

*Convegno annuale
dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti
Salerno 15-16 novembre 2024*

NUOVI MEZZI DI COMUNICAZIONE, GLI ASSETTI IMPRENDITORIALI E LE
SOGGETTIVITÀ POLITICHE

Alberto Lucarelli

Ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Napoli Federico II

Sommario: 1. Premessa. Oggetto e metodo dell'indagine: le categorie giuridiche coinvolte e i quesiti aperti – 2. La governance della global area: complessità e incertezze tra spazi, strumenti e obiettivi – 3. Il diritto pubblico europeo dell'economia e la regolazione del settore digitale – 4. La regolazione statunitense sulla libertà di espressione in relazione alla forma di Stato – 5. (segue) La Corte suprema federale e il conflitto tra valori costituzionalmente garantiti in internet – 6. Sulla (auto)regolazione nel modello UE – 7. I regolamenti UE tra responsabilità delle piattaforme e libertà di espressione: verso un diritto pubblico europeo dell'economia – 8. Verso il costituzionalismo del senso della tradizione nell'agorà digitale.

1. Premessa. Oggetto e metodo dell'indagine: le categorie giuridiche coinvolte e i quesiti aperti

La relazione ha ad oggetto uno dei temi più dibattuti, complessi e antichi del costituzionalismo: la libertà di espressione, che, come ci ricorda Barile nella sua voce enciclopedica, attiene a vicende strettamente intrecciate alla nascita e alla evoluzione della forma di Stato liberale¹.

Nella nostra forma di Stato, quando si parla di libertà di manifestare il pensiero, si fa riferimento almeno a tre diverse situazioni: 1. l'esercizio di una libertà, espressione di pensiero critico, in chiave contro

¹ P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, p. 45; cfr. anche P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 86 ss.; P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e comunicazione nell'era della convergenza*, Bologna, il Mulino, 2019, pp. 17 ss.

maggioritaria²; 2. il suo rapporto con il pluralismo delle idee e quindi con i mezzi di diffusione³; 3. il legame, che poi si è dimostrato sempre più delicato, tra informazione e potere privato⁴.

Lo sviluppo dei nuovi mezzi di informazione⁵, in particolare di Internet, e l'emersione di nuove soggettività, come le piattaforme digitali, investono questi profili del costituzionalismo democratico e, come una cassa di risonanza, amplificano l'intensità degli aspetti problematici connessi a ognuna di queste tre componenti.

Se i nuovi mezzi di comunicazione rappresentano un'estensione degli "altri mezzi di diffusione" menzionati dall'art. 21 Cost. (e questo ovviamente è tutto da dimostrare) è necessario allora confrontarsi con le loro peculiarità a-territoriali e la loro capillare natura privatistica, orientata al mercato, per far emergere quei profili problematici, inediti rispetto all'esercizio della medesima libertà che si realizza attraverso i *media* tradizionali⁶.

Partirei dalla famosa metafora contenuta nella *dissenting opinion* del giudice Holmes nel caso *Abrams v. United States*⁷, sul mercato delle idee come metodo di ricerca della verità, a margine di un processo del tutto simile al libero mercato dei beni ("*the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market*"), per chiederci provocatoriamente se il mercato delle idee sia veramente libero e se nell'*agorà* digitale tale metafora trova la sua massima realizzazione.

Molti sono gli studi che ne hanno sconfessato la validità (come, ad esempio, quelli sul capitalismo della sorveglianza⁸, sul fenomeno della *filter bubble*⁹ e quello delle *echo chambers*¹⁰) e questo ci spinge a: 1) sollevare il velo dell'apparente orizzontalità dei rapporti tra utenti che *fanno* informazione e *ricevono* informazione; 2) assumere un punto di vista differente, quello dell'asimmetria economica, sociale e culturale dei rapporti tra privati: ovvero del consolidamento di sacche diffuse di disegualanze.

² Sulla teoria funzionalista C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 1958.

³ A. PACE, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero come situazione giuridica soggettiva*, in A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21, La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Commentario della Costituzione fondato da Giuseppe Branca e continuato da Alessandro Pizzorusso, Bologna-Roma, Zanichelli - Soc. ed. del foro italiano, 2006, p. 28.

⁴ *Ex multis* recentemente sul tema: V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, il Mulino, 2004; J.M. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, in *Harvard Law Review*, Vol. 127, n. 8/ 2014, pp. 2296 ss.; C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, BUP, 2014, pp. 81 ss. G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Media Laws*, n. 1/2018; G.E. VIGEVANI, *Informazione e Potere*, in *Enc. Dir., I tematici V*, Milano, Giuffrè, 2023, pp. 219 ss. e dello stesso autore *Piattaforme digitali private, potere pubblico e libertà di espressione*, in *Diritto costituzionale*, n. 1/2023, pp. 41 ss.

⁵ Sugli altri mezzi di diffusione A. VALASTRO, *Art. 21*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet giuridica, 2006, pp. 462 ss.

⁶ V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa intendiamo, oggi, per media?*, in M. MANETTI, R. BORRELLO, (a cura di), *Il diritto dell'informazione. Temi e problemi*, Modena, Mucchi editore, 2019, pp. 13 ss.

⁷ U.S. Supreme Court, *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

⁸ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. it, Roma, Luiss University Press, 2019.

⁹ E. PARISER, *Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and how We Think*, New York, Penguin, 2011.

¹⁰ C.R. SUNSTEIN, *Republic.com. Cittadini informati o consumatori di informazioni?*, trad. it., Bologna, il Mulino, 2003.

Le piattaforme sono oggi, a tutti gli effetti, i detentori delle infrastrutture di internet e la loro posizione da oligopolisti si riflette, da un lato, sugli spazi e sul modo in cui la libertà di parola e l'informazione circolano nel mercato digitale delle idee e, dall'altro lato, sulla trasformazione dei cittadini in consumatori di informazioni costruite su misura¹¹.

Né va poi trascurato il fatto che la disintermediazione dell'attività professionale dei giornalisti o dei partiti politici nell'informazione, con una ricaduta diretta sui modelli classici della partecipazione è a sua volta apparente¹²: i *big data* degli utenti hanno consentito alle piattaforme di diventare *gatekeepers* sulla rete¹³ e di porsi così "in una posizione ottimale per ristabilire nuove forme di intermediazione"¹⁴.

La cassa di risonanza tecnologica, lo strapotere economico delle piattaforme *gatekeepers*, le economie di scala generate, e – non per ultimo – la loro posizione di veri e propri controllori della libertà in Rete¹⁵, rappresentano nuove forme di concentrazione del potere¹⁶. Ciò significa che è la manifestazione del fenomeno ad essere nuova, ma il problema è ben più antico e tocca il cuore del costituzionalismo: come limitare il potere di natura economico-privato delle piattaforme? Come configurare un sistema basato sulle garanzie, soprattutto dei soggetti più deboli? Dunque, la questione apre le porte a un nuovo modo di intendere la sovranità e il suo esercizio. Ci troviamo al cospetto di una declinazione specifica della sovranità: una sovranità, per così dire, digitale.

Il tema che emerge, quando si parla di informazione, è quello della metamorfosi del potere economico-tecnologico in libertà civile, di osmosi, contaminazioni e manipolazioni, difficilmente distinte e distinguibili.

Le piattaforme invocano la neutralità, speculari alla ipocrisia della c.d. neutralità della tecnica nei processi di formazione della decisione, della loro attività per ottenere la massima protezione garantita dalla libertà di espressione¹⁷, che tende a diventare un grimaldello tale da influenzare e interrelare libertà civili, economiche e sociali. Tuttavia, la loro posizione di dominanza, su più mercati tra loro collegati, lascia intendere la complessità del fenomeno e le potenzialità derivanti da una maggiore e necessaria

¹¹ "Whatever the era or the method of communication, a meaningful difference remains between content you choose to consume and content that advertisers pay to put in front of you" così G.M. PARSONS, *Fighting for Attention: Democracy, Free Speech, and the Marketplace of Ideas*, in *University of Minnesota Law School*, 2020, p. 2217.

¹² Sulla natura apparente della disintermediazione in rete M. MANETTI, *Internet e i nuovi pericoli per la libertà di informazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2023, pp. 523 ss., spec. p. 527.

¹³ Agcom, *Relazione annuale 2023 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro*, 2023: "i motori di ricerca, i social network e le piattaforme di condivisione di video gestiti dai grandi *player* globali costituiscono veri e propri *gatekeeper* di accesso all'informazione in rete, per i cittadini e per gli editori online, i cui obiettivi di diffusione dipendono in maniera rilevante dalle piattaforme" (p. 71). In tema: C. CARUSO, *Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2023, p. 547; M. BETZU, *I baroni del digitale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, pp. 40 ss.; F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022, spec. capitolo I; E. LAIDLAW, *Private Power, Public Interest: An Examination of Search Engine Accountability*, in *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 17, n. 1/2008. O. LOBEL, *The Law of the Platform*, in *137 Minnesota Law Review*, 2016, p. 94.

¹⁴ A. DAVOLA, M. MONTI, *Disinformazione e Manipolazione del mercato: instabilità e disciplina dei mercati finanziari al tempo della rete*, in *Federalismi.it*, n. 9/2023, p. 39.

¹⁵ J.M. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, in *Harvard Law Review*, Vol. 127, 2014, p. 2296.

¹⁶ F. DE BORTOLI, *Le Big Tech più potenti degli Stati*, in *Il corriere della sera*, 21 luglio 2024.

¹⁷ M. MANETTI, *Regolare Internet*, in *MediaLaws*, n. 2/2020, p. 43.

riflessione sul ruolo dell'economia sociale di mercato dell'art. 3, par. 3 TUE e, in particolare, dell'intervento pubblico nell'economia¹⁸. Insomma, qual è il ruolo dei soggetti pubblici, qual è la loro capacità di incidere sui processi, in armonia con i principi fondativi del costituzionalismo democratico? Perché questo è il punto nodale sul quale interrogarsi.

Insomma, le risposte da mettere in campo, se vogliamo conservare la postura del costituzionalismo democratico, imperniato sulla teoria dei limiti al potere, devono essere tese a salvaguardare e coinvolgere le categorie giuridiche classiche, muovendoci, senza pulsioni neo-conservatrici, nel senso della tradizione¹⁹.

Mi sembra evidente, che ci troviamo in presenza di categorie classiche che risultano stressate dalle caotiche relazioni tra i nuovi mezzi di comunicazione, gli assetti imprenditoriali e le soggettività politiche, in plurime dimensioni organizzative, intese sia come espressione dello Stato-apparato, che come Stato comunità. Incertezza che, *comme d'habitude*, provoca ripercussioni soprattutto sulle soggettività deboli.

Dunque, le categorie giuridiche classiche sono coinvolte, sottoposte a tensione, soprattutto perché lo spazio nel quale si svolgono i fatti – molto ampio, difficile da definire e, soprattutto, da perimetrare – eccede quello di produzione e tutela giuridica dello Stato.

In sostanza, in presenza di processi che vanno ben oltre gli ordinamenti giuridici statuali, anche nelle loro proiezioni sovranazionali e internazionali, occorre riflettere su quale sia il posto da assegnare al sistema delle fonti normative²⁰, nelle sue plurime dimensioni, e se esso possa continuare a regolare i rapporti tra Autorità e libertà.

È necessario interrogarsi su quanto il costituzionalismo democratico, sorto sulla base della fissazione di limiti all'esercizio del potere, e del controllo del diritto sulla politica, sia in grado, oggi, di svolgere il proprio ruolo rispetto a processi di concentrazione dominante dei poteri, prevalentemente di natura privatistica.

Un primo passo verso tale direzione, prova a venire dall'Unione europea²¹, che ha avviato una riflessione sul ruolo che la stessa può svolgere nella mediazione tra innovazione e tutela dei diritti, tra *lex mercatoria* e protezione giuridica di tipo eteronomo²². L'Unione è intervenuta, accusata inopinatamente di contribuire alla *over regulation*, proprio sui “fallimenti” dell'autoregolazione²³ nel settore dell'informazione

¹⁸ A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in ID. (a cura di), *Nuovi scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023, pp. 139 ss.

¹⁹ A. LUCARELLI, *Tradition and Revolution. Law in action*, Lausanne, Peter Lang, 2024, *passim*.

²⁰ In tema A. POGGI, *Lavoro, persona e tecnologia: riflessioni attorno alle garanzie e ai diritti costituzionali nella rivoluzione digitale*, in *Federalismi.it*, n. 9/2022, p. IX.

²¹ Sul ruolo dell'Unione come *global regulator* dell'innovazione digitale C. PINELLI, *L'evoluzione della normativa dell'Unione europea*, in ID., U. RUFFOLO (a cura di), *I diritti nelle piattaforme*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 13 ss.; e C. PINELLI, *Poteri e diritti nelle piattaforme. Problemi di una prospettiva costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2024, p. 453.

²² A. LAMBERTI, *L'ambiente digitale: una sfida per il diritto costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022, pp. 435 ss.

²³ A questa categoria sono ascrivibili i due *Codici di buone pratiche sulla disinformazione* del 2018 e del 2022 (*2018 Code of Practice on Disinformation*, online all'indirizzo: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/2018-code-practice-disinformation>; e *The Strengthened Code of Practice on Disinformation 2022*, disponibile qui: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/2022-strengthened-code-practice-disinformation>), adottati, rispettivamente, sulla base delle Comunicazioni della Commissione europea: *Tackling online*

rispetto alla concorrenza e ai diritti. Insomma, finalmente sono stati accesi i motori di quello che da anni proviamo a definire diritto pubblico europeo dell'economia²⁴, quel diritto UE che prova a uscire dalla strette maglie poste dagli Ordoliberali.

Si è da poco aperta, nel segno auspicato, una stagione di riforme²⁵ che va analizzata in relazione alla capacità di regolare fenomeni che riguardano la *global area*, nella sua complessità spaziale, giuridica, economica, sociale²⁶.

Parte della dottrina²⁷ sostiene che la recente produzione normativa UE²⁸ sia inadeguata e, soprattutto, sia mossa da una furia regolatrice, ostativa all'affermazione economica delle soggettività private. Rispetto a queste affermazioni, il mondo ordoliberalo apparirebbe, per paradosso, molto interventista! Questi postulati, però, si muovono nei grumi del più avanzato neo-liberismo.

Piuttosto, ricordiamoci che le nuove norme, soprattutto euro-unitarie, per una espansione democratica delle libertà civili, sono mosse dal timore di uno sviluppo dei poteri privati di dimensioni ben superiori a molti Stati; dalla paura che questi nuovi poteri si comportino come veri e propri governi, senza rendere conto a nessuno²⁹; dal pericolo delle intrusioni sia nella vita privata dei singoli, sia nelle opinioni pubbliche nazionali.

Le norme sovranazionali mirerebbero a proteggere i diritti fondamentali e i valori costituzionali, quale per esempio la *privacy* e la concorrenza, dirette a stabilire la responsabilità di produttori e utilizzatori, l'applicazione di regole *antitrust* e l'introduzione di autorizzazioni e licenze. Insomma, politiche di *government* piuttosto che di *governance*.

disinformation: a European Approach, COM(2018) 236 final, 26.4.2018 (online all'indirizzo: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018DC0236>); *Guidance on Strengthening the Code of Practice on Disinformation*, (COM(2021) 262 final), 26.5.2021 (disponibile qui: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/guidance-strengthening-code-practice-disinformation>).

²⁴ A. LUCARELLI, *Per un diritto pubblico europeo dell'economia. Fondamenti giuridici*, in E. CASTORINA, A. LUCARELLI, D. MONE (a cura di), *Il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2016.

