUZZELLA G., *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2018
- PITRUZZELLA G., POLLICINO O., QUINTARELLI S., *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017
- PITRUZZELLA G., *Quel filtro necessario per le notizie false sul web*, in *Corriere della sera*, 2 gennaio 2017
- PIZZETTI F. (a cura di), *Internet e i diritti della persona. Il caso del motore di ricerca*, Firenze, 2015.
- PIZZETTI F., *Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2017
- PIZZETTI F. (a cura di), *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018
- PIZZETTI F., *Privacy e diritto europeo alla protezione dei dati personali*, vol. I. *Dalla direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016.
- PIZZETTI F. (a cura di), *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e codice novellato*, Torino, 2021
- PIZZETTI F. (a cura di), *I diritti nella rete della rete*, Torino, 2012.
- PIZZOLATO F. (a cura di), *Libertà e potere nei rapporti economici. Profili giurispubblicistici*, Milano, 2010
- PIZZOLATO F., *Mutazioni del potere economico e nuove immagini della libertà*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3 del 2017
- PIZZORUSSO A., *Commento artt. 1-10 c.c.*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988
- PIZZORUSSO P., *Democrazia partecipativa e attività parlamentare*, in *Studi in onore di A. Amorth*, Vol. II, Milano 1982
- POGGI A., *Le dimensioni spaziali dell'eguaglianza*, in *Rivista AIC*, n. 1 del 2020
- POGGI G., *La vicenda dello stato moderno*, Il Mulino, Bologna, 1997
- POLLICINO O., DE GREGORIO G., BASSINI M., *Verso il Digital Services Act: problemi e prospettive. Presentazione del simposio*, in *Medialaws, Rivista di diritto dei media*, 23 Novembre 2020

- POLLICINO O., DE GREGORIO G., *L'alba di nuove responsabilità sulle piattaforme digitali: il Digital Services Act*, in *Agenda Digitale*, 15 dicembre 2020
- POLLICINO O., *Diritto all'oblio e conservazione di dati. La corte di giustizia a piedi uniti: verso un digital right to privacy*, in *Giur. Cost.*, 2014
- POLLICINO O., *Facebook e il pericoloso passo in avanti verso la privatizzazione della giustizia digitale*, in *Il Sole24Ore*, 18 settembre 2019
- POLLICINO O., *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*, n. 19 del 16 ottobre 2019
- POLLICINO O., *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in V. PICCONE, O. POLLICINO (a cura di), *La Carta dei Diritti Fondamentali dell'unione Europea*, Napoli, 2018
- POLLICINO O., LUBELLO V., BASSINI M. (a cura di), *Identità ed eredità digitali*, Ariccia, 2016.
- POLLICINO O., *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in *Percorsi Costituzionali*, n. 1 del 2014
- POLLICINO O., *Verso una democrazia digitale europea con meno opacità*, in *IlSole24Ore*, 24 Dicembre 2020
- POLLICINO O., *Visibilità del potere, riservatezza individuale e tecnologia digitale. Il bilanciamento delineato dalla Corte*, in *Dir. Inf.*, 2019
- PONTI B., *Il luogo adatto dove bilanciare il “posizionamento” del diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati personali vs. il diritto alla trasparenza nella sentenza n. 20/2019*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019
- PORTER M.E., *Competitive Advantage: creating and sustaining superior Performance*, New York, 1985
- PREDIERI A., *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963
- PRICE V., *L'opinione pubblica*, Bologna, 1992
- PRINCE A., SCHWARCZ D.B., *Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, in *Iowa L. Rev.*, 5 agosto 2019
- PRIVITERA W., *Sfera pubblica e democratizzazione*, Roma-Bari, 2001
- PROIETTI G., *La pubblicità nell'era delle nuove tecnologie*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020
- PROSSER T., *The economic constitution*, Oxford, 2014
- PUGLIATTI S., *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1964
- PUNZI A., *L'ordine giuridico delle macchine. La Mettrie Helvétius D'Holbach: l'uomo-macchina verso l'intelligenza collettiva*, Torino, 2003
- PUNZI C., *Segreto come eccezione. Sul confine tra diritto e non-diritto*, in *Sociologia del diritto*, n. 2 del 2017

