

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO

Estratto da I TEMATICI, V-2023

POTERE E COSTITUZIONE

diretto da Marta Cartabia e Marco Ruotolo

Oreste Pollicino

POTERE DIGITALE



POTERE DIGITALE

SOMMARIO: Sez. I. *Profili introduttivi*: 1. Potere e poteri nel digitale: una premessa sulla prospettiva della ricerca e sulle nuove sfide del costituzionalismo. — 2. Servizi digitali e potere delle grandi piattaforme. — Sez. II. *La geometria quadrangolare del nuovo potere digitale*: 3. I quattro elementi costitutivi della geometria del nuovo potere digitale. Profili introduttivi. — 4. Lo spazio (e il territorio). — 5. La dimensione valoriale e il *judicial frame* di riferimento. — 6. I soggetti privati. — 7. Sovranità digitale e dimensione rimediale. Come limitare l'abuso di potere nella società algoritmica: verso un costituzionalismo digitale? — 8. *Segue: a)* la prospettiva statunitense. — 9. *Segue: b)* la prospettiva europea: la stagione di attivismo della Corte di giustizia e di *judicial enforcement* della *privacy* digitale, la reazione del legislatore e la costruzione della forza europea (la prima fase del costituzionalismo digitale). — 10. *Segue: due data process* e la dimensione procedurale (la seconda fase del costituzionalismo digitale). Un'analisi del *Digital Services Act* e del *Digital Markets Act*. — 11. Riflessioni conclusive.

Sez. I. – PROFILI INTRODUTTIVI.

1. *Potere e poteri nel digitale: una premessa sulla prospettiva della ricerca e sulle nuove sfide del costituzionalismo.* — Lo studio del cosiddetto “potere digitale” o, per meglio dire, — una declinazione al plurale appare più opportuna — dei cosiddetti “poteri digitali”, impone una riflessione che si intreccia in profondità con il ruolo del costituzionalismo e della sua vocazione “genetica” di garanzia e controllo. Più precisamente, un'analisi delle nuove forme di espressione del potere digitale sempre meno « vestito d'umana sembianza » (1), perché alimentato da una sempre, per l'appunto, meno “umana” automazione algoritmica, impone un approfondimento sul rapporto, declinato in genere al verticale e che in questo caso, invece, assume anche una geometria orizzontale, tra autorità e libertà e, quindi, come si accennava, sul ruolo del costituzionalismo e sulla sua vocazione garantistica quale fonte di limiti imposti al potere pubblico e privato allo scopo di evitare possibili abusi (2).

Almeno due grandi filoni di ricerca possono essere rilevanti per indagare il rapporto tra potere e tecnologia digitale.

Il primo filone, che non sarà oggetto di indagine specifica in queste pagine, potrebbe guardare a come la migrazione dal mondo degli atomi a

quello dei *bit* (3) abbia inciso sui poteri costitutivi dell'ordinamento statale. In particolare, quanto al potere legislativo, potrebbe essere interessante chiedersi, per esempio, come le possibilità di voto a distanza dei parlamentari, soprattutto, ma non solo, durante la stagione pandemica, avrebbe potuto incidere sull'esercizio della funzione legislativa e come, in particolare, contemperare l'utilizzo della nuova tecnologia con i requisiti previsti dall'art. 48 cost. (4). Oppure, ancora, come la trasparenza assicurata dai nuovi mezzi tecnologici ai lavori parlamentari possa incidere sull'andamento degli stessi e su una maggiore vicinanza della società civile alle dinamiche proprie del processo legislativo.

In secondo luogo, quanto al potere esecutivo, le direzioni di ricerca potrebbero essere almeno due. La prima è relativa all'applicazione e implementazione dei modelli di amministrazione digitale, che il Piano nazionale di resilienza e ripartenza ha reso ancora più strategicamente rilevanti. In particolare, il riferimento è sia a come i principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione previsti dall'art. 97 cost. possano trovare una protezione più efficace grazie agli strumenti di digitalizzazione dei sistemi informatici pubblici, sia alla valorizzazione dei cosiddetti *open data*, per un'amministrazione, se non trasparente, quantomeno non opaca.

La seconda direzione è quella relativa ad un'indagine circa l'uso e specialmente l'abuso, da parte del potere esecutivo, dello strumento digitale, utilizzato spesso, specialmente durante la stagione pandemica, per disintermediare ulteriormente, fino quasi a sgretolare, le comunità intermedie preesistenti e creando un rapporto appunto non filtrato, e quindi assai più manipolabile, tra potere pubblico e i cittadini/utenti, spesso quasi “sudditi” digitali, di fatto amplificando tendenze populiste (5) e sovraniste già presenti nel mondo analogico.

Quanto al riferimento al potere giurisdizionale, anche in questo caso almeno due potrebbero es-

(3) N. NEGROPONTE, *Being Digital*, New York, Alfred A. Knopf, 1995.

(4) N. LUPO, *La rivoluzione digitale e i suoi effetti sull'attività parlamentare*, in *Lo Stato*, 2021, n. 17, 291 ss.

(5) O. POLLICINO e G. DE GREGORIO, *Constitutional Democracy, Platform Powers and Digital Populism*, in *Constitutional Studies*, 8, 2022. In relazione a questi aspetti, per un commento in tempi non sospetti, cfr. M. BASSINI, *Populism in the age of the internet. The Five Star movement model as an Italian case study*, in *Italian populism and constitutional law. Strategies, conflicts and dilemmas* a cura di G. DELLEDONNE, G. MARTINICO e F. PACINI, London, Palgrave Macmillan, 2020, 199 ss.

(1) Fabrizio De André, *Via della Croce*, brano parte dell'album *La Buona Novella*, pubblicato nel 1970.

(2) A. SAJÓ e R. UITZ, *The Constitution of Freedom. An Introduction to Legal Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2017; A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, Cambridge, Polity Press, 2022; N. BARBER, *The Principles of Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

sere le linee di ricerca, di cui solo la seconda sarà, anche se marginalmente, oggetto di questa indagine. Con riferimento alla prima linea, sarebbe interessante guardare a come l'amministrazione della giustizia e, più in generale, l'esercizio di *ius dicere* siano in qualche modo condizionati dall'emergere del fattore algoritmico e quale peso possa essere attribuito a quest'ultimo nella risoluzione di una specifica controversia (6). Il secondo percorso, che come si diceva sarà parzialmente oggetto di indagine in questa sede perché tocca profili di connessione tra tutela dei diritti e attori privati, prova a interrogarsi se e come il nuovo contesto tecnologico abbia inciso sul sistema e sul livello di protezione dei diritti fondamentali, specie in prospettiva transatlantica.

2. *Servizi digitali e potere delle grandi piattaforme.* — Il secondo filone di ricerca rilevante quanto al rapporto tra potere e nuove tecnologie, che sarà invece oggetto specifico di indagine in questa sede, si concentra sull'emersione e sul consolidamento del potere digitale — detenuto dai soggetti privati — nel cyberspazio.

In particolare, nelle pagine che seguiranno si descriverà, indagandone le ragioni, il processo di "trasfigurazione" che ha caratterizzato tali soggetti da attori economici a poteri in senso stretto, ed alla reazione che questa trasfigurazione impone al costituzionalismo moderno che, per mantenere fede alla sua missione originaria di limitazione del potere, è costretto a trovare nuove geometrie di azione. Nello specifico, ci si muoverà da una geometria verticale del classico rapporto autorità *versus* libertà ad una dimensione orizzontale, in cui obiettivo è trovare gli strumenti più adeguati per limitare e contenere, facendo leva anche sul concetto di sovranità digitale (7), il potere privato detenuto dalle grandi piattaforme informatiche.

(6) R. RICHARDSON, J.M. SCHULTZ e K. CRAWFORD, *Dirty Data, Bad Predictions: How Civil Rights Violations Impact Police Data, Predictive Policing Systems, and Justice*, in *New York University Law Review Online*, 94, 2019, 15 ss.; F. PASQUALE, *New Laws of Robotics. Defending Human Expertise in the Age of AI*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2020; M. BRENNER e altri, *Constitutional Dimensions of Predictive Algorithms in Criminal Justice*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 55, 2020, n. 1, 267 ss.

(7) Si veda per un tentativo di identificazione della natura e del significato multiforme ed a tratti anche ambivalente di sovranità digitale H. ROBERTS e altri, *Safeguarding European Values with Digital Sovereignty: An Analysis of Statements and Policies*, in *Internet Policy Review*, 10, 2021, n. 3. Gli autori propongono la seguente definizione di sovranità digitale: « *A form of legitimate, controlling authority over — in the digital context — data, software, standards,*

Del resto, come acutamente osservato da Giorgio Resta, oggi « le piattaforme di maggior successo non sono più semplici attori di mercato né banalmente estendono i mercati esistenti (mercati dei beni o delle idee), ma più radicalmente li sostituiscono, dettando esse stesse le condizioni tecnologiche e giuridiche che presiedono allo svolgimento degli scambi » (8).

Attenzione: non è la prima volta, ovviamente, che si pone il problema del rapporto tra diritto pubblico e poteri privati (9), né che soggetti privati, di fatto, regolino determinati mercati — si pensi alle federazioni sportive — con una tale influenza su un particolare settore economico da detenere, *de facto*, un potere sostanzialmente *latu sensu* politico.

La discontinuità e quindi la rilevanza del potere privato nel nuovo contesto digitale sono però date da due ordini di ragioni. La prima è di ordine quantitativo: la pervasività del processo di digitalizzazione, i meccanismi di automazione algoritmica e l'enorme quantità di dati a disposizione per definire processi di profilazione e anche di anticipazione delle preferenze degli utenti hanno portato le grandi multinazionali operanti nel settore digitale ad una capacità di influenza di natura globale che non ha precedenti. La seconda novità è di ordine, se si può chiamare così, qualitativo, ed incide sull'ampiezza, il pluralismo e la libertà del dibattito pubblico, come si approfondirà successivamente. Non si è infatti mai assistito in passato a ciò che sta avvenendo oggi nel contesto digitale. Vale a dire che soggetti privati con una dominanza così significativa su un mercato assai particolare, come quello delle idee — per parafrasare la legendaria metafora del *free marketplace* di Holmes (10) che sarà ripresa più volte in queste pagine — siano in grado di condizionare in modo così

services, and other digital infrastructure, amongst other things ».

(8) Così G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in questa *Enciclopedia*, Potere e Costituzione, 2023, § 9.

(9) Tema presente alla riflessione costituzionalistica da tempo, a partire dagli studi di G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1970; cenni al tema si ritrovano anche in P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione*, Padova, Cedam, 1953; di grande respiro anche la riflessione, pur concentrata su altri aspetti, di C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, Jovene, 1977. Di recente il tema è stato oggetto di articolata disamina a livello dell'ordinamento dell'Unione europea da F. COSTAMAGNA, *Diritti fondamentali e rapporti tra privati nell'ordinamento dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2022. Si veda anche il numero monografico n. 3 del 2022 di *Dir. pubbl.*, dedicato, per l'appunto, a *Poteri privati*.

(10) Corte Suprema federale degli Stati Uniti d'America 10 novembre 1919, *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616

efficace il dibattito pubblico. Di fatto, per le grandi piattaforme, come è stato recentemente sostenuto, « *fostering a large community — similar to a public sphere — is key to the business model* » (11).

La questione della riproposizione delle condizioni e dei presupposti di una sfera pubblica funzionante, nell'accezione che ne dà Habermas (12), nel contesto dell'ecosistema digitale (13), merita un riferimento in questa sede perché, evidentemente, si intreccia con la questione relativa alla concentrazione di potere detenuto da soggetti privati (che spesso però esercitano *de facto*, come si diceva, funzioni di natura para-costituzionale).

Sembra alquanto ottimistico, quasi ai limiti dell'irrealistico, l'auspicio di Balkin (14), che suggerisce un modello ideale (*melius*: idealistico) di sfera pubblica digitale secondo il quale i *social media*, soggetti privati che si muovono principalmente secondo logiche di mercato, dovrebbero, su base però volontaria, almeno per quanto riguarda il versante statunitense, attivarsi su tre fronti. Innanzitutto, facilitare la partecipazione pubblica nella politica, nella cultura e nell'arte; in secondo luogo, organizzare un *public forum* sul *web* che favorisca lo scambio di idee; e, in terzo luogo, prendersi cura delle modalità di funzionamento e di moderazione della conversazione pubblica.

Assai difficile immaginare che lo scenario descritto possa essere effettivamente realizzabile, anche perché si sta assistendo ad un fenomeno per molti versi opposto, vale a dire lo sgretolarsi, come si accennava in precedenza, nel cyberspazio, delle formazioni sociali, almeno quelle tradizionali, con tutte le conseguenze negative che l'assenza di intermediazione da parte delle comunità, per l'appunto, intermedie, può avere sulle modalità di esercizio del potere (e del suo abuso) e sull'indebolimento della posizione del singolo sempre più immerso, in Internet, in una cornice di individualismo, ma anche di solitudine, e in fin dei conti di

(1919). Si veda, nello specifico, la *dissenting opinion* di Holmes, 624 ss.

(11) M. POIARES MADURO e F. DE ABREU DUARTE, *Regulating Big Tech will take pluralism and institutions*, in *euro-news.com*, 7 ottobre 2021.

(12) J. HABERMAS, *The structural transformation of the public sphere, an Inquire into a category of Bourgeois Society*, Cambridge, MIT Press, 1991.

(13) L. BRANDIMARTE, L. PECCHI e G. PIGA, *Le imprese Big Tech: schiave delle leggi per poter essere liberi?*, in *Dir. pubbl.*, 2021, n. 3, 811 ss., 824.

(14) J.M. BALKIN, *How to regulate (and not regulate) social media*, Knight Institute Occasional Paper, 2020, Series 1.

ulteriore debolezza rispetto al potere, pubblico o privato che sia.

Da questo punto di vista, le assimilazioni che, come si vedrà successivamente, la giurisprudenza della Corte Suprema ha fatto tra lo spazio controllato dai soggetti privati in Internet e il classico *public forum*, culla del discorso pubblico nel contesto analogico, è assai delicata e, per molti versi, controversa, specialmente se a tale linguaggio metaforico (15) deve attribuirsi un carattere prescrittivo e non solo descrittivo.

Si aggiunga che l'avvento della pandemia, in tempi recenti, ha messo in drammatica evidenza l'essenzialità del ruolo dei servizi digitali (e quindi dei loro fornitori) per permettere la continuità di molte attività anche in costanza delle restrizioni più incisive alla libertà di circolazione, tanto da rievocare un dibattito che si era sopito, quello relativo alla possibile codificazione costituzionale di un "diritto al digitale" (16) o di un diritto di accesso a Internet (17). Si è addirittura parlato in questi casi dei grandi fornitori di servizi digitali quali nuove « *digital utilities* » (18), con tutte le implicazioni in rapporto alla regolazione rilevante (19).

(15) Già Milan Kundera aveva capito la delicatezza del linguaggio metaforico quando faceva le seguenti riflessioni a proposito del protagonista del suo romanzo più famoso: « *Tomàs allora non si rendeva conto che le metafore sono una cosa pericolosa. Con le metafore è meglio non scherzare* », M. KUNDERA, *L'insostenibile leggerezza dell'essere*, Milano, Adelphi, 1984.

(16) Su questi temi v. *Biopolitica, pandemia e democrazia* a cura di L. VIOLANTE e A. PAJNO, 3 voll., Bologna, Il Mulino, 2021, in particolare II. *Etica, comunicazione e diritti*, e III. *Pandemia e tecnologie. L'impatto su processi, scuola e medicina*. V. anche, nello specifico, il contributo di O. POLLICINO, M. BASSINI e G. DE GREGORIO, *Un « diritto al digitale »?*, ivi, II, cit.

(17) In tema la letteratura è assai copiosa. Volendo richiamare alcuni riferimenti essenziali, v. S. RODOTÀ, *Una costituzione per Internet?*, in *Pol. dir.*, 2010, n. 3, 337 ss.; G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2011, n. 2, 5 ss.; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Riv. AIC*, 2011, n. 1, 2011; P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso a Internet. Una prospettiva costituzionalistica*, in *Consulta Online*, www.giurcost.org, 2012; P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in *Internet e Costituzione* a cura di M. NISTICÒ e P. PASSAGLIA, Torino, Giappichelli, 2014; G. DE MINICO, *Uguaglianza e accesso a Internet*, in *Forum Quad. cost.*, 6 marzo 2013.

(18) L. D'URBINO, *Big tech's covid-19 opportunity*, in *The Economist*, 4 aprile 2020.

(19) Si veda il seguente passaggio della *concurring opinion* di Justice Thomas in Corte Suprema federale degli Stati Uniti d'America, *Biden v. Knight First Amendment Institute* at Columbia University, 5 aprile 2021, 593 U.S. (2021): « *The similarities between some digital platforms and common carriers or places of public accommodation may give*

D'altra parte, la medesima stagione pandemica e ancor di più la crisi bellica, conseguenza dell'invasione dell'Ucraina da parte della Russia, hanno fatto emergere come il potere della disinformazione, propagata ed amplificata dalla tecnologia digitale, sia in grado di influenzare ed inquinare il dibattito pubblico fino a rendere incredibilmente attuale (dunque profetico) lo scenario che in tempi non sospetti aveva descritto Hannah Arendt: « in un mondo incomprensibile e in continuo cambiamento le masse avevano raggiunto il punto in cui avrebbero, allo stesso tempo, creduto in tutto e niente, pensato che tutto fosse possibile e niente fosse vero » (20).

Si tratta di elementi, quelli fini qui evidenziati, che costituiscono senz'altro indicazioni emblematiche circa la radicale trasformazione, a causa dell'impatto del fattore digitale, sia della società nel corso degli ultimi due decenni, sia dei soggetti privati che fanno da *gatekeeper* al cyberspazio che, di fatto, si sono "trasformati" da attori economici a poteri in senso tecnico, spesso esercitando funzioni para-costituzionali.

Non vi sono dubbi che dal digitale e dalla sua disponibilità su scala pressoché universale passino del resto numerose opportunità che si sono dischiuse, non solo legate alla già menzionata « piattaforma della sfera pubblica » (21) o a quello che è stato definito « *platform capitalism* » (22), connesse alla possibilità di attuare modelli di *business* innovativi e di realizzare attività economiche fondate sulla "presenza sul web". Il fatto è che tali nuove opportunità presentano, per un verso, un persistente carattere di "dipendenza" rispetto ai fornitori di servizi che offrono l'infrastruttura su cui questi modelli di *business* si innestano (si pensi, banalmente, alle attività di chi sfrutti commercialmente una pagina pubblica o personale ospitata da un *social network*). Per altro verso, tali opportunità hanno anche un lato oscuro. Si fa riferimento alle medesime minacce e problematiche, in parte consequenziali all'anzidetto vincolo di "dipendenza", che sono proprie

della società dell'informazione: rischi di profilazione, trattamenti su larga scala di dati personali con elevato grado di rischio, opacità delle condizioni contrattuali e dei processi algoritmici. Tutte queste minacce, che presentano entità e gradazioni variegata e sono soltanto parzialmente, per alcuni aspetti, affrontate dai legislatori, descrivono una nuova "deriva" rispetto alla quale l'erompere sulla scena di soggetti privati solleva problemi di controllo e di prevenzione di abusi.

Le ragioni di questi pericoli si appuntano sulla idoneità dei comportamenti economicamente orientati di tali soggetti a incidere e condizionare significativamente i diritti fondamentali degli individui. Se al cospetto di limitazioni che trovino la loro fonte in un atto o comportamento di un attore pubblico gli stessi individui godono di tutele che permettono loro un controllo sull'operato degli autori di queste restrizioni, che già per loro natura sono costrette entro le maglie di vincoli di contenuto e procedurali (si pensi alla riserva di legge e alla riserva di giurisdizione), di fronte a possibili incisioni derivanti dalla condotta di soggetti privati, l'individuo-utente è sguarnito di analoghe salvaguardie. Un tallone d'Achille evidente che l'ultima stagione del costituzionalismo digitale, a tradizione procedurale, proverà, come vedremo, ad attenuare.

Come si diceva, l'incidenza del comportamento di attori privati sul godimento di diritti individuali non costituisce certamente una novità ed è alla radice di alcuni importanti plessi normativi che in passato hanno segnato un progressivo affrancamento dell'individuo, anche sul piano dei rapporti orizzontali (si pensi al divieto di discriminazioni). Tuttavia, la dimensione pervasiva del controllo assunto dai fornitori di servizi digitali e la loro inedita capacità di incidenza sui diritti e sulle libertà individuali rappresentano inevitabilmente una nuova minaccia che impone una riflessione sull'adeguatezza degli strumenti disponibili per il diritto costituzionale, per evitare che la rivoluzione tecnologica segni una regressione nella dimensione di tutela della persona, sia come individuo sia come parte delle formazioni sociali intermedie, che, come si accennava stanno subendo un fenomeno di regressione e stanno lentamente ma inesorabilmente sgretolandosi nel contesto digitale. Tale analisi deve, d'altro canto, non cadere nella trappola, come è stato argutamente sottolineato (23), « di fare di tutta tua l'erba un fascio e di

legislators strong arguments for similarly regulating digital platforms. "[I]t stands to reason that if Congress may demand that telephone companies operate as common carriers, it can ask the same of" digital platforms. Turner, 512 U.S. 180 (1997) at 684 (opinion of O'Connor, J.) ».

(20) H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, trad. it., Torino, Einaudi, 2009.

(21) Si veda M. SORICE, *La « piattaforma della sfera pubblica » della comunicazione politica*, 2020, n. 3, 371 ss.; v. anche M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quad. cost.*, 2019, n. 4, 811 ss.

(22) N. SRNICEK, *Platform Capitalism*, Cambridge, Polity Press, 2016.

(23) R. PARDOLESI, *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, in *Dir. pubbl.*, 2021, n. 3, 941 ss., 943.

tratteggiare lo stereotipo del nuovo *villain* algoritmico, che attrae su di sé le reazioni intransigenti (quando non massimaliste, da vera crociata) ».

Sez. II. – LA GEOMETRIA QUADRANGOLARE DEL NUOVO POTERE DIGITALE.

3. *I quattro elementi costitutivi della geometria del nuovo potere digitale. Profili introduttivi.* — Alla luce di queste riflessioni preliminari, si è pensato di proporre, anche in rapporto a quel passaggio da una dimensione verticale del potere a una orizzontale cui prima si faceva accenno, una geometria quadrangolare del potere digitale.

Non è che sia così originale fare riferimento a figure geometriche nel tentativo di indagare natura e impatto dei nuovi attori privati nell'ecosistema del *web*. Jack Balkin, per esempio, notando come il potere digitale, riferendosi in particolare alla libertà di espressione, si caratterizza per andare oltre il rapporto binario potere pubblico vs individuo/utente, ha incluso nella figura rilevante un terzo livello, o angolo, quello costituito dalle piattaforme private, e su queste basi ha recentemente coniato la metafora del « *free speech as a triangle* » (24).

Nella nostra ricostruzione invece la geometria del potere digitale può essere configurata con una forma quadrangolare rappresentata da quattro dimensioni costitutive: quella spaziale, quella valoriale, quella soggettiva e quella rimediale, quest'ultima legata alle reazioni del costituzionalismo al consolidamento di tale potere, e connessa anche alle modalità espressive della sovranità digitale.

La ragione di tale quadripartizione è abbastanza evidente e può essere così sintetizzata. Nella nuova società algoritmica, le *corporation* private di natura transnazionale (gli attori) esercitano sempre più *de facto* funzioni pubblicistiche attraverso il "governo" degli spazi digitali (lo spazio). In questo contesto, è fondamentale la cornice valoriale che caratterizza l'ordinamento europeo da una parte e quello statunitense dall'altra, specialmente con riguardo alla prospettiva del bilanciamento dei diritti in gioco (dimensione assiologica). L'ultimo angolo rilevante è quello relativo al dispiegarsi della sovranità o, più in generale, della nuova stagione del cosiddetto « costituzionalismo digitale », sulla cui accezione ci si soffermerà nelle considerazioni finali, provando a chiedersi quali strumenti abbia il diritto pubblico, al cospetto del

fattore informatico, per contrastare e limitare il potere digitale di natura privata che tende sempre più ad amplificarsi.