²⁵ Il riferimento è al *Digital services package* che si compone di due principali atti: il Regolamento (UE) 2022/2065 del 19 ottobre relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (Regolamento sui servizi digitali); il Regolamento (UE) 2022/1925 del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regolamento sui mercati digitali). Vanno poi considerati anche il Regolamento (UE) 2022/868 del 30 maggio 2022 relativo alla *governance* europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla *governance* dei dati); e il Regolamento (UE) 2024/1689 del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

²⁶ La relazione di M. DRAGHI, *The future of European competitiveness*, settembre 2024, disponibile qui: https://commission.europa.eu/topics/strengthening-european-competitiveness/eu-competitiveness-looking-ahead_en#paragraph_47059, mette in evidenza il fatto che il modello produttivo deve andare di pari passo con quello sociale: “Europe’s fundamental values are prosperity, equity, freedom, peace and democracy in a sustainable environment. The EU exists to ensure that Europeans can always benefit from these fundamental rights. If Europe can no longer provide them to its people – or has to trade off one against the other – it will have lost its reason for being. The only way to meet this challenge is to grow and become more productive, preserving our values of equity and social inclusion. And the only way to become more productive is for Europe to radically change” (p. 1).

²⁷ S. CASSESE, *Digitale, i giganti e gli Stati*, in *Il corriere della sera*, 17 aprile 2024, che richiama a più riprese L. TORCHIA, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Il Mulino*, n. 1/2024, p. 31, la quale afferma “siamo di fronte a un passaggio da un mondo digitale libero e sregolato a un mondo che richiede sempre più regole pubbliche e private”. Ancora sul tema della crisi tra economia globale e istituzioni nazionali S. CASSESE, *Il mondo rotto*, in *Il foglio*, 3 agosto 2024.

²⁸ Vedi nota n. 25.

²⁹ Sul tema del rapporto tra ordinamento statale e mercato F. POLITI, *Note sul rapporto tra ordine giuridico e mercato*, in AA.VV., *Scritti in onore di Pietro Ciarlo - III Tomi Indivisibili*, vol. III, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022, pp. 1879 ss.

Ma tutto ciò è sufficiente a spostare l'asse dal neo-liberismo selvaggio, così tanto evocato, per paura della *over regulation*, al rassicurante alveo della famiglia liberal-democratica? Certo, il rischio è che si riveli inadeguato il tentativo di riportare nell'ordinamento sovranazionale un tema che si muove lungo uno spazio di cd. *global area*, nel quale troviamo *global law*, *global politics and global economy*.

Ma, allora, rispetto a questa complessità e a queste paventate inadeguatezze ordinamentali, è sufficiente dire che il fenomeno delle piattaforme è universale e richiede, dunque, risposte diverse? Secondo me no. È un pensiero debole, orientato e mosso evidentemente da principi del peggiore mercantilismo neo-liberale.

Certo, l'intervento ordinamentale, anche euro-unitario presenterebbe alcune criticità: 1. la difficoltà regolatoria di sottoporre un fenomeno globale a discipline regionali, come quella europea o nazionale; 2. una regolazione parziale ad *arlecchino*; 3. il tecno-nazionalismo e la frammentazione della rete; 4. la persistenza delle c.d. zone grigie, prive di regolamentazione; 5. il pericolo che l'azione di una regolazione europea finisca per sabotare lo sviluppo dell'industria digitale.

Sono questioni e scenari ovviamente da monitorare e valutare con prudenza e che si muovono in una logica di regolazione unionale, in contrapposizione a chi ritiene³⁰ che occorrerebbe ragionare prevalentemente su un modello globale, sul tipo di quello che fu agli albori di Internet³¹: l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)*; una *non profit Corporation* che in questi anni ha operato da regolatore globale, assicurando uno sviluppo della rete.

L'idea di fondo di tali orientamenti neo-liberisti, in contrasto ai fitti e complessi processi di regolazione di derivazione pubblicistica, è quella di lasciare la regolazione nelle mani dei c.d. *stakeholders*, piuttosto che in quelle di organismi pubblici; insomma, la sintesi di chi sostiene tale modello è che sarebbe meglio avere un regolatore privato globale.

Certo quello che occorre è una regolazione che sia: quanto più possibile di livello globale, tale da evitare la frammentazione e, al tempo stesso, partecipata con il necessario, ma controllato, ruolo degli *stakeholders*; altresì, occorre una regolazione euro-unitaria e, laddove possibile, statutale, seppur in forma applicativa, tale da costituire un ulteriore base per lo sviluppo e la fruibilità ed accessibilità democratica delle tecnologie.

C'è un problema di ordinamenti e di spazio da regolare, ma il tema centrale resta la natura giuridica dei soggetti che esercitano la regolazione, oltre a quella della regolazione medesima³².

³⁰ Così S. CASSESE, *Stato e globalizzazione: chi vince e chi perde?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2024, pp. 529 ss.; L. CASINI, *Il futuro dello Stato (digitale)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2024, pp. 431 ss.; T. E. FROSINI, *L'ordine giuridico del digitale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2024, pp. 377 ss.; ID., *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, n. 3/2020, pp. 465 ss.

³¹ Sul cui funzionamento P. COSTANZO, *La regolazione della Rete tra libertà di navigazione ed uso sicuro delle tecnologie telecommunicative (Safer Internet)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, Jovene, 2009, pp. 963 ss.

³² Sul tema S. STAIANO, *Stato, spazio, tempo*, in *Rivista AIC*, n. 4/2023, spec. p. 130 ss.

La preoccupazione che una legislazione “locale” si riveli inadatta a limitare poteri “globali” va sì considerata, ma non può essere risolta tornando al modello libertario, a vocazione privatistica, che ha trovato applicazione sin dagli albori di internet e ha dato cattiva prova di sé: essa, infatti, non ha impedito che l’iniezione di interessi economici in rete si tramutasse nell’attuale conformazione oligopolistica.

La fase delle opportunità³³ ha assicurato l’accesso alla Rete di quanti più utenti possibili e il sostegno alla digitalizzazione sia pubblica che privata, nell’idea che la rete avrebbe consentito di sviluppare nella massima misura possibile la libera circolazione delle idee³⁴. Tuttavia, sono state proprio tali condizioni a favorire la raccolta e l’elaborazione di numeri significativi di dati da parte delle piattaforme, che li hanno utilizzati successivamente per ridefinire la propria posizione nel mercato. Sembra dunque che la priorità per i colossi delle piattaforme non era quella di ampliare i canali di manifestazione della libertà di pensiero, quanto piuttosto quello di consolidare e espandere la posizione di dominio di natura commerciale, in modo tale da influenzare la sfera politica³⁵.

Nello spazio giuridico globale, in altri termini, l’emersione delle *Big Tech* deve essere anzitutto inquadrata, non come un mero fatto di natura occasionale, bensì come “l’esito dell’applicazione di normative nazionali (soprattutto statunitensi), internazionali e di numerose Autorità garanti. Se si dimentica questo aspetto, si rischia di perdere di vista la profondità del fenomeno e non si tiene nel debito conto il ruolo di primissimo piano svolto dalle istituzioni statali nel prevedere e mantenere una architettura della Rete nella quale le *tech companies* hanno potuto prosperare”³⁶.

Rispetto all’argomento del *trade off* tra spazio economico globale e attori regolatori locali, devono essere messi in luce due elementi idonei a ridimensionare in parte il problema: il cd. *Brussels effect*³⁷ e l’ambito di applicazione extraterritoriale dei regolamenti europei. Quanto al primo, sebbene sia utile precisare che si tratta di un fenomeno a cui guardare con cautela, esso rivela l’attitudine dei Regolamenti dell’Unione a influenzare la regolazione dei Paesi terzi³⁸ o la realizzazione di prodotti da parte delle imprese non stabilite nel territorio dell’Unione europea rispettosi della disciplina UE, al fine di introdurli e commercializzarli nel mercato europeo. Il cd. *de facto Brussels Effect* è, a sua volta, promosso proprio dalla possibilità che taluni regolamenti si applichino anche alle imprese stabilite nei Paesi terzi. Così, ad esempio, stabilisce l’art. 3 del Regolamento UE n. 679/2016 quando le attività di trattamento dei dati riguardano

³³ M. PIETRANGELO, *Spazio digitale e modelli di regolazione*, in *Consulta Online*, n. 3/2023, p. 938.

³⁴ M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”*. *Spunti di comparazione*, in *Rivista Italiana di informatica e diritto*, n. 2/2021, p. 44.

³⁵ Sulla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali in rete sottomessa alle logiche del mercato cfr. G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2011, p. 3.

³⁶ M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, n. 2/2021, p. 170.

³⁷ A. BRADFORD, *Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

³⁸ Un esempio è dato dall’adozione del California Consumer Privacy Act (CCPA) - Assembly Bill No. 375, 28 giugno 2018, ispirato dal Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati). Per un approfondimento: S. GUNST, F. DE VILLE, *The Brussels Effect: How the GDPR Conquered Silicon Valley*, in *European Foreign Affairs Review* 26, n. 3/2021, pp. 437 ss.

beni e servizi ai suddetti interessati nell'Unione, oppure quando il trattamento dei dati ha luogo nell'Unione.

Similmente, l'art. 2 Regolamento UE n. 2065/2022 si applica ai servizi intermediari offerti a destinatari il cui luogo di stabilimento si trova nell'Unione, indipendentemente dal luogo di stabilimento dei prestatori di tali servizi intermediari. Obbligo analogo si trova all'art. 1 Regolamento UE n. 1925/2022 e all'art. 2 Regolamento UE n. 1689/2024³⁹.

Insomma, una grande tensione dell'ordinamento euro-unitario, attraverso soggettività di diritto pubblico, atte ad assumere, mediante la sua spinta regolatoria, un posizionamento globale.

In questo contesto, la tesi del regolatore privato globale, per quanto suggestiva nella sua evocazione di *global law*, appare distonica rispetto ai valori del costituzionalismo democratico, semplifica la complessità, rinviando ai soggetti portatori di interessi economici la responsabilità di regolazione, marginalizzando del tutto il ruolo delle istituzioni pubbliche, e in senso più ampio, delle soggettività politiche.

Si configura una *devolution* di responsabilità pubbliche, che va ben oltre il rapporto tra *government* e *governance*, ben oltre le tensioni tra *hard law* e *soft law*, ponendosi in una area anarco-liberista, dove dietro al monopolio regolatorio dei privati, in realtà possono nascondersi interessi dominanti e rapporti di forza.

In questo modello, non si configurerebbe la tensione naturale tra assetti imprenditoriali e soggettività pubbliche, o meglio le soggettività pubbliche, nelle plurime forme, possono intrecciarsi con le prime, generando una politica prodotta da una contaminazione di interessi anche contingenti, al di fuori di principi e valori di rango costituzionale.

La democrazia liberale non va fraintesa con assetti e proiezioni anarchiche, piuttosto va orientata nella giusta relazione tra diritti e doveri, nell'ambito di una cornice di norme poste dal decisore politico, che sia in grado di coinvolgere, in una visione plurale, le differenti sensibilità politiche, nel rispetto delle libertà individuali dei cittadini⁴⁰.

Il punto centrale, al di là degli effetti positivi dello sviluppo delle tecnologie, e dell'ampliamento dei mezzi di manifestazione del pensiero, resta come scongiurare il rischio che siano gli assetti imprenditoriali, nelle più varie forme, a trasformare e governare i processi.

Come potrà essere valutata l'espansione delle libertà civili, all'interno di un modello fondato sulla concentrazione del potere e soprattutto espressione di interessi economici e lobbistici?

2. La governance della global area: complessità e incertezze tra spazi, strumenti e obiettivi

³⁹ Regolamento (UE) 2024/1689 del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, cit.

⁴⁰ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2006, p. 1667. Recentemente M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e Antitrust*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2021, p. 746.

Le piattaforme svolgono un ruolo chiave nella *global area*: consentono l'accesso e la consegna delle informazioni nel mondo *online*, con una evidente capacità d'incidenza sia sulle libertà civili, che su quelle politiche. Attraverso quest'attività di collegamento tra il fornitore (*provider*) e l'utente, l'attività di intermediazione della rete ha consentito alle piattaforme di diventare custodi, e in taluni casi, *gatekeeper* dell'informazione e della comunicazione⁴¹. Esse, oltre a collegare produttori e fruitori dell'informazione "con i loro algoritmi, danno ordine alle informazioni. La rete è aperta ma solo pochi soggetti (come Google e Facebook, e poi Twitter, YouTube, Instagram) hanno *le chiavi dei cancelli* da cui passa l'informazione"⁴².

Il tema di fondo è, dunque, governare con principi, regole e sanzioni una *global area*, nella quale nuovi mezzi di comunicazione, assetti imprenditoriali, soggettività politiche, libertà collettive e individuali non rischiano di essere assorbite in un *Leviatano* dominante senza contrappesi, o semplicemente che ambisca a esserlo. Si è in presenza di soggettività *oriented market* che hanno quale obiettivo principale i profitti, disposti anche ad aprire le porte della giungla agli adolescenti.

Nella *global area* si muovono, da una parte, soggetti economici di natura imprenditoriale, fortemente orientati politicamente secondo le contingenti opportunità, e, dall'altra parte, cittadini e istituzioni, le cui attività sono, a vario modo, incise da beni immateriali (ovviamente l'informazione nelle sue diverse declinazioni).

All'interno della *global area*, i diritti fondamentali tendono a collocarsi in arene *strutturalmente private*, ma *funzionalmente pubbliche*. L'immagine del triangolo⁴³ coglie efficacemente la complessità di questa nuova relazione, che non si esaurisce più nella dinamica autorità – libertà: nel XXI secolo la libertà di parola è esercitata attraverso le infrastrutture private della comunicazione digitale, composte prevalentemente da piattaforme, con le quali si instaura, di fatto, un rapporto di tipo verticale.

Alcuni casi fanno luce su tale complessità.

Il più noto è quello di *Cambridge Analytica*, una società specializzata nella raccolta di *big data* e delle c.d. campagne di marketing. Essa ha calato l'*expertise* del *microtargeting* pubblicitario all'interno dei processi elettorali per influenzarne così gli esiti. In particolare, come è noto, l'interferenza nelle campagne elettorali presidenziale negli Stati Uniti nel 2016 e, nello stesso anno, per il referendum sulla Brexit, avvenuta con l'utilizzo dei dati di 87 milioni di utenti ottenuti da operazioni di natura commerciale e dai *social network*

⁴¹ E. LAIDLAW, *Private Power, Public Interest: An Examination of Search Engine Accountability*, in *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 17, n. 1/2008. Similmente si consideri il potere economico delle piattaforme, anch'esso sviluppatosi con simili modalità: "a platform company is launched as an online intermediary between buyers and sellers of goods and services—the ancient role of the middleman—enhanced with the modern power afforded by cloud computing, algorithmic matching, pervasive wireless Internet access, scaled user-networks, and near-universal customer ownership of smartphones and tablets", così O. LOBEL, *The Law of the Platform*, in *137 Minnesota Law Review*, 2016, p. 94; C. CARUSO, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network*, in *Liber amicorum Pasquale Costanzo, Consulta online*, 2020.

⁴² G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Media Laws*, n. 1/2018, p. 23.

⁴³ Com'è noto elaborata da J. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, cit., pp. 2296 ss.

(come Facebook), ha, con molta probabilità, determinato le rispettive vittorie, specialmente nei collegi più incerti, di Donald Trump e del “*leave*”.

Quindi due soggetti privati, le società *Cambridge Analytica* e *Facebook*, hanno utilizzato informazioni e contenuti riservati, presi dalla piattaforma, per incidere sull’esercizio di diritti politici, attraverso veri e propri processi di manipolazione. Sono entrati nella vita delle persone, nei loro gusti, nelle loro abitudini, nel loro modo di concepire la società, al fine di porre in essere una proposta in grado di captare il consenso⁴⁴.

La “propaganda computazionale”⁴⁵ si avvale non solo di strumenti di manipolazione online⁴⁶, ma anche di *bot* e account falsi che generano disinformazione, *fake news* e *deep fake*. Tutti questi strumenti contribuiscono a generare bolle informative, dove le persone si confrontano con informazioni personalizzate, che rafforzano le opinioni preesistenti, e con notizie tendenziose. Le piattaforme privilegiano contenuti che generano interazione e attenzione continue; pertanto, attraverso gli algoritmi mostrano agli utenti quei contenuti che confermano i loro pregiudizi. Come ad esempio i contenuti della campagna elettorale del partito tedesco di estrema destra Alternative für Deutschland (AfD).