- QU T., ZHANG J., *China rolls out new regulation to rein in algorithms used on apps as Beijing continues to clip wings of Big Tech firms*, in *South China Morning Post*, 4 gennaio 2022
- QUARTA A., *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli, 2020
- QUATTROCIOCCHI W., SCALA A., SUNSTEIN C., *Echo chambers on Facebook*, 13 giugno 2016
- QUATTROCIOCCHI W., SCALA A., SUNSTEIN C.R., *Echo Chambers on Facebook*, in *SSRN online journal*, 15 giugno 2016
- QUATTROCOLO S., *Intelligenza Artificiale e giustizia: nella cornice della Carta Etica Europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in *lalegislazionepenale.eu*, 18 Dicembre 2018
- QUINTARELLI S., *Capitalismo immateriale. Le tecnologie digitali e il nuovo conflitto sociale*, Torino, 2019
- RABAI B., *I «big data» nell'ecosistema digitale: tra libertà economiche e tutela dei diritti fondamentali*, in *Amministrare*, n. 3 del 2017
- REIDENBERG J.R., *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, in *Texas L. Rev.*, 1998
- REPETTO G., *Efficienza economica, libertà e tutela dai poteri privati: a cosa serve il principio di libera concorrenza*, in *Dir. Cost.*, n. 1 del 2021
- RESCIGNO G.U., *Divisione dei poteri*, in C. DONATI (a cura di), *Dizionario critico del diritto*, Roma, 1980
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, XI, 1965
- RESCIGNO P., *Trasformazione del ruolo istituzionale dei privati*, in G. PIVA (a cura di), *Poteri, poteri emergenti e loro vicissitudini nell'esperienza giuridica italiana*, Padova, 1986
- RESTA G., *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. Dir.*, n. 2 del 2019
- RESTA G., *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. Inf.*, 2007
- REVELLI M., *La sinistra sociale. Oltre la civiltà del lavoro*, Torino, 1997
- RIDOLA P., *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997
- RIDOLA P., *Il costituzionalismo e lo stato costituzionale*, in *Nomos*, n. 2 del 2018
- RIMOLI F., *Pluralismo e valori costituzionali*, Torino, 1999
- RIVA G., *Fake news*, Bologna, 2018
- RIZZO CELONA F., *Uguaglianza complessa e liberalismo nel pensiero di Michael Walzer*, in AA.Vv., *I filosofi e l'eguaglianza*, Messina, 1992
- ROBERTSON R. E., JIANG S., LAZER D., WILSON C., *Auditing autocomplete: Suggestion networks and recursive algorithm interrogation. Proceedings of the 10th ACM Conference on Web Science - WebSci '19*, 235–244, ACM Press, 2019
- RODOTÀ S., *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007

- RODOTÀ S., *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973
- RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012
- RODOTÀ S., *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014
- RODOTÀ S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013
- RODOTÀ S., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1997
- RODOTÀ S., *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014
- RODOTÀ S., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995
- RODOTÀ S., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 1997
- RODOTÀ S., *Una Costituzione per Internet?* in *Pol. Dir.*, n. 3 del 2010
- RODOTÀ S., *Vivere la democrazia*, Roma-Bari, 2018
- ROMANO R., *Una tipologia economica*, in *Storia d'Italia*, Torino, I, 1972
- ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1946
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977
- ROMANO S., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969
- ROMEO G., *Building Integration through the Bill of Rights: The European Union at the Mirror*, in *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 47, 2018
- RONCHETTI L., *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli, 2007
- ROPPO E., ZACCARIA R. (a cura di), *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Milano, 1991
- ROSENBERG M., CONFESSORE N., CADWALLADR C., *How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions*, in *New York Times*, 17 Marzo 2018
- ROSSANO C., *La divisione dei poteri nella attuale struttura costituzionale dello stato di diritto e sociale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Domenico Pettiti*, Milano, 1973
- ROUVROY A., *Il regime della verità digitale. Dalla governamentalità algoritmica a un nuovo Stato di diritto*, in *La Deleuziana*, n. 3 del 2016
- RUSSELL B., *Il potere. Una nuova analisi sociale*, Milano, 1981
- RUSSELL S., NORVIG P., *Artificial Intelligence, A Modern Approach*, Edinburgh, 2014
- SABEEL RAHMAN K., *The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept*, in *Cardozo L. Rev.*, 2018
- SALERNO G.M., *La protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006