La prospettiva privilegiata di indagine sarà quella transatlantica e non perché non si sia consapevoli che, per esempio, il modello dirigitico cinese di traino statale al digitale costituisca sicuramente un terzo polo con cui fare i conti ed un modello di sovranità algoritmica in competizione con il modello europeo e quello statunitense. Ciò non di meno, nella nostra prospettiva privilegiata che guarda ai rapporti tra potere pubblico e potere privato nel nuovo ecosistema digitale e alle modalità di protezione dei diritti, è sicuramente il "ponte transatlantico" quello che merita una speciale attenzione e manutenzione. Non fosse altro per la banale circostanza che la maggior parte delle basi informatiche delle grandi società tecnologiche hanno sede negli Stati Uniti ma i loro servizi (e più in generale il loro potere digitale) sono diretti anche nei confronti del continente europeo. A ciò si aggiunga che l'indagine si concentra sui modelli reattivi propri degli ordinamenti costituzionali di consolidato assetto democratico.

A questo proposito, non è un caso che, come si vedrà, gran parte della giurisprudenza rilevante della Corte di giustizia dell'Unione europea si sia concentrata esattamente sulla evocata manutenzione del ponte prima richiamato, con toni assai severi (ed effetti demolitori) a causa dell'asserita differenza del livello di protezione dei diritti in gioco, sulle due sponde dell'Atlantico, con riferimento specifico, ovviamente, alla tutela dei dati personali.

4. *Lo spazio (e il territorio).* — Lo spazio identifica un primo elemento strutturale che a lungo ha rappresentato un argomento nevralgico nel dibattito sulla regolazione del *web*, apparso agli albori come una nuova frontiera (25). Alle origini del cyberspazio la nuova dimensione digitale prometteva un orizzonte di libertà, in primo luogo dal controllo statale.

Basti pensare alla dichiarazione di indipendenza del *cyberspace* di John Perry Barlow del 1996 che solennemente si rivolgeva agli Stati in questo modo: « Governi del Mondo, stanchi giganti di carne e di acciaio, io vengo dal Cyberspa-

(24) J.M. BALKIN, *Free Speech is a Triangle*, in *Columbia Law Review*, 118, 2018, n. 7, 2011 ss.

(25) Rispetto alla rilevanza dell'idea di frontiera, calata soprattutto nel contesto del modello costituzionale statunitense, v. il suggestivo studio di A. BURATTI, *La frontiera americana. Una interpretazione costituzionale*, Roma, Ombre corte, 2016.

zio, la nuova dimora della Mente. A nome del futuro, chiedo a voi, esseri del passato, di lasciarci soli. Non siete graditi fra di noi. Non avete alcuna sovranità sui luoghi dove ci incontriamo » (26).

Come è stato giustamente fatto notare, in questa prospettiva, « per gli Stati, apparentemente, nessun ruolo e nessun potere. Gli attori nazionali, in questa ricostruzione, sono *l'altrove*, impossibilitati a predicare la propria sovranità e a estendere l'enforcement delle norme giuridiche entro uno spazio idealizzato come territorio separato » (27).

Venticinque anni dopo è facile concludere come la storia abbia poi fatto emergere una realtà assai diversa da quella che si augurava Barlow. E questo per almeno due ragioni. La prima è che gli Stati nazione hanno dimostrato di poter non solo regolamentare, ma anche “iper-regolare” il cyberspazio che, è bene sempre tenerlo a mente, prima ancora che di *bit*, è costituito da infrastrutture fisiche e cavi sottomarini e quindi da una dimensione “atomica”, parte di quel mondo analogico nei cui confronti Barlow (auto)proclamava una irrealistica indipendenza. Si pensi a come ordinamenti non democratici siano stati in grado di creare dei *Great Firewall*, come nel caso cinese e, ultimamente, quello russo a seguito della invasione dell'Ucraina in cui, per l'appunto, muraglie virtuali e strategie di disinformazione e di censura hanno prodotto lesioni assai reali e significative all'esercizio della libertà di espressione ed al diritto di essere informati.

La seconda ragione consiste nel fatto che ciò che doveva essere, secondo la visione utopistica di Barlow, un nuovo mondo libero da condizionamenti e poteri forti, in cui la comunità di utenti avrebbe avuto la capacità di auto-regolarsi alla luce della cornice valoriale di riferimento, si è rivelato uno spazio che, lungi dal voler cavalcare le visioni — altrettanto nocive di quelle utopistiche — distopiche, per esempio di Morozov (28) e parzialmente anche di Zuboff (29), si è rivelato assai accessibile ai poteri privati che hanno sicuramente condizionato quel processo di auto-determinazione da parte degli utenti che doveva essere

la pietra angolare su cui costruire lo spazio immaginato dai pionieri del *web*.

Anche a causa dell'influenza di queste prime, *ex post* assai ingenue, posizioni ora evocate, nelle riflessioni dei primissimi commentatori che hanno esplorato l'avvento del cyberspazio e le sue conseguenze sul piano giuridico compaiono riferimenti costanti alle difficoltà che una rete globale, in grado di connettere individui-utenti localizzati in ordinamenti giuridici diversi tra loro e con siti-comunità virtuali a loro volta riconducibili a sistemi giuridici variegati, poteva produrre rispetto alla pretesa di controllo delle attività e condotte su un territorio, tipico postulato della sovranità statale. Soprattutto nella dottrina statunitense, si è subito evidenziata una contrapposizione tra i sostenitori di una visione cyberanarcoide (30) e coloro che hanno contestato i presupposti normativi e descrittivi di questa tesi (31). Le posizioni anti-tetiche alla *state regulation*, ispirate forse anche da un “pregiudizio libertario”, incline a guardare con diffidenza all'assoggettamento a regolazione pubblicistica di fenomeni “nuovi”, si fondavano sul riconoscimento di una pretesa superiorità dell'autoregolamentazione sul cyberspazio. Questa visione era suggestionata da alcune criticità ravvisate all'applicazione alla rete di regole pensate per un mondo fatto di materia e fondato sulla delimitazione di confini territoriali (anche quale operazione idonea a sancire un limite all'efficacia spaziale di certe regole), fra cui per esempio l'incertezza che gli individui-utenti avrebbero patito nell'identificare le regole applicabili nei vari ambiti/siti in cui le loro condotte prendevano corpo (l'assenza della cosiddetta “*notice*”).

Queste preoccupazioni, come è noto, hanno ben presto lasciato spazio a visioni non ostili a una regolazione statale, che hanno conosciuto un più facile radicamento anche per effetto delle prime pronunce giurisprudenziali in cui, soprattutto negli Stati Uniti, si prendeva atto che le peculiarità del cyberspazio non fossero tali da distogliere le attività che vi prendevano corpo da qualsiasi regola di condotta che non fosse già stata introdotta dagli Stati per governare il « mondo della materia » (32). Anzi, come si è fatto notare in uno

(26) J.P. BARLOW, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, in EFF. *Electronic Frontier Foundation*, 8 febbraio 1996.

(27) M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”*. Spunti di comparazione, in *Rivista di diritto dei media*, 2021, n. 2, 86 ss.

(28) E. MOROZOV, *The Net Delusion. The Dark Side of Internet Freedom*, New York, PublicAffairs, 1997.

(29) S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, PublicAffairs, 2019.

(30) D.R. JOHNSON e D. POST, *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 48, 1996, n. 5, 1371 ss.

(31) In tema v. ancora J.L. GOLDSMITH, *Against Cyberanarchy*, in *University of Chicago Law Review*, 65, 1998, n. 4, 1199 ss.

(32) U. KOHL, *Jurisdiction and the Internet*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; D.J. SVANTESSON, *Solving the Internet Jurisdiction Puzzle*, Oxford, Oxford University

studio di parecchi anni fa (33), è proprio la reazione delle corti statunitensi all'orientamento anarcoide prima evocato, attraverso l'esercizio di radicamento della propria giurisdizione in merito a casi aventi ad oggetto una disputa su Internet, a confermare che esistono « *adjudicators* » all'interno di uno spazio che si pensava fosse immune all'intervento dei pubblici poteri. Il che, si notava in quel medesimo studio, potrebbe fare emergere uno scenario alquanto paradossale nel quale « *the area of Internet law, for years considered the most emblematic expression of the limitations of national law in facing the challenges of globalisation, would, by contrast, prove to be one of the few fields of law still encapsulated in national law, in which not only a global approach, but also a transnational one risks proving not to be fully adequate* » (34).

Peraltro, le tesi che simpatizzano per un'auto-regolamentazione del cyberspazio dovrebbero oggi confrontarsi con le criticità ben evidenti generate dall'evoluzione dello scenario di mercato. Se, infatti, alle origini, gli utenti si potevano avventurare in una "concorrenza perfetta" tra piattaforme-comunità virtuali dotate di proprie regole — e dunque in uno scenario in cui a un assetto concorrenziale del mercato potesse affiancarsene uno altrettanto "libero" delle regole autoprodotte — oggi profonde trasformazioni sono intervenute a scalfire questa apparente linearità, determinando una struttura oligopolistica in cui una indisturbata concorrenza tra regole autoimposte dalle comunità virtuali sarebbe verosimilmente invisa agli stessi fautori dell'approccio cyberanarchico. Le menzionate trasformazioni in corso sono di natura ancora più sistemica, perché, come si è anticipato sin dall'inizio e come si metterà in luce successivamente, non riguardano solo gli strumenti a disposizione della normativa antitrust (che come vedremo in ogni caso sta cambiando pelle nella nuova disciplina europea prevedendo anche una possibilità di intervento *ex ante*, inimmaginabile per i puristi del diritto alla concorrenza) ma tirano principalmente in ballo lo strumentario e la stessa natura del costituzionalismo che deve rimanere fedele alla sua vocazione genetica di limitazione del potere, seppur quando quest'ultimo si presenta in assetto e geometria variabili.

Press, 2017; J. HÖRNLE, *Internet Jurisdiction Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

(33) O. POLLICINO e M. BASSINI, *The Law of the Internet between Globalization and Localization*, in *Transnational Law. Rethinking Law and Legal Thinking* a cura di M. MADURO, K. TUORI e S. SANKARI, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

(34) POLLICINO e BASSINI, *op. cit.*, 347.

Si possono però indicare almeno due fondamentali passaggi giuridici che illustrano, seppure in stadi temporali e di evoluzione tecnica differenti, le difficoltà connesse all'elemento spaziale nel cyberspazio.

Il primo passaggio individua le criticità connesse al controllo sui contenuti *online*. Negli Stati Uniti, una delle principali problematiche che i giuristi e gli altri operatori del diritto dovettero affrontare riguardava il pericolo che la rete, grazie alla semplicità di accesso, diventasse veicolo di contenuti vietati o comunque soggetti a restrizioni nel « mondo reale » (35), una sorta di zona franca in grado di eludere i divieti previsti dall'ordinamento. Il problema è bene esemplificato dalla celebre narrativa sul *cyberporn panic*, che fu del resto alle origini del primo tentativo di regolamentazione del cyberspazio, partorito nel 1996 dal Congresso con il *Communications Decency Act* (su cui si tornerà *infra* con riguardo agli attori). Questo atto, oltre a disciplinare per la prima volta il ruolo degli intermediari, introdusse alcune limitazioni all'accesso *online* a contenuti manifestamente offensivi e indecenti, sull'onda delle preoccupazioni cui si accennava poc'anzi. L'anno successivo la Corte Suprema degli Stati Uniti dichiarò queste previsioni contrarie al Primo emendamento, in quanto impositive di limitazioni eccessive e sproporzionate al diritto costituzionalmente garantito di accedere a contenuti espliciti da parte di un pubblico adulto. La sentenza in parola, « *Reno v. ACLU* » (36), che sarà più volte richiamata, non è rilevante soltanto perché rappresenta una coraggiosa sortita a difesa della libertà di espressione al cospetto di un interesse rilevante come la tutela dei minori, ma anche perché segna una elaborazione del nuovo mezzo e delle sue caratteristiche, intravedendo nella realtà digitale lo spazio di realizzazione, forse, di quella metafora del *marketplace of ideas* teorizzata dal Justice Holmes nel 1919 (37). Quella sentenza non poteva calcolare che di lì a poco la realtà digitale avrebbe mutato in modo radicale le proprie caratteristiche, transitando verso una dimensione oligopolistica all'epoca sconosciuta. Forse anche questa visione ancora idealizzata e pluralistica di Internet (un mezzo rispetto al quale, nelle parole della Corte

(35) V. ancora L. LESSIG, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, in 113 *Harvard Law Review*, 1999, 113, n. 2, 501 ss.

(36) Corte Suprema federale degli Stati Uniti d'America 26 giugno 1997, *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997).

(37) Corte Suprema federale degli Stati Uniti d'America, *Abrams v. United States*, cit.

Suprema, non era dato ritenere che una regolamentazione dei contenuti potesse giovare più dell'assenza di una disciplina *ad hoc* può aver inciso sull'esito della vicenda.

Questa consapevolezza è però giunta ben presto a fronte di un'altra vicenda assai nota, che ha visto per la prima volta consumarsi uno scontro tra autorità statali, specie quelle giurisdizionali, sul terreno di Internet. Nella famosa saga « LICRA c. Yahoo! » (38), originata dalla commercializzazione di cimeli nazisti da parte di un sito ospitato da Yahoo!, emergono le prime tendenze di stampo "imperialista" rispetto alla "dominazione" del cyberspazio. Le quali però non sono, come nella vicenda che aveva impegnato la Corte Suprema pochi anni prima, frutto di una impostazione di un'autorità pubblica incline a esaltare e idealizzare la strumentalità del cyberspazio all'esercizio del *free speech*, ma derivano semmai dalla centralità del ruolo di una piattaforma, Yahoo!, poco incline ad accettare di sottomettersi a un ordine di rimozione di contenuti (di terzi) adottato da un tribunale francese facendo applicazione di disposizioni di diritto francese. Le motivazioni di questo rifiuto (che verrà poi meno, ma darà vita a una intensa e celeberrima saga giurisprudenziale) sono legate alla volontà di un operatore statunitense di non accondiscendere al *diktat* di una corte francese che avrebbe garantito prevalenza allo standard di tutela locale su quello statunitense, incardinato nel Primo emendamento, soprattutto al cospetto di contenuti che, per quanto scioccanti, avrebbero verosimilmente beneficiato di protezione all'ombra di quest'ultimo parametro costituzionale. Sebbene la conclusione della vicenda abbia visto soccombere le istanze di Yahoo!, è del tutto emblematico che quest'ultima abbia attivato un parallelo procedimento giurisdizionale negli Stati Uniti per ottenere una pronuncia che assicurasse prevalenza al Primo emenda-

mento. Al di là delle non trascurabili velleità "imperialiste", la vicenda è indicativa del ruolo assunto da una delle prime piattaforme digitali di grandi dimensioni, capace con il proprio comportamento di condizionare l'adempimento di una decisione giurisprudenziale e in ultima battuta l'effettività della tutela dei diritti.

Più recentemente, nel caso « Packingham » (39), che sarà ripreso anche più avanti, la Corte Suprema è andata anche oltre la "riedizione digitale" del *free marketplace of ideas* coniata in « Reno », affermando, in modo piuttosto controverso, come si dirà successivamente, che « *While in the past there may have been difficulty in identifying the most important places (in a spatial sense) for the exchange of views, today the answer is clear. It is cyberspace — the 'vast democratic forums of the Internet'* ».

Una presa di posizione netta, e come si dirà in seguito, forse un po' ingenua ed a tratti rischiosa, che propone un accostamento tra l'agorà classica del mondo degli atomi e lo scambio di idee che può essere assicurato (o meno) dalla (meno libera) agorà digitale.

Inoltre, deve anche aggiungersi che vicende più attuali riportano indicazioni che inducono a rivisitare, forse, gli assunti che avevano fatto da sfondo a questa visione: l'idea che la regolazione possa risultare infelice e produrre risultati che incidono sul grado di tutela della libertà di espressione sembra aver lasciato spazio alla preoccupazione per una crescita esponenziale di potere di condizionamento del *free speech* nelle mani dei giganti del *web*, ben esemplificata dalle parole del Justice Thomas. Sembra emergere il timore che occorra preservare il *free speech* dagli stessi attori che si agitano sul *web*, che non sono più le comunità virtuali tra loro in concorrenza che lo popolavano alle origini (in grado di massimizzare la tutela della libertà di espressione offrendo spazi tra loro alternativi), ma sono ora poche potenze economiche che rischiano di incidere sulla libera espressione in quanto il loro standard di giudizio/moderazione si riverbera su una platea imponente di utenti/individui. È forse, quello di Thomas, un monito a « *save the First Amendment from digital platforms* »? Sembrerebbero intravedersi le prime incrinature a quella idea per lungo tempo granitica che il cyberspazio rappresentasse il raggiungimento dell'obiettivo di un vero *marketplace of ideas*. In realtà, si tratta di una metafora, come si

(38) Tribunale di Parigi 22 maggio 2000; Corte d'appello federale degli Stati Uniti d'America per il Nono Distretto 23 agosto 2004, *Yahoo! Inc., a Delaware corporation v. La Ligue Contre Le Racisme et L'antisemitisme*, a French Association, L'union Des Etudiants Juifs De France, a French Association, 379 F.3d 1120 (2004); Corte d'appello federale degli Stati Uniti d'America per il Nono Distretto 12 gennaio 2006, *Yahoo! Inc., a Delaware Corporation v. La Ligue Contre Le Racisme et L'antisemitisme*, a French Association, L'union Des Etudiants Juifs De France, a French Association, 433 F.3d 1199 (9th Cir. 2006). Sulla vicenda, tra i molti commenti, v. T. WU e J.L. GOLDSMITH, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford, Oxford University Press, 2006; J.R. REIDENBERG, *Technology and Internet Jurisdiction*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 153, 2005, 1951 ss.; Id., *Yahoo and Democracy on the Internet*, in *Jurimetrics*, 42, 2001-2002, 261 ss.

(39) Corte Suprema federale degli Stati Uniti d'America 19 giugno 2017, *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. (2017).

dirà più avanti a proposito della strategia europea contro la disinformazione, non più conforme alla realtà digitale, in cui si sono affermati proprio i “poteri privati” che rendono il mercato delle idee non più libero, ma condizionato, per l'appunto, da concentrazioni di potere. Attenzione: non si fa riferimento esclusivamente al potere economico che può essere combattuto con il diritto della concorrenza, ma al potere privato che ha un impatto sulla tenuta complessiva del sistema democratico, ed in cui, come vedremo, le uniche armi sono reperibili all'interno dell'arsenale del diritto costituzionale.

Sempre rispetto alla prospettiva spaziale qui rilevante, sull'altra sponda dell'Atlantico non sono mancate alcune spinte giurisprudenziali volte a fare emergere come, al di là di dove si trovi la base informatica dei nuovi poteri digitali, se quest'ultimi forniscono i loro servizi anche nei confronti del mercato digitale europeo, devono sottostare alla normativa, e quindi al sistema valoriale, proprio delle tradizioni costituzionali comuni del vecchio continente. Ovviamente tale giurisprudenza ha un humus, e non poteva essere diversamente, diverso da quello che ha caratterizzato la giurisprudenza statunitense che ha reagito alla prospettiva anarcoide prima descritta. Se il terreno privilegiato di quest'ultima non poteva che essere la protezione della libertà di espressione, la giurisprudenza rilevante di Lussemburgo è relativa, e anche in questo caso, visto il diverso paradigma assiologico che caratterizza le due sponde dell'Atlantico, non poteva essere diversamente, all'ambito relativo alla protezione dei dati personali, il Primo emendamento del costituzionalismo europeo (40).

In questo particolare settore, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha segnato un'evoluzione che rappresenta, oltre al chiaro primato che questo diritto sembra vantare al cospetto di altri interessi tutelati, l'idea che al di là della dematerializzazione dei trattamenti di dati, i diritti degli individui e i confini territoriali “posti a loro tutela” possiedono ancora un rilievo.

Due “mosse” giurisprudenziali paiono essere indicative di questa attitudine, e saranno riprese anche più avanti quando si guarderà, nella parte finale dedicata alle reazioni della sovranità digitale ordinamentale all'emersione del potere digitale, specificamente all'attivismo della Corte di giustizia nel suo *enforcement* della *privacy* privata. La prima

(40) B. PETKOVA, *Privacy as Europe's first Amendment*, in *European Law Journal*, 25, 2019, n. 2, 140 ss.

sortita della Corte di giustizia rilevante risale al celeberrimo caso «Google Spain» (41). Questa sentenza non rileva tanto in questo momento — ne se ne riparlerà dopo — per il suo contenuto sostanziale (l'applicazione a un motore di ricerca della disciplina sulla protezione dei dati in qualità di titolare del trattamento), quanto per il suo presupposto fondante: l'estensione a soggetti stabiliti al di fuori dall'Unione europea, che effettuano trattamenti di dati di individui residenti negli Stati membri, della applicazione della disciplina all'epoca racchiusa nella direttiva n. 95/46/CE (42). La Corte di giustizia ha così anticipato il GDPR (43), che all'art. 3 § 2 contiene ora una analoga previsione, volendo affermare con fermezza il principio per cui lo sfruttamento in chiave economica di dati personali di cittadini europei non può essere svincolato e distolto dal rispetto delle garanzie richieste dall'ordinamento dell'Unione, espressive del più elevato livello di tutela racchiuso, tra l'altro, negli art. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali UE e nell'art. 8 CEDU. La sentenza «Google Spain» ha così segnato un punto di non ritorno, evidenziando la necessità che anche gli operatori, perlopiù di matrice statunitense, con provenienza extra-UE si conformino alla normativa europea rilevante che rispecchia, evidentemente, la dimensione assiologica delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

La questione dello spazio è dunque visceral-

(41) C. giust. UE 13 maggio 2014, causa C-131/12, Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González. La letteratura in proposito è vastissima. Per una panoramica, si può richiamare la rassegna monografica ospitata da *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google* a cura di G. RESTA e V. ZENO-ZENCOVICH, Roma, RomaTrE-Press, 2015. Sulle conseguenze sul piano della tutela dei diritti umani, cfr. E. FRANTZIOU, *Further Developments in the Right to be Forgotten: The European Court of Justice's Judgment in Case C-131/12, Google Spain, SL, Google Inc v. Agencia Espanola de Proteccion de Datos*, in *Human Rights Law Review*, 14, 2014, n. 4, 761 ss. Per una lettura in chiave statunitense della sentenza e del suo impatto, v. R. POST, *Data Privacy and Dignitary Privacy: Google Spain, the Right To Be Forgotten, and the Construction of the Public Sphere*, in *Duke Law Journal*, 67, 2018, 981 ss., nonché J. ROSEN, *The Right To Be Forgotten*, in *Atlantic*, July-August 2012. Per una prospettiva di più ampio respiro, ancorché precedente alla sentenza, v. F. PIZZETTI, *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, Giappichelli, 2012.

(42) Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 24 ottobre 1995, n. 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

(43) *General Data Protection Regulation*: reg. UE del Parlamento europeo e del Consiglio 27 aprile 2016, n. 2016/679, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali.

mente connessa a quella della sovranità anche nel cyberspazio.

Nulla di nuovo per il diritto costituzionale.

La seconda stagione giurisprudenziale rilevante in questa sede, perché volta a dimostrare come lo spazio, e più in particolare il territorio, siano ingredienti essenziali del potere anche nella sua dimensione digitale, è rappresentata dal caso « Digital Rights Ireland » (44) in cui la Corte di giustizia ha annullato la direttiva in materia di *data retention* (45) del 2006 perché in contrasto con la Carta dei diritti fondamentali. Tale annullamento è giustificato, nelle parole della stessa Corte, anche dal fatto che « tale direttiva non impone che i dati di cui trattasi siano conservati sul territorio dell'Unione, e di conseguenza non si può ritenere pienamente garantito il controllo da parte di un'autorità indipendente ». Qui si è ben oltre la questione dell'identificazione della legge applicabile, essendo il tema rilevante « tecnicamente » territoriale, a dimostrazione che anche questa categoria fondamentale del diritto costituzionale è, come si diceva, viva e vegeta nel cyberspazio, a dispetto dei tentativi di immaginare uno spazio virtuale con (non) regole e categorie autonome rispetto al mondo analogico.