Alle elezioni dei Länder della Germania orientale del 1° settembre 2024, il partito AfD ha ottenuto il 30% dei voti – un consenso così alto non era mai registrato finora – mettendo al centro della comunicazione politica la retorica anti-immigrazione, ambientalista e la fine della guerra in Ucraina. Tra le notizie *fake* ci sono quella sul piano della “re-migrazione” degli immigranti non integrati o quelle sul negazionismo ambientale⁴⁷.

Le ricadute di questa informazione così frammentata sull’opinione pubblica sono di varia natura: il processo di autodeterminazione informazionale si priva del confronto dialettico con l’opinione contraria, si alimentano fenomeni di sfiducia dei cittadini verso le istituzioni e i contesti di discussione tendono a creare polarizzazione e incomunicabilità tra gruppi⁴⁸.

In questo problematico contesto, la diffusione della nuova frontiera dell’intelligenza artificiale di tipo generativo (come Chat GPT o Gemini) favorisce e facilita la creazione di contenuti radicalmente falsi che alimentano il circuito vizioso descritto⁴⁹.

La relazione tra elezioni, intelligenza artificiale, disinformazione e *deep fake* ha raggiunto un livello altissimo nell’attuale campagna presidenziale statunitense del 2024. Il 21 gennaio 2024 migliaia di elettori del New Hampshire hanno ricevuto un messaggio telefonico con la voce molto simile a quella del

⁴⁴ C. COLAPIETRO, *Libera manifestazione del pensiero, fake news e privacy, oggi*, in *Diritti fondamentali*, n. 2/2022, p. 422 ss.

⁴⁵ Ossia il fenomeno che descrive la combinazione di piattaforme, algoritmi e *big data* nella comunicazione e nell’informazione politica con lo scopo di manipolare l’opinione pubblica. Il tema è indagato da S.C. WOOLLEY, P.N. HOWARD (ed.), *Computational Propaganda: Political Parties, Politicians, and Political Manipulation on Social Media*, Oxford, Oxford University Press 2018.

⁴⁶ S.B. SPENCER, *The Problem of Online Manipulation*, in *University of Illinois Law Review*, n. 3/2020.

⁴⁷ M. GABANELLI, M. GERGOLET, *Estrema destra, il pieno di voti in Germania. Ecco come inganna gli elettori*, in *Il corriere della sera*, 30 settembre 2024.

⁴⁸ C.R. SUNSTEIN, *#republic. La democrazia nell’epoca dei social media*, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 79 ss.

⁴⁹ M. GAGGI, *L’intervista e l’attrazione fatale di Musk verso Trump*, in *Il corriere della sera*, 12 agosto 2024.

Presidente Biden, che suggeriva di non andare a votare alle primarie presidenziali perché ciò avrebbe impedito loro di votare alle elezioni generali di novembre⁵⁰.

Il 18 agosto 2024 il candidato alla carica di Presidente degli Stati Uniti Donald Trump, attraverso i suoi profili social, ha condiviso dall'account di un utente di X (ex Twitter) immagini create dall'intelligenza artificiale raffiguranti Taylor Swift che, vestita da zio Sam, incoraggia gli elettori a votare per lui.

Nello stesso giorno ha condiviso un'altra immagine falsa raffigurante un evento mai accaduto: Kamala Harris durante la *convention* democratica circondata da simboli e bandiere comuniste. Pochi giorni prima, il 15 agosto, sempre il candidato alla Presidenza Usa aveva condiviso un'altra *deep fake*, stavolta contenente un video in cui balla insieme a Elon Musk. Una strategia, quella della comunicazione politica fondata sulle *deep fake*, del resto già in uso dall'ex Presidente Usa, che nel 2019 all'indomani delle elezioni in Florida attraverso *youtube* aveva fatto circolare nella comunità latina un video (falso) in cui Maduro affermava di sostenere Biden.

Qui il sacro vessillo della libera informazione, dietro il quale si possono consumare le vicende più turpi, c'entra poco, e ancor meno il processo di formazione del pensiero politico; quello che interessa ai soggetti commerciali, che si muovono nelle piattaforme, è l'attività di profilazione dei cittadini per intercettare ed estrarre informazione e raggiungere il risultato che assume due direttrici: una commerciale, l'altra di influenza sulle scelte del decisore politico.

Captare le pulsioni dell'arena politica e sociale è *business*, difficile capire dove finisce la sfera commerciale e dove inizia quella politica; in ogni caso, da parte di questi soggetti, non vi è alcun interesse a contribuire a formare libere coscienze politiche, alimentando scambi d'informazione, ma piuttosto di manipolarle e strumentalizzarle.

L'intreccio inestricabile tra mezzi e finalità, sia commerciali che politici, è la caratteristica prevalente delle campagne elettorali che si svolgono prevalentemente attraverso le piattaforme.

Da una parte, la libertà di manifestazione del pensiero, la cui stratificazione contribuisce alla formazione di contenuti captati ed estrapolati, dall'altra, la violazione della *privacy* e la manipolazione dell'esercizio dei diritti politici di milioni di cittadini, in un quadro caratterizzato, sempre più, dalla concentrazione del potere da parte di soggetti dominanti nel mercato dei nuovi mezzi di comunicazione.

Tra i servizi offerti dalle piattaforme non vi sono solo quelli che in cambio dell'esercizio del diritto alla libertà di espressione e della diffusione dell'informazione invadono la *privacy* e l'autodeterminazione, ma anche la moderazione dei contenuti. È questa un'attività caratterizzante le piattaforme poiché, a differenza dei vecchi operatori telefonici, esse non hanno un atteggiamento neutrale rispetto ai contenuti veicolati, bensì li organizzano, ne determinano la visibilità e, infine, la rimozione⁵¹.

⁵⁰ *Company that sent fake Biden robocalls in New Hampshire agrees to \$1m fine*, in *The Guardian*, 22 August 2024.

⁵¹ J.M. BALKIN, *To Reform Social Media, Reform Informational Capitalism*, in L.C. BOLLINGER, G.R. STONE (a cura di), *Social Media, Freedom of Speech, and the Future of our Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2022, p. 111.

Il risultato è che di fatto le piattaforme hanno potuto operare discrezionalmente delle vere e proprie forme di censura⁵², basate sulle proprie condizioni di servizio (che nessun cittadino ha la possibilità di “contrattare”), così minando la libertà di espressione costituzionalmente garantita. Le attività di moderazione e censura sono centrali affinché le piattaforme instaurino un rapporto di fiducia con gli utenti, quotidianamente esposti alla disinformazione e a discorsi violenti.

In questo modo le piattaforme creano “un ambiente favorevole per le persone”⁵³. In aggiunta, si consideri che il diritto alla manifestazione del pensiero non solo nel mondo virtuale incontra forme di censura assenti nel mondo analogico, ma addirittura essa varia da piattaforma a piattaforma. Infatti, ogni *social media* ha una propria *policy* di servizio e *standard* di *community*, dunque nulla impedirebbe che un contenuto che circola su Meta (ex Facebook), sia censurato su X (ex Twitter) o Youtube, e viceversa. Così come, il cambio di vertice di una piattaforma può orientare una nuova *policy* sulla circolazione dei contenuti, come appunto è accaduto su X.

Le piattaforme svolgono la *content moderation* in due momenti. Il primo è in corrispondenza del caricamento del contenuto sulla piattaforma, in questa fase un sistema di intelligenza artificiale verificherà che i contenuti non siano lesivi della sua *policy*. Trattandosi di un’attività completamente automatizzata è frequente che gli esiti siano discriminatori e poco inclusivi verso le minoranze.

È stata, infatti, dimostrata la presenza congenita di difetti in qualsiasi attività predittiva, che riflette i pregiudizi e le discriminazioni del passato nel futuro, in altri termini generando quel fenomeno di *bias in, bias out*⁵⁴.

È il caso, ad esempio, dei *tweet* provenienti da membri della comunità LGBTQ+, che vergognosamente sono sottoposti a maggiore censura dei *tweet* dei suprematisti bianchi statunitensi. Questo risultato può dipendere da due fattori: il sistema di intelligenza è stato addestrato prevalentemente con dati della maggioranza della popolazione, anziché delle minoranze, e l’incapacità dell’IA di leggere il contesto per cui contenuti inclusivi sono considerati “negativi per la semplice presenza di termini come ‘gay’”⁵⁵. Il secondo controllo interviene sulla rimozione di contenuti già pubblicati e viene svolto sia dall’IA che dai moderatori, ossia persone che si occupano di verificare le segnalazioni provenienti dagli utenti⁵⁶. L’attività di rimozione dei contenuti è fortemente pericolosa per almeno tre ragioni: si tratta della più capillare ed estesa forma di censura mai realizzata⁵⁷; è esercitata da attori privati per il loro profitto (l’aumento delle interazioni sulla piattaforma); non è un’attività neutrale, tramite essa la piattaforma può

⁵² 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. 1/2019, pp. 35 ss.

⁵³ M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms*, cit., p. 37.

⁵⁴ S.G. MAYSON, *Bias in, bias out*, in *The Yale Law Journal*, 2019, pp. 2218 ss.

⁵⁵ P. DUNN, *Piattaforme digitali e moderazione dei contenuti d’odio: nodi giuridici e pratici*, in *Media Laws*, 3 maggio 2021,

⁵⁶ In tema M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms*, cit. p. 38 e M. BETZU, *I baroni del digitale*, cit. p. 62.

⁵⁷ T. WU, *Will Artificial Intelligence Eat the Law? The Rise of Hybrid Social-Ordering Systems*, in *119 Colum. L. Rev.* 2001, 2019, p. 2022.

decidere di supportare un movimento politico e di oscurarne altri: emblematica è la rimozione dei discorsi di supporto al PKK⁵⁸.

Per rendere più accettabile l'attività di rimozione dei contenuti dalle piattaforme, Facebook, in una visione autoregolativa, ha istituito un Comitato di controllo delle decisioni – il Facebook's Oversight Board⁵⁹ – che rappresenta una struttura: “almost like a Supreme Court, that is made up of independent folks who don't work for Facebook, who ultimately make the final judgment call on what should be acceptable speech in a community that reflects the social norms and values of people all around the world”⁶⁰.

Scopo del Board è proteggere la libertà di espressione. Il Board funge da “tribunale” delle decisioni sulla *content moderation* e interviene a sua volta con decisioni motivate “di appello”. La sua *governance* – si legge nel sito – assicura decisioni indipendenti. Nell'Oversight Board Charter⁶¹ è stabilito che l'attività di moderazione è svolta in aderenza “with Meta's content policies and values. (...) When reviewing decisions, the board will pay particular attention to the impact of removing content in light of human rights norms protecting free expression”.

Sebbene la dottrina⁶² abbia rilevato che nel suo concreto operare il Board rispetti gli: “standard giuridici internazionali, quali quelli delineati dalla Convenzione internazionale sui Diritti Civili e Politici o dalle varie raccomandazioni del Consiglio dell'ONU per i Diritti Umani o dal Relatore speciale per la promozione e protezione della libertà di opinione ed espressione” e “segue la sistematicità adottata da una delle più importanti Corti internazionali, ovvero la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in particolare in quelle sue pronunce che fanno riferimento alle decisioni in materia di diritti di libertà”, non si possono non esprimere preoccupazioni sulla quota di potere sottratto allo Stato. *In primis*, quello di bilanciare, nel caso concreto, il confine tra libertà di parola e i suoi limiti e *in secundis* la legittimazione di una Corte a tutti gli effetti “ottriata”⁶³.

Al tempo stesso, non vanno trascurati i rilievi critici che pure si possono muovere verso gli Stati che tentano di regolare singoli aspetti delle piattaforme, nel tentativo di riappropriarsi, anche sotto pressione corporativa e lobbistica, di quote di sovranità, ma con esiti poco chiari per la tutela dei diritti.

Rientrano in questo paradigma, sia le normative nazionali, che talvolta non si raccordano alla dimensione eurounitaria, che intervengono a limitare i contenuti della libertà di espressione *sulle*

⁵⁸ M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms*, cit. p. 38 e F. PARUZZO, *I sovrani della rete*, cit., p. 83: “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're already failed’, 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’”.

⁵⁹ Ne approfondiscono il funzionamento G. CERRINA FERONI, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche*, in <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9542545>, 2021; S. SANTORIELLO, *Il Meta-diritto dell'oversight board*, in *Rivista di Digital Politics*, nn. 1-2/2022, pp. 285 ss.

⁶⁰ Mark Zuckerberg on Facebook's hardest year, and what comes next, in *Vox*, 2 aprile 2018.

⁶¹ Disponibile qui: https://www.oversightboard.com/wp-content/uploads/2024/03/OB_Charter_March_2024.pdf.

⁶² M. BETZU, *I baroni del digitale*, cit., p. 74.

⁶³ M. BETZU, *I baroni del digitale*, cit., p. 74. Similmente, C. BOLOGNA, *Costituzione e partiti antisistema*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 151.

piattaforme, sia i provvedimenti giudiziari riguardanti la repressione degli illeciti e dei reati *delle* piattaforme. Anche in questo caso, il ricorso alla casistica è di supporto alla comprensione del ragionamento.

Dopo i fatti di Capitol Hill, e la sospensione degli *account social* di Donald Trump, gli Stati del Texas e della Florida hanno adottato due leggi⁶⁴ sui *social media* per impedire alle piattaforme di censurare gli *account* degli esponenti politici, con l'accusa alle *big tech* di rimuovere dai *social* le idee dei conservatori⁶⁵.

Poste quindi le preoccupazioni per un sistema di censura privato, altrettante ne emergono di fronte a leggi dello Stato che, per ragioni di consenso, e non per perseguimento di interessi generali, orientino, con visioni liberticide, le piattaforme.

La Corte Suprema, intervenuta sul caso⁶⁶, sembra cogliere proprio questo punto: simili interventi legislativi violano il I emendamento, il cui scopo è impedire che il governo interferisca con la libertà di espressione “(...) *in a preferred direction.*” *It is not by licensing the government to stop private actors from speaking as they wish and preferring some views over others. And that is so even when those actors possess “enviable vehicle[s]” for expression*⁶⁷.

Tra i casi di repressione delle piattaforme rientra l'arresto il 26 agosto 2024 in Francia del fondatore di Telegram Pavel Durov, in seguito all'avvio di un'indagine sui reati commessi sulla piattaforma stessa. La procura della Repubblica francese sta procedendo per vari capi d'accusa⁶⁸, tra cui: gestione di una piattaforma online per consentire transazioni illecite; rifiuto di comunicare, su richiesta delle autorità autorizzate, le informazioni o i documenti necessari per effettuare e utilizzare le intercettazioni autorizzate dalla legge, possesso di immagini pedopornografiche, e altro.

Telegram è una piattaforma che si pone a metà tra la messaggistica e un *social network* e sull'arresto del suo fondatore ci sono due ombre. Da un lato, che sia invisibile ai Governi per aver costruito una piattaforma anti-maggioritaria in cui la circolazione delle informazioni è massima, e dall'altro lato, l'appetibilità dei dati in suo possesso che, non sono protetti da un sistema di crittografia chiuso, potrebbero essere ceduti ad altri privati o a uno Stato, favorendo così il c.d. capitalismo della sorveglianza⁶⁹, nel quale la sicurezza diventa il super valore, tale da subordinare ad essa libertà civili e politiche.

⁶⁴ Florida, SB 7072 — *Social Media Platforms*; Texas, HB20 *Relating to censorship of or certain other interference with digital expression, including expression on social media platforms or through electronic mail messages.*

⁶⁵ *Florida Law Seeks to Rein In Large Social Media Companies*, in *Courthouse new service*, May 24, 2021.

⁶⁶ Florida, SB 7072 — *Social Media Platforms*; Texas, HB20 *Relating to censorship of or certain other interference with digital expression, including expression on social media platforms or through electronic mail messages.*

⁶⁷ *Moody v. NetChoice, LLC*, 603 U.S. (2024).

⁶⁸ Il provvedimento del Procureur de la République è disponibile qui: <https://www.tribunal-de-paris.justice.fr/sites/default/files/2024-08/2024-08-28%20-%20CP%20TELEGRAM%20mise%20en%20examen.pdf>

⁶⁹ B. CALDERINI, *Le mani della politica sulla crittografia: che c'è in ballo*, in *Agenda digitale*, 18 settembre 2024; F. BORDIGNON, *Telegram e l'uomo di mezzo*, pubblicato sui quotidiani NEM, 2 settembre 2024.