- SANDER B., *Freedom of Expression in the Age of Online Platforms: The Promise and Pitfalls of a Human Rights-Based Approach to Content Moderation*, in *Fordham International L. J.*, 2020
- SANDVIG C., HAMILTON K., KARAHALIOS K., LANGBORT C., *Auditing algorithms: research methods for detecting discrimination on internet platforms. Data and Discrimination: Converting Critical Concerns into Productive Inquiry. Preconference at the 64th Annual Meeting of the International Communication Association*, 2014
- SARTOR G., BRANTING K. (a cura di), *Judicial applications of Artificial Intelligence*, Dordrecht, 1998
- SARTOR G., *Tutela della personalità e normativa per la protezione dei dati*, in *Infor. Dir.*, 1986
- SARTORI G., *Elementi di teoria politica*, Bologna, 1995
- SARTORI G., *Democrazia e definizioni*, Bologna, 1958
- SARTORI G., *Homo videns*, Roma-Bari, 2000
- SARTORI G., *Pluralismo, multiculturalismo, estranei. Saggio sulla società multietnica*, Milano, 2000
- SASSI S., *La libertà di associazione nel “nuovo ecosistema mediatico”: spunti problematici sull’applicazione dell’art. 18 della costituzione. Il (recente) caso dell’associazione xenofoba on line*, in *Rivista AIC*, 2013
- SATARIANO A., STEVIS-GRIDNESS M., *Big Tech Turns Its Lobbyists Loose on Europe, Alarming Regulators*, in *The New York Times*, 14 dicembre 2020
- SCACCIA G., *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2017
- SCAGLIARINI S., *La tutela della privacy e dell’identità personale nel quadro dell’evoluzione tecnologica*, in *Consulta Online*, 9 luglio 2021
- SCARLATTI P., *Costituzionalismo multilivello e questione democratica nell’Europa del dopo Lisbona*, in *Rivista AIC*, n. 1 del 2012
- SCHECHNER S., GRIND K., WEST J., *Searching for Video? Google Pushes YouTube Over Rivals*, in *The Wall Street Journal*, 14 luglio 2020
- SCHECHTER A., *I Wanted to Call People’s Attention to the Extent of Amazon’s Takeover of Washington*, in *ProMarket (Stigler Center for the Study of the Economy and the State)*, 21 Aprile 2021
- SCHIAVONE A., *Storia e destino*, Torino, 2007
- SCHONBERGER V. M., CUKIER K., *Big data. A revolution that will transform how we live, work and think*, Boston-New York, 2014
- SCHROEDER P., *Poll: 43percent of republicans believe Obama is a muslim*, in *Hill*, 13 settembre 2015.
- SCHULTZ D., *Could Google influence the presidential election? Search engine may be biasing user preferences* in *Science*, 25 ottobre 2016
- SELECT COMMITTEE ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (House of Lords), *AI in the UK: ready, willing and able?*, 2018

- SENGUPTA S., *Twitter's Free Speech Defender*, in *New York Times*, 2 settembre 201
- SERRAO D'AQUINO P., *Digitio ergo sum: la tutela giuridica della persona dagli algoritmi*, in *Questione Giustizia*, 21 dicembre 2017
- SERVAN-SCHREIBER J.L., *Il potere di informare*, Milano, 1973
- SERVETTI D., *Social network, deliberazione pubblica e legislazione elettorale di contorno*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2020
- SHADMY T., *The new social contract: Facebook's community and our rights*, in *Boston University L. J.*, n. 37 del 2019
- SHEARER E., GOTTFRIED J., *News Use Across Social Media Platforms 2017*, Pew Research Center, Washington, 2017
- SHELANSKI H. A., SIDAK J. G., *Antitrust Divestiture in Network Industries*, in *University of Chicago L. Rev.*, n. 1 del 2001
- SHIRLEY M.M., *The What, Why, and How of Privatization: A World Bank Perspective*, in *Fordham Law Review*, 60, S23, 1992
- SICA S., ZENO-ZENCOVICH V., *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2014
- SILVESTRI G., *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985
- SIMITIS S., *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1997
- SIMONCINI A., *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Biolaw Journal, Rivista di Biodiritto*, n. 1 del 2019
- SIMONCINI A., *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 4 del 2019
- SIMONCINI A., SUWEIS S., *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Riv. Fil. Dir.*, n. 1 del 2019
- SIRIANNI G., *Par condicio: i complessi rapporti tra potere politico e potere televisivo*, in *Pol. Dir.*, 2005
- SMITH B. L., *The third industrial revolution: law and policy for the Internet*, in *Recueil des cours*, 2000
- SMITH B. L., *The Third Industrial Revolution: Policymaking for the Internet*, in *Science and Technology L. Rev.*, n. 3 del 2019
- SMYRNAIOS N., *Internet Oligopoly. The Corporate Takeover of Our Digital World*, Bingley, 2018
- SORICE M., *Democrazia Futura. Platform society, ovvero società delle piattaforme*, in *KeyforBiz*, 21 aprile 2021
- SORO A., *Democrazia e potere dei dati. Libertà, algoritmi, umanesimo digitale*, Milano, 2019.
- SORO A., *Persone in rete*, Roma, 2018

