

Libertà di informazione, poteri privati e tutela dei dati personali nell'era digitale*

di

Armando Lamberti**

Sommario: 1. Premessa: libertà di manifestazione del pensiero, libertà di informazione, libertà informatica di fronte alla nuova “grande trasformazione”. 2. Lo strapotere dei giganti del web: mercati digitali e diritti fondamentali. 3. La censura privata come forma di potere privato. Per un “costituzionalismo digitale preso sul serio”. 3.1 (segue) I regolamenti DSA e DMA: punti di forza e limiti della nuova disciplina euro-unitaria. 3.2 (segue) Poteri privati e protezione dei dati personali. 4. Conclusioni.

1. Premessa: libertà di manifestazione del pensiero, libertà di informazione, libertà informatica di fronte alla nuova “grande trasformazione”.

Il tema delle dinamiche della libertà di manifestazione del pensiero, tradizionalmente al centro della riflessione della dottrina giuspubblicistica, può essere affrontato da una moltitudine di angoli visuali; tra questi, appare senz'altro feconda, oggi più che mai, la prospettiva del rapporto tra libertà di informazione e poteri privati nell'era digitale. Si tratta, infatti, di un angolo di analisi particolarmente significativo – su cui oggi vanno interrogandosi sempre più anche i giovani studiosi (come rivelano le più recenti trattazioni monografiche) – che mostra l'attualità della riflessione, compiuta ormai più di cinquanta anni fa, da un

grande Maestro quale Giorgio Lombardi nel volume *“Potere privato e diritti fondamentali”* (1970)¹.

La grande sfida per il costituzionalismo, oggi, è rappresentata, a ben vedere, proprio dall'emersione di poteri privati, in particolare dei giganti del *web* (le grandi piattaforme), protagonisti di quello che Shoshana Zuboff ha analiticamente descritto come il *“capitalismo della sorveglianza”*² nell'era di una nuova *“grande trasformazione”*³.

* Il contributo riprende e sviluppa il testo della relazione tenuta in occasione della Giornata di studi sul tema *“La libertà di manifestazione del pensiero nell'esperienza costituzionale contemporanea”*, svoltasi l'8 giugno 2023 presso l'Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale, sotto la direzione scientifica del Prof. Vincenzo Baldini.

** Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico e di Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Salerno.

¹ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1970. Nella dottrina giusprivatistica, il tema è stato affrontato in particolare da C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977; negli studi costituzionalistici, v., più di recente M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, CEDAM, 2003. Per una riproposizione della categoria proprio con riferimento alle piattaforme online, cfr., tra gli altri, M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione – Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Aracne, Canterano (RM), 2019, pp. 107 ss. e O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in *Rivista di diritto dei media*, 2021, pp. 173 ss. V. anche A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Giappichelli, Torino, 2009, specie pp. 241 ss. Tra le più recenti trattazioni monografiche, cfr. F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022; A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Le regole di Internet tra poteri pubblici e privati. Tutela dei diritti e ruolo dell'antitrust in una prospettiva costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023; E. CREMONA, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023.

² S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, trad. it. Luiss University Press, Roma, 2019, *passim*.

³ Com'è noto, il lessico della grande trasformazione si deve al classico di K. POLANYI, *La grande trasformazione* (1944), trad. it. Einaudi, Torino, 2010, che descrive, con un'accurata ricostruzione storico-sociologica comparata, la nascita dell'economia di mercato e i processi sociali che ne conseguono (verso la *“società di mercato”*); su basi polanyane, recentemente numerosi studiosi hanno tematizzato una nuova *“grande trasformazione”*, quella dell'economia e della società digitali: per esempio, Julie Cohen (J. E. COHEN, *Between Truth and Power: The Legal Constructions of Informational Capitalism*, Oxford University Press, Oxford, 2019) considera, accanto ai tre tradizionali fattori produttivi (terra, lavoro, capitale), un quarto fattore, la mercificazione dei dati; gli studiosi francesi Azais, Corsani e Dieuiaide (C. AZAIS, A. CORSANI, P. DIEUAIDE, *Vers un capitalisme cognitive?*, Harmattan, Parigi, 2002) già da tempo hanno descritto, in termini analoghi, l'emersione di un *“capitalismo cognitivo”* in cui, accanto alle tradizionali catene del valore, subentra una catena di beni immateriali su cui si basa sempre di più la ricchezza della società dell'informazione; la stessa Shoshana Zuboff, in altro lavoro (S. ZUBOFF, *Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization*, in *Journal of Information Technology*, 1/2015, pp. 75-89) ha provocatoriamente paragonato i processi di mercificazione dei dati alle forme di accumulazione del capitale mediante conquista. Cfr. anche, in ambiente italiano, U. PAGALLO, *La grande trasformazione. Datificazione della società, tutela dell'ambiente e rischi*