Di settembre 2024 è anche lo scontro tra Alexandre de Moraes, giudice del Supremo Tribunal Federal del Brasile, e Elon Musk riguardo alla piattaforma X. Il Tribunale con la pronuncia del 9 settembre ha bloccato X dopo che la piattaforma si è rifiutata di nominare un rappresentante legale nel Paese e di rimuovere contenuti che promuovevano disinformazione e retorica estremista. Nella decisione⁷⁰ si legge: “La libertà di espressione è costituzionalmente sancita e guidata dal binomio libertà e responsabilità, ovvero l’esercizio di tale diritto non può essere utilizzato come vero e proprio scudo protettivo per la pratica di attività illecite. La libertà di espressione non deve essere confusa con l’impunità per le aggressioni”.

Il blocco del *social network* si è esteso agli utenti brasiliani di X. La decisione è stata accolta in modo molto tiepido, perché si presta all’accusa diretta alla magistratura⁷¹ di voler estromettere dal dibattito politico i partiti di destra e di un’indebita repressione della libertà di parola di milioni di utenti brasiliani, in assenza di una normativa che ne consente la limitazione⁷².

Si evince, in definitiva, come il tema sottenda rapporti concreti di natura materiale, economica, giuridica, ma anche sociale e politica dall’alta rilevanza generale e pubblica, dove le soggettività pubbliche mostrano tutti i loro limiti. Ma c’è un dato comune: l’assenza di regolazione da parte di soggetti pubblici, da una parte lascia spazi indebiti a soggetti commerciali, dall’altra non impedisce azioni statali liberticide e strumentali⁷³.

Per trarre le fila del discorso, si possono esprimere almeno tre preoccupazioni dal punto di vista del costituzionalista: 1. come garantire che la regolazione degli Stati e soprattutto dell’Unione europea, essenziale per l’esercizio dei diritti connessi alla libertà di espressione sulle piattaforme – paradigmatico è il diritto all’oblio – non si trasformi in potere della sorveglianza o all’opposto di censura dell’opinione contraria alla maggioranza? 2. Come evitare che i meccanismi di autolegittimazione delle piattaforme, che possono solamente in via congiunturale esprimere forme di tutela dei cittadini, si sostituiscano al potere legislativo e giudiziario dello Stato? 3. Come far fronte alla concentrazione del potere *data driven*, sia esso pubblico che privato, e dal quale emergono nuovi limiti all’esercizio delle libertà costituzionali, specialmente dei diritti politici dei cittadini c.d. internauti?

3. Il diritto pubblico europeo dell’economia e la regolazione del settore digitale

⁷⁰ Primeira Turma, Julgamento: 09/09/2024, Publicação: 12/09/2024, disponibile qui: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=Twitter&sort=_score&sortBy=desc

⁷¹ *Brazil top judge accuses X of ‘willful’ circumvention of court-ordered block*, in *The Guardian*, 19 settembre 2024.

⁷² L. CONCEIÇÃO, M. AVELAR, *Story of a Death Foretold: The Suspension of X in Brazil and its Constitutional Implications*, in *VerfBlog*, 2024/9/13.

⁷³ Sulla complessità di questi fenomeni recentemente M. CALISE, *Se internet ruba lo scettro ai politici*, in *Il Mattino*, 7 ottobre 2024.

L'attività di regolazione, in assenza di un nitido indirizzo politico euro-unitario, si atteggia ad attività di *governance* e non di *gouvernement* (differenza non marginale). E allora, torna il tema di fondo, nell'ambito delle piattaforme, a quali principi e valori fondamentali si ispira l'Unione europea?

A me sembra che, fino a questo momento, nonostante le pulsioni neoliberaliste, magari anche occulte nella visione di mercato unico, l'attività di regolazione sia stata complessivamente assorbita dall'approccio ordoliberalista⁷⁴, in particolare, tra la pianificazione economica del mercato e la sua *deregulation*⁷⁵.

La tesi che qui si anticipa, e che si proverà a sviluppare nel corso della relazione, è che il diritto pubblico europeo dell'economia⁷⁶, nella sua naturale tensione con i principi ordoliberali, stia progressivamente, provando a guidare, in questi scenari frammentati di *forma di Stato europea*, la ricomposizione nell'*agorà* digitale del modello di mercato liberista o neo liberista con le istanze sociali orientate alla tutela dei diritti, per andare oltre la matrice originaria ordoliberalista.

Questo percorso riflette il carattere scomposto della forma di Stato dell'Unione ed è dunque ricostruibile nella stratificazione dei regolamenti, direttive, sentenze della Corte di giustizia e in atti di *soft law*⁷⁷. Inoltre, dal momento che il mercato digitale è una componente del mercato interno di cui all'art. 3, par. 3 TUE, replica anch'esso "una caratteristica fondamentale del diritto dell'Unione europea: la realizzazione progressiva"⁷⁸.

In effetti, lo sviluppo delle *Big Tech* nel mercato digitale ha trovato un *favor* non trascurabile nella disciplina *antitrust* e nelle sue autorità, che negli USA specialmente, sotto l'influenza della Scuola di Chicago, ha assecondato l'emergere di dinamiche che, sfuggendo al binomio "benessere del consumatore" ed "efficienza economica", hanno consentito la cristallizzazione di nuove forme di dinamiche anticompetitive⁷⁹.

Secondo l'idea portante della Scuola di Chicago "è la dinamica dei prezzi nel breve termine a rappresentare il vero criterio per discriminare tra operazioni/condotte anticompetitive e non: ove i prezzi

⁷⁴ E. LETTA, *Much more than a market. Speed, security, solidarity. Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU Citizens*, aprile 2024, disponibile qui: <https://www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf>. Nel suo rapporto, presentato in occasione del Consiglio europeo straordinario del 17 e 18 aprile 2024, Letta indica la necessità di dare vita a un nuovo mercato unico che dia centralità alla politica e ai cittadini: "This new framework must be able to protect the fundamental freedoms, based on a level playing field, while supporting the objective of establishing a dynamic and effective European industrial policy. To achieve these ambitious objectives, we need speed, we need scale, and above all we need sufficient financial resources" (p. 5).

⁷⁵ Sulla distinzione tra neoliberalismo e ordoliberalismo, e i punti di contatto tra Scuola di Vienna e di Friburgo, discuto in A. LUCARELLI, *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico dell'economia*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. spec. 1/2019, pp. 12 ss.

⁷⁶ A. LUCARELLI, *Per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in ID., *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. XXV.

⁷⁷ Si tratta a tutti gli effetti di un percorso più ampio che si inserisce nella progressiva affermazione della forma di Stato dell'Unione europea, avviatosi dopo il Trattato di Nizza e che a fasi alterne procede verso una risposta pubblica e solidale dell'Unione europea nel settore dell'economia. Sia consentito il rinvio a A. LUCARELLI, *Prefazione*, in ID. (a cura di), *Nuovi scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., pp. VIII ss.

⁷⁸ B. NASCIBENE, *Il Mercato Unico Digitale quale nuova frontiera dell'integrazione europea. Considerazioni introduttive*, in *Eurojus, Fascicolo speciale "Mercato Unico Digitale, dati personali e diritti fondamentali"*, 2020, p. 12.

⁷⁹ E. CREMONA, *Le piattaforme digitali come public utilities: perché non applicare alcuni principi di servizio pubblico?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2023, p. 468.

al consumo si riducano e non vi siano restrizioni nella produzione, il benessere del consumatore sarebbe soddisfatto, grazie ad una migliore efficienza allocativa”⁸⁰. Il punto di caduta è dato dal fatto che nel *cyberspazio* i dati hanno preso il posto dei “prezzi”, ciò ha contribuito (erroneamente) a ritenere che i servizi digitali fossero gratuiti, inducendo “prudenza nell’intervento del regolatore che, non ravvisando nella cessione dei dati personali un costo per il consumatore, ha per molto tempo ritenuto massimizzato il suo benessere finale”⁸¹.

Nell’Unione europea le ascendenze ordoliberali⁸² dell’economia sociale di mercato (art. 3, par. 3 TUE) hanno condotto a esiti parzialmente diversi. Qui, infatti, la scuola di Friburgo ha inteso realizzare un mercato che non si autoregola, ma che neppure vede la presenza di uno Stato pianificatore dell’economia, bensì suo regolatore, per raggiungere obiettivi di equità e giustizia.

Ma oggi forse vi sono tentativi regolamentari che tendono verso un modello, che sembrerebbe privilegiare non unicamente i compiti dello Stato regolatore, arbitro esterno dei processi, ma piuttosto, in taluni casi, interventore, laddove funzionale alla tutela effettiva dei diritti fondamentali. Vi sono tracce di quello che potremmo definire un processo di socializzazione della matrice ordolibérale.

Come è noto, la Scuola ordolibérale di Friburgo costruisce una teoria di diritto ed economia o di diritto dell’economia⁸³, dove il diritto, quale forma e strumento, interviene nei processi economici e quindi sulle libertà economiche e sociali dei cittadini, anche massicciamente, soprattutto per agevolare ed incentivare il libero mercato. Un modello nel quale lo Stato dev’essere forte per neutralizzare i monopoli, anche quelli relativi ai servizi pubblici essenziali, in un’ottica di accelerazione dei processi di liberalizzazione e privatizzazione per costruire le strutture, il quadro istituzionale e l’ordine nel quale l’economia funziona⁸⁴.

Si comprende, allora, come la dottrina ordolibérale rappresenti di fatto una variante al modello neoliberale. Infatti, l’*Ordnungspolitik* degli ordoliberali, pur prevedendo un intervento pubblico dell’economia, si fonda su finalità e obiettivi non distanti dal liberismo economico, ovvero la centralità del mercato e del consumatore, la riduzione degli spazi pubblici e i processi di privatizzazione. Insomma un complesso di regole, anche fitte, ma *oriented market*.

Secondo le teorie ordoliberali, contrariamente ai liberali classici, lo Stato deve ristabilire la concorrenza se essa non funziona, una visione, dunque, neoliberale fondata su un ordine di regole piuttosto che sul *laissez-faire* ispiratore del pensiero di von Mises e Hayek.

⁸⁰ O. GRANDINETTI, *Le piattaforme digitali come “poteri privati” e la censura online*, in *Rivista Italiana di informatica e diritto*, n. 1/2022, p. 176.

⁸¹ E. CREMONA, *L’erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021, p. 891. M. BETZU, *I baroni del digitale*, cit., p. 45, sottolinea il cortocircuito tra la legge *antitrust* di ispirazione liberale e le caratteristiche del mercato digitale delle idee.

⁸² A. LUCARELLI, *Le radici dell’Unione Europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell’economia*, in ID. (a cura di), *Nuovi scritti di diritto pubblico europeo dell’economia*, cit. pp. 1 ss.

⁸³ A. LUCARELLI, *Le radici dell’Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico dell’economia*, in ID. (a cura di), *Nuovi scritti di diritto pubblico europeo dell’economia*, cit. pp. 1 ss.

⁸⁴ A. LUCARELLI, *Scritti di Diritto Pubblico Europeo dell’economia*, cit., *passim*; ID., *Prefazione*, cit., pp. VII ss.

In estrema sintesi, si potrebbe dire che in Europa, si è assistito alla contrapposizione tra modello neoliberista, orientato al mercato puro, con la sua variabile temperata ordoliberal, e modello socialdemocratico, geloso delle conquiste dello Stato sociale. Un modello quello socialdemocratico, tuttavia, sempre più disposto ad inclinarsi verso l'economia sociale di mercato degli ordoliberali, il c.d. modello renano, disposto a “mettere sul mercato” servizi e beni pubblici, progressivamente teso a trasformare il cittadino in utente e/o consumatore, in una logica tipica del diritto privato e dell'affermazione dei diritti attraverso gli schemi propri del diritto mercantile⁸⁵.

Ecco, allora, che emergono le influenze che le teorie ordoliberali hanno avuto e possono continuare ad avere sul processo di regolazione delle piattaforme “nel mercato delle idee”⁸⁶.

Tuttavia, progressivamente, e questo è un passaggio molto significativo, sembrerebbe che non sia più solo la concorrenza, intesa come qualcosa di più dell'efficienza economica a venire in rilievo, quanto piuttosto anche l'art 3, par. 3 TUE, che combina economia sociale di mercato e principi socialdemocratici fondati su solidarietà e giustizia sociale.

Qui, infatti, sembrerebbe che lo spirito pubblico più antico e profondo del liberalismo riemerge, depurandolo, nella sua espressione di economia sociale di mercato, dagli eccessi neoliberisti degli ordoliberali. Questo mi sembra il punto veramente significativo ed originale, intorno al quale ragionare, ovvero un articolo (3, par. 3 TUE) che, ponendosi quale *grundnorm*, contenga più principi che possono, a seconda dell'indirizzo politico che si intende determinare ed attuare, convergere od elidersi⁸⁷.

Le radici del diritto pubblico europeo dell'economia consentono di rintracciare il fondamento di un percorso che si sta realizzando nello spazio digitale⁸⁸, e che va da una fase di regolazione minima, alla consapevolezza di dover elaborare un *ordo*, nel quale allontanare il “rischio che le *Big Tech* possano, in futuro, trasformare il potere, che già hanno, in incontrollabile arbitrio”⁸⁹. Un *ordo* che vada oltre la tutela del mercato, la concorrenza e i diritti dei consumatori. Un *ordo* ben radicato nella dimensione sociale.

Si matura nella coscienza sociale e giuridica una nuova esigenza: non più per aprire unicamente spazi di libertà per il mercato, ma anche per proteggere le libertà individuali contro gli abusi dei cd.

⁸⁵ A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, pp. 2 ss.

⁸⁶ M. WÖRSDÖRFER, *AI Ethics and Ordoliberalism 2.0: Towards A 'Digital Bill of Rights'*, in *Maine Business School & School of Computing and Information Science*, 2023. L'ordoliberalismo 2.0 fornisce principi etici che potrebbero servire da base per una Carta dei diritti digitali. Questi principi includono il rispetto dei diritti umani, la protezione dei dati e il diritto alla *privacy*, la prevenzione del danno, la non discriminazione, l'equità e la giustizia, la trasparenza e la spiegabilità dei sistemi di intelligenza artificiale, l'*accountability* e la responsabilità, la democrazia e lo stato di diritto, e la sostenibilità ambientale e sociale. Solo una politica regolatoria ispirata a questi principi e una struttura di *governance* più efficace per affrontare le asimmetrie di potere nell'economia digitale sono in grado di implementare l'ordoliberalismo 2.0. In tema anche A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Le regole di internet tra poteri pubblici e privati. Tutela dei diritti e ruolo dell'antitrust in una prospettiva costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 79.

⁸⁷ A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, cit., pp. 3 ss.

⁸⁸ C. PINELLI, *L'evoluzione della normativa dell'Unione europea*, in ID., U. RUFFOLO (a cura di), *I diritti nelle piattaforme*, cit., p. 13, parla di un secondo tempo della partita per le democrazie occidentali.

⁸⁹ F. DONATI, *Verso una nuova regolazione delle piattaforme digitali*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 2/2021, p. 243.

gatekeeper, rispetto ai due fenomeni connessi quali la concentrazione del potere e la compressione del ruolo del pubblico sui diritti dei cittadini e sui valori democratici⁹⁰.

Non si tratta soltanto di una prospettazione teorica, ma di questo percorso politico-normativo, che si metterà in luce nei successivi paragrafi, vi è traccia nella regolazione, soprattutto UE, ma anche nella recente giurisprudenza. Pertanto, la trattazione procederà prendendo in considerazione anche tale formante, lungo una doppia scia: presente e passato, con uno sguardo *de jure condendo* al futuro. Il fine è capire, in che modo, il triangolo *Big tech*, ruolo del pubblico (poteri e limiti) tutela delle libertà civili e politiche dei diritti dei cittadini, diventi sostenibile per il costituzionalismo democratico nell'era dei condizionamenti dell'informazione digitale.