- SORRENTINO F., *I conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1967.
- SPADARO A., *Integrazione europea e costituzionalismo globale*, in *DPCE online*, n. 2 del 2021.
- SPADARO A., *Su alcuni rischi, forse mortali, della democrazia costituzionale contemporanea. Prime considerazioni*, in *Rivista AIC*, n. 1 del 2017
- SPENCER S., *An update on our political ads policy*, in <<https://blog.google/technology/ads/update-our-political-ads-policy/>>, 20 novembre 2019
- SRINIVASAN D., *The antitrust case against Facebook: a monopolist's Journey towards pervasive surveillance in spite of consumers' preference for privacy*, in *Berkeley Bus. Law J.*, 2019.
- SRNICEK N., *Capitalismo digitale: Google, Facebook, Amazon e la nuova economia del web*, Roma, 2017
- STAGLIANÒ R., *Gigacapitalisti*, Torino, 2022
- STAIANO S., FERRAIUOLO G., VUOLO A. (a cura di), *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, Napoli, 2020
- STANZIONE P. (a cura di), *I poteri privati delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, 2022
- STATE B., ADAMIC L., *The Diffusion of Support in an Online Social Movement: Evidence from the Adoption of Equal-Sign Profile Pictures*, *Proceedings of the 18th ACM Conference on Computer Supported Cooperative Work & Social Computing*, 2015
- STIGLER G. J., *The Economics of Information*, in *J. of Political Economy*, n. 69 del 1962
- STIGLER G.J., *Perfect Competition, Historically Contemplated*, in *J. of Political Economy*, n. 65 del 1957
- STOPPINO M., *Potere politico e Stato*, Milano, 1968
- STUART MILL J., *Principi di economia politica*, Milano, 2009
- SULLIVAN D., *Google Launches "Universal Search" & Blended Results*, *Search Engine Land*, 16 maggio 2007
- SUNSTEIN C., *#Republic, La democrazia nell'epoca dei social media*, Bologna, 2017
- SUNSTEIN C., *Republic.com 2.0*, Princeton, 2007
- SUNSTEIN C., *Republic.com*, Princeton, 2001
- TAPLIN J., *Move Fast and Break Things: How Facebook, Google, and Amazon Cornered Culture and Undermined Democracy*, Boston, 2017
- TARLI BARBIERI G., *La legislazione elettorale nell'ordinamento italiano (1948-2017)*, Milano, 2018
- TEACHOUT Z., ZHAN L., *Market structure and political law: a taxonomy of power*, in *Duke J. of Constitutional Law & Public Policy*, n. 9 del 2014

- TERNI M., *Stato*, Torino, 2014
- TESAURO P., *Democrazia e informazione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1968
- TEUBNER G., *Costituzionalismo della società transnazionale — relazione al XXVIII Convegno annuale dell’AIC*, in *Osservatorio AIC*, n. 4 del 2013
- TEUBNER G., *Ibridi e attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Sesto San Giovanni, 2015
- TEUBNER G., *Il costituzionalismo della società mondiale. Cinque tesi sulle costituzioni proprie di spazi sociali transnazionali*, Relazione presentata al Seminario su *La Sfida della transnazionalizzazione tra teoria delle fonti e dottrine della costituzione*, Enna, 16 maggio 2009
- TEUBNER G., *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005
- TEUBNER G., *La matrice anonima. Quando ‘privati’ attori transnazionali violano i diritti dell’uomo*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2006
- TEUBNER G., *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Torino 2012
- TEUBNER G., *A. Febrajo, State, Law and Economy as autopoietic system. Regulation and autonomy in a new perspective*, Milano, 1992
- TEZZA D., *Soluzioni tradizionali per piattaforme moderne: la state action (non) mostra i segni del tempo*, in *Medialwas. Rivista di diritto dei media*, 5 maggio 2020
- THALER R.H., SUNSTEIN C.R., *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, 2008
- THE ROYAL SOCIETY, *Machine learning: the power and promise of computers that learn by examples*, 2017
- THOMPSON J.B., *Mezzi di comunicazione e modernità. Una teoria sociale dei media*, Bologna, 1998
- THOMPSON N., VOGELSTEIN F., *Inside the Two Years that Shook Facebook — and the World*, 12 Febbraio 2018
- THORNILL C., *State building, constitutional rights and the social construction of norms: outline for a sociology of Constitutions*, in M. RASK MADSEN, G. VERSCHRAEGEN (a cura di), *A sociology of human rights*, Oxford, 2011
- TILLY C. (a cura di), *La formazione degli stati nazionali nell’Europa occidentale*, Bologna, 1984
- TOMKINS A., *Introduction: On Being Sceptical about Human Rights*, in T. CAMPBELL (a cura di), *Sceptical Essays on Human Right*, Oxford, 2001
- TOMMASI S., *Algoritmi e nuove forme di discriminazione: uno sguardo al diritto europeo*, in *Brazilian J. of L.*, n. 10 del 2020
- TRIPODI F., *Searching for alternative facts: Analyzing scriptural inference in conservative news practices. Technical report*, in *Data & Society*, 2018