5. *La dimensione valoriale e il judicial frame di riferimento.* — La dimensione dello spazio è strettamente legata, come si accennava in precedenza, anche al dibattito sulla tutela dei diritti in gioco ed alla cornice valoriale che fa da contesto alle operazioni di bilanciamento, da parte di giudici e legislatori, incidendo in questo modo sul rafforzamento o sull'indebolimento o comunque contenimento del nuovo potere digitale.

È un dibattito non irrilevante in quanto plasticamente esemplifica l'esistenza di modelli di regolazione differenti che sottendono la prevalenza di valori altrettanto diversi.

Il potere digitale, infatti, non incide e non limita soltanto la libertà di espressione degli utenti-individui ma anche altri interessi costituzionalmente rilevanti: la *privacy* e la protezione dei dati personali, per esempio. Non a caso questi due

valori identificano i punti cardinali del costituzionalismo rispettivamente statunitense ed europeo (46), non sempre tra loro agevolmente conciliabili.

Le visioni diverse riguardano, ancora più in profondità, il ruolo che la tecnologia digitale può avere quale fattore di espansione della libertà e dei diritti di cui si gode nel mondo analogico, oppure, al contrario, di amplificazione del rischio di lesione per gli stessi diritti (rispetto al mondo degli atomi). Si tratta di due opzioni interpretative che possono avere implicazioni assai rilevanti sulle modalità con cui è possibile guardare all'emersione del *novum* digitale e, conseguentemente, alle nuove forme di potere che esso si porta con sé.

Da questo punto di vista può essere interessante comparare la visione che del « fattore digitale » e della sua capacità di amplificare o ridurre l'impatto degli emergenti poteri privati, hanno i giudici statunitensi con quella propria dei giudici europei, prendendo in questo caso a prestito dagli studiosi del linguaggio il concetto di *frame* (47)

(46) V. M. ROSENFELD e A. SAJÓ, *Spreading Liberal Constitutionalism: An Inquiry into the Fate of Free Speech Rights in New Democracies*, in *The Migration of Constitutional Ideas* a cura di S. CHOUDHRY, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 142 ss. V. anche J.M. BALKIN, *Cultural Democracy and the First Amendment*, in *Northwestern University Law Review*, 110, 2016, n. 5, 1053 ss. A proposito del particolare inquadramento del diritto alla protezione dei dati nel costituzionalismo europeo, v. PETKOVA, *Privacy as Europe's first Amendment*, cit.

(47) Secondo la ricostruzione di Lakoff, da un punto di vista cognitivo, i *frames* vanno considerati come intese, come « protocolli di comunicazione » che servono a connettere il linguaggio ai circuiti cerebrali. G. LAKOFF e M. JOHNSON, *Metaphors We Live By*, Chicago, The University of Chicago Press, 1980, 21 ss. e 61 ss. Come spiega Castells, riprendendo la ricostruzione di Lakoff tramite le metafore si costruiscono narrazioni, che a loro volta sono composte dai *frames*, i quali si traducono in strutture narrative corrispondenti a « reti neurali di associazione ». Le strutture dei *frames* « non sono arbitrarie », ma sono « basate sull'esperienza, ed emergono dall'organizzazione sociale che definisce i ruoli sociali all'interno della cultura che poi viene fissata nei circuiti cerebrali »: cfr. M. CASTELLS, *Communication Power*, trad. it., Oxford, Oxford University Press, 2009; Id., *Comunicazione e Potere*, e-book, Milano, Università Bocconi Editore, 2017, cap. 3. Il passaggio dal *frame* al *judicial frame*, e quindi la traslazione dei concetti di cornice e di contesto valoriale utilizzati da Lakoff dalla teoria cognitiva del linguaggio alle teorie dell'argomentazione e dell'interpretazione, costituiscono passaggi cruciali della nostra indagine. In tale prospettiva, per *judicial frame* si vuole intendere la struttura espressiva e, più ampiamente, il contesto di riferimento entro cui si colloca l'argomentazione giudiziaria. Un'operazione concettuale, questa, utile a far emergere come la scelta di un determinato *judicial frame*, per un giudice che si ponga il problema di come un diritto debba essere tutelato nella transizione dal mondo degli atomi a quello dei *bit*, e la connessa opzione per un punto di vista

(44) C. giust. UE 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e altri e Kärntner Landesregierung e altri.

(45) Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 15 marzo 2006, n. 2006/24/CE, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva n. 2002/58/CE.

per declinarlo in *judicial frame*. Ci si concentrerà, in particolare, su come le diverse cornici valoriali, adottate rispettivamente dalla Corte di Strasburgo e dalla Corte Suprema degli Stati Uniti in relazione alla tutela della libertà di espressione *online*, possano essere determinanti per l'identificazione del livello di protezione da accordare a tale libertà allorché essa si scontri con altri diritti fondamentali. Il che è ovviamente centrale per apprezzare le operazioni di bilanciamento necessarie per fronteggiare il nuovo potere digitale.

Come è fin troppo noto, ed è forse inutile premetterlo, esiste una profonda frattura di fondo che oppone alla visione nordamericana incentrata sull'esaltazione del Primo emendamento una rappresentazione squisitamente europea fondata sul predominio assiologico della protezione dei dati. Dello squilibrio di vedute su entrambi questi orizzonti si è già fatto cenno in precedenza ma è bene approfondire alcuni passaggi critici.

La libertà di espressione è stata interpretata da sempre nel diritto costituzionale statunitense come la stella polare, il diritto che segna la caratterizzazione di quell'ordinamento giuridico.

Questo atteggiamento trova emersione nella cornice valoriale adottata dalla Corte Suprema, incline a esaltare fin dalla prima pronuncia in materia l'inedita dimensione libertaria del fenomeno Internet. Da subito, agli occhi della Corte Suprema statunitense, Internet, *the new free marketplace of ideas*, offre coordinate e spazi nuovi per l'esercizio della libertà di parola, ai quali occorre

“esterno” o “interno” rispetto al *novum* tecnologico siano in grado di determinare bilanciamenti diversi e soluzioni anche molto distanti per casi sostanzialmente analoghi (se non identici). Lo studio dei *judicial frames* appare necessario per almeno due ordini di motivi. Da un lato, i costrutti metaforici, nelle argomentazioni degli organi giudiziari operano come “veicoli” idonei a condurre verso aree concettuali e contesti valoriali diversi. Dietro ogni metafora c'è un mondo di concetti logicamente interrelati e la scelta di un mondo concettuale anziché di un altro è frutto di una precisa opzione assiologica del decisore. L'analisi dei *judicial frames* di riferimento e dei domini concettuali di origine e di destinazione delle traslazioni metaforiche consente non soltanto di ricostruire con esattezza i percorsi argomentativi dei procedimenti decisionali giudiziari, ma anche di misurare con maggiore precisione l'aderenza (o la distanza) delle pronunce adottate rispetto agli orientamenti precedentemente seguiti dagli stessi decisori o da altri che si siano pronunciati su questioni identiche o analoghe. Lo studio delle modalità di svolgimento di tale attività offre, dunque, elementi preziosi per la ricostruzione delle attuali tendenze seguite dalle giurisdizioni supreme delle democrazie contemporanee. Dall'altro lato, sul versante delle dinamiche interistituzionali e ordinamentali, l'analisi delle concettualizzazioni metaforiche di Internet da parte delle Corti supreme offre elementi utili al dibattito da tempo in corso sui rapporti tra decisori politici e organi giudiziari.

guardare attraverso lenti e categorie diverse da quelle che si applicano ai media tradizionali. Da qui la scelta, in «Reno v. ACLU», di mutuare dalla celebre *dissenting opinion* del Justice Holmes l'utilizzo della metafora del *free marketplace of ideas*, la cui perdurante rilevanza, come si dirà anche oltre, potrebbe essere messa in discussione alla luce dei cambiamenti che hanno interessato Internet rispetto alle sue caratteristiche nei suoi primi anni di vita.

La sentenza, che risale al 1997, reagisce al primo tentativo del governo statunitense di limitare l'accesso a contenuti vietati ai minori in Internet, a fronte delle preoccupazioni legate all'impossibilità di replicare, in rete, come ben descritto da Lessig, quelle dinamiche di *zoning* e di *age verification* che prendono corpo nel mondo degli atomi, impedendo ai minori di ottenere la disponibilità di materiali vietati. A questo scopo nel 1996 fu approvato il *Communications Decency Act* (CDA) (48), che mirava a colpire, in particolare, contenuti definiti come «indecenti» e «manifestamente offensivi». La Corte Suprema, tuttavia, ne dichiarò l'incostituzionalità per contrasto con il Primo emendamento, in quanto le restrizioni previste dal CDA risultavano troppo vaghe e indeterminate, non rispettose dello *strict scrutiny* cui ogni limitazione della libertà di parola dovrebbe essere soggetta secondo l'approccio della Corte Suprema: in altri termini, la compressione del *free speech* non era contenuta entro i margini di stretta necessità per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito, ossia la tutela dei minori.

Dopo la pronuncia della Corte Suprema in «Reno v. ACLU», altri tentativi si sono susseguiti da parte delle autorità statunitensi per regolare la circolazione di contenuti ritenuti dannosi per i minori. Nessuno di questi tentativi è però uscito indenne dallo scrutinio della Corte Suprema. Al 1998 risale il *Child Online Protection Act* (49), che recepiva alcune indicazioni della sentenza «Reno». Secondo la Corte Suprema, però, la definizione di «materiali nocivi per i minori», fondata su un generico rinvio agli standard della comunità di riferimento, non si conformava ai criteri necessari a circoscrivere le limitazioni su base legittima della libertà di espressione.

Analoga sorte ha caratterizzato il terzo e ultimo capitolo della battaglia tra Governo statunitense e Corte Suprema per bandire da Internet i contenuti osceni dannosi per i minori, che aveva a oggetto il

(48) *Communications Decency Act* 1996.

(49) *Child Online Protection Act* 1998.

Child Pornography Prevention Act (50): anche in questo caso, secondo la Corte Suprema, le restrizioni introdotte per vietare la diffusione di immagini di minori illustrati nel compimento di condotte sessuali o di ogni forma evocativa di atti sessuali risultavano eccessive e prive del necessario carattere di proporzionalità. Si trattava, secondo la Corte, di norme la cui portata attingeva a un ambito ben più ampio di quello sul quale il legislatore avrebbe potuto legittimamente incidere per il raggiungimento dell'obiettivo di tutela dei minori.

Queste pronunce sono indicative di una chiara attitudine a salvaguardare l'esercizio del *free speech*, e di conseguenza garantire una sorta di "carta bianca" agli *Internet service provider* tramite uno strumento ritenuto in grado di assicurare una straordinaria espansione del loro margine di manovra. Una tale cornice valoriale ha evidentemente portato ad una amplificazione del potere privato digitale, specialmente nella stagione fondativa del *cyberspace*.

Muovendoci adesso al *judicial frame* che ha caratterizzato la giurisprudenza rilevante delle Corti europee, dal punto di vista parametrico, l'ordinamento europeo ha, come si è avuto modo di anticipare più volte, una cornice valoriale diversa quanto a tutela della libertà di espressione.

Possiamo dire, semplificando, che tale libertà in Europa si gioca la sua partita "alla pari" con altri diritti fondamentali e non gode di quella prevalenza assiologica che caratterizza la posizione e l'interpretazione del Primo emendamento nell'ordinamento statunitense.

Ci sono almeno due elementi che confermano questo quadro, e sono rintracciabili entrambi all'interno del quadro convenzionale. Innanzitutto, l'art. 10 CEDU (51) al suo secondo comma prevede un qualcosa di assolutamente "irricevibile" per il

costituzionalismo statunitense. Ovvero la codificazione espressa, come del resto per tutte le altre libertà e diritti previsti dal medesimo testo convenzionale, di limiti e quindi di restrizioni alla stessa libertà, giustificate alla luce della stella polare del costituzionalismo europeo, ovvero il principio di proporzionalità.

In secondo luogo, altro concetto sconosciuto al diritto costituzionale d'Oltreoceano, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (ma anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione) prevede espressamente la possibilità dell'abuso del diritto (52), a conferma di quell'ottica di non assolutezza, bilanciamento e pari-ordinazione tra diritti quali caratteristiche delle tradizioni costituzionali comuni europee. Proprio questa impostazione più moderata, che considera la libertà di espressione in modo analogo ad altri diritti pari-ordinati, ha permesso di gettare le fondamenta per interventi normativi più moderni; non soltanto le recenti iniziative, legate alla "direttiva *copyright*" e alla revisione della direttiva UE n. 2010/13/UE e alle iniziative di riforma, *Digital Markets Act* e *Digital Services Act*, pubblicate entrambe in Gazzetta Ufficiale nell'autunno 2022, che saranno analizzate successivamente.

Non può quindi stupire che partendo da contesti valoriali con sfumature (e non solo) così differenti, da un'analisi della giurisprudenza rilevante si colga un *judicial frame* tendenzialmente opposto a quello che ha contraddistinto le corti statunitensi. Cornice valoriale che, anziché cavalcare Internet come volano della libertà di manifestazione del pensiero, ne percepisce e soppesa soprattutto la portata critica per l'esercizio di diritti concorrenti.

L'atteggiamento di maggior cautela si è tradotto, non a caso, in pronunce giurisprudenziali che ammoniscono sui possibili rischi per altri diritti altrettanto meritevoli di tutela. Questo approccio trova del resto giustificazione nella visione più laica di cui gli Stati europei sono portatori, soprattutto al confronto con gli Stati Uniti, di cui sembrano traccia visibile, come si accennava, anche le disposizioni rilevanti della Carta dei diritti fondamentali e della CEDU.

Guardando alle decisioni in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo è stata chiamata a pronunciarsi nell'ambito di ricorsi occasionati da presunte violazioni della libertà di espressione in Internet, si nota un'inclinazione a rimodulare quella portata espansiva che, almeno a parole,

(50) *Child Pornography Prevention Act* 1996.

(51) L'art. 10 CEDU recita: « 1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario ».

(52) Art. 17 CEDU.

aveva contraddistinto la precedente giurisprudenza sulle applicazioni dell'art. 10 CEDU in ambiente analogico (53). Questa nuova modulazione dell'ambito e della portata della libertà di espressione in rete sembra radicarsi nel convincimento che l'utilizzo delle tecnologie digitali presenti un grado di offensività maggiore rispetto ad altri interessi con cui l'esercizio della libertà di parola deve confrontarsi (54). Beninteso, il carattere "relativo" e "cedevole" rispetto a operazioni di bilanciamento dei diritti fondamentali tutelati dalla CEDU non costituisce certo una novità, ma questo carattere appare accentuato nella giurisprudenza relativa alla dimensione di Internet, con conseguenze immediate sui tentativi di contenimento della portata espansiva della tecnologia digitale e anche del potere algoritmico che si porta dietro.

Questa lettura per così dire "restrittiva" conosce i suoi prodromi nella pronuncia « Editorial Board of Pravoye Delo e Shtekel c. Ucraina » (55) del 2011, e trova delle conferme in varie decisioni tra cui vanno ricordate almeno « KU c. Finlandia » (56) e « Delfi AS c. Estonia » (57), una decisione della Grande Camera del 2015 che pure conferma la linea di tendenza descritta finora, incline a validare, con maggior favore, possibili limitazioni della libertà di espressione *online*.

Volendo sintetizzare, e per forza di cose semplificare, il portato, rispettivamente, del *judicial frame* statunitense e di quello europeo rispetto alla regolazione del *web* e, quindi, all'esercizio di contenimento del potere digitale, esso appare animato da presunzioni di segno opposto. Il versante statunitense, contraddistinto da una ferma convinzione che il fattore digitale sia, geneticamente, un amplificatore delle libertà (*digital trust*), presume

che una *content regulation* non sortisca maggiori benefici per la libertà; l'approccio europeo più sospettoso nei confronti della nuova tecnologia (*digital distrust*) ritiene verosimile che il mezzo generi pericolo per gli altri diritti e, dunque, afferma la necessità, oltre che la legittimità, di correttivi che possano limitare l'esercizio del *free speech*.

A differenza, dunque, della sfiducia nella nuova tecnologia che emerge dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, è evidente come il *frame* alla base della giurisprudenza richiamata della Corte Suprema sia di fiducia incondizionata nel mezzo che viene considerato in grado di ulteriormente amplificare il portato di libertà insito nel Primo emendamento (58).

In compenso, l'Europa e l'Unione europea in particolare sembrano aver dato prova di un irrigidimento assai rilevante sul piano della protezione di un altro diritto spesso "in concorrenza" con la libertà di espressione: la tutela dei dati personali. Le già ricordate vicende « Google Spain » e la saga « Schrems » costituiscono prova di un atteggiamento incline a innalzare le barriere della protezione dei dati, soprattutto nell'ambito del "dialogo transatlantico" con le piattaforme radicate negli Stati Uniti. Vi è un ultimo episodio che riscalda ulteriormente il fronte del "conflitto" e che rende visibile nuovamente la distanza tra il valore riconosciuto a questo diritto in Europa e negli Stati Uniti al cospetto della libertà di espressione: è il caso « Google c. CNIL » (59), che indica una ideale limitazione dell'ambito di applicazione del rimedio della deindicizzazione *ex art. 17 GDPR* (il diritto all'oblio). C'è però una importante riserva sul significato di questa pronuncia, che per un verso stabilisce che questo diritto, essendo consacrato da un regolamento, e dunque dal diritto dell'Unione europea, è senz'altro vincolante soltanto per gli Stati membri; ma per altro verso, in modo tutt'altro che cristallino, afferma che il regolamento non impone una deindicizzazione su scala globale ma nemmeno la vieta, lasciando tale possibilità agli Stati membri in considerazione del livello di tutela previsto a livello domestico. Sul significato di questa sentenza e di questo partico-

(53) C. eur. dir. uomo, ad. plen., 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, ricorso n. 5493/72. In tale decisione e nella giurisprudenza che seguirà emergono chiare indicazioni in favore di una portata espansiva della libertà di manifestazione del pensiero, il cui perimetro sembrerebbe giungere ad abbracciare, nell'interpretazione della Corte europea, anche quelle espressioni che non offrono un significativo contributo allo sviluppo democratico e alla formazione dell'opinione pubblica e che presentano un contenuto raccapricciante e disturbante.

(54) O. POLLICINO e M. BASSINI, *Free speech, defamation and the limits to freedom of expression in the EU: a comparative analysis*, in *Research Handbook on EU Internet Law* a cura di A. SAVIN e J. TRZASKOWSKI, Cheltenham-Northampton (Massachusetts), Edward Elgar, 2014, 508 ss.

(55) C. eur. dir. uomo, sez. V, 5 maggio 2011, *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtekel c. Ucraina*, ricorso n. 33014/05.

(56) C. eur. dir. uomo, sez. IV, 2 dicembre 2008, *KU c. Finlandia*, ricorso n. 2872/02.

(57) C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 16 giugno 2015, *Delfi AS c. Estonia*, ricorso n. 64569/09.

(58) Il Primo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti recita: « *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances* ».

(59) C. giust. UE 24 settembre 2019, causa C-507/17, *Google LLC, succeduta alla Google Inc., c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*.

lare spunto vi è un intenso dibattito in letteratura (60), ma non pare, stante la presenza di un regolamento che esaurisce la casistica delle ipotesi di deindicizzazione, che vi siano effettivi spazi per una applicazione extra territoriale. Quest'ultima peraltro comporterebbe conseguenze sicuramente invasive, in quanto finirebbe per rendere prevalente uno standard europeo ancora una volta senza adeguate forme di raccordo (previste, invece, dal *GDPR* internamente, tra gli Stati membri) con lo standard statunitense. Si tratta di una plastica esemplificazione di come la protezione del diritto alla *privacy* e dei dati personali, come osservato in dottrina, rivesta oggi lo stesso sacrale valore distintivo che è proprio del Primo emendamento negli Stati Uniti (61). Nondimeno, le velleità tutt'altro che peregrine di assicurare ai cittadini europei un livello di tutela elevato dei dati personali anche nell'ambito dei trattamenti effettuati da operatori digitali, perlopiù statunitensi, rischiano di infrangersi senza che si realizzino le condizioni per un tanto agognato e prima evocato "ponte transatlantico" che permetta di mettere in comunicazione i due continenti e i rispettivi ordinamenti giuridici. I tentativi finora percorsi, esemplificati dalle vicende della saga « Schrems », dimostrano come la sponda statunitense dell'Atlantico conservi ancora una "rendita di posizione" in sede negoziale e come l'Europa persista in una strategia "reattiva" affidata essenzialmente allo scrutinio degli organi giurisdizionali. Vi è da sperare che l'accordo da poco raggiunto, nel maggio 2022, possa segnare un deciso cambio di rotta superando una certa incomunicabilità che era parsa affliggere anche i precedenti tentativi. Si tratterà di un banco di prova fondamentale, anche alla luce delle future novità in campo europeo, di cui si dirà nell'ultima parte di questa ricerca dedicata alle reazioni di USA e Unione europea, di matrice costituzionale, all'amplificazione del potere digitale. *Digital Services Act (DSA)* (62) e *Digital Markets Act (DMA)* (63) *in primis*, senza trascurare le innova-

zioni che saranno recate dal *Data Governance Act* (64) e dall'*Artificial Intelligence Act* (65). È, in altri termini, un dialogo ancora tutto da costruire, che però riporta alla mente gli stessi problemi comuni al mondo degli atomi: differenti sensibilità che si esercitano su interessi analoghi, da riconciliare faticosamente. Anche nel mondo digitale, allora, i confini non hanno mai avuto un'influenza così importante.

Dall'analisi fin qui operata, la *summa divisio* che mi pare si possa fare è tra un (*judicial*) *frame* di resistenza (di impronta europea) alla tecnologia da una parte ed uno, alternativo, di apertura al fattore tecnologico dall'altra che caratterizza la giurisprudenza americana rilevante. È evidente che la prima cornice valoriale, che abbiamo visto caratterizzare l'impianto argomentativo della giurisprudenza europea, tende a guardare con più sospetto al potere privato che fa dell'utilizzo della tecnologia digitale uno strumento per sviluppare i propri modelli di *business*, ma anche, più interessante per la prospettiva costituzionalistica, vere e proprie *digital agorà*. Il *frame* statunitense, all'opposto, ha come immediata conseguenza quella di valorizzare i *digital public forum* a volte equiparandoli, come abbiamo visto in modo non pacifico, alle sedi privilegiate per l'alimentazione del discorso pubblico nel mondo degli atomi. Il tutto ovviamente a beneficio dei nuovi intermediari che utilizzano spesso come scudo la sconfinata protezione accordata dal Primo emendamento alla libertà di espressione.

In ogni caso, qualunque sia il *frame* prescelto, l'operazione in esame non è mai neutrale, perché condizionata da un'altra importante alternativa spesso sottovalutata nella ricostruzione della rappresentazione del giudice di fronte al fattore tecnologico: la possibilità che egli adotti, per riprendere la contrapposizione tra punto di vista esterno ed interno di Hart (66), una prospettiva interna alla nuova tecnologia, in genere di *digital trust* (dimensione statunitense) o invece una esterna, da

(60) F. FABBRINI ed E. CELESTE, *The Right to Be Forgotten in the Digital Age: The Challenges of Data Protection Beyond Borders*, in *German Law Journal*, 21, 2020, n. 1, 55 ss.; J. GLOBOCNIK, *The Right to Be Forgotten is Taking Shape: CJEU Judgments in GC and Others (C-136/17) and Google v CNIL (C-507/17)*, in *GRUR International*, 69, 2020, n. 4, 380 ss.

(61) PETKOVA, *Privacy as Europe's first Amendment*, cit.

(62) Reg. UE del Parlamento europeo e del Consiglio 19 ottobre 2022, n. 2022/2065, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva n. 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

(63) Reg. UE del Parlamento europeo e del Consiglio 14 settembre 2022, n. 2022/1925, relativo a mercati equi e

contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive UE n. 2019/1937 e n. 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

(64) Reg. UE del Parlamento europeo e del Consiglio 30 maggio 2022, n. 2022/868, relativo alla *governance* europea dei dati e che modifica il reg. UE n. 2018/1724 (regolamento sulla *governance* dei dati).