C'è poi una sottotraccia del percorso: la giurisprudenza statunitense, sul I emendamento e sulla moderazione dei contenuti in rete, mette in luce l'intreccio inestricabile tra concentrazione del potere e tutela dei diritti, ma non è in grado da sola di scioglierlo. Questo è invece un dato che l'Unione europea sta cogliendo, tra complessità e contraddizioni, e rappresenta l'elaborazione in chiave digitale del rapporto tra costituzionalismo dei poteri (pubblici e privati) e costituzionalismo dei diritti.

4. *La regolazione statunitense sulla libertà di espressione in relazione alla forma di Stato*

La tutela della libertà di espressione presenta complesse posizioni giuridiche da proteggere, con sensibili differenze tra approccio statunitense e quello europeo (cfr. § 6 e § 7). Per comprenderne le ragioni, è importante riportarsi alle categorie fondative del costituzionalismo ed in particolare alla forma di Stato; quella americana è decisamente liberale⁹¹, ovviamente nelle sue plurime declinazioni. E, come è noto, tale forma di liberalismo, al netto dei profili economici, è riconducibile ad una priorità assoluta riconosciuta ai diritti civili, quale espressione di diritti naturali che si antepongono all'edificazione dello Stato. Tale modello esprime un'insofferenza ai processi di regolazione, orientando le relazioni verso forme di autoregolazione. Le radici liberali influenzano anche il modo in cui la Corte Suprema ha interpretato la connessione tra la libertà di espressione e il discorso pubblico nel *free trade in ideas*.

Nel 2009, nella sua lezione al John E. Sullivan Lecture, il costituzionalista americano Akhil Reed Amar illustrava le radici storiche del I emendamento, soffermandosi su ruolo che il *free speech* ha avuto nel dibattito tra federalisti e anti-federalisti, ancor prima dell'introduzione del *Bill of Rights* (1791)⁹².

⁹⁰ Recentemente sul tema M.C. GIRARDI, *Libertà e limiti della comunicazione nello spazio pubblico digitale*, in *Federalismi.it*, n. 17/2024 spec. pp. 166 ss.

⁹¹ "It is the strongest affirmation of our national claim that we put liberty ahead of other values" così C. FRIED, *The New First Amendment Jurisprudence. A Threat to Liberty*, in *The University of Chicago Law Review*, 1992, p. 229.

⁹² A.R. AMAR, *How America's Constitution Affirmed Freedom of Speech Even Before the First Amendment*, in *38 Cap. U. L. Rev. 503 (Sullivan Lecture)*, 2009, p. 506, "Nel 1790, James Madison, che aveva svolto un ruolo cruciale nel persuadere il Primo Congresso a sostenere un emendamento costituzionale che esplicitamente affermava 'la libertà di parola [e] di stampa', spiegò il profondo principio sottostante a tale emendamento. Nel sistema americano di sovranità popolare, 'il potere censorio risiede

Il I emendamento si afferma come *preferred freedom* che garantisce: la partecipazione in forma individuale o collettiva al discorso pubblico⁹³, la promozione del dibattito pubblico⁹⁴, la garanzia a esprimere le opinioni contrarie⁹⁵.

È utile ricordare che nel costituzionalismo americano “la protezione dei diritti fondamentali è evoluta attraverso il *case-law* delle Corti”⁹⁶. Ciò significa che per valutare il rapporto tra libertà, confronto delle idee, verità e pluralismo politico occorre confrontarsi con la dottrina del I emendamento⁹⁷.

La giurisprudenza statunitense ha elaborato la metafora del mercato delle idee, partendo dal pensiero di Mill⁹⁸, e al tempo stesso superandolo per affermare la limitazione al potere del Congresso contro le sue potenziali invadenze nel discorso pubblico. La ricerca della verità non deve essere influenzata dal potere politico, ma deve emergere dal confronto con le idee minoritarie, in altri termini deve confrontarsi con l’opinione contraria per potersi fare accettare nella competizione del mercato delle idee⁹⁹.

Sebbene testualmente non siano indicati limiti al divieto per il Congresso di approvare leggi che limitino la libertà di parola o di stampa, in realtà ciò non ha impedito interventi in tal senso da parte del legislatore. La Corte Suprema ha quindi nel tempo elaborato *test* di legittimità per valutare in quali casi il Congresso possa escludere dall’area protettiva del I emendamento taluni discorsi in ragione del loro contenuto (*content-based*).

Tra i contenuti, non protetti dal I emendamento, rientrano quelli di basso valore, come: “le parole oscene, profane, quelle diffamatorie, offensive o ‘combattive’ - quelle che, con la loro stessa espressione, infliggono lesioni o tendono a incitare un’immediata violazione della pace. È stato ben osservato che tali espressioni non sono parte essenziale di alcuna esposizione di idee e sono di un valore sociale così leggero come passo verso la verità che qualsiasi beneficio che possa derivarne è chiaramente superato dall’interesse sociale per l’ordine e la moralità”¹⁰⁰.

nel popolo sul governo, e non nel governo sul popolo’. (...) la ‘libertà di parola’ nel Primo Emendamento riguarda altrettanto il discorso politico nel suo nucleo. È un promemoria che in America, il popolo, non il Congresso, è sovrano. Il nostro più alto Parlamento - il nostro luogo di discussione per eccellenza - non è confinato dalle mura del Campidoglio. Ai sensi della Clausola sul Discorso e Dibattito, i nostri servitori al Congresso possono criticare i loro avversari politici liberi da censura esterna; simmetricamente, ai sensi dell’altra Clausola sul Discorso (il Primo Emendamento), i loro avversari possono criticare chi è in carica al Congresso, liberi da censura interna” (traduzione propria).

⁹³ *McCutcheon v. FEC*, 572 U.S. 185, 203 (2014).

⁹⁴ *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 484 (1957).

⁹⁵ *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51, 57–58 (1965).

⁹⁶ A. BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni e interpretazioni della due process clause nella Costituzione americana*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 1/2020, p. 2.

⁹⁷ A. MEIKLEJOHN, *Free Speech and its Relation to Self-Government* (1948), New Jersey, The Lawbook Exchange, 2000; D.M. RABBAN, *The Emergence of Modern First Amendment Doctrine*, in *50 U. Chi. L. Rev.* 1205, 1983, pp. 1207 ss.

⁹⁸ J.S. MILL, *La libertà* (1859), trad. it., Milano, Bompiani, 1911. V. anche J. GORDON, *John Stuart Mill and the “Marketplace of Ideas”*, in *Social Theory and Practice*, Vol. 23, n. 2/1997, pp. 235 ss.

⁹⁹ L’opinione dissenziente del Giudice Holmes nel caso *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

¹⁰⁰ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), 572 (traduzione propria).

La Corte Suprema, chiamata a pronunciarsi sui casi di reati che avvengono tramite la parola o lo scritto (come il vilipendio agli organi costituzionali della sec. 2 del *Sedition Act*¹⁰¹), ha finito per affiancare al test dello *strict scrutiny*, quello del *clear and present danger*¹⁰², in base al quale occorre valutare la legittimità della limitazione del *free speech* e verificare che nel caso concreto le parole usate siano tali da determinare un pericolo chiaro e attuale che condurranno a situazioni che il Congresso ha il diritto di prevenire¹⁰³. Il test del pericolo chiaro e attuale si è definitivamente affermato e specificato con il caso *Brandenburg v. Ohio*¹⁰⁴.

Il paradosso del sistema statunitense si inizia a intravedere nei cortocircuiti della sua portata protettiva. Il I emendamento recita che al Congresso è impedito di limitare la libertà di parola, così per lungo tempo la clausola è stata interpretata come limitativa solamente del potere del Congresso federale: solo nel 1925, attraverso la *due process clause* è stata estesa anche ai governi dei singoli Stati. Ma ai nostri fini, il paradosso più rilevante è l'esclusione dei privati, che possono quindi incidere sulla libertà di espressione dei cittadini senza incorrere nella violazione del I emendamento¹⁰⁵. Ma non è solo la natura pubblica o privata del soggetto a interferire con la sfera protettiva del I emendamento, vi incide infatti anche il "luogo" dove circolano le idee, quando appartiene alla sfera privata¹⁰⁶.

5. (segue) *La Corte suprema federale e il conflitto tra valori costituzionalmente garantiti in internet*

Le ricadute sulla tutela della libertà di espressione provenienti dalla netta separazione tra potere pubblico e privato emergono in modo più radicale negli Stati Uniti che in Europa. Difatti, nell'era di internet, la giurisprudenza sul I emendamento non è riuscita a estendere lo schema autorità-libertà anche ai poteri dei privati, né il Congresso ha mostrato di voler riformare il sistema di sostanziale immunità

¹⁰¹ *Fifth Congress of the United States: at the Second Session, Begun and held at the city of Philadelphia, in the state of Pennsylvania, 30th November, 1790. An Act in Addition to the Act, Entitled "An Act for the Punishment of Certain Crimes Against the United States"*.

¹⁰² Dottrina approfondita da C. CARUSO, *Teoria e "ideologia" della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla freedom of speech*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2013, p. 7.

¹⁰³ Nel caso *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919) il Giudice Holmes scrive "It is a question of proximity and degree. When a nation is at war, many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight, and that no Court could regard them as protected by any constitutional right. It seems to be admitted that, if an actual obstruction of the recruiting service were proved, liability for words that produced that effect might be enforced" (52).

¹⁰⁴ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969): "A state may not forbid speech advocating the use of force or unlawful conduct unless this advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action".

¹⁰⁵ J. WEINSTEIN, *A Brief Introduction to Free Speech Doctrine. Symposium: Free Speech and Community*, in *Arizona State Law Journal*, Vol. 29, n. 2/1997, p. 462.

¹⁰⁶ La Corte Suprema ha riconosciuto l'esistenza di un foro pubblico: 1) in presenza di spazi tradizionali come strade o parchi utilizzati per assemblee o dibattiti tra i cittadini. In questi casi il Governo può imporre ragionevoli restrizioni di tempo, luogo e modo al discorso privato, ma i limiti che si basano sul contenuto devono soddisfare uno scrutinio rigoroso ed è proibita la censura delle opinioni (*Minnesota Voters Alliance v. Mansky*, 585 U.S. 2018). 2) Negli spazi che tradizionalmente non rappresentano un foro pubblico, ma che lo Stato ha aperto a tale uso al pubblico come luogo di attività espressiva. In tal caso le limitazioni alla libertà di parola possono riguardare tempo, luogo e modalità, ma non il contenuto se non per quanto sia strettamente necessario a un interesse di carattere generale (*Perry Educa. Ass'n v. Perry Educators' Ass'n*, 460 Stati Uniti 37 1983).

delle piattaforme. Dunque, siamo in assenza di un sistema di pesi e contrappesi rispetto a poteri che hanno natura economica, ma che incidono sulla sfera civile e politica dei cittadini. È evidente la configurazione di un modello basato su un *iper* centrismo del proprietario privato nelle dinamiche politiche, economiche, ma anche giuridiche.

I *social media*, come un tempo erano le piazze, i parchi o altri luoghi di aggregazione, rappresentano attualmente “*the most important places (in a spatial sense) for the exchange of views*”¹⁰⁷. Quelli che un tempo erano fori pubblici, ossia spazi essenziali per il processo di partecipazione democratica, nei quali non ci possono essere forme di censura, oggi sono infrastrutture virtuali e private. Queste considerazioni hanno almeno tre differenti ricadute nella dottrina del I emendamento¹⁰⁸.

La prima è relativa alla limitazione dei diritti su internet da parte del Congresso e dei singoli Stati. La Corte Suprema ha stabilito che nello spazio digitale il Governo (federale o dei singoli Stati) non può limitare il discorso lecito per perseguire l'illecito¹⁰⁹. Così nel caso¹¹⁰ della legge del North Carolina, che proibiva ai *sex offenders* l'accesso a tutti i siti web dove avrebbero potuto avvicinare minori, la Corte ne ha rilevato la contrarietà al I emendamento per l'eccessiva restrizione della libertà di espressione (derivante dal mancato accesso a tutti i *social networks*), in modo più severo di quanto fosse necessario a promuovere gli interessi legittimi dello Stato. Tuttavia – come sottolineato anche dalla *concurring opinion* del giudice Alito¹¹¹ – una cosa è riconoscere che i *social media* siano le *agorà* del XXI secolo, altro è affermare che i due luoghi – quello fisico e quello virtuale – siano equivalenti.

La seconda e la terza questione (su cui la Corte non si è ancora pronunciata) emergono in relazione agli spazi di discussione *online* e alla comunicazione dei rappresentanti politici che si svolge sulle piattaforme.

Le piattaforme possono censurare i contenuti di un esponente politico? La libertà di espressione di quest'ultimo è tutelata dal I emendamento, o è invece fagocitata dalla natura privata dell'infrastruttura? Il caso descritto è quello verificatosi in seguito alla sospensione dell'account Twitter del Presidente Trump, dopo che lo stesso, proprio attraverso l'account Twitter aveva insinuato dubbi sulla legittimità delle elezioni del 2021 (evento che ha preceduto l'assalto del 6 gennaio a Capitol Hill¹¹²).

¹⁰⁷ *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. (2017).

¹⁰⁸ Congressional Research Service, *Section 230: An Overview*, Updated January 4, 2024, spec. pp. 40 ss.; J.R. BAMBAUER, J. ROLLINS, V. YESUE, *Platforms: The First Amendment Misfits*, in *Indiana Law Journal*, vol. 97, 2022, pp. 1048 ss.; D.C. NUNZIATO, *From town square to Twittersphere: the public forum doctrine goes digital*, in *B.U. J. SCI. & TECH. L.*, Vol. 25:1, 2019, pp. 1 ss. M. BASSINI, *Social Networks as New Public Forums?: Enforcing the Rule of Law in the Digital Environment*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, vol. 1, 2, 2022, pp. 311 ss.; G. DE GREGORIO, *Il diritto delle piattaforme digitali: un'analisi comparata dell'approccio statunitense ed europeo al governo della libertà di espressione*, in *DPCE online*, vol. 50, 2021, pp. 1455 ss.

¹⁰⁹ *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S., at 255.

¹¹⁰ *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. (2017).

¹¹¹ Justice Alito, *Petitioner v. North Carolina on writ of certiorari to the Supreme Court of North Carolina* (June 19, 2017).

¹¹² Per una ricostruzione della vicenda: https://blog.x.com/en_us/topics/company/2020/suspension.

Venuto meno il tono costituzionale della vicenda con la perdita della carica presidenziale, la Corte¹¹³ non si è pronunciata sul merito della questione, ma nella *concurring opinion* del giudice Thomas non mancano preoccupazioni sull'esercizio di un potere para-statale nelle mani di un privato¹¹⁴.

La terza questione è invece relativa al caso in cui dalla pagina *social* di un soggetto politico siano realizzate forme di censura verso i cittadini. Il caso in questione riguarda nello specifico sempre l'ex presidente Donald Trump dal cui account Twitter @realDonaldTrump era stata rimossa la possibilità di interagire con il suo profilo di alcuni utenti o dal quale erano stati rimossi i commenti critici verso di lui. In questo caso la Corte ricorre alla c.d. *State action doctrine*, per la quale non rileva la natura privata del mezzo, ma quella pubblica del soggetto che pone in essere l'azione di silenziamento: “*However, the fact that any Twitter user can block another account does not mean that the President somehow becomes a private person when he does so*”¹¹⁵.

Gli orientamenti della Corte Suprema riepilogati evidenziano un atteggiamento di favore verso il I emendamento e di assecondamento delle scelte legislative (di fatto lobbistiche) compiute con il *Telecommunications Act* del 1996¹¹⁶. Scopo dell'atto è di ridurre la regolamentazione, incoraggiare la rapida implementazione di nuove tecnologie della telecomunicazione e promuovere, con il primato delle soggettività private, la concorrenza nel mercato dei servizi telefonici locali.

All'interno del *Telecommunications Act*, al Titolo V è confluito il *Communications Decency Act* – riformato anch'esso nel 1996 – contenente la Sezione 230¹¹⁷, la quale ha di fatto introdotto le norme più influenti e importanti per Internet e per le piattaforme¹¹⁸. Precisamente, alla lettera c) è presente la regola del *buon sammaritano* che si specifica in due disposizioni rilevanti per il nostro discorso: la sezione 230(c)(1) prevede che i fornitori di servizi non possano essere trattati come editori; la sezione 230(c)(2) garantisce che i fornitori di servizi non possano essere ritenuti responsabili per aver limitato l'accesso a materiale “*obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected*”.