- TROTTER HARDY I., *The Proper Legal Regime for «Cyberspace»*, in *University of Pittsburgh L. Rev.*, n. 55 del 1993
- TRUCCO L., *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004
- TUFEKCI Z., *YouTube, the great radicalizer*, in *New York Times*, 10 marzo 2018
- TUSHNET M., *Shelley v. Kraemer and Theories of Equality*, in *New York Law School L. Rev.*, n. 33 del 1988
- UMOJA NOBLE S., *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*, New York, 2018
- URBINATI N., *Lo scettro senza il re. Partecipazione e rappresentanza nelle democrazie moderne*, Roma, 2009
- VALASTRO A., *Art. 21*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, TORINO, 2006
- VALERIANI A., *L'essential facility doctrine: sviluppi normativi ed orientamenti giurisprudenziali*, in *Resp. Comun. Impr.*, 2001
- VAN BAEL I., BELLIS J., *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, Torino, 2009
- VAN DEN BERGH R., *L'analisi economica del diritto della concorrenza*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1997
- VAN DIJCK J., DE WAAL M., POELL T., *Platform Society. Valori pubblici e società connessa*, Milano, 2019
- VASUKI A., GOVINDARAJU S., *Deep Neural Networks for Image Classification*, in D. J. HEMANTH, V. V. ESTRELA (a cura di), *Deep Learning for Image Processing Applications*, Amsterdam, 2017
- VENANZONI A., *Cyber-costituzionalismo: la società digitale tra silicolonizzazione, capitalismo delle piattaforme e reazioni costituzionali*, in *Riv. It. Infor. Dir.*, n. 1 del 2020
- VENANZONI A., *La valle del perturbante: il costituzionalismo alla prova delle intelligenze artificiali e della robotica*, in *Pol. Dir.*, n. 2 del 2019
- VENGATTIL M., CULLIFORD E., *Facebook allows war posts urging violence against Russian invaders*, in *Reuters*, 11 marzo 2022
- VESPIGNANI A., *L'algoritmo e l'oracolo. Come la scienza predice il futuro e ci aiuta a cambiarlo*, Milano, 2019
- VESSIA F., *Big data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, in *Giur. Comm.*, 2018
- VIGEVANI G. E., POLLICINO O., MELZI D'ERIL C., CUNIBERTI M., BASINI M. (a cura di), *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2019
- VIGEVANI G.E., *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, Torino, 2018