(65) Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 21 aprile 2021, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM(2021) 206 final.

(66) H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), trad. it., Torino, Einaudi, 2002.

outsider, a quest'ultima (dimensione europea, che si caratterizza per una sorta di *digital distrust*).

Se la possibile contrapposizione tra prospettiva esterna e interna, con riguardo alla identificazione del “*novum*” tecnologico emerge sicuramente prima di Internet, è con l'esplosione del *web* che tale contrapposizione trova il suo *habitat* tecnologico privilegiato per ulteriormente evidenziare la dialettica tra apertura e resistenza a detto *novum*.

Il che non può stupire. Non è un caso che Internet sia l'unico *medium* con sua metafora spaziale costitutiva: il *cyberspace*. Questo perché, a differenza delle altre tecnologie, il contesto, la cornice di riferimento, ha una natura, per l'appunto, talmente costitutiva, talmente autosufficiente da poter competere con la realtà fisica e quindi consentire in capo al giudice una scelta tra quale prospettiva caratterizzare il suo *judicial frame*, quella interna o esterna, quando si trova ad applicare il diritto di Internet.

Il linguaggio metaforico, come si è accennato in precedenza, gioca un ruolo fondamentale nel nostro ambito di indagine, con particolare riferimento al rapporto tra potere e tecnologia, in quanto il processo di migrazione di “metafore costituzionali” ha delle conseguenze significative sulle opzioni di politica del diritto e quindi, sul rafforzamento o attenuazione del potere in mano ai soggetti privati nell'ecosistema digitale. Più specificatamente, lo strumento privilegiato, se non necessario, per le operazioni di traslazione e di trasferimento delle categorie “classiche” dal mondo materiale a quello immateriale, è proprio l'utilizzo del linguaggio metaforico.

In fondo, la metafora, quasi geneticamente, e sicuramente etimologicamente, ha in sé quel *metapherein*, trasferire “oltre”, attraverso campi di esperienza diversi.

Bisogna riconoscere ad Alessandro Giuliani il grande merito di aver per primo (ancor prima degli studiosi nordamericani) fatto emergere l'importanza del linguaggio metaforico: «tutta la storia del pensiero giuridico potrebbe essere studiata, dal punto di vista del linguaggio, come un susseguirsi di metafore» (67).

Il passaggio ulteriore è compiuto con la pubblicazione, nel 1980, del volume *Metaphors We*

(67) A. GIULIANI, *La «nuova retorica» e la logica del linguaggio normativo*, in RIFD, 1970, 379, il quale aggiunge che «basterebbe esaminare una qualsiasi delle controversie della scienza giuridica per vedere come le diverse soluzioni siano condizionate dalle metafore accettate, dalle similitudini, dal ricorso all'esempio», per il cui il lavoro del giurista non sarebbe altro che «correzione di metafore, chiarificazione del linguaggio».

Live by di Lakoff e Johnson (68). Secondo tale prospettiva, ogni metafora avrebbe un «campo d'origine» («*a source domain*») e un «campo di destinazione» («*a target domain*»). Il che implica, per dirla con Winter (69), quel processo di «*carry over, transfer Knowledge across domain*».

Questa premessa teorica è importante per poter meglio comprendere il processo che ha portato alla migrazione (e rigetto) dal contesto statunitense a quello europeo della metafora, già più volte richiamata, del libero mercato delle idee, con particolare riferimento alla strategia per contrastare quello che oggi è uno dei campi elettivi per alimentazione del potere digitale e del suo abuso, ovvero il fenomeno dilagante della disinformazione *on line*.

Si è aperto infatti, da qualche anno, un dibattito circa quale possa essere tale reazione giuridica rispetto ad un fenomeno che, i casi della stagione pandemica e quella bellica sono esemplari al riguardo, è in grado di influenzare ed inquinare il dibattito pubblico fino, con riferimento al momento elettorale, incidere sugli esiti dello stesso.

È proprio in questo contesto che la metafora del *free marketplace of ideas*, o meglio, di Internet quale *new free marketplace of ideas*, espressione coniata, come si visto, dalla Corte Suprema riadattando all'ecosistema digitale l'intuizione di Holmes, è rilevante.

Quando, infatti, nel 2018 la Commissione europea decide di adottare una strategia, a livello comunitario, e quindi tendenzialmente unitaria, per fronteggiare il fenomeno della disinformazione, l'opinione prevalente, a cui, membro del gruppo di lavoro, chi scrive si oppone, fu proprio quella di importare in Europa, dall'*humus* del costituzionalismo statunitense, in cui era nata e cresciuta, la metafora di Internet quale il “nuovo mercato delle idee”, ancora più libero, secondo quell'orientamento che abbiamo definito di *digital trust*, rispetto a quello degli atomi. Quindi una fiducia cieca nella capacità auto-correctiva del “mercato” a fare emergere, attraverso una *free competition* di idee e opinioni (anche quelle false), la verità, o comunque ad isolare la disinformazione senza la necessità di alcun intervento che prevedesse il coinvolgimento di istituzioni pubbliche. Il che si traduce nel meccanismo di autoregolamen-

(68) G. LAKOFF e M. JOHNSON, *Metaphors We Live By*, cit., trad. it. *Metafora e vita quotidiana*, Milano, Bompiani, 1998.

(69) S.L. WINTER, *A Clearing in the Forest. Law, Life, and Mind*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 2001, 12.

tazione come unica opzione di politica del diritto disponibile. Un orientamento questo che, sicuramente conforme alle radici culturali e costituzionali americane, per cui, come è stato sostenuto dalla stessa Corte Suprema, «*Under the First Amendment there is no such thing as a false idea. However pernicious an opinion may seem, we depend for its correction not on the conscience of judges and juries but on the competition of other ideas. But there is no constitutional value in false statements of fact*» (70).

Il che però è tutt'altro che in armonia con le tradizioni costituzionali europee e con il livello di concorrenzialità del pluralismo del dibattito pubblico in Internet che ha caratterizzato il modello continentale.

Per essere più chiari, come si è avuto più volte modo di ribadire, il sistema statunitense non può, per definizione, attribuire una rilevanza costituzionale significativa al problema della disinformazione, in forza del sistema appena descritto che si fonda sulla capacità autocorrettiva del “mercato delle idee” e per quelle caratteristiche peculiari proprie del costituzionalismo americano che si sono analizzate in precedenza. Vale a dire predominio assiologico del Primo emendamento, fiducia nello strumento tecnologico come “amplificatore” delle libertà preesistenti, grande rilevanza attribuita al profilo attivo, con riguardo alla libertà di espressione, in relazione a chi diffonde il proprio pensiero.

In Europa, al contrario, visto il sistema valoriale assai differente sia per quanto riguarda, come già richiamato, il ruolo giocato “alla pari” della libertà di espressione con le altre libertà fondamentali, sia riguardo al concetto di abuso del diritto e all’attenzione al profilo passivo del diritto ad essere informati se non in modo veritiero, quanto meno verificabile, chiaramente un’importazione dell’idea di Internet quale *new free marketplace of ideas* come bussola di orientamento per (non regolare) il fenomeno della disinformazione non poteva che comportare una crisi di rigetto.

Crisi dovuta anche ad un errato esercizio di trasferimento o di traslazione di campi di esperienza che abbiamo visto caratterizzare, anche etimologicamente, il concetto di metafora. Si è infatti prima ricordato come tale concetto abbia due elementi costitutivi, il campo di provenienza (della metafora medesima) e quello di destinazione. Nel caso della metafora oggetto di importazione, nel

nostro caso il libero mercato delle idee, il campo di provenienza della stessa è, evidentemente, quello relativo al libero gioco di mercato tipico del diritto alla concorrenza e quello di destinazione fa invece riferimento al pluralismo di idee che dovrebbe caratterizzare lo spazio pubblico, nel mondo analogico ed in quello digitale. Ebbene, è altrettanto evidente che, affinché l’esercizio di l’importazione di una metafora possa funzionare, gli elementi costitutivi dei due campi rilevanti (di provenienza e di destinazione) non possano essere stravolti. In questo caso invece si ha un netto stravolgimento del campo di provenienza, cosiddetto *source domain*, tra i periodi in cui la metafora è elaborata per la prima volta da Holmes nel 1919 e poi ripresa dalla Corte Suprema nel 1997 e quello in cui, molto tempo dopo, nel 2018, la metafora è stata poi presa in prestito dalla Commissione europea nella sua prima strategia, ed il suo primo codice di condotta contro la disinformazione. Quando Holmes scriveva la sua *dissenting opinion*, il sistema statunitense era caratterizzato da un periodo di *laissez faire*, a forte traino liberale, in cui effettivamente vi erano tutte le caratteristiche, quanto al campo di provenienza della metafora, di un mercato libero e concorrenziale. Così come, quando nella traslazione dal mondo degli atomi a quello dei *bit*, la Corte Suprema riprendeva la metafora definendo a fine anni ’90 Internet *the new marketplace of ideas*, faceva effettivamente riferimento al momento fondativo per la nascita e lo sviluppo del cyberspazio, un “mercato” a quei tempi davvero libero, che aveva fatto illudere, come si è visto, i pionieri del *web* potesse davvero essere indipendente dal mondo reale. Al contrario, quando nel 2018 la metafora è importata forzatamente dalla Commissione europea nel vecchio continente per formulare l’opzione di politica del diritto più adeguata per fronteggiare la disinformazione, l’assetto economico (campo di provenienza della metafora) che caratterizzava (e continua a farlo) il *web* era (ed è) tutt’altro che libero, per via dell’emersione e consolidamento di quei poteri prima economici e poi “politici” il cui processo di evoluzione si è cercato di descrivere in precedenza.

Alla luce di tali premesse, non è un caso che il codice di condotta del 2018 contro la disinformazione, che pure rappresentava un *unicum* a livello mondiale quale modello di impegno volontario di *self-regulation*, da parte del potere digitale privato, ad adottare tutta una serie di misure che contenessero il fenomeno, è stato deludente quanto a vaghezza degli obblighi assunti da parte delle

(70) Corte Suprema federale degli Stati Uniti d’America, *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

stesse piattaforme e l'assenza quasi completa di criteri per la verificabilità e la misurabilità degli impegni.

Si è quindi deciso, in sostanza, a partire dall'autunno dello scorso anno, di riscrivere, sotto coordinamento di chi scrive alla luce delle linee guida della Commissione che erano nel frattempo state adottate (71), un nuovo codice di condotta che potesse colmare le lacune del precedente ed essere uno strumento assai più efficace per contrastare un fenomeno che, intanto, era diventato di una gravità assoluta per gli effetti di inquinamento e di polarizzazione del discorso pubblico, che sempre più caratterizza le *digital agorà* ospitate dalle grandi piattaforme. Rispetto al 2018 si avevano almeno quattro elementi aggiuntivi rispetto allo stato dell'arte relativo alla elaborazione primo codice di condotta. In primo luogo, la varietà e diversità di provenienza dei firmatari che non sono, più, come nel 2018, soltanto i grandi giganti del *web* ma anche esponenti della società civile e comunità dei *fact-checkers*; in secondo luogo, la consapevolezza che bisognava trovare, dopo il fallimento dell'importazione statunitense del concetto di libero mercato delle idee, una risposta prettamente europea conforme all'assetto valoriale del vecchio continente; in terzo luogo, le linee guida della Commissione che fissavano la linea rossa al di sotto della quale, in termine di protezione dei diritti, non si doveva andare; in quarto luogo, e specialmente, l'entrata in vigore del *Digital Service Act* che farà dei codici di condotta, compreso quello adottato nel 2022 sulla strategia di contrasto alla disinformazione, strumenti privilegiati di co-regolamentazione. Il che vuol dire che, in caso di inadempimento da parte dei firmatari degli impegni assunti, ci saranno delle sanzioni dalla parte delle istituzioni europee. Questo *cocktail* esplosivo ha fatto sì che ci fosse un clima costruttivo all'interno delle numerosissime sessioni di *drafting* tra i vari firmatari, che le piattaforme si siano aperte a molti dei suggerimenti provenienti dalla società civile e che si arrivasse ad un codice che ha sicuramente dei punti di forza rispetto a quello precedente. A volere riassumere, quelli che sembrano più rilevanti sono i seguenti. In primo luogo, innalzare il livello di sicurezza, innanzitutto con riguardo agli spazi, sempre più, di fatto, *digital agorà*, ospitati dai giganti del *web*, contro tecniche, procedure e strategie di disinformazione. In secondo luogo, rafforzare la posizione

(71) *Guidance on Strengthening the code of practice on disinformation*, 26 maggio 2021, COM(2021) 262 final.

degli utenti, attraverso nuovi strumenti che siano in grado sia di identificare con più facilità le informazioni false, sia di mitigare il rischio di un inquinamento del dibattito. In terzo luogo, garantire un accesso ai ricercatori, ovviamente in conformità a quanto previsto dal *GDPR*, ai dati necessari per poter condurre una ricerca anche empiricamente valida sui processi di disinformazione; in quarto luogo prevedere impegni, misure e criteri di misurazione per una effettiva "*demonetization*" dei propagatori della disinformazione, vale a dire fare il possibile per evitare che i professionisti delle *fake news* possano avere un serbatoio economico a cui attingere, specialmente riguardo, ovviamente, ai proventi pubblicitari; in quinto luogo, garantire un dialogo costante tra piattaforme e *fact-checkers* che hanno diritto ad una remunerazione equa. Infine, un'attenzione particolare a identificare subito quel tipo di pubblicità in rete che non ha solo fini commerciali, ma anche, in senso lato, politici. C'è, in conclusione, anche alla luce del meccanismo di co-regolamentazione prima descritto, un potenziale davvero innovativo in questo nuovo codice che potrebbe fornire una risposta finalmente adeguata, a livello europeo ed in conformità, questa volta, alle radici costituzionali del vecchio continente, al fenomeno della disinformazione, nella consapevolezza che verità e potere sono strettamente connessi (72): una consapevolezza che, del resto, emerge anche dalla recente proposta avanzata dalla Commissione europea per la realizzazione di un *European Media Freedom Act (EMFA)* (73), volto in particolare a garantire e incentivare la produzione e diffusione di informazioni accurate e pluralistiche nel contesto europeo. A patto però, che si cominci a lavorare per rendere effettivi gli impegni presi. Non è una coincidenza che lo stesso codice di condotta preveda la creazione di un centro indipendente di valutazione e di monitoraggio della trasparenza e serietà delle azioni intraprese. Si tratta in ogni caso del primo meccanismo, a livello globale, di co-regolamentazione del fenomeno della disinformazione sulla base di un codice di condotta che impegna tutte le principali parti in causa. Questa è già una buona notizia. La lezione che emerge dall'analisi che precede, ancora una volta, è la

(72) J. COHEN, *Between Truth and Power. The Legal Constructions of Informational Capitalism*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

(73) Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 16 settembre 2022, che istituisce un quadro comune per i servizi di media nell'ambito del mercato interno (legge europea per la libertà dei media) e modifica la direttiva n. 2010/13/UE, COM(2022) 457 final.

delicatezza del linguaggio metaforico, nonché del processo di migrazione delle metafore nel tentativo di importarle in un contesto valoriale assai diverso dall'*humus* giuridico e culturale in cui sono nate e fiorite. Il caso appena descritto della importazione (e rigetto) in Europa di una delle più fortunate metafore del costituzionalismo statunitense è emblematico.

6. *I soggetti privati.* — La conformazione del cyberspazio e la fisionomia delle questioni problematiche che sono state tratteggiate nei paragrafi che precedono costituiscono il risultato di una serie di opzioni normative che i legislatori soprattutto di Stati Uniti e Unione europea hanno abbracciato tra il finire degli anni '90 e l'inizio del nuovo millennio. Come si è accennato in precedenza, a proposito della dimensione spaziale, si è aperto un dibattito sulla regolazione di Internet: nel momento della emersione della nuova tecnologia ci si è interrogati sulla persistente validità delle norme giuridiche come prodotto della sovranità degli Stati nell'epoca di Internet. Durata ben poco l'illusione di un *web* "libero" da possibili costringimenti statali, si è posta un'esigenza di regolazione coerente con le peculiarità dell'ecosistema digitale, soddisfatta tanto in Europa quanto negli Stati Uniti secondo un'impostazione che riflette un approccio minimalista volto a favorire una circolazione ampia di contenuti. Giova rammentare che lo scenario entro il quale i legislatori hanno mosso i primi passi presentava connotazioni radicalmente diverse da quelle che si ritrovano nella configurazione odierna, e che spiegano perché progetti di riforma come il *DSA* e il *DMA*, cui successivamente sarà dedicata un'analisi specifica, siano considerati riforme epocali, dal tono quasi rivoluzionario. La preoccupazione dominante alla mente del legislatore statunitense, ma anche di quello europeo, è stata quella di individuare norme che orientassero il comportamento dei prestatori di servizi (allora non ancora assurti a veri e propri *gatekeeper* o quantomeno a "piattaforme") in modo da non ostacolare la circolazione di contenuti in rete.

L'impostazione sottesa a questi atti normativi riflette soprattutto l'atteggiamento di apertura propria del costituzionalismo statunitense verso la libertà di espressione, che, come si è visto in precedenza, proprio in quegli anni si accingeva, secondo la lettura che ne darà di lì a breve la Corte Suprema in « *Reno v. ACLU* », a conoscere un luogo di ideale declinazione e attuazione del libero mercato delle idee profetizzato (ma forse mai rea-

lizzatosi fino ad allora) dal *Justice* Holmes. Nel contesto di una diffidenza verso la regolazione, e in particolare di marcata ostilità rispetto a una *content regulation* che potesse differenziare i contenuti legittimamente disponibili nella realtà virtuale da quelli accessibili nel mondo reale — del resto, dirà proprio la Corte Suprema che non vi è prova di un maggior beneficio insito nella regolamentazione, rispetto a una sua assenza (74) —, il legislatore statunitense ha optato per un paradigma destinato oggi a far discutere, racchiuso nella *Section 230* del *Communications Decency Act* (*CDA*). La disposizione, tuttora in vigore, traduce in atto quel fervore libertario consacrato dal Primo emendamento che si andava celebrando al cospetto dell'avvento di Internet (75). La norma esonera da responsabilità i prestatori di servizi per ogni atto di moderazione di contenuti di natura diffamatoria: sia che il prestatore di servizi abbia deciso di rimuovere un contenuto, sia che abbia scelto di mantenerlo disponibile, l'opzione prescelta non potrà generare alcuna responsabilità a suo carico, al di fuori di una serie di eccezioni particolari. Questa opzione di grande favore per i fornitori di servizi ha a proprio fondamento l'intento di evitare linee d'ombra nella qualificazione giuridica dei prestatori di servizi, sciogliendo il dilemma apparso all'attenzione della giurisprudenza statunitense tra una qualificazione quali *distributors* e una come *publishers*. Si è evidenziato che la scelta compiuta, che peraltro traduce un rafforzamento della stessa tutela prevista dal Primo emendamento (76), abbia trovato fondamento nell'opportunità di evitare che forme virtuose di moderazione e *policing* dei contenuti da parte di siti che avessero implementato idonee misure a questo proposito finissero per determinare l'applicazione di un regime, quello della responsabilità editoriale, eccessivamente penalizzante per soggetti formalmente estranei a un con-

(74) Cfr. Corte Suprema federale degli Stati Uniti d'America, *Reno v. ACLU*, cit.: « *The dramatic expansion of this new marketplace of ideas contradicts the factual basis of this contention. The record demonstrates that the growth of the Internet has been and continues to be phenomenal. 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* ».

(75) J. KOSSEFF, *The Twenty-Six Words That Created the Internet*, Ithaca-London, Cornell University Press, 2017.

(76) Recentemente, E. GOLDMAN, *Why Section 230 Is Better Than the First Amendment*, in *Notre Dame Law Review Reflection*, 95, 2019, n. 1, 33 ss.

trollo sui contenuti, men che meno *ex ante*. Come è stato sottolineato in letteratura, la *Section 230 CDA*, al centro peraltro di qualche (velleitario e poi sopito) tentativo di rivisitazione anche nel corso della presidenza Trump (77), costituì il risultato di una mozione *bipartisan* per evitare questo paradosso, ben visibile nella sentenza «*Stratton Oakmont v. Prodigy*» (78) della Corte Suprema dello Stato di New York: e cioè che il prodigarsi di una piattaforma per effettuare in buona fede *content policing* potesse attrarre sul gestore di quel sito l'applicazione di uno standard di responsabilità più severo, come quello per gli editori-fornitori di contenuti (79). La necessità di mantenere distinti gli standard di responsabilità derivava dall'esigenza di favorire il più possibile la diffusione di nuove "agorà virtuali" che potessero ospitare e rilanciare contenuti di terzi, anche creati dagli stessi individui-utenti. In questa prospettiva, equiparare le piattaforme ai creatori di contenuti avrebbe fortemente penalizzato il disegno di favorire l'esercizio della libertà di espressione nel cyberspazio. L'assenza di responsabilità editoriale in capo ai prestatori di servizi fu ritenuta la formula più funzionale a questo scopo. Del resto, l'imposizione di una responsabilità "diretta" per i contenuti pubblicati da terzi avrebbe fortemente scoraggiato il *business* delle piattaforme di condivisione di contenuti. Come la Corte d'appello per il Quarto Circuito affermerà nel 1997 nel caso «*Zeran*»: «*The specter of tort liability in an area of such prolific speech would have an obvious chilling effect. It would be impossible for service providers to screen each of their millions of postings for possible problems*» (80). Non solo questa opzione avrebbe reso fortemente sconveniente un'attività come quella dei fornitori di servizi, ma altresì avrebbe comportato conseguenze poco desiderabili sul piano della libertà di espressione, sottopo-

(77) Cfr. J. MATHEWS, *Trump vs. Twitter*, in *Verfassungsblog*, 30 maggio 2020; G. DE GREGORIO e R. RADU, *Trump's Executive Order: Another Tile in the Mosaic of Governing Online Speech*, in *medialaws.eu*, 6 giugno 2020.

(78) Corte Suprema di New York 24 maggio 1995, *Stratton Oakmont v. Prodigy*, 23 Media L. Rep. 1794 (N.Y. Sup. Ct. 1995).

(79) Solo pochi anni prima, in realtà, la Corte distrettuale degli Stati Uniti d'America per il distretto meridionale di New York, nella pronuncia del 29 ottobre 1991, *Cubby, Inc. v. CompuServe Inc.*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991), era parsa assecondare una qualificazione come *distributor* delle piattaforme *online*, immaginando un parallelismo al livello di controllo dei contenuti tipico di edicole, biblioteche e librerie.

(80) Corte d'appello federale degli Stati Uniti d'America per il Quarto Circuito 2 ottobre 1997, *Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F. 3d 327 (4th Cir. 1997).

nendo la libera circolazione di contenuti *online* al vaglio inevitabilmente preventivo (teso a evitare una responsabilità per contenuti illeciti) delle piattaforme. In questo modo si sarebbe delineato un quadro tutt'altro che favorevole alla realizzazione di un *marketplace of ideas* digitale (81). Naturalmente il margine di intervento delle piattaforme è rimasto intatto nella fase successiva legata alla scelta di moderare contenuti: la differenza fondamentale si colloca tuttavia nell'assenza di vincoli legislativi che lasciano così "liberi" i prestatori di servizi di agire (verosimilmente, in un senso maggiormente conforme allo spirito del Primo emendamento) (82).

La ragione di tale libertà di azione era anche dovuta ad una ragione contingente: vi era la convinzione che una normativa minimalista animata da una vocazione al liberismo digitale (83) lasciasse, appunto, più liberi i nuovi attori che si affacciavano all'orizzonte del *web* di promuovere la nuova tecnologia diffondendo contenuti su Internet senza alcun timore di poter essere poi sanzionati, ed innestare quindi un processo di *collateral censorship* (84).