Il combinato disposto ha creato una sorta di immunità diffusa e generale. L'ampia definizione di fornitori di servizi ha consentito di ricomprendervi anche le piattaforme come Google, Facebook,

¹¹³ *Biden v. Knight First Amendment Institute at Columbia University*, 593 U.S. (2021).

¹¹⁴ Il Giudice J. Thomas, *concurring Supreme Court of the United States Joseph R. Biden, Jr., President of the United States, et al. v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, et al. on petition for writ of certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit* No. 20–197. April 5, 2021, chiude così: “*The extent to which that power matters for purposes of the First Amendment and the extent to which that power could lawfully be modified raise interesting and important questions. This petition, unfortunately, affords us no opportunity to confront them*”. In dottrina: M. MONTI, *La Corte Suprema statunitense e il potere delle piattaforme digitali: considerazioni sulla privatizzazione della censura a partire da una concurring opinion*, in *DPCE online*, n. 1/2021, pp. 2781 ss.

¹¹⁵ *Knight First Amendment Institute at Columbia University v. Trump*, No. 18-1691 (2d Cir. 2019)

¹¹⁶ *Telecommunications Act of 1996*, Pub. LA. No. 104-104, 110 Stat. 56 (1996).

¹¹⁷ United States Code, Title 47 - Telegraphs, telephones, and radiotelegraphs. Si legge alla lett. A) “(3) *The Internet and other interactive computer services offer a forum for a true diversity of political discourse, unique opportunities for cultural development, and myriad avenues for intellectual activity. (4) The Internet and other interactive computer services have flourished, to the benefit of all Americans, with a minimum of government regulation*”.

¹¹⁸ C. GLYNN, *Section 230 as First Amendment Rule*, in *Harvard Law Review*, vol. 131, n. 7/2018, p. 2027 ss.

Amazon, e così via, che beneficiano così dell'ampia *deregulation* sulla circolazione di notizie false, odiose o tendenziose e l'attività di moderazione dei contenuti.

La *ratio* è di evitare che i fornitori di servizi, che si limitano a fornire il *forum* in cui terzi possono pubblicare contenuti o informazioni, debbano essere responsabili dei contenuti pubblicati al pari di un direttore/editore della stampa. Una parificazione che non avrebbe giovato agli sviluppi di internet, a causa delle conseguenze eccessivamente onerose e sconvenienti per chi fornisce solamente il *mezzo* per veicolare la comunicazione. Nei fatti però la sez. 230 ha finito per favorire la concentrazione di un potere vietato al Congresso in mano alla *Big Tech*, che, come visto nel par. 2, non sono neutrali ai contenuti¹¹⁹, ma al contrario sono in grado di influenzare le scelte del decisore politico.

L'irresponsabilità sancita dalla sez. 230 continua a riporre un'eccessiva fiducia verso la natura contrattualistica e le spinte del mercato a ordinare i rapporti tra soggetti privati. Ma va considerato che piattaforme e utenti non si trovano in posizione eguale e che la loro asimmetria non viene riequilibrata dalla giurisprudenza¹²⁰. A ciò si aggiunga che la sovrapposizione tra pubblico e privato rivela i difetti del mancato adattamento al tempo vivente della formula del I emendamento, e non consente di individuare “*where the government domain ends and the private domain begins for purposes of constitutional law*”¹²¹.

Il risultato crea un cortocircuito: “I tribunali negano agli utenti finali i diritti del Primo Emendamento contro le aziende digitali, le aziende digitali utilizzeranno ripetutamente il Primo Emendamento per difendersi dalla regolamentazione. In risposta, i riformatori dei social media (...) cercheranno di deconstituzionalizzare le controversie sui discorsi online, trasformandole in qualcosa di diverso dai diritti del Primo Emendamento applicati dalla giustizia”¹²².

6. Sulla (auto)regolazione nel modello UE

Se l'approccio statunitense esprime un modello pienamente liberale, in Europa il rapporto tra potere delle piattaforme - ruolo dello Stato (*rectius*: dell'Unione europea) - diritti dei cittadini sembra stia realizzando una visione diversa: di resistenza alla deriva neo-liberista.

¹¹⁹ Il legame tra struttura e censura è evidenziato anche da 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. 4/2018, p. 200: “nella ‘networked public sphere’ l'infrastruttura che serve a manifestare e diffondere il pensiero è esattamente la stessa che serve anche a controllare il pensiero (a disciplinare il contenuto della libertà di manifestazione del pensiero) e a sorvegliare coloro che lo esprimono”.

¹²⁰ M. TUSHNET, *The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law*, in *1 INT'L J. CONST. L.* 79, 92, 2003, “[I]f horizontality is understood as a response to the threat to liberty posed by concentrated private power, the solution is to require that all private actors conform to the norms applicable to governmental actors”.

¹²¹ J. FEE, *The Formal State Action Doctrine and Free Speech Analysis*, in *North Carolina Law Review*, Vol. 83, n. 3/2005, p. 572.

¹²² J.M. BALKIN, *Free Speech Versus the First Amendment*, in *70 UCLA L. REV.*, 2023, p. 1221.

Più che una visione è un processo *in fieri*, che ha le sue radici nel diverso rapporto che la libertà di espressione ha con gli altri diritti e con il sistema democratico¹²³, e il suo orizzonte nella penetrazione delle regole giuridiche delle tradizioni costituzionali comuni¹²⁴ all'interno del sistema del diritto delle piattaforme. La risposta “pubblica” dell'Unione europea all'assetto oligopolistico delle *Big Tech* è un percorso in atto, che riflette le sue matrici ordoliberali e che si compone di passi in avanti, ma anche battute d'arresto.

I due ordinamenti, statunitense ed europeo, si sono avvicinati agli albori di internet, quando si pensava che il *web* avrebbe consentito a tutti, e con una maggiore facilità rispetto ai media tradizionali, di esprimere le proprie idee¹²⁵, i pubblici poteri sono stati estromessi dal *cyberspazio* e i *providers* deresponsabilizzati.

La Section 230 del *Communication Decency Act* sulla irresponsabilità dei fornitori di servizio ha ispirato la direttiva 2000/31/CE¹²⁶ (cd. direttiva *e-commerce*). Quest'ultima, assumendo la neutralità dei soggetti che detengono l'infrastruttura di internet, sancisce la irresponsabilità per i contenuti trasmessi, il potere di rimozione dei contenuti “che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione”¹²⁷ e il divieto di sorveglianza sulle informazioni.

La direttiva *e-commerce* ha di fatto finito per favorire la concentrazione di potere in mano a soggetti e imprese private, la cui crescita economica si è fondata proprio sulla possibilità di acquisire i dati personali degli utenti dalle molteplici attività in rete, rispetto alle quali i *providers* non hanno responsabilità giuridica.

Tuttavia, i primi limiti, verso tale processo di concentrazione del potere, sono venuti nella fase attuativa della direttiva 2000/31/CE, con la giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha ridimensionato i confini dell'irresponsabilità dei *providers*, “attraverso l'espedito giuridico della individuazione del soggetto responsabile della illecita diffusione dei dati e del diritto d'autore”¹²⁸.

Tale differente esito rispetto alla dottrina del I emendamento statunitense, è intervenuto proprio alla luce di un sistema valoriale differente. Infatti, la Corte di giustizia, da un lato ricorre al riconoscimento

¹²³ L'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 recita: “La libera manifestazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi dell'uomo; ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo a rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla Legge”. Vi è poi da considerare che nella Costituzione italiana non vi è sovraordinazione gerarchica di valori e che nel caso specifico della libertà di manifestazione del pensiero si trovano limiti espressi già nel medesimo art. 21 Cost. La Corte costituzionale ha contribuito a chiarirne la portata dei limiti riconoscendo, da un lato, alla libertà di espressione la posizione di cardine della democrazia (sent. 106/1975) e di valore caratterizzante la forma di Stato (sent. 1/1956), ma, dall'altro lato, la Corte ha altresì riconosciuto l'esistenza di limiti derivanti dal contrasto con altri interessi costituzionali, come la tutela della dignità della persona (sent. 293/2000).

¹²⁴ Art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹²⁵ In tal senso si veda il caso *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 885 (1997): “As a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship”.

¹²⁶ Direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (Direttiva sul commercio elettronico).

¹²⁷ Art. 14, par. 1, lett. a, direttiva 2000/31/CE.

¹²⁸ M.E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell'era digitale fra intermediari online, moderazione dei contenuti e regolazione*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 171.

dell'efficacia orizzontale diretta ai diritti fondamentali quando tra i privati vi sia un rapporto di potere (di natura economica) squilibrato; dall'altro lato, con la tecnica del bilanciamento tra i diritti fondamentali concorrenti non riconosce alla libertà di espressione una posizione di prevalenza assiologica, ma ne delimita la portata, in modo da non sacrificare gli diritti riferibili alla dignità della persona nella proiezione tecnologica dello spazio digitale. A queste pronunce appartiene il filone giurisprudenziale¹²⁹ sul diritto all'oblio¹³⁰ e alla deindicizzazione *online*¹³¹ che il motore di ricerca (dunque la piattaforma) deve realizzare su ordine dell'autorità nazionale, o anche su richiesta dell'interessato¹³².

L'eccessiva deregolamentazione ha spinto il decisore UE a ripensare l'approccio iper-liberista¹³³ nel settore della libertà di espressione, a causa dell'eccessiva proliferazione di notizie *fake* e odiose attraverso atti di *soft law*. In questo modo, si è inteso, altresì, porre un primo argine all'esonero delle responsabilità delle piattaforme.

In un primo momento, il Consiglio dell'Unione europea ha adottato la decisione quadro 2008/913/GAI, allo scopo di “ravvicinare maggiormente le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri e di superare gli ostacoli che si frappongono a un'efficace cooperazione giudiziaria, dovuti principalmente alle divergenze fra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri”¹³⁴ nella lotta contro gli *hate speeches* a contenuto razzista o xenofobo. In particolare, la decisione è volta alla creazione di una cooperazione giudiziaria tra Stati membri, allo scopo di rendere i reati di stampo razzista e xenofobo sanzionabili efficacemente e in modo dissuasivo, con norme di diritto penale comuni e coerenti in tutta l'Unione.

Ciò in quanto, il fenomeno della disinformazione *online* e la proliferazione di interventi d'odio e incitanti alla violenza, di sovente favoriti dalla possibilità di messaggi anonimi, costituiscono violazioni dirette di libertà fondamentali.

Successivamente, sempre allo scopo di fronteggiare le limitazioni della libertà di manifestazione del pensiero e contestualmente di regolamentare l'azione delle piattaforme digitali, l'Unione europea è intervenuta mediante l'emanazione di Codici di condotta, piani di azione e osservatori.

¹²⁹ Sul ruolo delle Corti e il limite al potere delle piattaforme L. SCAFFARDI, *Internet fra auto-limitazione e controllo pubblico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2023, pp. 382 ss.

¹³⁰ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 13 maggio 2014, *Google Spain SL e Google Inc. contro Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, Causa C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

¹³¹ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 24 settembre 2019, *Google LLC contro Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, Causa C-507/17, ECLI:EU:C:2019:772.

¹³² Sentenza della Corte (Grande Sezione) dell'8 dicembre 2022 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Grondwettelijk Hof — Belgio) — *Orde van Vlaamse Balies, IG, Belgian Association of Tax Lawyers, CD, JU / Vlaamse Regering*, Causa C-694/20, ECLI:EU:C:2022:962.

¹³³ O. POLLICINO, P. DUNN, *Intelligenza artificiale e democrazia. Opportunità e rischi di disinformazione e discriminazione*, Milano, Egea, 2024, p. 40.

¹³⁴ *Considerando 3*), Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell'Unione europea del 28 novembre 2008.

Alcune delle più importanti piattaforme (Facebook, Microsoft, Twitter e YouTube) hanno concordato con la Commissione europea nel 2016 la sottoscrizione del *Codice di condotta per contrastare l'illecito incitamento all'odio online*.

Il Codice sollecitava i gestori delle piattaforme digitali a valutare “la maggior parte delle notifiche valide per la rimozione di espressioni di odio illegale in meno di 24 ore” e di rimuovere o disabilitare “l'accesso a tali contenuti, se necessario”. Ciò “alla luce delle loro regole e delle linee guida comunitarie e, se necessario, delle leggi nazionali che recepiscono la decisione quadro 2008/913/GAI”. A tale scopo, i gestori dovevano adottare degli *standard* contenenti regole e principi volti alla creazione di una disciplina comune della materia e sviluppare proprie regole di condotta dirette a contrastare discorsi d'odio e di violenza.

Ciononostante, tali misure, anche sotto l'influenza del modello neo-liberista S.U., consentivano ancora alle piattaforme di dotarsi di linee guida autonome e differenti e di poter valutare liberamente e caso per caso, la legittimità dei contenuti. La disciplina era, dunque, ancora incentrata su un sistema autoregolatorio, con una “*totale o prevalente attività di soggetti privati nel procedimento di produzione della regola*”¹³⁵.

Successivamente, l'Unione è intervenuta con il Codice di buone pratiche sulla disinformazione nel 2018, con cui le piattaforme hanno accettato per la prima volta a livello mondiale e su base volontaria *standard* di autoregolamentazione per fronteggiare la disinformazione. Un impegno assunto per raggiungere gli obiettivi stabiliti dalla comunicazione della Commissione presentata nell'aprile 2018, che ha fissato 21 impegni in diversi ambiti, dalla trasparenza nella pubblicità politica alla demonetizzazione dei fornitori di disinformazione. Nel 2021 è stato avviato il suo processo di revisione, che ha portato alla stipula di un Codice rafforzato di buone pratiche 2022¹³⁶, contenente 44 impegni e 128 misure specifiche.

I Codici della disinformazione, tuttavia, si riferiscono ancora a un modello ordoliberal di autoregolazione privatistica, poiché la responsabilizzazione delle piattaforme, tramite l'assunzione di misure efficaci per migliorare la visibilità di notizie affidabili e l'adozione di sistemi di *fact-checking*, ha consentito di fatto l'estromissione dell'autorità pubblica, con il risultato di decostituzionalizzare la libertà di espressione¹³⁷ e di assegnare alle piattaforme private compiti paracostituzionali¹³⁸. Ciò anche a causa della “genericità dei contenuti inerenti agli impegni assunti dalle piattaforme” e delle “maglie larghe” delle linee guida suggerite dalla Commissione”, che assegnavano “inevitabilmente, proprio alle singole piattaforme – autrici del Codice – un ruolo definitorio importante nell'individuazione dei contenuti di

¹³⁵ Così G. PAGANO, *Il Code of Practice on Disinformation. Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione*, in *Federalismi.it*, n. 11/2019, p. 15.

¹³⁶ Disponibile qui: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/library/2022-strengthened-code-practice-disinformation>.

¹³⁷ D. TAMBINI, D. LEONARDI, C.T. MARSDEN, *Codifying Cyberspace: Communications Self-Regulation in the Age of Internet Convergence*, Londra, Routledge, 2007, p. 275.

¹³⁸ M. MONTI, *La disinformazione online, la crisi del rapporto pubblico-esperti e il rischio della privatizzazione della censura nelle azioni dell'Unione Europea (Code of practice on disinformation)*, in *Federalismi.it*, n. 11/2020, p. 294. Nello stesso senso, M.C. GIRARDI, *Libertà e limiti della comunicazione nello spazio pubblico digitale*, cit., pp. 150 ss.

‘disinformazione’, tanto più rilevante in quanto nella specie si tratta di contenuti non illeciti e non necessariamente estranei all’orizzonte della libertà di espressione costituzionalmente tutelata”¹³⁹.

Questi primi atti di *soft law* dell’Unione europea si muovono, dunque, ancora nel filone neo-liberista dell’autolimitazione degli attori economici, che aderiscono sì alle azioni individuate dalla Commissione europea, ma queste ultime sono in sostanza regole senza politica, o meglio a prevalenza *oriented market*.