- VIGNUDELLI A., *Libertà di manifestazione del pensiero, telediffusione e principio d'uguaglianza*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999
- VIOLA L., *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Federalismi.it*, n. 21 del 7 novembre 2018
- VIOLANTE L., *Politica e menzogna*, Torino, 2013
- VITALE E., *Difendersi dal potere. Per una resistenza costituzionale*, Roma-Bari, 2010
- WALKILA S., *Horizontal Effect of Fundamental Rights*, in *EU Law*, Amsterdam, 2016
- WALZER M., *Il liberalismo come arte della separazione*, Torino, 2004
- WALZER M., *Pensare politicamente. Saggi teorici*, Roma-Bari, 2009
- WALZER M., *Sfere di giustizia*, Milano, 1987
- WARREN S.D., BRANDEIS L.D., *The right to privacy*, in *Harvard L. Rev.*, n. 4 del 1890
- WEBER M., *Economia e società* (prima ed 1922), I, Roma-Ivrea, 1974
- WEBER M., *Parlamento e Governo. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti*, Roma-Bari, 1993
- WEBER R.H., "Rose is a rose is a rose is rose" - *what about the code and law?* in *Computer Law&Security Rev.*, n. 34 del 2018
- WEST K., EATON A.A., *Prejudiced and unaware of it: Evidence for the Dunning-Kruger model in the domains of racism and sexism*, in *Personality and Individual Differences*, 1 agosto 2019
- WONG J. C., LEVIN S., *Youtube vows to recommend fewer conspiracy theory videos*, in *The Guardian*, 25 gennaio 2019
- WOOLLEY S., *Computational Propaganda Worldwide: A Nine Country Analysis of Online Propaganda*, Oxford, 2017
- WOOLLEY S., GUILBEAULT D.R., *Computational Propaganda in the United States of America: Manufacturing Consensus Online*, Oxford Internet Institute, Computational Propaganda Research Project, Working Paper n. 5 del 2017
- WOOLLEY S., HOWARD P., *Computational Propaganda: Political Parties, Politicians, and Political Manipulation on Social Media*, Oxford, 2018
- WRIGHT J.D., *Antitrust, Multi-Dimensional Competition, and Innovation: Do We Have an Antitrust-Relevant Theory of Competition Now?*, in G. A. MANNE, J. D. WRIGHT (a cura di), *Competition Policy and Patent Law Under Uncertainty: Regulating Innovation*, Cambridge, 2011
- WU T., *The Master Switch. The Rise and Fall of Information Empires*, Bloomsbury, 2012
- YU J., *Search Is More than Google: Mastering Vertical Search Optimization*, *Search Engine Land*, 15 maggio 2018

- ZACCARIA R., VALASTRO A., ALBANESI E., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2016
- ZACCARIA R., VALASTRO A., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2010
- ZAGREBELSKY G., *Il diritti mite*, Torino, 1992
- ZAGREBELSKY G., *Una riflessione sulla democrazia*, in AA.Vv., *Costituzione, democrazia, antifascismo*, Torino, 1994
- ZAGREBELSKY G., *Diritti per forza*, Torino, 2017
- ZANFARINO A., *Potere (fil. Dir.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1985
- ZANON N., *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di una "Autorità pubblica della verità"?*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, n. 1 del 2018
- ZARSKY T.Z., *An analytic challenge: discrimination theory in the age of predictive analytics*, in *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, n. 14 del 2018
- ZECH H., *Data as a tradeable commodity*, in A. DE FRANCESCHI (a cura di), *European Contract Law and the Digital Single Market, the Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, 2016
- ZENO-ZENCOVICH V., GIANNONE CODIGLIONE G., *Ten Legal Perspectives on the Big Data Revolution*, in *Conc. Merc.*, 2016
- ZENO-ZENCOVICH V., *Identità personale* (voce), in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, IX, Torino, 1993
- ZICCARDI G., *L'uso dei social network in politica tra alterazione degli equilibri democratici, disinformazione, propaganda e dittatura dell'algoritmo: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in *Ragion pratica*, n. 1 del 2020
- ZIROLDI A., *Intelligenza artificiale e processo penale tra norme, prassi e prospettive*, in *Questione Giustizia, Relazione per l'incontro di studi organizzato Scuola superiore della magistratura: Progresso scientifico e giudizio di merito: nuove scienze, prove atipiche, perizia*, Roma, 13 settembre 2019
- ZITTRAIN J., *Facebook could decide an election without anyone ever finding out: The scary future of digital gerrymandering - and how to prevent it*, in *New Republic*, 2 giugno 2014
- ZOLO D., *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, 2004
- ZUBOFF S., *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019



LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso  
nel mese di luglio dell'anno 2022  
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli  
Stampato in Italia / Printed in Italy  
red.stefano porcaro - ftc.cimgio

*Per informazioni ed acquisti*

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli

Tel. 0817645443 - Fax 0817646477

Internet: [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)



Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università di Torino

22/2022



Questo volume, sprovvisto del  
talloncino a fronte, è da consi-  
derarsi copia saggio gratuito  
esente da IVA (art. 2, c. 3, lett. d,  
DPR 633/1972)

€ 40,00

ISBN 978-88-495-5059-7



9 788849 550597

FRANCESCA PARUZZO  
I sovrani della rete  
ESJ