Questa idea di liberismo digitale è facilmente migrata da una sponda all'altra dell'Atlantico. Infatti, anche l'Europa si è dotata, seppure alcuni anni dopo, di un quadro di regole animato dalla preoccupazione di non rendere il *business* dei "prestatori di servizi della società dell'informazione" economicamente sconveniente: in altre parole, di favorire quanto più possibile l'*e-commerce* (85). Le (poche) disposizioni dedicate al regime di responsabilità si ritrovano all'interno della direttiva n. 2000/31/CE, nota anche come

(81) Rispetto alla inidoneità di questa metafora a rappresentare efficacemente il mondo di Internet, soprattutto a fronte della sua "piattaformizzazione", sia consentito il rinvio a A. MORELLI e O. POLLICINO, *Le metafore della Rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in *Riv. AIC*, 2018, n. 1, 1 ss. Volendo, v. anche O. POLLICINO, *Fake News, Internet and Metaphors (to Be Handled Carefully)*, in *Italian Journal of Public Law*, 9, 2017, n. 1, 1 ss.

(82) G. BOGNETTI, *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana. Contributo allo studio dei processi dell'interpretazione giuridica*, Milano, Istituto editoriale cisalpino, 1958; F. ABRAMS, *The Soul of the First Amendment. Why Freedom of Speech Matters*, New Haven, Yale University Press, 2017.

(83) G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022.

(84) BALKIN, *Free Speech and Hostile Environments*, in *Columbia Law Review*, 99, 1999, n. 8, 2295 ss.

(85) DE GREGORIO, *op. cit.*

“direttiva *e-commerce*” (86), la quale ha stabilito due fondamentali regole: da un lato, l’assenza di un obbligo generale di sorveglianza in via preventiva in capo ai prestatori di servizi (coerente con l’assenza di una responsabilità editoriale e con l’intento di preservare il più possibile il libero fluire di contenuti *online* senza “condizionamento”); dall’altro, la previsione di un meccanismo di *notice and take down*, importato dalla *lex specialis* (rispetto alla *Section 230*) del *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)* statunitense (87). Tale schema riposa sull’assenza di una responsabilità diretta del prestatore di servizi per contenuti illeciti; stabilisce, invece, che il prestatore divenga responsabile qualora, avendo conoscenza effettiva della presenza di contenuti manifestamente illeciti, non si adoperi al fine di provvedere alla loro rimozione (88).

Appare di tutta evidenza come il quadro normativo europeo e statunitense, così brevemente tratteggiato, risponda a un contesto ben preciso, in cui vi era terreno fertile affinché il cyberspazio diventasse luogo di realizzazione della metafora del libero mercato delle idee. In quello scenario di grande concorrenza tra comunità virtuali era inevitabile che la premura dei legislatori fosse quella di mantenere al minimo la pressione regolamentare, confidando nella capacità intrinseca del cyberspazio di “autoregolarsi” offrendo spazi alternativi tra loro in grado di affermarsi e legittimarsi.

In questo contesto, a regnare sovranamente sul versante statunitense, ma anche su quello europeo, è il diritto della concorrenza, quale unico strumento *ex post* di intervento sulle concentrazioni di potere economico che gradualmente ed inevitabilmente andavano a formarsi. Il contesto rilevante è, per l’appunto, quello del mercato e la libertà rilevante è quella dell’iniziativa economica. Di lì a qualche anno vi sarebbe stato un profondo cambio di paradigma. Si sarebbe assistito ad una metamorfosi dei nuovi soggetti dell’era digitale da attori economici in poteri privati e quindi, come si vedrà, la disciplina antitrust avrebbe mostrato la sua inadeguatezza e la necessità di un intervento dello strumentario caratteristico del diritto costituzionale.

Questo anche perché, nel frattempo, lo spazio di Internet sarebbe andato incontro ad una sta-

gione di profonda trasformazione, come evidenziato nel paragrafo precedente, con importanti ripercussioni sulla fisionomia delle piattaforme e sul loro ruolo. Le regole introdotte negli Stati Uniti nel 1996 e in Europa nel 2000 sarebbero apparse sempre più obsolete — male adattandosi alle nuove peculiarità delle piattaforme che andavano affermandosi e imponendo, in un primo momento, come si vedrà quando si descriveranno le modalità espressive della natura reattiva della sovranità digitale al consolidarsi del potere privato, un esercizio di particolare creatività giurisprudenziale da parte della Corte di giustizia, fino a sfiorare la manipolazione.

Bisogna adesso indagare le ragioni alla base del più volte menzionato cambio di paradigma. Più precisamente, perché in un determinato momento storico i soggetti che esercitano iniziativa economica nel *cyberspace* si sono trasformati in veri e propri poteri privati in competizione con i poteri pubblici, con un necessario maggiore coinvolgimento degli argomenti del diritto costituzionale?

Per fornire una risposta adeguata, bisogna fare un passo indietro di qualche decennio e ricordare chi, per primo, alla fine del secolo scorso (89), aveva in tempi non sospetti evidenziato una prima trasformazione, o meglio un passaggio assai rilevante.

Il riferimento è a Lawrence Lessig, il quale ha evidenziato come la regolamentazione di condotte individuali, in un contesto come il cyberspazio, potesse svolgersi in modo appagante soltanto previa considerazione della intrinseca peculiarità di questa tecnologia, ossia della sua architettura, o meglio il suo *code*. *Code is law*, nelle parole di Lessig, indica la capacità di diverse matrici (tra cui le norme giuridiche) di incidere sulla regolamentazione delle condotte individuali, contribuendo sia direttamente sia indirettamente a dettare regole di condotta. Ad avviso di Lessig, la modalità di regolazione più adatta alle peculiarità del cyberspazio è quella che vede le norme giuridiche agire indirettamente, incidendo sull’architettura del cyberspazio onde consentire alla tecnica di farsi essa stessa strumento di esecuzione di norme di condotta. La riflessione di Lessig ha colto alcuni aspetti centrali nel dibattito sulla regolamentazione del cyberspazio. Quello più rilevante ai nostri fini è, partendo dalla centralità del ruolo della tecnica per un’efficace regolamentazione, il fatto che vi fosse in corso un passaggio nelle decisioni

(86) L. EDWARDS, *The New Legal Framework for e-Commerce in Europe*, London, Bloomsbury, 2005.

(87) *Digital Millennium Copyright Act* 1998.

(88) Per uno studio comparato, v. R. PETRUSO, *Le responsabilità degli intermediari della rete telematica*, Torino, Giappichelli, 2019.

(89) L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999.

fondamentali su tale regolamentazione dal legislatore all'informatico, all'esperto in grado di decodificare il codice. Come è stato evidenziato (90), non è forse casuale che le prime disposizioni dettate dai legislatori in materia abbiano interessato il ruolo degli intermediari, nella consapevolezza della centralità del ruolo tecnico (all'epoca ancora scervo da connotazioni oligopolistiche e dunque risparmiato da una disciplina che si estendesse sul versante della concorrenza) rispetto alle operazioni che involgono un intervento sulle attività e condotte degli utenti.

Oggi si assiste ad una sorta di "code reloaded", alla luce di quella metamorfosi prima evocata degli intermediari digitali da attori economici a veri e propri poteri privati in competizione con quelli pubblici. Infatti, da una parte tali soggetti sono parenti alla lontana di quelli che sono stati (non) regolati dalla disciplina europea nella stagione del liberismo digitale. Assai meno neutri, assai meno passivi, ma molto più sofisticati e molto più in grado, pur non assumendo, va detto, il ruolo di editori tradizionali, di incidere sui contenuti ospitati nei loro spazi virtuali.

Dall'altra parte, se Lessig aveva ben intuito e descritto un primo passaggio dal decisore politico all'esperto di informatica, qualche anno dopo, a partire dal decennio scorso, il fattore algoritmico e i conseguenti meccanismi di *machine learning* hanno spostato la sede della decisione dalla dimensione umana, sia essa propria del politico o dell'informatico, a quella della macchina. Si fa ovviamente riferimento ai meccanismi di automazione propri del nuovo ecosistema costituito dall'intelligenza artificiale e che, insieme alla crescita esponenziale dei dati a disposizione, hanno perfezionato la trasfigurazione prima evocata dei nuovi intermediari da attori economici a poteri politici. Si aggiunga che spesso l'algoritmo è opaco e non trasparente, il che rafforza ulteriormente il potere delle piattaforme. Su quest'ultimo aspetto (quello della mancata trasparenza) come vedremo nei prossimi paragrafi quando affronteremo la dimensione reattiva dei pubblici poteri al consolidamento del potere algoritmico, l'ultima stagione del costituzionalismo digitale di matrice europea sembra aver trovato delle adeguate contromisure.

7. *Sovranità digitale e dimensione rimediale. Come limitare l'abuso di potere nella società algoritmica: verso un costituzionalismo digitale?* — Una volta illustrate le insidie del processo graduale ma

inesorabile di metamorfosi degli attori economici del cyberspazio in poteri privati e, prima ancora, le caratteristiche della dimensione spaziale e valoriale che hanno fatto da contesto a tale metamorfosi, bisogna interrogarsi, secondo l'impostazione iniziale di questa ricerca, su quali siano le modalità espressive della sovranità digitale da parte degli ordinamenti oggetto di indagine e, più in generale, quali siano gli strumenti adeguati per il costituzionalismo moderno per contrastare o limitare l'amplificazione del potere digitale privato.

La domanda attuale è sempre la medesima che Goldsmith e Wu si ponevano già nel 2006, « *Who controls the Internet?* » (91), a cui se ne aggiunge un'altra altrettanto rilevante. Come è possibile per le democrazie liberali poter esercitare la propria sovranità "digitale" nei confronti dei poteri privati che competono sempre più alla pari con quelli pubblici?

L'*humus* valoriale assai differente che abbiamo visto caratterizzare l'ordinamento statunitense e quello europeo (ma qui potrebbero ovviamente essere inclusi altri modelli in competizione come quello cinese) spiega anche il perché del dibattito sulla sovranità digitale, che vede opporsi "visioni" diverse degli stessi diritti e standard di tutela differenti da parte di ordinamenti che possono rivendicare una posizione peculiare nella *governance* del cyberspazio.

Le reazioni, mantenendo ferma la rotta transatlantica che ci si è imposti all'inizio, non possono che essere illustrate, anche alla luce della cornice valoriale assai differente che si è cercato di richiamare, concentrandosi prima sull'ordinamento statunitense e poi su quello europeo, non prima però di una nota preliminare che collega le due sponde dell'Oceano.

Una prima, immediata, possibilità di reazione al consolidamento del potere digitale potrebbe essere quella di applicare orizzontalmente, anche nello spazio "Internet" e nei confronti delle grandi piattaforme, le disposizioni a tutela dei diritti fondamentali presenti nelle carte dei diritti.

È infatti eccessivamente pessimista quanto scrive Tim Wu, in genere uno dei più attenti studiosi dei temi oggetto di indagine, secondo il quale « colpisce il fatto che documenti come la Magna Carta, la Costituzione degli Stati Uniti, il Trattato di Lisbona e lo Statuto delle Nazioni Unite siano stati scritti per contenere l'esercizio di un potere pubblico privo di contrappesi, mentre

(90) M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Roma, Aracne, 2019.

(91) WU e GOLDSMITH, *Who Controls the Internet?*, cit.; v. anche GOLDSMITH, *Against Cyberanarchy*, cit.

non abbiano niente che faccia effettivamente la stessa cosa contro il potere privato incontrollato» (92). È fondamentale a questo proposito, come si vedrà, differenziare l'analisi quanto meno in una prospettiva transatlantica, perché Wu sottovaluta, come vedremo, la creatività e l'audacia della Corte di giustizia dell'Unione europea nel "trasformare" per via interpretativa (*melius*: manipolativa) disposizioni dei trattati chiaramente pensate esclusivamente nei confronti degli Stati membri in strumenti direttamente azionabili dai singoli, con un effetto diretto orizzontale neanche immaginato dagli Stati membri al momento della sottoscrizione degli stessi trattati.

Così come è eccessivamente ottimista quanto sostiene a questo riguardo Robert Alexy (93), ovvero che la questione relativa agli effetti orizzontali dei diritti fondamentali previsti dalle Carte costituzionali o dai *Bills of rights* non possa essere concettualmente scissa dal problema più generale del riconoscimento di un effetto diretto agli stessi diritti. In altre parole, se è riconosciuto ad un diritto fondamentale effetto diretto, tale riconoscimento dovrebbe essere caratterizzato da una doppia dimensione: quella verticale (autorità *versus* libertà) e quella orizzontale (nei rapporti tra privati).

Il problema è che tale assunto, convincente da un punto di vista teorico, passando dall'"olimpico" dei filosofi all'"arena" dello *ius dicere*, rischia di non superare il test del diritto comparato, in quanto le scelte delle corti costituzionali e supreme possono divergere, su questo aspetto, in base al paradigma costituzionale al quale esse si ispirano che fa da architrave, da *humus* assiologico e culturale.

8. (Segue): a) *la prospettiva statunitense*. — Iniziando a guardare all'interno del contesto statunitense, l'arsenale di diritto costituzionale d'Oltreoceano, a differenza di quanto si dirà poi con riferimento all'ordinamento europeo, non dispone dell'arma relativa all'applicazione orizzontale dei diritti previsti dal *Bill* federale. O meglio, per quanto riguarda l'applicazione dei diritti previsti dagli Emendamenti della Costituzione introdotti a partire dal 1791, e con particolare riferimento al Primo emendamento, l'efficacia orizzontale (*inter privatos*) dello stesso è negata dall'applicazione

della cosiddetta *state action doctrine* (94) in forza della quale le garanzie previste dai diritti sanciti dal *Bill of Rights* federale possono essere fatte valere soltanto nei confronti dei poteri pubblici e non dei privati.

La ragione alla base della resistenza alla accettazione di una generale efficacia orizzontale dei diritti previsti dalla Costituzione federale si spiega con il terreno culturale che fa da *humus* al costituzionalismo statunitense, il quale è basato sui valori di *liberty* e *individual freedom* che costituiscono il fondamento dell'autonomia privata.

In altre parole, come ha osservato Mark Tushnet, « *the judicialisation of relations between private persons [is] as an intolerable intrusion of the state into the sphere of private autonomy* ». La domanda, con riguardo al nostro campo di indagine, nasce spontanea: una tale intrusione può essere considerata intollerabile anche quando siamo di fronte a poteri privati che *de facto* spesso esercitano funzioni di natura pubblicistica o paracostituzionale e quindi possono essere *lato sensu* considerati *state actors*? La risposta della Corte Suprema è abbastanza netta e conferma l'intollerabilità dell'intrusione. Nell'unica decisione di un certo rilievo assunta finora alle cronache (95), è stato escluso che un soggetto privato, per quanto di dimensioni elefantache come YouTube, possa essere considerato uno *state actor*.

Non solo, ma, come è stato giustamente notato, « nell'interpretazione della Corte d'appello, mancano totalmente possibili punti di contatto tra un prestatore di servizi come YouTube e ciò che nel diritto costituzionale statunitense rappresenta uno *state actor*: non vi sarebbe alcuna partecipazione a quel novero limitato di funzioni che sono tradizionalmente riservate in via esclusiva allo Stato » (96); al contrario, questi non sarebbero altro che soggetti privati che adottano decisioni relative alla *governance* del proprio spazio.

Proprio il riferimento al governo dello spazio gestito dalle piattaforme, vista l'invalidità dell'ostacolo relativo al (non) superamento della *state*

(94) V., in particolare, S. GARDBAUM, *The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights*, in *Michigan Law Review*, 102, 2003, 388 ss.; M. TUSHNET, *The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2003, n. 1, 79 ss.; W.R. HUHN, *The State Action Doctrine and The Principle of Democratic Choice*, in *Hofstra Law Review*, 34, 2006, n. 4, 1380 ss.

(95) Corte d'appello federale degli Stati Uniti d'America per il Nono Circuito 26 febbraio 2020, *Prager University v. Google LLC*, n. 18-15712 (9th Cir. 2020).

(96) BASSINI, *Libertà di espressione e social network*, cit., 22.

(92) T. WU, *La maledizione dei giganti. Un manifesto per la concorrenza e la democrazia*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 2020, 10.

(93) R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 2012, 570-571.

action doctrine, rappresenta il secondo tentativo da parte del diritto costituzionale statunitense, anche questo, come si vedrà, sostanzialmente senza successo, di poter essere più efficace nella (de)limitazione dell'emergente potere digitale.

In particolare si fa riferimento all'opzione interpretativa, cui si è accennato in apertura, volta ad una equiparazione degli spazi offerti dalle piattaforme digitali che offrono dei servizi cosiddetti di *social network* alla categoria del *public forum*, onde applicarvi la *public forum doctrine* che ammette limitatissime possibilità di interferenza con l'esercizio della libertà di espressione, perlopiù contenutisticamente neutre, in quei luoghi come parchi, strade e piazze che sono considerati naturalmente destinati a ospitare lo scambio di idee e opinioni tra individui.

Si è evidenziato in dottrina (97) che questa affermazione ricorre spesso metaforicamente allo scopo di descrivere i *social network* come la nuova pubblica piazza ma che cosa ben diversa sarebbe sottendervi una valenza normativa. La giurisprudenza statunitense, fino a oggi, ha avallato questa ricostruzione soltanto in presenza di *account social* utilizzati da *state officials*, ossia da soggetti che agiscono nella loro qualifica pubblicistica, allo scopo di ritenere effettivamente lesive della libertà di espressione degli utenti misure quali il blocco o la rimozione di commenti (98). Vale la pena segnalare che la giurisprudenza non considera la natura proprietaria ostativa alla qualificazione pubblicistica, rilevando che ben possono esistere *designated public forum*, ossia spazi che "diventano", pur essendo privati, di natura sostanzialmente pubblica, coinvolti nel medesimo processo di metamorfosi che abbiamo visto caratterizzare i soggetti in gioco.

Gli accennati tentativi di riqualificazione del ruolo delle piattaforme, e in special modo dei *social network*, sono densi di implicazioni che concernono i valori in gioco nello spazio digitale, con i quali i nuovi "poteri" devono inevitabilmente confrontarsi. Equiparare un *social network*

(97) BASSINI, *op. ult. cit.*, 68.

(98) Corte distrettuale degli Stati Uniti d'America per il distretto meridionale di New York 23 maggio 2018, Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump, n. 1:17-cv-5205 (S.D.N.Y.); Corte d'appello federale degli Stati Uniti d'America per il Secondo Circuito 9 luglio 2019, Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump, n. 18-1691 (2d Cir.); Corte Suprema federale degli Stati Uniti d'America 5 aprile 2021, Joseph Biden Jr., President of the United States, et al. v. Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ., 593 U.S. (2021); Corte d'appello federale degli Stati Uniti d'America per il Quarto Circuito 7 gennaio 2019, Davison v. Randall, n. 17-2002 (4th Cir.).

a un servizio pubblico o a uno "Stato" non è un'operazione neutrale, in quanto comporta l'assoggettamento a un compendio di garanzie che sono normalmente correlate all'operato degli attori pubblici. Se, sulla carta, questa operazione potrebbe segnare un avanzamento in senso garantistico, d'altro canto essa nasconde alcune insidie. In particolare, assoggettare allo stesso standard di tutela che si impone agli attori pubblici dei soggetti privati potrebbe dare luogo a conseguenze non agevoli rispetto ad alcune strategie che sono state elaborate a livello europeo, con riguardo soprattutto a contenuti che non presentino carattere illecito ma che possano divenire oggetto di rimozione o comunque di misure tecniche in ragione di strategie di contrasto elaborate sul piano della autoregolamentazione o della co-regolamentazione. La disinformazione rappresenta, in questa sede, un esempio calzante. Si tratta di un monito che, come è stato colto in dottrina (99), già il Justice Alito aveva formulato in occasione della sua *concurring opinion* nel caso, già richiamato, «Packingham v. North Carolina» (100), criticando il linguaggio eccessivamente disinvolto con cui l'*opinion* della Corte Suprema aveva suggerito che Internet e i *social network* in particolare costituissero i nuovi "public forum" della realtà digitale, senza aver soppesato le implicazioni di carattere normativo di questo *dictum*. Non solo: richiedendo che la moderazione dei contenuti da parte dei *social network* aderisca allo standard "pubblico" si rischierebbe di svuotare completamente la promessa di libertà insita nell'avvento di queste piattaforme, mettendo a rischio il loro possibile uso come strumento di protesta o di contrasto alla propaganda o alla censura pubblica. La mano dei *social* sarebbe così guidata dai poteri degli Stati, magari orientati anche da finalità virtuose, ma forse in alcuni casi animati da propositi meno commendevoli, specialmente nell'ambito di contesti di democrazie immature o di natura bellica come quelli tristemente noti.

In ogni caso il tentativo (o l'equivoco interpretativo) che sembra emergere in «Packingham» di attribuire un valore normativo e prescrittivo alla metafora spaziale (101) del *cyberspace* come *public*

(99) V. ancora BASSINI, *Libertà di espressione e social network*, cit., 78. Sui riflessi di queste possibili riqualificazioni v. soprattutto l'ampia panoramica di D.C. NUNZIATO, *From Town Square to Twittersphere: The Public Forum Doctrine Goes Digital*, in *Journal of Science and Technology Law*, 25, 2019, n. 1, 1 ss.

(100) Corte Suprema federale degli Stati Uniti d'America, *Packingham v. North Carolina*, cit.

(101) A. MORELLI e O. POLLICINO, *Metaphors, judicial*

forum è definitivamente bloccato (o chiarito) in una relativamente recente sentenza della Corte distrettuale per il distretto settentrionale della California (102), in cui si dice chiaramente che, « [a]lthough Packingham spoke of “cyberspace” and “social media in particular” as “the most important places [...] for the exchange of views” in modern society, [...] Packingham did not, and had no occasion to, address whether private social media corporations like YouTube are state actors that must regulate the content of their websites according to the strictures of the First Amendment ».

Metaforicamente, come è stato giustamente sottolineato, « si tratta di un colpo di grazia rispetto a ogni velleità di equiparazione che potesse sorreggersi su quella pur importantissima sentenza, il cui significato non deve essere perciò travisato » (103). Ancora una volta, le metafore vanno prese sul serio.

Vi è poi un ulteriore canale di riconfigurazione, che sembrerebbe emergere da una recente *concurring opinion* del Justice Thomas (104): qualificare come *essential facilities* o comunque come infrastrutture da mettere al riparo da possibili discriminazioni nell'uso i *social network*, a fronte della loro inedita capacità di incidere su formidabili quantità di *speech*. Proprio perché ormai si tratta di servizi “essenziali” nella circolazione di contenuti e informazioni, per il Justice Thomas è fondamentale individuare un regime giuridico congruo che consenta di limitare la possibilità di questi operatori di attuare comportamenti escludenti. La preoccupazione nasce dalle vicende che hanno riguardato la figura di Donald Trump e il suo cosiddetto *deplatforming* da Facebook e Twitter. Secondo il Justice Thomas, occorre evitare che queste potenze economiche possano disporre di un potere giuridico altrettanto importante in grado di condizionare anche l'opinione pubblica e in ultima analisi la democrazia. Si tratta di un problema che non pare peraltro venir meno anche a voler considerare lo specifico caso di Trump

frames, and fundamental rights in cyberspace, in Am. Journ. comp. Law, 68, 2021, n. 3, 616 ss.

(102) Corte distrettuale degli Stati Uniti d'America per il distretto settentrionale della California 26 marzo 2018, *Prager University v. Google LLC*, n. 17-CV-06064.

(103) Così BASSINI, *Libertà di espressione e social network*, cit., 88.

(104) S.D.N.Y., *Knight Institute v. Trump*, cit. e 2d Cir., *Knight Institute v. Trump*, cit., successivamente 4th Cir., *Joseph Biden Jr. v. Knight Institute*, cit., su cui 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 On Line*, 2021, n. 1, 2781 ss.

come un episodio in cui le *fighting e inciting words* adoperate dall'allora Presidente travalicassero i confini della libertà di espressione come sanciti dal Primo emendamento e dalla sua interpretazione giurisprudenziale.

Anche laddove si dovesse accedere, poi, all'idea di una equiparazione nel senso sopra individuato, andrebbe poi compreso quale sia lo standard di tutela al quale riconoscere natura vincolante anche nei rapporti tra *social* e individui-utenti: le tradizioni costituzionali comuni dell'Unione europea o il Primo emendamento?