I Codici di buone pratiche contengono *in nuce* aspetti che mostrano la consapevolezza della necessità di un intervento pubblico nel mercato della (dis)informazione, ma non sono ascrivibili al modello del diritto pubblico europeo dell’economia per due motivi: 1. la Commissione è giunta a definire gli obiettivi in un terreno di dialogo con gli *stakeholders* e dei gruppi interessati e non c’è traccia di partecipazione dei cittadini e di giustizia sociale; 2. i Codici di buone pratiche si concentrano sugli effetti del fenomeno, ma non tentano di scardinare le cause della concentrazione del potere oligopolistico.

7. I regolamenti UE tra responsabilità delle piattaforme e libertà di espressione: verso un diritto pubblico europeo dell’economia

Con i due regolamenti sui servizi digitali e il mercato digitale¹⁴⁰, l’Unione ha inteso rivedere il modello dell’autoregolazione, che in sostanza aveva riconosciuto, ancora secondo logiche neoliberiste, alle piattaforme un vero e proprio ruolo di produzione normativa e di *enforcement* della stessa¹⁴¹.

I due regolamenti intervengono su aspetti diversi del fenomeno indagato e hanno l’obiettivo di ridefinire il ruolo dei *gatekeepers* nel mercato digitale: il DSA sotto il profilo delle attività legate al mercato delle idee, il DMA per scardinare gli assetti oligopolistici. Il DSA e il DMA sono quindi complementari nell’obiettivo di regolare le piattaforme digitali¹⁴². Il fine ultimo è più alto: la tutela dei diritti dei cittadini *dalle e sulle* piattaforme. Entrambi presuppongono una metodologia *ex-ante*, nel DSA si declina con “[del]’attribuzione di compiti pubblici alle piattaforme è condizionata all’accettazione di regole e procedure che producono una ‘responsabilizzazione’ dei soggetti privati”¹⁴³. Nel DMA la previsione di una normativa *ex ante* è il presupposto affinché il mercato digitale – compreso quello dell’informazione – possa funzionare in modo equo e contendibile.

¹³⁹ R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolazione e coregolamentazione: note ricostruttive*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021., p. 1387. Nello stesso senso, M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Roma, Aracne, 2019, p. 342.

¹⁴⁰ Regolamento 2065/2022 *Digital Services Act* (d’ora in poi DSA) e Regolamento 1925/2022 *Digital Markets Act* (d’ora in poi DMA).

¹⁴¹ L. AMMANNATI, *Regolatori e supervisori nell’era digitale: ripensare la regolazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2023, pp. 1453 ss.

¹⁴² B. GENÇ-GELGEÇ, *Regulating digital platforms: would the DSA and the DMA work coherently?*, in *Journal of Law, Market & Innovation*, Vol. 1, n. 3/2022, p. 94.

¹⁴³ G. CAGGIANO, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell’Unione europea*, in *AISDUE, Focus Servizi e piattaforme digitali*, n. 1/2021, p. 7.

La c.d. “*platformization*” del discorso e della sfera pubblica ha stressato le categorie giuridiche coinvolte nel processo democratico e deliberativo. La necessità da parte dell’Unione europea di riappropriarsi di questi spazi, nel solco di una comune identità socioculturale e giuridica¹⁴⁴, pone le tracce di un percorso che realizzi il passaggio da un mercato in cui le piattaforme governano, a uno in cui le piattaforme sono governate¹⁴⁵ e i diritti fondamentali dei cittadini sono rispettati¹⁴⁶.

In questo percorso i due regolamenti, secondo logiche che abbiamo definito collocabili all’interno del diritto pubblico europeo dell’economia, come fonti del diritto, danno centralità al ruolo delle soggettività pubbliche rispetto ai poteri privati nel settore digitale¹⁴⁷ e ai processi di integrazione europea e limitazione delle sovranità degli Stati.

Nell’*iter* disegnato dal DSA, e nei suoi vari ambiti di interesse, la moderazione di contenuti costituisce la cartina di tornasole del nuovo approccio alla sovranità digitale dell’Unione per un ambiente *online* sicuro, prevedibile e affidabile. Esso, infatti, consente di allineare il regime della responsabilità delle piattaforme alle attività di censura dalle stesse praticata. Ciò, tuttavia, non significa che la normativa sia priva di chiaroscuri, ma nondimeno occorre segnalare il *cambio di passo* importante, dall’autoregolazione alla co-regolazione¹⁴⁸, nonché dalla *soft law* all’*hard law*. E già i critici parlano di *over regulation*!

In apertura, è utile evidenziare che il DSA segue un approccio basato sul rischio¹⁴⁹, nel Regolamento, infatti, gli obblighi di *due diligence* delle piattaforme crescono a seconda dei rischi che nella sfera pubblica possono derivare dai servizi prestati e dalla dimensione delle piattaforme medesime. In ordine crescente¹⁵⁰, si avranno regole a mano a mano più stringenti per i *providers* che svolgono servizi di intermediazione; servizi di *hosting*; piattaforme *online* e, infine, piattaforme online e motori di ricerca molto grandi (ossia quelle piattaforme che raggiungono più del 10% dei 450 milioni di consumatori in Europa).

Obblighi comuni ai *providers* dei servizi di *hosting* sono quelli sulle procedure per contrastare la circolazione di contenuti illegali *online*, attraverso il meccanismo della segnalazione e azione (*notice and take-down*) all’art. 16. Le piattaforme devono quindi predisporre meccanismi di segnalazione e adottare le loro decisioni in modo tempestivo, diligente, obiettivo e non arbitrario. A supporto della decisione deve poi essere fornita una chiara e specifica motivazione.

¹⁴⁴ G. CAGLIANO, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi*, cit., p. 29.

¹⁴⁵ G. SCHLAG, *European Union’s Regulating of Social Media: A Discourse Analysis of them Digital Services Act*, in *Politics and Governance*, Vol. 11, n. 3/2023, p. 170.

¹⁴⁶ M.C. GIRARDI, *Libertà e limiti della comunicazione nello spazio pubblico digitale*, cit., p. 167.

¹⁴⁷ A. IANNUZZI, *Le fonti del diritto per la disciplina della società digitale*, in F. PIZZETTI (a cura di), *La regolazione europea della società digitale*, Torino, Giappichelli, 2024, p. 14.

¹⁴⁸ Tema indagato in modo ampio da A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, n. 4/2022, pp. 1031 ss.

¹⁴⁹ In tema E. LONGO, *La disciplina del “rischio digitale”*, in F. PIZZETTI (a cura di), *La regolazione europea della società digitale*, cit., p. 76.

¹⁵⁰ Ben descritte da M.C. BUITEN, *The Digital Services Act From Intermediary Liability to Platform Regulation*, in *JIPITEC*, 12, 2021, pp. 361 ss.

Il regolamento prende atto della centralità economica della *content moderation* per le piattaforme, pertanto, rivede la regola sulla irresponsabilità dei *providers*, a seconda del fatto che questi abbiano o meno svolto un'attività di tipo passivo sui contenuti.

In tutti i casi in cui gli *hosting providers* (come i *social media*) non abbiano svolto un ruolo neutrale nel compimento dell'attività di memorizzazione, organizzazione e rimozione dei contenuti, il *Digital Services Act* ne riconosce la responsabilità. Responsabilità, quest'ultima, che deriva dalla mancata rimozione dei contenuti per i quali i *providers* abbiano conoscenza effettiva che si tratti di contenuti illegali, o per i quali vi siano fatti o circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dei contenuti, indipendentemente dalla presenza di eventuali segnalazioni (art. 6). Per poter beneficiare dell'attributo della neutralità, il *provider* deve rimuovere e disabilitare celermente l'accesso ai contenuti illegali, una volta ottenuta l'effettiva conoscenza o consapevolezza del suo carattere illegale.

Le piattaforme *online* devono poi introdurre regole procedurali per l'istituzione di un sistema interno di gestione dei reclami tempestivo e non discriminatorio (replicando il modello dell'*Oversight Board* di Facebook), contro la decisione della piattaforma *online* sulla rimozione, limitazione della visibilità o disabilitazione dell'accesso ai contenuti, o di sospensione degli *account*. Il sistema dei reclami interno si completa con obblighi sulla trasparenza sul numero di controversie, le misure adottate e la natura della segnalazione. I fornitori di servizi devono poi rendere pubblico anche il numero medio dei loro destinatari.

Da un lato, dunque, sembra che il DSA abbia dato copertura a regole di fatto già vigenti (e autoprodotte dalle piattaforme), nella sostanza, però, deve darsi atto che quelle regole vanno “nella direzione di contrastare lo strapotere di cui sembrano godere le piattaforme online nella gestione delle informazioni...”¹⁵¹ tramite i requisiti che rispondono a trasparenza e *accountability*¹⁵². Requisiti che entrano a far parte di un sistema di *enforcement* che non appartiene più alle piattaforme, ma alle autorità indipendenti nazionali e alla Commissione europea, contribuendo ad armonizzare il settore anche dal punto di vista esecutivo.

Dall'altro lato, però, il DSA non interviene sulla c.d. “decostituzionalizzazione” della libertà di espressione. Il sistema di *notice and take down* e la responsabilità delle piattaforme ruota intorno alla categoria del discorso *illegal*, ma il tema della disinformazione (il discorso *harmful*¹⁵³) è più ampio. Il problema quindi di distinguere il vero dal falso, il contenuto informativo da quello disinformativo, in assenza di indicazioni legislative interne ed europee, continua a rimanere, al momento, nelle mani delle

¹⁵¹ M. OROFINO, *Il Digital Service Act tra continuità (solo apparente) ed innovazione*, in F. PIZZETTI (a cura di), *La regolazione europea della società digitale*, cit., p. 149.

¹⁵² Così G. DE GREGORIO, *The Digital Services Act: A Paradigmatic Example of European Digital Constitutionalism*, in *Diritti Comparati*, 17 maggio 2021.

¹⁵³ A. TURILLAZZI, M. TADDEO, L. FLORIDI, F. CASOLARI, *The Digital Services Act: An Analysis of Its Ethical, Legal, and Social Implications*, in *Law, Innovation and Technology*, n. 15/2023, p. 11.

piattaforme¹⁵⁴. In definitiva, il potere censorio, nel mondo dei *bit*, rimane più esteso di quello riconosciuto alla pubblica autorità¹⁵⁵.

Come si è visto, in ordine all'assetto oligopolistico, il capitalismo digitale dell'informazione si è costruito sull'accumulo dei dati degli utenti (*infra* § 2) e le regole sulla concorrenza (*infra* § 3) non sono riuscite a prevenire e a reprimere pratiche sleali da parte delle *Big Tech*.

Obiettivo del DMA è per certi versi simile a quello del pluralismo esterno nel settore radiotelevisivo: assicurare l'ingresso nel mercato digitale del maggior numero di imprese, per favorire la contendibilità ma anche l'equità verso i clienti finali. A differenza però che nel settore radiotelevisivo, e più similmente a quello delle telecomunicazioni, in un mercato già connotato da posizioni di dominanza, gli obiettivi individuati possono realizzarsi solamente ricorrendo a regole *ex ante* e asimmetriche¹⁵⁶, potremmo dire fondate sul principio di eguaglianza sostanziale.

Il DMA si applica, infatti, prima che siano accertate pratiche anticoncorrenziali e solamente alle imprese *gatekeeper*, ossia quelle che hanno un impatto significativo sul mercato interno e che forniscono un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali, che producono servizi, raggiungano gli utenti finali. Esse detengono, inoltre, una posizione consolidata e duratura nel settore di riferimento.

Si tratta, in altri termini, di quelle piattaforme che possono sfruttare gli effetti dei loro servizi come le economie di scala estreme, effetti di rete molto forti, attraverso la capacità di connettere una quantità molto estesa di utenti commerciali con utenti finali, grazie alla multilateralità di tali servizi, godendo di vantaggi basati sui dati.

L'obiettivo di correggere gli effetti distorsivi sul mercato è perseguito tramite tre ordini di regole: i divieti direttamente applicabili per ciascun servizio che la piattaforma fornisce (art. 5); gli obblighi proattivi verso gli utenti commerciali e quelli finali (art. 6); gli obblighi di interoperabilità per il servizio di messaggistica (art. 7).

È interessante notare è che le regole di comando in questione hanno a che fare non solo con la materia strettamente contigua al diritto *antitrust*, ma anche con quella sulla protezione e circolazione dei dati personali. Gli artt. 5 e 6 del DMA, con l'obiettivo di limitare lo sfruttamento di posizioni derivanti dai dati, impongono divieti specifici sul loro uso e obblighi di accesso delle informazioni raccolte, e garantiscono agli imprenditori più piccoli l'accesso gratuito ai dati dei *gatekeeper* e la portabilità effettiva su altre piattaforme.

¹⁵⁴ M.E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell'era digitale*, cit., pp. 200 ss.

¹⁵⁵ Così G. DE MINICO, *Internet e le sue regole*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Processi politici e nuove tecnologie*, Torino, Giappichelli, 2024, pp. 118 ss.

¹⁵⁶ M. OROFINO, *Il Digital Market Act*, in F. PIZZETTI (a cura di), *La regolazione europea della società digitale*, cit., pp. 183-184.

Siamo di fronte, dunque, a un approccio multifattoriale, che copre la multidimensionalità dei fenomeni legati alla libertà di espressione in rete e che soprattutto si pone tra i suoi obiettivi quello di sottrarre il capitale informativo a quei paradigmi contrattuali che non sono in grado di tutelare il: “senso profondo espresso dall’assegnazione, ad opera del diritto moderno, alla volontà individuale della competenza a decidere sul ‘se’ e sul ‘come’ della circolazione delle risorse”¹⁵⁷.

La combinazione tra regole del DSA e divieti del DMA può dirsi a metà del guado, l’altra metà verrà probabilmente da una terza fase della regolazione, sempre che ci sia la volontà politica, che ha a che fare con la condivisione dei dati guidata dal settore pubblico.

Ma, anche quest’aspetto del mercato digitale, non può essere regolato senza che i principi dell’art. 3, par. 3 TUE siano declinati alla promozione della giustizia e della protezione sociale, in altri termini l’orizzonte è la condivisione dei dati, dei quali, dovranno beneficiare il mercato e l’innovazione, ma soprattutto la collettività¹⁵⁸. Il rischio, altrimenti, come ben testimoniato dalla campagna elettorale negli Stati Uniti, è che limitato il potere privato, quello pubblico, anche sotto pressioni lobbistiche, o anche assecondando visioni verticistiche e autoritarie del potere, violi a sua volta i processi democratici che hanno avvio, ma che non terminano, nella libertà di espressione.

8. *Verso il costituzionalismo del senso della tradizione nell’agorà digitale*

L’incontro tra i fatti storici della transizione di internet e le categorie giuridiche fondative del costituzionalismo democratico ha fatto emergere lo scollamento tra potere e diritti, o meglio l’incapacità del costituzionalismo dei diritti di fungere da limite alle dinamiche economiche e culturali del potere privato.

In questa arena occorre costruire un sistema che sia in grado di individuare responsabilità ed, eventualmente, prevedere sanzioni.

Tuttavia, l’attività di piena regolazione necessita di un fondamento giuridico rigoroso tale da consentire ai poteri pubblici, non solo ai giudici, di poter entrare in tale arena, con esercizio di poteri sovrani, ma nel rispetto dei principi costituzionali e delle tradizioni comuni. Di contro, lasciare vuoti gli spazi di regolazione digitale, ai giorni nostri, determinerebbe l’abdicazione, da parte dello Stato, ad esercitare la sua piena sovranità in uno dei ‘campi’ più sensibili per i cittadini, e in cui i loro diritti vengono sempre più seriamente minacciati. Il mancato esercizio della sovranità, nel mondo digitale, rischia di incidere sugli stessi elementi caratterizzanti la forma di Stato, determinando un arretramento del potere

¹⁵⁷ A. LAS CASAS, *Datificazione, circolazione della ricchezza e razionalità di mercato*, in *Riv. Dir. Cost.*, n. 2/2023, p. 94.

¹⁵⁸ E. CREMONA, *Quando i dati diventano beni comuni: modelli di data sharing e prospettive di rinvio*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 2/2023, p. 115.

pubblico che sarebbe violativo dell'obbligo di riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, ex art 2 Cost., di cui la Repubblica deve farsi carico nella sua attività politica.

A questo proposito, la Rete e i servizi digitali sono sempre più uno spazio sociale “ove si svolge” la personalità dei consociati e, pertanto, non può che essere un dovere dello Stato quello di adempiere, attraverso forme di disciplina, ai “doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”, non lasciando spazio alla sola legge dei capitali privati.

Uno dei punti cruciali del diritto pubblico dell'economia, in questo settore, è proprio il collocamento dei capitali, la loro aggregazione e la loro diffusione nel mercato.

L'accentramento del potere economico, nel mondo digitale, porta come effetto diretto la compressione proporzionale dei diritti diffusi degli utenti alla salvaguardia dei loro dati, alla loro libera autodeterminazione e alla tutela della loro identità personale.

Proprio per tali ragioni, le piattaforme, sin dal loro insorgere, si sono poste quali veri dominatori dello spazio pubblico o del *free market*, assorbendo dalla sfera pubblica, impropriamente, anche poteri sanzionatori, per finalità commerciali e manipolative. Sono sorti, dunque, rapporti squilibrati, non soltanto tra i proprietari delle piattaforme e gli utenti cittadini, ma anche asimmetrie nei confronti dei pubblici poteri, che si sono trovati del tutto sguarniti nel gestire l'insorgere complesso di nuove istanze e fattispecie.

A questo punto chi è la parte debole? La parte debole rischia di essere proprio il soggetto pubblico, rispetto a produttori di dati e di informazioni, nonché ai gestori degli stessi, ma anche in ordine al rischio che soggettività politiche, alla ricerca di consenso, si alleino con le piattaforme per poterne sfruttare il potere ideologico/culturale¹⁵⁹ e, quindi, il condizionamento delle grandi masse di utenti.

L'utilizzo del potere economico, infatti, non ha ricadute solamente sulla sfera dei rapporti privatistici, ma al contrario, invade quello ideologico-culturale e con esso fatalmente condiziona i diritti politici dei cittadini dalla rete alle urne.

In definitiva, il tema potrebbe essere identificato come la costruzione di un diritto a godere di un'informazione in rete non manipolata. D'altronde, anche negli Stati costituzionali tradizionali di origine moderna il presupposto di tutte le libertà di partecipazione politica, economica e sociale è da ricercarsi proprio nella tutela del diritto alla libera informazione: di informarsi e di essere informati. Sul punto, singoli rimedi *ad hoc* che si basino solamente sulla “legge del Codice”¹⁶⁰, al fine di regolare il nuovo percorso digitale, non possono che diventare forieri di nuove diseguaglianze.

¹⁵⁹ C. BONINI, *Silicon Valley in fondo a destra*, in *La Repubblica*, 21 settembre 2024; A. KESSLER, *La Silicon Valley tentata dalla destra con la promessa del taglio delle tasse*, in *La Stampa*, 13 agosto 2024; A. ROSS, S. RAVI, M.B. WARNER, S. KESSLER, M.J. DE LA MERCED, L. HIRSCH, E. LIVNI, J. SMIALEK, *Inside Silicon Valley's Political Rift*, in *The New York Times*, 30 luglio 2024; D. ROBERTSON, *Harris or Trump? Why Silicon Valley is fragmenting*, in *Politico*, 9 maggio 2024.

¹⁶⁰ Il riferimento è a L. LESSIG, *Code. Version 2.0*, New York, Basic Books, 2006. In tema anche T.E. FROSINI, *L'ordine giuridico del digitale*, cit., p. 399 e ID., *Internet come ordinamento giuridico*, in *Percorsi costituzionali*, n. 1/2014, che parla di internet come di un ordinamento giuridico a sé.

Conoscere la legge del codice è il punto ineliminabile di partenza, ma non di arrivo.

L'orizzonte è diverso: esso sta nel modello UE ordo-liberale della regolazione, con le sue auspicabili tensioni verso la configurazione di un diritto pubblico europeo dell'economia orientato alla tradizione della solidarietà e dell'eguaglianza, unico rimedio, in questa fase, in grado di tutelare il mercato europeo, secondo i principi del costituzionalismo democratico che informano gli Stati continentali del dopoguerra.

La visione attuale sembrerebbe, in ambito UE, quella di fissare norme e procedure trasparenti, eque, vincolanti e uniformi per la moderazione dei contenuti e garantire un ricorso giurisdizionale accessibile, indipendente ed effettivo, rafforzando la protezione dei cittadini nell'*agorà* digitale.

Per fare ciò occorre, come già accennato, la costruzione di un modello che vada oltre gli orizzonti filosofici ed economici delle teorie ordoliberali dominanti: occorre definire la natura e la qualificazione giuridica dei soggetti coinvolti e, soprattutto, la natura e la qualificazione dei rapporti giuridici sottesi al rapporto asimmetrico di cui discorriamo.

È necessaria l'individuazione di un soggetto pubblico cui attribuire il potere di individuare le responsabilità personali degli utenti e collettive delle aggregazioni di capitali e far applicare la legge a tutela dei diritti. Un potere che non può non essere demandato all'esercizio di poteri esclusivamente pubblici, bandendo forme di autoregolazione di natura privatistica.

Insomma, occorre avere da una parte ben chiari i limiti della concezione economica dominante e, dall'altra, ben saldo il senso della tradizione delle categorie giuridiche, che hanno consentito, nel corso del tempo, l'espansione del potere pubblico, ma sempre nel solco dei valori del costituzionalismo democratico.

La decisione finale sulla legittimità dei contenuti generati dagli utenti (che prima di tutto sono cittadini), va presa da un'autorità giurisdizionale indipendente e non da un'entità commerciale privata.

Ad un'agenzia europea deve spettare il compito di controllare il rispetto delle norme stabilite per la gestione dei contenuti, sulla base di relazioni trasparenti e di algoritmi di monitoraggio utilizzati dalle piattaforme¹⁶¹.

Quindi: controllo, responsabilità e giustiziabilità sono gli snodi importanti per costruire *government* e *governance* nell'ambito delle piattaforme digitali. Una necessaria azione dei soggetti pubblici, epurata e protetta da interessi lobbistici, sia rispetto all'attività svolte dalle piattaforme, sia rispetto ai contenuti prodotti dai cittadini, eliminando, o quanto meno riducendo, le asimmetrie informative tra le piattaforme dei contenuti e le autorità pubbliche. Per dirla con Luciani¹⁶², occorre velocemente rimettere le cose a loro posto.

¹⁶¹ C'è anche chi sta iniziando a discutere "l'ipotesi di 'trattare' le grandi piattaforme digitali private alla stregua di *public utilities*", E. CREMONA *Le piattaforme digitali come public utilities: perché non applicare alcuni principi di servizio pubblico?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2023, p. 490.

¹⁶² M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023, *passim*.

Il costituzionalismo dei poteri, talvolta con tenui limiti, a causa della pervasività, della difficile scomponibilità dei fattori sociali che caratterizzano le piattaforme (e non in ultimo del diverso dato spaziale), non può che scaturire, come detto, da un rinvigorito diritto pubblico europeo dell'economia che, basandosi su principi costituzionali europei, quali la solidarietà, la giustizia sociale, la tutela dell'occupazione e dell'ambiente, sia in grado di bilanciare e fronteggiare la *lex mercatoria* e al contempo difendere i valori della forma di stato democratico-sociale¹⁶³.

Per lungo tempo, si è creduto che le piattaforme ampliassero e democratizzassero la sfera pubblica, o, per dirla con Habermas¹⁶⁴, lo spazio pubblico. Ma lo stesso Habermas ci ha insegnato che lo spazio pubblico tende a sparire sotto l'influenza del mercato. Nel caso di specie, sembrerebbe essere in presenza di uno spazio pubblico che si riempie di contenuti attraverso il pensiero espresso dai cittadini, ma in realtà, come si è visto, con rischi di derive autoritarie, le libertà esercitate sono sottoposte a controlli penetranti e opachi da parte di soggettività a prevalenza private.

I nuovi Regolamenti dell'Unione europea, con il loro ampio corpo di regole, ci stanno conducendo verso un costituzionalismo digitale¹⁶⁵?

A me sembra necessario andare al di là degli aggettivi¹⁶⁶ e, sulla base delle categorie giuridiche classiche, intenderci su alcuni elementi, a partire dalla consapevolezza che l'introduzione del proceduralismo nelle piattaforme¹⁶⁷ non può trascurare la natura contrattuale della relazione fra prestatore e utente del servizio in rete¹⁶⁸. Occorre, inoltre, mettere a fuoco il rapporto tra interesse pubblico all'informazione e il processo democratico, secondo l'imprescindibile esigenza dell'effettiva tutela del pluralismo orizzontale, contro l'insorgere di posizioni dominanti o comunque preminenti¹⁶⁹.

La fonte del rapporto resta di natura contrattuale, per cui l'accesso alle piattaforme presuppone l'accettazione di regole contrattuali che tendenzialmente sfuggono al controllo da parte dei poteri pubblici. Pertanto, viste le dimensioni, la portata e gli interessi generali coinvolti, tali regole non possono restare unicamente in una dimensione contrattuale, estranea al regime pubblicistico e alla sua naturale sottomissione di un potere pubblico di bilanciamento, riequilibrio e sanzionatorio.

¹⁶³ A. LUCARELLI, *Costituzionalismo e storia. Riflessioni sulle dimensioni epistemologiche del senso della tradizione*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022, p. 58.

¹⁶⁴ J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, VII ed., Roma-Bari, Laterza, 2000.

¹⁶⁵ Come affermano: O. POLLICINO, *Potere digitale*, in *Enc. Dir., I tematici*, vol. V, 2023, pp. 410 ss.; G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, pp. 64 ss.; E. CELESTE, *Digital Constitutionalism: Mapping the Constitutional Response to Digital Technology's Challenges*, in *HIIG Discussion Paper Series*, n. 2/2018; F. PIZZETTI, *Un nuovo costituzionalismo per l'UE digitale*, in *Agenda Digitale*, 9 gennaio 2024.

¹⁶⁶ M. LUCIANI, *Relazione conclusiva al Convegno del Gruppo di Pisa "Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica"*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, n. 3/2021, p. 7. M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, cit., p. 746; M. TUOZZO, *Note intorno al (futuro) Artificial Intelligence Act. Prospettive costituzionali e sfide dell'immigrazione nell'ecosistema digitale*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna on line*, n. 2/2024, pp. 205 ss.

¹⁶⁷ Sulla indebita equivalenza tra costituzionalismo e proceduralismo M. BETZU, *I baroni del digitale*, cit., p. 97.

¹⁶⁸ C. PINELLI, *L'evoluzione della normativa dell'Unione europea*, cit., p. 38.

¹⁶⁹ Sul rapporto tra *media* (pubblici o privati), diritto all'informazione e pluralismo interno ed esterno utili spunti si traggono dalla giurisprudenza costituzionale in materia di radiotelevisione con le sentenze numeri: 202/1976; 148/1981; 826/1988; 420/1994; 466/2002).

Al di fuori del perimetro liberal-democratico, risiedono pratiche nelle quali il proprietario della piattaforma definisce autonomamente l'estensione e i limiti del proprio potere, prescindendo dalla controparte contrattuale. In altri termini, si lascia al potere economico la possibilità di svilupparsi tra i rapporti sociali, ma anche politici, svincolato dal potere costituzionale¹⁷⁰, poiché il rapporto giuridico che si stabilisce tra piattaforma e cittadini, pur inerendo i diritti fondamentali, sfuggendo alla disponibilità della legge dello Stato, si impone fattualmente¹⁷¹.

Sul rapporto tra informazione e politica, vi è il grande tema delle esternazioni e dei contenuti espressi: a cosa sono finalizzati? C'è l'obiettivo di arrivare ad una deliberazione, ovvero a quello che Habermas definisce democrazia deliberativa? Ma, soprattutto, tutto ciò, come può avvenire oltre lo Stato e senza lo Stato?¹⁷²

Non c'è lo Stato, o in senso più ampio i poteri pubblici, nell'arena che mira a riequilibrare le asimmetrie informative, ciò impedisce che si realizzi un elemento che Arendt¹⁷³ afferma dirimente per lo spazio pubblico: l'uguaglianza dei cittadini che intervengono. La disuguaglianza si proietta nell'*oikos* (sfera privata) nell'*agora* (spazio pubblico) e nell'*ecclesia* (spazio politico), in una diabolica contaminazione nella quale non è facile fare dei distinguo.

Allora, l'impressione è che nelle piattaforme, la finalità sia l'esternazione ma non la costruzione di un progetto etico - politico e l'individualismo spinge la politica verso una dimensione privatistica.

Così, il particolarismo diviene regola. Tutti si sentono sicuri e sciolti da vincoli in uno spazio nel quale possono liberamente manifestare il proprio pensiero, senza l'onere di assumersi responsabilità in una successiva fase deliberativa. Anche per questo, occorre riflettere se le piattaforme possano effettivamente rappresentare un luogo di mediazione tra cittadini e istituzioni, o piuttosto esprimano la riproposizione anarco-libertaria di una società naturale ispirata ai principi dell'*homo homini lupus*.

Ma, ancora, bisogna domandarsi quanto autentico sia il pensiero che si struttura attraverso le informazioni che il cittadino riceve tramite le piattaforme, alla luce della manipolazione e della massificazione delle idee. Proteggere il rapporto tra informazione e democrazia significa anzitutto garantire alla persona di divenire "il centro decisionale sovrano delle scelte che riguardano la sua esistenza"¹⁷⁴, nell'accezione kantiana di libertà ad agire in accordo con la legge che ognuno dà a sé stesso.

L'*habeas mentem* condiziona infatti "la libertà di scelta nella vita sociale, di fronte ai condizionamenti sociali prodotti dal potere, da altre persone, dall'esistenza di necessità fondamentali non soddisfatte"¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Sul rapporto tra potere economico e annichimento del sovrano M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 160 ss.

¹⁷¹ Così A. STERPA, *L'ordine giuridico dell'algoritmo: un nuovo ordinamento giuridico*, in ID. (a cura di), *L'ordine giuridico dell'algoritmo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, p. 25, riferendosi alla capacità ordinatrice dell'algoritmo.

¹⁷² J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 38 ss.

¹⁷³ H. ARENDT, *Sulla rivoluzione*, trad. it. Torino, Einaudi, 2008, pp. 208 ss. e ID., *Vita activa. La condizione umana*, trad. it. Milano, Bompiani, 2012, pp. 158 ss.

¹⁷⁴ P. VERONESI, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione*, in *BioLaw Journal*, special issue 2/2019, p. 27.

¹⁷⁵ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it. Milano, Giuffrè, 1993, p. 209.

È possibile, allora, cominciare a configurare in questo modello complesso (*infra* § 7) i principi del costituzionalismo liberal-democratico e del pluralismo?

La risposta a questa domanda non può ancora essere definitiva.

Bisogna valutare con favore il percorso *in fieri* dell'Unione europea verso l'orizzonte tracciato e la rinconquista del protagonismo progresso da parte delle istituzioni pubbliche con la loro attività di regolazione. Occorre lavorare sulle latitudini globali del fenomeno, provando a riportare gli eventi "dentro le istituzioni pubbliche", nelle sue plurime soggettività e articolazioni. In sostanza, nel conflitto sociale che nei nuovi *media* si traduce in una polarizzazione molto complessa e frammentata.

Infine, è urgente che tale ritorno dello Stato nella vita pubblica avvenga senza contraddizioni, ossia con l'intenzione di acquisire nuovi e più potenti mezzi di potere e di regolazione, da esercitare sulle soggettività private a tutela dei diritti dei cittadini, nell'ottica di orientamento delle politiche d'intervento pubblico ai principi dello Stato sociale di diritto, ancora da riaffermare con forza nell'Europa delle *democrature* che avanzano in maniera dirompente e delle diseguaglianze che crescono.

Queste sembrano essere le sfide urgenti per l'affermazione del costituzionalismo nello spazio digitale.