La domanda è volutamente provocatoria e sottende una problematica ancora viva nel costituzionalismo digitale che in qualche modo, a proposito di una migrazione di idee costituzionali o, più semplicemente, di una ibridazione o contaminazione tra standard di protezione provenienti da entrambe le sponde dell'Atlantico, riguarda il tentativo di legittimazione (ma anche di equiparazione a funzioni para-giurisdizionali) delle operazioni di bilanciamento compiute dalle piattaforme. In particolare, si fa riferimento ad una delle più recenti iniziative adottate da Facebook: l'istituzione di un *Oversight Board* indipendente (105) che avrà il compito di verificare l'adeguatezza delle decisioni adottate in sede di moderazione dei contenuti da parte del *social network*. Si tratta di un'operazione che implica di fatto un processo di auto-legittimazione e di privatizzazione della tutela dei diritti, che anticipa, ovviamente muovendosi sul terreno dell'autoregolamentazione, le mosse legislative, cui si farà riferimento nella parte finale di questo scritto, sulla sponda europea, perlomeno inclini a valorizzare la dimensione della trasparenza.

In particolare, le decisioni più significative, tra cui soprattutto quella relativa alla sospensione dell'*account* di Donald Trump, sembrano indicative di una contaminazione (106) tra il sentire quasi estremo statunitense e quello più moderato europeo, più vicino al criterio di proporzionalità come bussola (anche) delle operazioni di bilanciamento.

Che sia la fine di una tendenza delle piatta-

(105) K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *Yale Law Journal*, 129, 2020, n. 8, 2418 ss.; A. BURATTI, *Framing the Facebook Oversight Board: Rough Justice in the Wild Web?*, in *Rivista di diritto dei media*, 2022, n. 2.

(106) O. POLLICINO, M. BASSINI e G. DE GREGORIO, *Trump's Indefinite Ban. Shifting the Facebook Oversight Board away from the First Amendment Doctrine*, in *Verfassungsblog*, 11 maggio 2021.

forme digitali all'affermazione del Primo emendamento come standard globale?

9. (Segue): b) *la prospettiva europea: la stagione di attivismo della Corte di giustizia e di judicial enforcement della privacy digitale, la reazione del legislatore e la costruzione della fortezza europea (la prima fase del costituzionalismo digitale)*. — Spostandoci ora alle modalità espressive della sovranità di matrice europea di reazione e “contenimento” del nuovo potere digitale, vi è una prima opzione sul campo su cui è opportuno concentrarsi, perché in connessione con quanto si è analizzato sul fronte statunitense. Forse un'opzione “nucleare” ma sicuramente, a differenza di quanto si è visto negli Stati Uniti, percorribile perché conforme alle tradizioni costituzionali comuni europee. Si fa evidentemente riferimento alla possibilità di riconoscere effetti orizzontali alle “nostre” Carte dei diritti nei confronti dei soggetti privati, così facendo leva sulla dottrina della *Drittwirkung* di estrazione tedesca, edificata nel celebre caso « Lüth » (107).

Dal canto suo, la Corte di giustizia ha infatti dimostrato di essere in grado di attribuire tale efficacia a disposizioni chiave dei Trattati istitutivi, anche per quelle che avevano chiaramente come destinatari esclusivi gli Stati membri.

Basti pensare alla decisione « Defrenne II » (108) che ha attribuito efficacia diretta orizzontale ad una disposizione del Trattato (il vecchio art. 119 Trattato CE, oggi trasposto nell'art. 157 TFUE, in tema di parità retributiva tra uomini e donne) che si rivolgeva esclusivamente agli Stati membri nel richiedere ai poteri legislativi interni di adottare le discipline a livello nazionale più idonee per garantire effettività, e quindi giustiziabilità, negli ordinamenti giuridici nazionali, al diritto alla parità retributiva tra i sessi per uno stesso lavoro (o per uno equivalente).

È stata la Corte di giustizia ad interpretare assai creativamente il portato di tale disposizione, attribuendole, in evidente contrasto con il tenore letterale della stessa, un effetto diretto orizzontale.

(107) BVerfG 15 gennaio 1958 (*BVerfGE* 7, 198).

(108) C. giust. CE 8 aprile 1976, causa 43/75, Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena. La sentenza è stata ampiamente discussa in dottrina. Tra i primi commenti, cfr. O. STOCKER, *Le second arrêt Defrenne. L'égalité de rémunération des travailleurs masculins e des travailleuses féminins*, in *Cahiers de droit européen*, 1977, 180 ss.; W. VAN GERVEN, *Contribution dell'arrêt Defrenne au développement du droit communautaire*, ivi, 131 ss.; G. CATALANO SGROSSO, *Il principio della parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici nel diritto comunitario*, in *Riv. dir. eur.*, 1979, 245 ss.

In tale scenario, relativamente all'attribuzione di effettività al principio, fino ad allora soltanto proclamato, di parità retributiva tra uomo e donna, la sentenza « Defrenne II » ha la stessa rilevanza che la decisione « Costa c. Enel » (109) può vantare in riferimento al concetto di superiorità del diritto dell'Unione sul diritto interno e la sentenza « Simmenthal » (110) a proposito della nozione di *effet utile* quale predicato imprescindibile del diritto europeo.

Da lì in poi non sono mancati i casi di applicazione orizzontale di principi generali del diritto dell'Unione (111) e, con una giurisprudenza non sempre cristallina, anche di alcuni articoli della Carta dei diritti fondamentali (112).

Vi è però una caratteristica peculiare, in questo contesto, che caratterizza la reazione della Corte di giustizia rispetto all'emersione di un potere digitale che in quegli anni non veniva peraltro contrastato da un legislatore o di ispirazione neo-liberale quanto alla (non) regolazione dei soggetti digitali, come si è provato a descrivere in precedenza, oppure semplicemente inerte, come nel caso dei “tempi” di gestazione lunghissimi che hanno visto l'adozione, nel 2016, del *GDPR*.

In particolare, tale caratteristica risiede, come si è cercato di dimostrare altrove, in una surrettizia e sicuramente non esplicitata applicazione orizzontale degli art. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali, in materia, rispettivamente, di tutela della vita personale e protezione dati, in quella giurisprudenza, tra il 2014 e il 2015, di *enforce-*

(109) C. giust. CE 15 luglio 1964, causa 6/64, Flaminio Costa c. ENEL.

(110) C. giust. CE 9 marzo 1978, causa 106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal SpA.

(111) V. *ex multis* C. giust. CE 5 febbraio 1963, causa 26/62, Van Gend en Loos c. Amministrazione olandese delle imposte; C. giust. CE 21 giugno 1974, causa 2/74, Reyners c. Stato belga; C. giust. CE 3 dicembre 1974, causa 33/74, Van Binsbergen c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid; C. giust. CE 4 dicembre 1974, causa 41/74, Van Duyn c. Home Office.

(112) C. giust. UE 17 aprile 2018, causa C-414/16, Egenberger; C. giust. UE 6 novembre 2018, causa C-569/16, Bauer; C. giust. UE 6 novembre 2018, causa C-684/16, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften; C. giust. UE 11 settembre 2018, causa C-68/17, IR c. JQ; C. giust. UE 22 gennaio 2019, causa C-193/17, Cresco Investigation; C. giust. UE 14 maggio 2019, causa C-55/18, CCOO. V.E. FRANTZIOU, *The Horizontal Effect of the Charter: Towards an Understanding of Horizontality as a Structural Constitutional Principle*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2020, 208 ss.; AA.VV., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività* a cura di V. PICCONE e O. POLLICINO, Napoli, Editoriale scientifica, 2018.

ment della *privacy* digitale nei confronti dell'emergente potere algoritmico (113).

Le decisioni rilevanti, che peraltro sono state già ampiamente richiamate in precedenza, meritano in questa sede un approfondimento specifico sotto la prospettiva appena menzionata, perché scandiscono i tempi di un processo di costruzione di una fortezza europea in tema di protezione dati, a tutela dell'emergente potere digitale privato ma con non poche controindicazioni che dovranno essere approfondite.

In « Digital Rights Ireland », i procedimenti di rinvio pregiudiziale sono stati avviati dall'Alta Corte d'Irlanda e dalla Corte costituzionale austriaca con riferimento alle normative nazionali di recepimento della direttiva del 2006 in materia di conservazione dati (direttiva n. 2006/24/CE) che permetteva alle autorità nazionali di raccogliere in modo intrusivo informazioni concernenti molteplici aspetti della vita privata di quanti avessero sottoscritto contratti per la somministrazione di servizi di telecomunicazione. La Corte di giustizia, utilizzando la Carta quale parametro costituzionale rilevante — quello che era mancato in tutta la sua giurisprudenza precedente relativa alla tutela dei diritti fondamentali (114) che di fatto la Carta ha codificato — ha annullato, per la prima volta nella storia del processo di integrazione europea, un'intera legislazione di natura derivata perché in contrasto con il *bill of rights* europeo.

La legislazione in questione, la direttiva del 2006 prima menzionata, costituiva il prodotto di una reazione securitaria agli attacchi dell'11 settembre 2001: imbevuta di una logica di controllo preventivo, essa aveva ritagliato alcune eccezioni relative alla protezione del diritto al rispetto della vita privata.

I giudici europei offrono un'analisi dettagliata degli aspetti critici della direttiva. Innanzitutto, si sottolinea che l'interferenza con il diritto fondamentale alla vita privata avrebbe potuto investire l'intera popolazione dell'Unione, senza distinzione alcuna e senza che rilevasse che una persona fosse o meno sottoposta a indagini per « reati gravi ». Il semplice richiamo generico a « reati gravi » per giustificare una simile ingerenza è inoltre considerato inadeguato e, in quanto tale, incompatibile

(113) O. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività*, cit., 264 ss.

(114) C. giust. CE 14 maggio 1974, causa 4/73, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commissione delle Comunità europee.

con il principio di proporzionalità. La Corte, inoltre, sottolinea la mancanza di garanzie sostanziali e processuali. Su queste basi, i giudici di Lussemburgo concludono che l'interferenza nei diritti da parte della direttiva è eccessivamente ampia per considerarsi rispettosa dei principi di necessità e proporzionalità (115).

In « Google Spain », che si è avuto già modo di richiamare per la sua rilevanza a proposito della dimensione “spaziale”, la Corte estende anche ai motori di ricerca, attraverso una applicazione orizzontale surrettizia della Carta, le tutele previste dagli art. 7 e 8 della Carta di Nizza. Più precisamente, l'autorità garante spagnola per la protezione dei dati aveva richiesto a Google di rimuovere alcuni *link* che comparivano nel momento in cui il nome del ricorrente fosse stato utilizzato come parola-chiave di ricerca. Google aveva rifiutato di adempiere alla richiesta, sostenendo di non essere soggetta al diritto dell'UE in quanto avente sede negli Stati Uniti. Secondo Google, un'obbligazione in tal senso avrebbe, per di più, comportato una restrizione alla libertà di espressione degli utenti.

La Corte fonda, nuovamente, la propria decisione quasi esclusivamente sugli art. 7 e 8 della Carta di Nizza, relegando al margine altre norme quali gli art. 11, in materia di libertà di espressione, e 16, che tutela la libertà di iniziativa economica.

In particolare, tale applicazione piuttosto eterodossa dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali consente alla Corte di Lussemburgo di applicare la disciplina della direttiva anche ai gestori di motori di ricerca, fatti rientrare nella nozione di “titolari del trattamento”, superando tra l'altro nel contempo, come si è avuto modo di anticipare in precedenza, l'eccezione relativa allo stabilimento estero degli stessi.

Si potrebbe sottolineare come, in « Digital Rights Ireland » e in « Google Spain », la Corte si sia impegnata a proteggere, nei confronti dell'emergente potere digitale, in modo così “viscerale” la fortezza europea a tutela della *privacy* europea, da sottovalutare le conseguenze negative di un simile approccio. Da un lato, un ridimensionamento della protezione riservata ad altri valori di pari rilevanza costituzionale, inclusa, in particolare, la libertà di espressione; dall'altro lato, come si avrà modo di rilevare anche più avanti, la delega in bianco ad un soggetto privato di operare quel bilanciamento tra diritti fondamentali che do-

(115) C. giust. UE, Digital Rights Ireland, cit., § 65.

vrebbe esclusivamente caratterizzare il nucleo duro di funzioni giurisdizionali o para-giurisdizionali.

« Schrems I » segue a sua volta le linee tracciate da « Digital Rights Ireland » e « Google Spain ». Anche in questo caso si è di fronte a un'interpretazione — *melius* manipolazione — della direttiva n. 95/46/CE “illuminata” dagli art. 7 e 8 della Carta di Nizza. In questa decisione, il nodo cruciale è se i regolatori nazionali abbiano un qualche margine di manovra per opporsi a una decisione della Commissione europea che valutasse l'adeguatezza del livello di protezione assicurato dai sistemi giuridici di Paesi terzi. Nel caso di specie, il riferimento è alla decisione n. 2000/520/CE (“*Safe Harbour Decision*”), relativa al trasferimento di dati personali dall'UE agli Stati Uniti. La risposta della Corte è positiva e comporta l'invalidazione della decisione n. 2000/520/CE.

Più precisamente, la Corte si è trovata a valutare se la decisione citata rispettasse le condizioni fissate dall'art. 25 della direttiva n. 95/46/CE, che richiedeva un adeguato livello di protezione per i dati personali trasferiti in Paesi terzi. Sulla base di tale norma, la Corte di giustizia ritiene opportuno andare a valutare se il sistema giuridico statunitense fosse o meno in grado di fornire un livello di protezione adeguato ai dati personali dei cittadini dell'Unione. Secondo i giudici di Lussemburgo la nozione di « livello di protezione adeguato » ai sensi dell'art. 25 è da interpretarsi con riferimento specifico agli art. 7 e 8 della Carta di Nizza, di nuovo il prisma interpretativo che caratterizza l'intero impianto argomentativo della decisione.

È proprio grazie a tale prisma che la Corte è in grado di modificare lo standard relativo all'adeguatezza del livello di protezione in uno differente che sembra richiedere una qualche forma — mai richiesta dalla normativa rilevante — di equivalenza tra gli ordinamenti giuridici posti a confronto. Riferendosi alla *ratio* dell'art. 25, la Corte concluse che, anche se un livello di protezione adeguato non richiede necessariamente che i Paesi terzi adottino standard identici a quelli dell'Unione europea, un sistema di tutela « sostanzialmente equivalente » è comunque richiesto (116).

(116) Si vedano in tal senso anche le conclusioni dell'Avvocato generale 23 settembre 2015, causa C-362/14, Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner (Schrems I). In particolare, il § 141 argomenta: « È per questo motivo che ritengo che la Commissione possa constatare, sulla base dell'articolo 25, paragrafo 6, della direttiva 95/46, che un paese terzo assicura un livello di protezione

Un carattere peculiare di « Schrems I » è innanzitutto il fatto che, a differenza di « Digital Rights Ireland », è in questo caso il sistema statunitense, e non un atto interno all'Unione, a costituire oggetto di un giudizio di conformità con gli art. 7 e 8 della Carta di Nizza. Tale valutazione, del resto, è influenzata dallo scandalo che aveva colpito in quegli anni la *National Security Agency* statunitense. « Schrems I », inoltre, produce a sua volta delle conseguenze anche al di là dell'Atlantico: in « *ACLU v. Clapper* » (117), la Corte d'appello degli Stati Uniti per il Secondo Circuito conclude che la sezione 215 dell'*USA Patriot Act* non autorizzava la *National Security Agency* a condurre una sorveglianza di massa e a raccogliere in modo massiccio metadati concernenti i cittadini. La migrazione di idee costituzionali in ambito digitale è spesso biunivoca.

Il dato essenziale di « Schrems I », nel complesso, consiste nel fatto che la Corte di giustizia ha fondamentalmente riscritto i criteri rilevanti, sostituendo, attraverso un'interpretazione dell'art. 25 orientata alla tutela dei principi contenuti nella Carta di Nizza, il concetto di adeguatezza con quello di « equivalenza ». Si tratta di una « manipolazione tramite interpretazione » (118) della normativa rilevante volta ad una surrettizia applicazione orizzontale della Carta ed alla costruzione, per via giudiziaria, di una fortezza europea a protezione della *privacy* digitale che esercita la sua sovranità anche nel *cyberspace* quale reazione al rafforzamento del potere algoritmico privato.

La stagione di *judicial activism* appena descritta a Lussemburgo, in qualche modo spiegabile sia alla luce delle menzionate minacce di sorveglianza globale provenienti dagli Stati Uniti, sia dell'inerzia da parte del legislatore europeo (119), che sembrava continuare a rimandare a tempo indeterminato l'adozione del tanto atteso *GDPR*, è evidentemente una presa di posizione netta e contraria da parte dei giudici europei nei confronti

adeguato solo qualora, al termine di una valutazione di insieme del diritto e della prassi nel paese terzo in questione, essa sia in grado di dimostrare che tale paese offre un livello di protezione sostanzialmente equivalente a quello offerto da tale direttiva, anche se le modalità di tale protezione possono essere diverse da quelle generalmente vigenti all'interno dell'Unione ».

(117) Corte d'appello federale degli Stati Uniti d'America per il Secondo Circuito 7 maggio 2015, *American Civil Liberties Union v. Clapper*, 785 F3d 787 (2d Cir. 2015).

(118) O. POLLICINO, *Interpretation or manipulation? The Court of Justice sets a new right to digital privacy*, in *Federalism.it*, 2014, n. 3.

(119) DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe*, cit.

della stagione precedente, che abbiamo prima analizzato, del liberismo digitale che ha caratterizzato le due sponde dell'Atlantico e ha favorito, come si è visto, la trasformazione dei soggetti privati da operatori economici a veri e propri poteri.

Se la appena menzionata stagione creativa di natura reattiva della Corte di giustizia è sicuramente comprensibile e perfino conforme, quanto meno con riguardo allo specifico livello di tutela accordata alla protezione dati, all'*humus* valoriale proprio delle tradizioni costituzionali europee che si è cercato di descrivere in precedenza, ci sono state certamente delle controindicazioni che hanno obbligato ad un ripensamento della modalità espressive della sovranità europea di fronte alla "minaccia" digitale, e quindi all'emersione di una nuova stagione relativa alla reazione del diritto costituzionale europeo al consolidamento del potere privato.

La prima evidente controindicazione è stata l'amplificazione di uno squilibrio, in termini di separazione tra poteri, tra il versante giudiziario e quello politico-legislativo.

Quello appena menzionato è un punto abbastanza rilevante e necessita di un breve approfondimento. Se già dalla fine del secolo scorso si fa riferimento al fenomeno della *judicial globalization* (120) per fare emergere il ruolo crescente, fino a diventare preponderante, delle Corti nei rapporti (di forza) con potere legislativo ed esecutivo, ebbene tale ruolo, come si è avuto di sottolineare altrove (121), si è ulteriormente accresciuto nel contesto digitale. E questo per almeno due ragioni. La prima è dovuta all'inerzia del legislatore che è diventata cronica con riferimento ad un ambito, come quello relativo alla regolazione del *cyberspace*, ad altissimo rischio di obsolescenza, in un circolo vizioso in cui potere legislativo ed esecutivo, pur di non rimanere perennemente indietro rispetto alle accelerazioni tecnologiche, preferiscono restare inerti, anche per potere delegare ai giudici la responsabilità di scelte, spesso tragiche (122), relative a quelle operazioni di bilanciamento connesse ad una tecnologia che, lungi dall'essere neutrale, sottintende una forte matrice assiologico-sostanziale.

La seconda ragione risiede, come si è avuto

modo di sottolineare *supra* commentando le prime pronunce giurisdizionali di Corti statunitensi di reazione alla prospettiva anarcoide di un *cyberspace* immune dall'influenza dei poteri pubblici, in quell'esercizio di radicamento della giurisdizione, tipico del diritto di internet, che amplifica ulteriormente il ruolo delle Corti nell'ecosistema digitale.

È evidente, alla luce di queste considerazioni, e tornando allo scenario europeo, che bisogna fare in modo, se non di riequilibrare, quanto meno di attenuare lo squilibrio prima menzionato in termini di separazione tra poteri, facendo sì che i meccanismi decisionali passassero anche e specialmente attraverso il circuito democratico-rappresentativo del processo legislativo, nonostante, in Europa, esso sia condiviso con la volontà degli esecutivi degli Stati membri.

L'asimmetria appena riscontrata non è l'unico inconveniente della modalità espressiva di sovranità digitale a trazione giurisprudenziale. A ciò deve aggiungersi un processo di frammentazione anche a livello nazionale delle regole giurisprudenziali pensate per il singolo caso, con un nocumento significativo per il principio di certezza del diritto. Più precisamente, i giudici, sia europei che nazionali, nell'inerzia del legislatore che, tra le altre cose, non interveniva sui modelli di esenzione (*melius*: limitazione) di responsabilità previsti dalla richiamata direttiva n. 2000/31/CE, si sono esercitati nel coniare nuovi ruoli e definizioni per gli *Internet service provider*, da quello attivo a quello passivo (123), passando per quello « sofisticato » (124), creando una moltitudine di nuove figure, a legislazione invariata, a cui corrispondevano diversi livelli di responsabilità per gli assai "cresciuti" e "geneticamente" modificati soggetti privati *gatekeeper* dell'ecosistema digitale. Il tutto, ovviamente, in uno scenario caratterizzato da un significativo livello, come si accennava, di frammentazione giurisprudenziale e, conseguentemente, indebolimento del principio delle legittime aspettative.

Una terza controindicazione alla stagione di attivismo giurisprudenziale che si è descritta consiste in una conseguenza, sicuramente involontaria, ma assai rischiosa che emerge dalle decisioni che si sono commentate, e in particolare da

(120) A. SLAUGHTER, *Judicial Globalization*, in *Virginia Journal of International Law*, 40, 2000, 1103 ss.

(121) O. POLLICINO, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet. A Road Toward Digital Constitutionalism?*, Oxford, Hart, 2021.

(122) G. CALABRESI e P.C. BOBBITT, *Tragic Choices*, New York, Norton & Company, 1978.

(123) V., *ex multis*, C. giust. UE 23 marzo 2010, cause riunite C-236/08, C-237/08 e C-238/08, Google France; C. giust. UE 12 luglio 2011, causa C-324/09, L'Oréal e a.; C. giust. UE 3 ottobre 2019, causa C-18/18, Glawischnig-Piesczek. Per quanto concerne la giurisprudenza italiana v., in particolare, Cass. pen. 19 marzo 2019, n. 7708.

(124) Cfr. Trib. Roma, sez. IX, 27 aprile 2016, n. 8437.

« Google Spain ». A ben pensarci, uno degli effetti della codificazione giurisprudenziale del diritto all'oblio è stata, come si è avuto modo di anticipare in precedenza, quella di affidare, da parte della stessa Corte di giustizia, ad un motore di ricerca, operatore/potere privato, il compito di operare quel delicato bilanciamento tra diritto ad essere dimenticato da parte di un utente e diritto ad essere informati in capo alla maggioranza degli internauti. Un'operazione che dovrebbe essere di esclusiva attribuzione di un'autorità giurisdizionale o para-giurisdizionale e la cui delega ad un operatore privato quasi in bianco, senza, come si dirà successivamente, le adeguate garanzie procedurali, non può fare altro che amplificarne il potere.

Tali ragioni hanno portato ad una nuova stagione, definita di costituzionalismo digitale (125), in cui è stato il processo politico a riprendere in mano il pallino relativo alle modalità espressive della sovranità digitale di reazione al contenimento del nuovo potere privato. Al di là delle etichette e delle possibili confusioni concettuali che sono state attribuite, non sempre a ragione, con riferimento all'asserita assonanza, in realtà non fondata, tra le teorie del *global constitutionalism* (126) e le diverse elaborazioni del cosiddetto costituzionalismo digitale, una cosa è certa: si tratta di una nuova stagione che si caratterizza per una riappropriazione, da parte del legislatore europeo, del ruolo di *law maker* questa volta ben consapevole, a differenza della prima fase degli anni 2000 caratterizzata da un liberismo digitale in cui a regnare incontrastata era sua maestà antitrust, della necessità, una volta avvenuta la più volte richiamata metamorfosi dei soggetti privati da attori economici in poteri in senso stretto, di una "iniezione" di una visione costituzionalmente orientata in grado di limitare l'influenza di detti poteri e prevenirne gli abusi. Ed è evidente che, da questo punto di vista, un intervento *ex post*, come quello che caratterizza la disciplina della concorrenza, non può essere sufficiente ed è necessario, invece, ricorrere allo strumentario del diritto costituzionale che deve essere rimodulato, ma non stravolto, al cospetto del nuovo ambiente tecnologico.

(125) G. DE GREGORIO, *The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 19, 2021, n. 1, 41 ss.; Id., *Digital Constitutionalism in Europe*, cit.; O. POLLICINO, *Data Protection and Freedom of Expression Beyond EU Borders: EU Judicial Perspectives*, in *Data Protection Beyond Borders* a cura di F. FABBRINI, E. CELESTE e J. QUINN, London, Bloomsbury, 2021.

(126) M. BETZU, *I poteri privati nella società digitali: oligopoli e antitrust*, in *Dir. pubbl.*, 2021, n. 3, 745.

La prima dose, piuttosto concentrata, dell'iniezione prima menzionata è rappresentata dalla tanto attesa entrata in vigore, nel 2016, del *GDPR* che, codificando peraltro molte delle posizioni prima richiamate della giurisprudenza di Lussemburgo, eleva il diritto alla protezione da una connotazione economicamente orientata che caratterizzava la direttiva n. 95/46/CE ad una posizione interna a quella cornice costituzionale che, nel frattempo, era stata posta in essere dalla codificazione, nella Carta dei diritti fondamentali, dello stesso diritto alla *privacy*, nella sua connotazione statica (art. 7) e dinamica (art. 8) (127).

Come si è avuto modo di sostenere altrove (128), il *GDPR* ha costituito un modello per varie giurisdizioni, dando luogo ad una colonizzazione giuridica o, come è stato definito, effetto di Bruxelles (129), di natura quasi globale, dalla California (130) alla Cina (131).

Nonostante i tentativi di trapianto e gli apparenti successi di tali operazioni (132), è evidente che il *GDPR* ha una forte vocazione assiologicamente sostanziale con una nervatura valoriale propria delle tradizioni costituzionali comuni europee, ad iniziare dal binomio *privacy*-dignità quale indiscussa bussola di orientamento. In questo senso, al di là della prospettiva relativa legata alla migrazione verso Paesi indell'*humus* costituzionale europeo, il *GDPR* ha in realtà contribuito a rendere ancora più inespugnabile dall'esterno la forza europea a difesa del paradigma valoriale prima richiamato, messo a rischio dall'amplificazione del potere digitale privato.

Un tale esercizio di fortificazione è comune a tutta una serie di normative adottate in anni recenti: dalla disciplina di riforma del *copyright* (133) a quella dei servizi media audiovisivi

(127) V. G. MARTINICO, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* a cura di R. MASTROIANNI e altri, Milano, Giuffrè, 2017, *sub art. 7* (Rispetto della vita privata e della vita familiare), 116 ss.; O. POLLICINO e M. BASSINI, *ivi, sub art. 8* (Protezione dei dati di carattere personale), 134 ss.

(128) O. POLLICINO e K. KOWALIK-BAŃCZYK, *Migration of European Judicial Ideas Concerning Jurisdiction Over Google on Withdrawal of Information*, in *German Law Journal*, 17, 2016, n. 3, 315-337.

(129) A. BRADFORD, *The Brussels Effect*, New York, Oxford University Press, 2020.

(130) V. *California Consumer Privacy Act 2018 (CCPA)*.

(131) V. *Personal Information Protection Law 2021 (PIPL)*.

(132) V. la legge generale del Brasile sulla protezione dei dati, *Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)*, del 2018.

(133) Direttiva Ue del Parlamento europeo e del Consiglio 17 aprile 2019, n. 2019/790, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive n. 96/9/CE e n. 2001/29/CE.

sivi (134), fino alla legislazione europea in materia di prevenzione terroristica (135).

Si tratta di quella che potrebbe essere considerata una prima fase di quella stagione che si è prima definita di costituzionalismo digitale e che di fatto si è aperta quale risposta del circuito politico-rappresentativo europeo allo strapotere giurisdizionale della stagione precedente, i cui percorsi ed inconvenienti si sono descritti.

Tale prima fase è accomunata, come si diceva, da una forte impostazione assiologico-sostanziale che ha però, a sua volta, due inconvenienti di fondo, pur nella sua profonda coerenza con le radici costituzionali europee. Il primo inconveniente consiste, a causa della moltitudine di discipline settoriali, nel rischio di innescare, così come abbiamo visto per la fase dell'attivismo giudiziale, un processo di frammentazione interna, in cui si applicano determinate regole, anche relative a differenti modelli di responsabilità per le grandi piattaforme digitali, a seconda della specifica disciplina rilevante, con un margine, peraltro, non indifferente di manovra per gli Stati membri, visto l'assai significativo numero di clausole aperte contenute nei regolamenti rilevanti, spesso delle vere e proprie direttive mascherate (136).

Il che ovviamente, se consolida la "fortezza europea" nei confronti di possibili "attacchi esterni", rischia di causarne una implosione o comunque un indebolimento interno a causa della eccessiva settorializzazione della disciplina rilevante, con evidenti ripercussioni, ancora una volta, sul principio di certezza del diritto, nonché una tendenziale inefficacia, visto l'assetto a geometria variabile, della strategia di contenimento del potere digitale privato.

Il secondo inconveniente è causato dal rischio che, puntando esclusivamente su una cornice valoriale di natura regionale — con tratti caratterizzanti, come si è visto, assai peculiari — per disciplinare uno strumento, o meglio un ecosistema, come quello digitale, per definizione transnazionale, vi sia un effetto di isolamento radicale della

fortezza europea cui mancherebbero i ponti levatoi di collegamento con gli altri poli regionali rilevanti.

Il che ovviamente rischia di tramutarsi nel rischio di un mancato *enforcement* delle regole europee e, più in generale, della amplificazione delle distanze con l'altra sponda dell'Oceano, che mette a rischio la solidità di quel ponte transatlantico il cui esercizio di manutenzione è invece, come si è detto, cruciale per un effettivo contenimento, da parte del costituzionalismo moderno, dell'ormai consolidato potere digitale di natura privata.

10. (Segue): *due data process e la dimensione procedurale (la seconda fase del costituzionalismo digitale). Un'analisi del Digital Services Act e del Digital Markets Act.* — Gli inconvenienti illustrati nel paragrafo precedente hanno portato ad una seconda fase, quella attuale e del futuro prossimo del costituzionalismo digitale in Europa, che ha una trazione non (soltanto) assiologico-sostanziale ma, anche, se si può definire così, procedurale o procedimentale ed un campo di applicazione "orizzontale", non incentrato su singoli settori, proprio per evitare quel processo di frammentazione prima menzionato.

Si tratta, in altre parole, di una nuova declinazione del costituzionalismo digitale che tenta di risolvere le problematiche in termini di opacità che emergono frequentemente nei meccanismi algoritmici propri dei nuovi poteri, attraverso garanzie procedurali che offrano rimedio all'assenza di garanzie sostanziali comparabili a quelle proprie dei rapporti con attori pubblici. Attenzione: tale declinazione, pur concentrando l'attenzione in misura molto maggiore, rispetto alla declinazione precedente di natura esclusivamente assiologico-sostanziale, sulla dimensione procedurale non va confusa con una radicalizzazione di tale orientamento che rischierebbe di trasformare lo Stato in quella che Forsthoff avrebbe chiamato «una macroamministrazione priva di capacità politica» (137). Non si è così ingenui da non considerare che qualsiasi tentativo di proceduralizzazione disconnesso da una base valoriale di riferimento sia destinato a risolversi in uno sterile esercizio di "feticismo procedurale".

Un esempio può forse aiutare a fare emergere il valore aggiunto, almeno potenziale, che i meccanismi di garanzia procedimentale possono attri-

(134) Direttiva UE del Parlamento europeo e del Consiglio 14 novembre 2018, n. 2018/1808, recante modifica della direttiva n. 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi, in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato.

(135) Reg. UE del Parlamento europeo e del Consiglio 29 aprile 2021, n. 2021/784, relativo al contrasto della diffusione di contenuti terroristici *online*.

(136) V., *ex multis*, G. DE GREGORIO, *Democratising online content moderation: A constitutional framework*, in *Computer Law & Security Review*, 36, 2020.

(137) BETZU, *I poteri privati*, cit., 747.

buire al livello di protezione dei diritti fondamentali in gioco.

Si pensi al diritto all'oblio, nuovo diritto, o meglio riedizione digitale di un diritto sempre esistito, di creazione giurisprudenziale. La sua elaborazione da parte della Corte di giustizia ha sicuramente aggiunto un nuovo tassello alla costellazione dei diritti di cui può usufruire l'utente nei confronti delle grandi piattaforme. Il che, però, non è detto che effettivamente innalzi il livello di protezione dei diritti in gioco, e non solo perché l'inflazione di diritti sostanziali, ormai fin troppo alla moda, guardando al numero delle dichiarazioni dei diritti su Internet (138), rischia di amplificare la possibilità di collisioni costituzionali e quindi di conflitti. Ma anche perché, ed è questo il punto più rilevante in questa sede, la Corte di giustizia affida ad un operatore privato, il motore di ricerca, il compito di operare il bilanciamento tra diritto ad essere dimenticati da una parte e diritto ad essere informato dall'altro, senza adottare alcuna linea guida di carattere procedurale per strutturare il rapporto tra motore di ricerca e utente nelle modalità concrete di esercizio di tale diritto. Senza salvaguardie di carattere procedurale di nessun tipo, è stato lo stesso soggetto privato a decidere quali dovessero essere tali modalità, ovviamente indebolendo, in questo modo, anche sostanzialmente la posizione del singolo.

Così come le obbligazioni di carattere procedimentale che non abbiano un *humus* valoriale alle spalle si tramutano in un vuoto esercizio di nomenclatura, anche la previsione di nuovi diritti sostanziali senza le opportune salvaguardie procedurali rischia di produrre diritti che esistono solo sulla carta.

L'enfasi sulla prima evocata dimensione procedurale, che può essere definita un'applicazione europea, a geometria orizzontale e quindi tra privati, del *due (data) process* (139), ha il grande vantaggio di poter, potenzialmente, consolidare quel ponte transatlantico cui prima si faceva riferimento. Questo in quanto si tratta di una dimensione (e di un principio, quello del *due process* applicato alla dimensione digitale) assolu-

tamente non estranea al costituzionalismo statunitense (140). La particolare attenzione alla valorizzazione del principio di trasparenza apre peraltro ad un altro beneficio spesso non visibile: quello di rendere permeabile a dinamiche di controllo l'operato dei "poteri privati" anche quando siano esecutori di strategie o misure introdotte dai poteri pubblici, che potrebbero minacciarvi importanti sanzioni sul piano economico qualora non ottemperassero.

Alla luce delle indicazioni che precedono, la Commissione europea è intervenuta recentemente per poter concretizzare a livello normativo gli orientamenti di metodo prima menzionati. Il riferimento in particolare è al *Digital Services Package* (141): un *corpus* normativo che con l'adozione di due nuovi regolamenti si indirizza verso i due maggiori problemi connessi all'esercizio, alla detenzione e alla concentrazione del potere digitale da parte di questi intermediari. Il *DMA* e il *DSA*, già menzionati in precedenza, sono stati presentati dalla Commissione nel dicembre 2020 e i testi finali sono stati infine pubblicati in Gazzetta Ufficiale rispettivamente quali reg. UE n. 2022/1925 e reg. UE n. 2022/2065. Grazie a questi due atti normativi, l'Unione europea mira a ridisegnare la cornice normativa e, dunque, gli obblighi e le responsabilità in capo alle piattaforme digitali *online*, tentando di contrastare, come si accennava, in una prospettiva più procedurale che assiologico-sostanziale, il consolidamento del potere digitale privato.

I due regolamenti sono complementari e ivi rilevano in quanto si appuntano sulle due maggiori problematiche che riguardano il mercato digitale (142), ovvero sia la concentrazione delle risorse, dei dati e delle informazioni, cui consegue la concentrazione del potere di mercato (143).

Da un lato, il *DMA* ha l'obiettivo di intervenire sui malfunzionamenti del mercato di riferimento, tentando di circoscrivere il potere delle grandi piattaforme digitali che, nel contesto della norma, vengono designate con il nome di *gate-*

(140) Cfr. *ex multis*, M. REDISH e L. MARSHALL, *Adjudicatory Independence and the Values of Procedural Due Process*, in *Yale Law Journal*, 95, 1986, n. 3, 455 ss.

(141) European Commission, *The Digital Services Act package*, 2020.

(142) *Ex multis*, J. LAUX, S. WACHTER e B. MITTELSTADT, *Taming the few: Platform regulation, independent audits, and the risks of capture created by the DMA and DSA*, in *Computer Law & Security Review*, 43, 2021.

(143) M. COLANGELO e M. MAGGIOLINO, *Manipulation of Information as Antitrust Infringement*, in *Columbia Journal of European Law*, 26, 2018, n. 2, 63 ss.

(138) Cfr. D. REDEKER, L. GILL e U. GASSER, *Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights*, in *International Communication Gazette*, 80, 2018, n. 4, 302 ss.

(139) K. CRAWFORD e J. SCHULTZ, *Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms*, in *Boston College Law Review*, 55, 2014, n. 1, 93 ss.; D.K. CITRON e F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Washington Law Review*, 89, 2014, 1 ss.

keeper (144); dall'altro, l'Unione europea si propone di intervenire sui danni sociali derivanti dalla diffusione di contenuti, talora illegali, sulle piattaforme. In particolare, il DSA si occupa di questioni quali la responsabilità degli intermediari *online* circa i contenuti caricati da terzi, la sicurezza degli utenti *online* o gli obblighi asimmetrici di *due diligence* per i diversi fornitori di servizi della società dell'informazione, andando a emendare quanto originariamente previsto in tema di commercio elettronico dalla direttiva n. 2000/31/CE (145).

Il minimo comun denominatore di entrambi i regolamenti è da rinvenirsi nell'attenzione alla dimensione quantitativa delle piattaforme, con una particolare attenzione a quelle particolarmente grandi (*very large online platforms* e *very large search engines*).

Questa scelta è naturalmente dettata dalla consapevolezza che spesso, nel contesto digitale, è proprio la dimensione quantitativa ad avere delle implicazioni qualitative in termini di accresciuta capacità da parte delle piattaforme, grazie anche all'ingentissima mole di dati raccolti, di mettere a punto un chirurgico meccanismo di profilazione ma anche di anticipazione delle preferenze (146).

(144) L'art. 3 DMA fornisce una definizione di *gatekeeper*: « a. Un fornitore di servizi di piattaforma di base è designato come gatekeeper se: a) ha un impatto significativo sul mercato interno; b) gestisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; c) detiene una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro. 2. Si presume che un fornitore di servizi di piattaforma di base soddisfi: a) il requisito di cui al paragrafo 1, lettera a), se l'impresa cui appartiene raggiunge un fatturato annuo nel SEE pari o superiore a 6,5 miliardi di EUR negli ultimi tre esercizi finanziari, o se la capitalizzazione di mercato media o il valore equo di mercato equivalente dell'impresa cui appartiene era quanto meno pari a 65 miliardi di EUR nell'ultimo esercizio finanziario, e se esso fornisce un servizio di piattaforma di base in almeno tre Stati membri; b) il requisito di cui al paragrafo 1, lettera b), se fornisce un servizio di piattaforma di base che annovera nell'ultimo esercizio finanziario più di 45 milioni di utenti finali attivi mensilmente, stabiliti o situati nell'Unione, e oltre 10 000 utenti commerciali attivi annualmente stabiliti nell'Unione; ai fini del primo comma, con utenti finali attivi mensilmente si fa riferimento al numero medio di utenti finali attivi mensilmente nel corso della maggior parte dell'ultimo esercizio finanziario; c) il requisito di cui al paragrafo 1, lettera c), se le soglie di cui alla lettera b) sono state raggiunte in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari ».

(145) Si vedano i « considerando » n. 4 ss. del regolamento, nonché gli art. 4, 5 e 6 per gli specifici obblighi in capo alle piattaforme che emendano le previsioni della direttiva n. 2000/31/CE.

(146) V. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, cit.

Nei mercati digitali l'emergere di piattaforme dominanti non è infatti dovuto solamente al comportamento delle imprese, ma anche alla struttura dei mercati stessi. Difatti, vi sono delle precise caratteristiche del mercato che emergono anche quando le imprese non adottano consapevolmente comportamenti abusivi, quali le economie di scala o di scopo, gli effetti di rete, i costi di commutazione, i costi di cambiamento, l'asimmetria informativa. Pertanto, si è reso necessario individuare dei precisi obblighi per le piattaforme digitali particolarmente influenti, nell'ottica di diminuire il loro potere di mercato, e ribilanciare gli obblighi stabiliti dalla concorrenza. Attraverso il DMA si mira a garantire un mercato unico competitivo per i servizi digitali e, in particolare, dei mercati equi e contendibili (147).

Anche il DSA, come si diceva, ha come principale oggetto le *very large online platforms* (148), ossia piattaforme digitali che, per il quantitativo di utenti e di dati cui hanno accesso, sono considerate particolarmente influenti e dotate di potere nel mercato digitale. Adottando un approccio basato sul rischio (149), la norma identifica nei destinatari della regolamentazione, in questo caso i fornitori di servizi di intermediazione (digitale), coloro che sono soggetti a doveri e obblighi proporzionati e calibrati sui rischi concreti potenzialmente derivanti dalla fornitura dei loro servizi (150).

Pertanto, se da un lato il DMA ha come principale obiettivo di contrastare, sul versante economico, il potere digitale delle piattaforme, il DSA prova a contenere lo stesso potere su un altro versante. Quello già richiamato relativo a tutta una serie di obblighi di trasparenza nell'ottica di bilanciare l'asimmetria informativa degli utenti rispetto a quella dei *provider* (151).

(147) Si vedano i « considerando » n. 28, n. 31 e n. 32 del regolamento.

(148) Dette piattaforme sono individuate dall'art. 25 § 4 come quelle piattaforme che hanno attivi in media 45 milioni di *account*.

(149) Un metodo non del tutto nuovo alle istituzioni europee, come viene spiegato da G. DE GREGORIO e P. DUNN, *The European Risk-Based Approaches: Connecting Constitutional Dots in the Digital Age*, in *Common Market Law Review*, 59, 2022, n. 2, 473 ss., spec. 483 ss.

(150) Come specifica il « considerando » n. 54 del DSA, « *very large online platforms and very large online search engines may cause societal risks, different in scope and impact from those caused by smaller platforms. Providers of such very large online platforms and very large online search engines should therefore bear the highest standard of due diligence obligations, proportionate to their societal impact* ».

(151) Per un approfondito confronto dei due testi, si rimanda a M. EIFERT, A. METZGER, H. SCHWEITZER e G.

Come ampia letteratura ha avuto modo di dimostrare (152), le piattaforme hanno radicalmente modificato le modalità attraverso cui l'informazione viene fruita ma anche fatta circolare attraverso gli utenti, che, a loro volta, contribuiscono alla diffusione di notizie false o discorsi d'odio *online*. In tal senso, dunque, pare scelta opportuna fornire gli utenti degli strumenti, sia nei termini di conoscenza, sia in quelli di procedure, che possano ribilanciare le asimmetrie unilaterali di potere delle piattaforme, che, assieme a obblighi funzionali ad una maggiore responsabilizzazione e specialmente *accountability* per le piattaforme, vera parola d'ordine del nuovo complesso normativo evidentemente presa in prestito dalla disciplina contenuta nel *GDPR*, hanno lo scopo di rafforzare la posizione degli utenti, ma anche, in un certo senso, la discrezionalità delle grandi piattaforme.

Impossibile predire gli effetti che queste norme avranno in concreto e se saranno in grado di ribilanciare l'esercizio e controllo del potere digitale. Quel che è possibile puntualizzare sin d'ora è che il cantiere legislativo i cui contenuti sono stati brevemente descritti avranno il compito di ridefinire il raggio di azione, quanto ad obblighi e responsabilità delle piattaforme non solo nel mercato interno, ma anche a livello globale. L'idea è quella di una "riedizione" dell'effetto di Bruxelles di cui si è detto a proposito dell'esportazione del *GDPR*, ma questa volta fondato più su un *humus* procedurale che assiologico-sostanziale, e quindi meno suscettibile di crisi di rigetto per quanto si è detto in precedenza.

11. Riflessioni conclusive. — Quali sono le sembianze e gli elementi costitutivi del (nuovo) potere digitale privato? Perché l'emersione ed il consolidamento di questo potere è così rilevante per il diritto costituzionale e non è (più) soltanto una questione da affrontare con gli strumenti del diritto antitrust? Quando e per quali ragioni è avvenuta la metamorfosi delle più grandi società digitali a livello globale da meri attori economici a veri e propri poteri privati spesso in competizione con quelli pubblici? Quale l'arsenale di cui il costituzionalismo, in prospettiva transatlantica, può servirsi per contrastare l'amplificazione esponenziale di tali poteri, prendendo in considerazione la costellazione rilevante dei diritti in gioco, dalla libertà di espressione alla protezione dei dati

personali, passando per la tutela della libertà di iniziativa economica? Quale il collegamento tra l'arsenale prima evocato e l'*humus* valoriale a fondamento delle tradizioni costituzionali comuni europee da una parte e del costituzionalismo americano dall'altra? Come la dimensione reattiva del diritto costituzionale rispetto a questa nuova sfida di contenimento di un potere privato, assai unico in forza di parametri di ordine qualitativo e quantitativo, incide sulle geometrie che caratterizzano il rapporto tra autorità e libertà e sulla separazione dei poteri, in particolare con riferimento al rapporto tra i poteri giurisdizionale e legislativo? Come configurare i nuovi spazi digitali di cui sono proprietari soggetti privati ma che sempre di più assomigliano a *public forum* in cui si alimenta, anche in modo distortivo e polarizzato, il discorso pubblico? Quale valore, descrittivo o prescrittivo, attribuire ai tentativi della giurisprudenza di equiparare tali spazi virtuali alle classiche agorà del mondo degli atomi? Infine, più in generale, come la migrazione di idee e di metafore costituzionali da una parte all'altra dell'Oceano può incidere sulle opzioni di politica del diritto che vengono ritenute dai poteri pubblici più adeguate a fronteggiare, in determinati campi, i poteri digitali privati? E a cosa sono dovute le crisi di rigetto di formanti (e metafore) che mal si attagliano ai contesti valoriali in cui sono a volte forzatamente incanalati?

Queste sono le domande di ricerca cui si è provato a rispondere nelle pagine che precedono.

Probabilmente le risposte non sono state né esaurienti (né avrebbero mai potuto esserlo), né convincenti. In ogni caso il tentativo è stato quello di affrontare un tema per molti versi nuovo facendo leva, tentandone ovviamente una rimodulazione visto il contesto tecnologico, per l'appunto relativamente nuovo, in cui vanno applicate, sulle "classiche" categorie del diritto costituzionale quali, tra le altre, potere, sovranità e territorio, tutela dei diritti fondamentali, separazione tra poteri che, lungi dall'evaporare o perdere rilevanza nel contesto digitale, lo si è visto nell'analisi che precede, giocano ancora un ruolo essenziale. Semplicemente sono cambiate le modalità espressive di molte di tali categorie, ed è per questo che l'impatto della tecnologia digitale sul diritto pubblico necessita sicuramente di un ripensamento ed anche, come si è provato a fare attraverso la nozione di costituzionalismo digitale, di una parziale riconfigurazione dello strumentario del diritto costituzionale, ma mai di un suo stravolgimento e men che meno di un suo accantonamento.

WAGNER, *Taming the Giants: The DMA/DSA package*, in *Common Market Law Review*, 58, 2021, n. 4, 987 ss.

(152) *Ex multis*, BALKIN, *Free Speech is a Triangle*, cit.

Da questo punto di vista rimane sempre attuale il dilemma al quale, equiparando il *cyberspace* ad un “diritto dei cavalli”, provocatoriamente faceva riferimento il giudice Frank Easterbrook in uno dei primissimi Convegni in assoluto (Chicago, 1996) dedicato ad Internet e alle sue regole (153). Vale a dire: quale deve essere la reazione degli ordinamenti giuridici rispetto all’emergere di tecnologia? Traslazione e traduzione (non sempre come si è visto *sic et simpliciter*) delle categorie tradizionali al nuovo contesto tecnologico oppure nuove regole (anche costituzionali) per nuovi scenari tecnologici?

Dall’analisi che precede è emerso che è fondamentale resistere alla tentazione, per fronteggiare il consolidarsi del potere digitale privato, di affidarsi ad una ipertrofia normativa, anche a livello costituzionale (154), che non può che essere destinata, nei casi peggiori, ad una obsolescenza immediata e, in quelli migliori, alla pietrificazione di un processo tecnologico che fa del dinamismo e dalla attitudine al cambiamento le sue doti più significative.

D’altra parte, si è anche visto che una inerzia assoluta da parte del potere legislativo è foriera di gravi implicazioni sotto il profilo della separazione dei poteri e di un’ulteriore amplificazione di un attivismo giudiziario che non può che nuocere, oltre alla legittimazione del processo politico, al principio di certezza del diritto, dando luogo a scenari di frammentazione di difficile controllo.

La via da seguire sembra quella di una riscoperta dello spirito più autentico del costituzionalismo, quello della limitazione del potere, attraverso percorsi di azione, anche innovativi, che siano in grado di muoversi da una dimensione verticale del rapporto autorità-libertà ad una orizzontale. Il tutto tenendo conto del contesto valoriale che non può non fare da bussola, come si è visto per la strategia europea contro la disinformazione, a qualsiasi opzione di politica del diritto. Allo stesso tempo, però, bisogna scongiurare il rischio che un’applicazione radicale della dimensione assiologica di riferimento al contesto tecnologico trasformi i poli continentali in competizione (innanzitutto Europa, USA e Cina) in forze inespugnabili senza quei ponti di interconnessione

necessari per un efficace contenimento di un potere digitale che, ovviamente, come la tecnologia che gli fa da serbatoio, ha natura globale. Da questo punto di vista, una combinazione tra la dimensione assiologica-sostanziale e quella procedurale, di *data due process*, sembra il percorso più indicato per un costituzionalismo digitale che deve essere in grado di parlare un linguaggio globale senza tradire, nel nostro caso, lo spirito delle tradizioni costituzionali comuni europee.

Oreste Pollicino

FONTE. — *Communications Decency Act 1996; Child Pornography Prevention Act 1996; Child Online Protection Act 1998; Digital Millennium Copyright Act 1998; California Consumer Privacy Act 2018*; direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 24 ottobre 1995, n. 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati; direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 8 giugno 2000, n. 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (direttiva sul commercio elettronico); direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 15 marzo 2006, n. 2006/24/CE, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell’ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva n. 2002/58/CE; reg. UE del Parlamento europeo e del Consiglio 27 aprile 2016, n. 2016/679, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali; direttiva UE del Parlamento europeo e del Consiglio 14 novembre 2018, n. 2018/1808, recante modifica della direttiva n. 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi, in considerazione dell’evoluzione delle realtà del mercato; direttiva UE del Parlamento europeo e del Consiglio 17 aprile 2019, n. 2019/790, sul diritto d’autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive n. 96/9/CE e 2001/29/CE; reg. UE del Parlamento europeo e del Consiglio 29 aprile 2021, n. 2021/784, relativo al contrasto della diffusione di contenuti terroristici *online*; reg. UE del Parlamento europeo e del Consiglio 30 maggio 2022, n. 2022/868, relativo alla *governance* europea dei dati e che modifica il reg. UE n. 2018/1724 (regolamento sulla *governance* dei dati); reg. UE del Parlamento europeo e del Consiglio 14 settembre 2022, n. 2022/1925, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive UE n. 2019/1937 e n. 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali); reg. UE del Parlamento europeo e del Consiglio 19 ottobre 2022, n. 2022/2065, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva n. 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

LETTERATURA. — AA.VV., *Il diritto all’oblio su Internet dopo la sentenza Google* a cura di G. RESTA e V. ZENOVICH, Roma, RomaTrE-Press, 2015; AA.VV., *Secondary Liability of Internet Service Providers* a cura di G. DINWIDDIE, Cham, Springer, 2017; AA.VV., *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Efficacia ed effettività* a cura di V. PICCONE e O. POLLICINO, Napoli, Editoriale scientifica, 2018; AA.VV., *Biopolitica, pandemia e democrazia* a cura di L. VIOLANTE e A. PAJNO, 3 voll., Bologna, Il Mulino,

(153) F. EASTERBROOK, *Cyberspace and the Law of the Horse*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1996, 207 ss.

(154) Si pensi, come si accennava in precedenza, all’ingentissimo numero di “dichiarazioni di diritti” pensate appositamente per il contesto digitale o alle proposte, anche italiane, di “aggiornare” pure i principi fondamentali, a cominciare ovviamente dall’art. 21 cost., codificando espressamente la tecnologia digitale.

- 2021; AA.VV., *Constitutionalising Social Media* a cura di E. CELESTE, A. HELDT e C. IGLESIAS KELLER, London, Bloomsbury, 2022; F. ABRAMS, *The Soul of the First Amendment. Why Freedom of Speech Matters*, New Haven, Yale University Press, 2017; R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 2012; L. AMMANNATI, *I 'signori' nell'era dell'algoritmo*, in *Dir. pubbl.*, 2021, n. 2, 371 ss.; E. APA e O. POLLICINO, *Modeling the Liability of Internet Service Providers: Google vs. Vivi Down: A Constitutional Perspective*, Milano, Egea, 2013; H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, trad. it., Torino, Einaudi, 2009; G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2011, n. 2, 5 ss.; J.M. BALKIN, *Free Speech and Hostile Environments*, in *Columbia Law Review*, 99, 1999, n. 8, 2295 ss.; ID., *Old-School/New-School Speech Regulation*, in *Harvard Law Review*, 127, 2014, n. 8, 2296 ss.; ID., *Cultural Democracy and the First Amendment*, in *Northwestern University Law Review*, 110, 2016, n. 5, 1053 ss.; ID., *Free Speech is a Triangle*, in *Columbia Law Review*, 118, 2018, n. 7, 2011 ss.; ID., *How to regulate (and not regulate) social media*, Knight Institute Occasional Paper, 2020, Series 1; N. BARBER, *The Principles of Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2018; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione*, Padova, Cedam, 1953; J.P. BARLOW, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, in EFF. *Electronic Frontier Foundation*, 8 febbraio 1996; M. BASSINI, *La rilettura giurisprudenziale della disciplina sulla responsabilità degli Internet service provider. Verso un modello di responsabilità 'complessa'?*, in *Federalismi.it*, 2015, n. 3; ID., *Fundamental rights and private enforcement in the digital age*, in *European Law Journal*, 25, 2019, n. 2, 182 ss.; ID., *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Roma, Aracne, 2019; ID., *Mambo Italiano: the perilous Italian way to ISP liability*, in *Fundamental rights protection online: the future regulation of intermediaries* a cura di B. PETKOVA e T. OJANEN, Cheltenham-Northampton (Massachusetts), Edward Elgar, 2019, 84 ss.; ID., *Populism in the age of the internet. The Five Star movement model as an Italian case study*, in *Italian populism and constitutional law. Strategies, conflicts and dilemmas* a cura di G. DELLEDONNE, G. MARTINICO e F. PACINI, London, Palgrave Macmillan, 2020, 199 ss.; ID., *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in *Rivista di diritto dei media*, 2021, n. 2, 67 ss.; M. BETZU, *I poteri privati nella società digitali: oligopoli e antitrust*, in *Dir. pubbl.*, 2021, n. 3, 745; C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, Jovene, 1977; G. BOGNETTI, *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana. Contributo allo studio dei processi dell'interpretazione giuridica*, Milano, Istituto editoriale cisalpino, 1958; M. BRENNER e altri, *Constitutional Dimensions of Predictive Algorithms in Criminal Justice*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 55, 2020, n. 1, 267 ss.; A. BURATTI, *La frontiera americana. Una interpretazione costituzionale*, Roma, Ombre corte, 2016; ID., *Framing the Facebook Oversight Board: Rough Justice in the Wild Web?*, in *Rivista di diritto dei media*, 2022, n. 2; L. BRANDIMARTE, L. PECCHI e G. PIGA, *Le imprese Big Tech: schiave delle leggi per poter essere liberi?*, in *Dir. pubbl.*, 2021, n. 3, 811 ss.; G. CALABRESI e P.C. BOBBITT, *Tragic Choices*, New York, Norton & Company, 1978; L. CASINI, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna, Il Mulino, 2018; C. CASONATO e B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal/Rivista di BioDiritto*, 2021, n. 3, 1 ss.; S. CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, Il Mulino, 2016; M. CASTELLS, *Communication Power*, Oxford, Oxford University Press, 2009; G. CATALANO SCROSSO, *Il principio della parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici nel diritto comunitario*, in *Riv. dir. eur.*, 1979, 245 ss.; D.K. CITRON e F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Washington Law Review*, 89, 2014, 1 ss.; J. COHEN, *Between Truth and Power. The Legal Constructions of Informational Capitalism*, Oxford, Oxford University Press, 2019; M. COLANGELO e M. MAGGIOLINO, *Manipulation of Information as Antitrust Infringement*, in *Columbia Journal of European Law*, 26, 2018, n. 2, 63 ss.; F. COSTAMAGNA, *Diritti fondamentali e rapporti tra privati nell'ordinamento dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2022; P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso a Internet. Una prospettiva costituzionalistica*, in *Consulta Online*, www.giurcost.org, 2012, 1 ss.; K. CRAWFORD e J. SCHULTZ, *Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms*, in *Boston College Law Review*, 55, 2014, n. 1, 93 ss.; G. DE GREGORIO, *Democratising online content moderation: A constitutional framework*, in *Computer Law & Security Review*, 36, 2020; ID., *The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 19, 2021, n. 1, 41 ss.; ID., *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022; G. DE GREGORIO e P. DUNN, *The European Risk-Based Approaches: Connecting Constitutional Dots in the Digital Age*, in *Common Market Law Review*, 59, 2022, 59, n. 2, 473 ss.; G. DE GREGORIO e R. RADU, *Trump's Executive Order: Another Tile in the Mosaic of Governing Online Speech*, in *medialaws.eu*, 6 giugno 2020; G. DE MINICO, *Internet, regole e anarchia*, Napoli, Jovene, 2012; ID., *Uguaglianza e accesso a Internet*, in *Forum Quad. cost.*, 6 marzo 2013, 1 ss.; G. DELLA MORTE, *Big data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018; P. DUNN, *Moderazione automatizzata e discriminazione algoritmica: il caso dell' hate speech*, in *La Internet governance e le sfide della trasformazione digitale* a cura di L. ABBA, A. LAZZARONI e M. PIETRANGELO, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, 175 ss.; F. EASTERBROOK, *Cyberspace and the Law of the Horse*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1996, 207 ss.; L. EDWARDS, *The New Legal Framework for e-Commerce in Europe*, London, Bloomsbury, 2005; M. EIFERT, A. METZGER, H. SCHWEITZER e G. WAGNER, *Taming the Giants: The DMA/DSA package*, in *Common Market Law Review*, 58, 2021, n. 4, 987 ss.; F. FABBRI ed E. CELESTE, *The Right to Be Forgotten in the Digital Age: The Challenges of Data Protection Beyond Borders*, in *German Law Journal*, 21, 2020, n. 1, 55 ss.; M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Bologna, Il Mulino, 2022; G. FINOCCHIARO, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, n. 4, 1085 ss.; E. FRANTZIOU, *Further Developments in the Right to be Forgotten: The European Court of Justice's Judgment in Case C-131/12, Google Spain, SL, Google Inc v. Agencia Espanola de Protección de Datos*, in *Human Rights Law Review*, 14, 2014, n. 4, 761 ss.; ID., *The Horizontal Effect of the Charter: Towards an Understanding of Horizontality as a Structural Constitutional Principle*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 22, 2020, 208 ss.; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Riv. AIC*, 2011, n. 1, 1 ss.; S. GARDBAUM, *The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights*, in *Michigan Law Review*, 102, 2003, 388 ss.; J. GLOBOCNIK, *The Right to Be Forgotten is Taking Shape: CJEU Judgments in GC and Others (C-136/17) and Google v CNIL (C-507/17)*, in *GRUR International*, 69, 2020, n. 4, 380 ss.; E. GOLDMAN, *Why Section 230 Is Better Than the First Amendment*, in *Notre Dame Law Review Reflection*, 95, 2019, n. 1, 33 ss.; J.L. GOLDSMITH, *Against Cyberanarchy*, in *University of Chicago Law Review*, 65, 1998, n. 4, 1199 ss.; O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali*, in

- Rivista di diritto dei media*, 2021, n. 1, 173 ss.; Id., *Le piattaforme digitali come "poteri privati" e la censura online*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 4, 2022, n. 1, 175 ss.; J. HABERMAS, *The structural transformation of the public sphere, an Inquire into a category of Bourgeois Society*, Cambridge, MIT Press, 1991; J. HÖRNLE, *Internet Jurisdiction Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2020; W.R. HUHN, *The State Action Doctrine and The Principle of Democratic Choice*, in *Hofstra Law Review*, 34, 2006, n. 4, 1380 ss.; D.R. JOHNSON e D. POST, *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 48, 1996, n. 5, 1371 ss.; K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harvard Law Review*, 131, 2018, n. 6, 1598 ss.; Id., *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *Yale Law Journal*, 129, 2020, n. 8, 2418 ss.; U. KOHL, *Jurisdiction and the Internet*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; J. KOSSEFF, *The Twenty-Six Wards That Created the Internet*, Ithaca-London, Cornell University Press, 2017; G. LAKOFF, *Women, Fire, and Dangerous Things. What Categories Reveal about the Mind*, Chicago, The University Chicago Press, 1987; G. LAKOFF e M. JOHNSON, *Metaphors We Live By*, Chicago, The University of Chicago Press, 1980; J. LAUX, S. WACHTER e B. MITTELSTADT, *Taming the few: Platform regulation, independent audits, and the risks of capture created by the DMA and DSA*, in *Computer Law & Security Review*, 43, 2021; L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999; Id., *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, in *Harvard Law Review*, 113, 1999, n. 2, 501 ss.; Id., *The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World*, New York, Random House, 2001; G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1970; N. LUPO, *La rivoluzione digitale e i suoi effetti sull'attività parlamentare*, in *Lo Stato*, 2021, n. 17, 291 ss.; M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum Quad. cost.*, 2021, n. 1, 195 ss.; G. MARTINICO, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* a cura di R. MASTROIANNI e altri, Milano, Giuffrè, 2017, sub art. 7 (Rispetto della vita privata e della vita familiare), 116 ss.; J. MATHEWS, *Trump vs. Twitter*, in *Verfassungsblog*, 30 maggio 2020; M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quad. cost.*, 2019, n. 4, 811 ss.; Id., *La Corte Suprema statunitense e il potere delle piattaforme digitali: considerazioni sulla privatizzazione della censura a partire da una concurring opinion*, in *DPCE On Line*, 2021, n. 1, 2781 ss.; A. MORELLI e O. POLLICINO, *Le metafore della Rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in *Riv. AIC*, 2018, n. 1, 1 ss.; Id., *Metaphors, judicial frames, and fundamental rights in cyberspace*, in *Am. Journ. comp. Law*, 68, 2021, n. 3, 616 ss.; E. MOROZOV, *The Net Delusion. The Dark Side of Internet Freedom*, New York, PublicAffairs, 1997; N. NEGROPONTE, *Being Digital*, New York, Alfred A. Knopf, 1995; A. NICITA, *Il mercato delle verità. Come la disinformazione minaccia la democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2021; D.C. NUNZIATO, *From Town Square to Twittersphere: The Public Forum Doctrine Goes Digital*, in *Journal of Science and Technology Law*, 25, 2019, n. 1, 1 ss.; R. PARDOLESI, *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, in *Dir. pubbl.*, 2021, n. 3, 941 ss.; F. PASQUALE, *New Laws of Robotics. Defending Human Expertise in the Age of AI*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2020; P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in *Internet e Costituzione* a cura di M. NISTICÒ e P. PASSAGLIA, Torino, Giappichelli, 2014; B. PETKOVA, *Privacy as Europe's first Amendment*, in *European Law Journal*, 25, 2019, n. 2, 140 ss.; R. PETRUSO, *Le responsabilità degli intermediari della rete telematica*, Torino, Giappichelli, 2019; C. PINELLI, *Disinformazione, comunità virtuali e democrazia: un inquadramento costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2022, n. 1, 173 ss.; G. PITRUZZELLA e O. POLLICINO, *Disinformation and Hate Speech. A European Constitutional Perspective*, Milano, Bocconi University Press, 2020; F. PIZZETTI, *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, Giappichelli, 2012; M. POIARES MADURO e F. DE ABREU DUARTE, *Regulating Big Tech will take pluralism and institutions*, in *euronews.com*, 7 ottobre 2021; O. POLLICINO, *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in *Forum Quad. cost.*, 31 dicembre 2013; Id., *Google rischia di "vestire" un ruolo para-costituzionale*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 maggio 2014; Id., *Interpretation or manipulation? The Court of Justice sets a new right to digital privacy*, in *Federalismi.it*, 2014, n. 3; Id., *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo?*, in *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain* a cura di G. RESTA e V. ZENO-ZENCOVICH, Roma, RomaTrE-Press, 2015, 7 ss.; Id., *Fake News, Internet and Metaphors (to Be Handled Carefully)*, in *Italian Journal of Public Law*, 9, 2017, n. 1, 1 ss.; Id., *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività* a cura di PICCONE e POLLICINO, cit., 264 ss.; Id., *Data Protection and Freedom of Expression Beyond EU Borders: EU Judicial Perspectives*, in *Data Protection Beyond Borders* a cura di F. FABBRINI, E. CELESTE e J. QUINN, London, Bloomsbury, 2021; Id., *Digital Private Powers Exercising Public Functions: The Constitutional Paradox in the Digital Age and its Possible Solutions*, Strasburgo, Council of Europe, 2021; Id., *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet. A Road Toward Digital Constitutionalism?*, Oxford, Hart, 2021; O. POLLICINO e M. BASSINI, *Free speech, defamation and the limits to freedom of expression in the EU: a comparative analysis*, in *Research Handbook on EU Internet Law* a cura di A. SAVIN e J. TRZASKOWSKI, Cheltenham-Northampton (Massachusetts), Edward Elgar, 2014, 508 ss.; Id., *The Law of the Internet between Globalization and Localization*, in *Transnational Law. Rethinking Law and Legal Thinking* a cura di M. MADURO, K. TUORI e S. SANKARI, Cambridge, Cambridge University Press, 2014; Id., *Bridge is down, data truck can't get through ... A critical view of the Schrems judgment in the context of European constitutionalism*, in *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence* a cura di G. ZICCARDI CAPALDO, Oxford, Oxford University Press, 2016, 260 ss.; Id., in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* a cura di MASTROIANNI e altri, cit., sub art. 8 (Protezione dei dati di carattere personale), 134 ss.; O. POLLICINO, M. BASSINI e G. DE GREGORIO, *Trump's Indefinite Ban. Shifting the Facebook Oversight Board away from the First Amendment Doctrine*, in *Verfassungsblog*, 11 maggio 2021; Id., *Un « diritto al digitale »?*, in *Biopolitica, pandemia e democrazia* a cura di VIOLANTE e PAJNO, cit., II. *Etica, comunicazione e diritti*; O. POLLICINO e G. DE GREGORIO, *Constitutional Democracy, Platform Powers and Digital Populism*, in *Constitutional Studies*, 8, 2022; O. POLLICINO e K. KOWALIK-BAŃCZYK, *Migration of European Judicial Ideas Concerning Jurisdiction Over Google on Withdrawal of Information*, in *German Law Journal*, 17, 2016, n. 3, 315 ss.; R. POST, *Data Privacy and Dignitary Privacy: Google Spain, the Right To Be Forgotten, and the Construction of the Public Sphere*, in *Duke Law Journal*, 67, 2018, 981 ss.; D. REDEKER, L. GILL e U. GASSER, *Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights*, in *International Communication Gazette*, 80, 2018, n. 4, 302 ss.; M. REDISH e L. MARSHALL, *Adjudicatory Independence and the Values of Procedural Due Process*, in *Yale Law Journal*, 95, 1986, n. 3, 455 ss.; J.R. REIDENBERG, *Yahoo and Democracy on the Inter-*

net, in *Jurimetrics*, 42, 2001-2002, 261 ss.; Id., *Technology and Internet Jurisdiction*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 153, 2005, 1951 ss.; G. RESTA, *Cosa c'è di 'europeo' nella Proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale?*, in *Dir. inform.*, 2022, 323 ss.; Id., *Poteri privati e regolazione*, in questa *Enciclopedia*, Potere e Costituzione, 2023; R. RICHARDSON, J.M. SCHULTZ e K. CRAWFORD, *Dirty Data, Bad Predictions: How Civil Rights Violations Impact Police Data, Predictive Policing Systems, and Justice*, in *New York University Law Review Online*, 94, 2019, 15 ss.; H. ROBERTS e altri, *Safeguarding European Values with Digital Sovereignty: An Analysis of Statements and Policies*, in *Internet Policy Review*, 10, 2021, n. 3; S. RODOTÀ, *Una costituzione per Internet?*, in *Pol. dir.*, 2010, n. 3, 337 ss.; J. ROSEN, *The Right To Be Forgotten*, in *Atlantic*, July-August 2012; M. ROSENFELD e A. SAJÓ, *Spreading Liberal Constitutionalism: An Inquiry into the Fate of Free Speech Rights in New Democracies*, in *The Migration of Constitutional Ideas* a cura di S. CHOUDHRY, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 142 ss.; M. RUOTOLO, *Riflessioni interlocutorie su verità, fiducia e democrazia rappresentativa. Si può combattere la menzogna nel c.d. mercato politico?*, in *Dir. soc.*, 2022, n. 1, 43 ss.; A. SAJÓ e R. UUITZ, *The Constitution of Freedom An Introduction to Legal Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2017; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal/Rivista di BioDiritto*, 2019, n. 1, 63 ss.; A. SLAUGHTER, *Judicial Globalization*, in *Virginia Journal of International Law*, 40, 2000, 1103 ss.; M. SORICE, *La «piattaformizzazione» della sfera pubblica*, in *Comunicazione politica*, 2020, n. 3, 371 ss.; N. SRNICEK, *Platform Capitalism*, Cambridge, Polity Press, 2016; P. STANZIONE, *I poteri privati delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, Giappichelli, 2022; O. STOCKER, *Le second arrêt Defrenne. L'égalité de rémunération des travailleurs masculins e des travailleurs féminins*, in *Cahiers de droit européen*, 1977, 180 ss.; D.J. SVANTESSON, *Solving the Internet Jurisdiction Puzzle*, Oxford, Oxford University Press, 2017; L. TORCHIA, *Poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, n. 4, 1101 ss.; M. TUSHNET, *The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2003, n. 1, 79 ss.; W. VAN GERVEN, *Contribution dell'arrêt Defrenne au développement du droit communautaire*, in *Cahiers de droit européen*, 1977, 131 ss.; R. VAN LOO, *The Corporation as Courthouse*, in *Yale Journal on Regulation*, 33, 2016, 547 ss.; A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, Cambridge, Polity Press, 2022; S.L. WINTER, *A Clearing in the Forest. Law, Life, and Mind*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 2001; T. WU, *La maledizione dei giganti. Un manifesto per la concorrenza e la democrazia*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 2020; T. WU e J.L. GOLDSMITH, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford, Oxford University Press, 2006; S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, PublicAffairs, 2019.

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANIA BARIATTI - MARTA CARTABIA - CLAUDIO CONSOLO - GIOVANNI D'AMICO

RICCARDO DEL PUNTA - FABRIZIO DI MARZIO - MASSIMO DONINI

BERNARDO GIORGIO MATTARELLA - LAURA MOSCATI

FRANCESCO RICCOBONO - ROBERTO ROMEI

pubblicazione fuori commercio

Isbn 9788828831969