Ed è in questo contesto di anomia del pubblico e di normazione del privato che si realizza l'intuizione del Forstshoff de "Lo stato della società industriale", secondo il quale le costituzioni – a fronte di uno Stato ridotto a macro-amministrazione priva di qualsivoglia potenza politica, funzionale alle esigenze della realizzazione tecnica – perdono la propria capacità ordinante, sicché il singolo viene a trovarsi sguarnito, indifeso, innanzi alle pretese dei gruppi sociali e dei grandi attori privati: "l'elemento di potere dei prodotti della tecnica" – scriveva Forstshoff – si manifesta così nella naturale opposizione di questa alla ideologia delle libertà"⁴.

Prima di addentrarci, però, più specificamente, su questo terreno, occorre un – sia pur sintetico – inquadramento dommatico della libertà di informazione, come

e opportunità dell'innovazione tecnologica, in M. DURANTE – U. PAGALLO (a cura di), *La politica dei dati. Il governo delle nuove tecnologie tra diritto, economia e società*, Mimesis, Milano, 2022, pp. 123-140.

Da ultimo, v. anche B. C. HAN, *Infocrazia. Le nostre vite manipolate dalla rete*, trad. it. Einaudi, Torino, 2023, il quale definisce "regime dell'informazione" quella "forma di dominio nella quale l'informazione e la sua diffusione determinano in maniera decisiva, attraverso algoritmi e Intelligenza Artificiale, i processi sociali, economici e politici" (p. 3). Diversamente dal regime disciplinare, che "è la forma di dominio del capitalismo industriale", "a essere sfruttati non sono corpi ed energie, ma informazioni e dati. Decisivo per la conquista del potere non è il possesso dei mezzi di produzione, bensì l'accesso a informazioni che vengono utilizzate ai fini della sorveglianza psico-politica, del controllo e della previsione dei comportamenti. Il regime dell'informazione si accompagna al capitalismo dell'informazione, che evolve in capitalismo della sorveglianza e declassa gli esseri umani a bestie da dati e consumo" (ibidem). "Nella società dell'informazione gli ambienti isolati propri del regime disciplinare si dissolvono in reti aperte. Nel regime dell'informazione valgono i seguenti principi topologici: le discontinuità sono abbattute in favore della continuità. Al posto delle chiusure compaiono le aperture. Le celle d'isolamento vengono sostituite dalle reti comunicative. La visibilità è ora prodotta in maniera completamente diversa, non mediante l'isolamento ma attraverso la connessione. La tecnica informatica digitale rovescia la comunicazione in sorveglianza: quanti più dati generiamo, quanto più intensivamente comunichiamo, tanto più efficiente diventa la sorveglianza. Il telefono portatile come apparato di sorveglianza e sottomissione sfrutta la libertà e la comunicazione. Nel regime dell'informazione gli esseri umani non si sentono sorvegliati ma liberi. Paradossalmente, è proprio il senso di libertà a garantire il dominio. In ciò il regime dell'informazione si differenzia in modo fondamentale dal regime disciplinare. Il dominio si compie nel momento in cui libertà e sorveglianza coincidono" (ivi, p. 7).

⁴ E. FORSTHOFF, *Lo Stato della società industriale*, trad. it. a cura di A. Mangia, Giuffrè, Milano, 2011, p. 33. Per un quadro dell'ultimo Forstshoff, cfr. F. MEINEL, *Der Jurist in der industriellen Gesellschaft. Ernst Forstshoff und seine Zeit*, Akademie Verlag, Berlin, 2011. Per un'attualizzazione del pensiero di Forstshoff nell'era del cosiddetto capitalismo politico, v. l'analisi di P. PILUSO, *L'età (post-)globale, il nuovo "capitalismo politico" e la disciplina del golden power. Profili di dottrina dello Stato e di diritto costituzionale*, in *Federalismi.it*, 17/2023, pp. 203 ss.

“corollario” della libertà di manifestazione del pensiero⁵. Quest’ultima, riconosciuta dall’art. 21 Cost., è tradizionalmente qualificata come la “pietra angolare” del sistema democratico, come ebbe a dire la stessa Corte Costituzionale nella storica sentenza n. 84 del 1969. La libertà di manifestazione del pensiero costituisce, cioè, “una di quelle condizioni che meglio caratterizzano il regime vigente nello Stato, condizione com’è del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico e sociale” (Corte Cost., sentenza n. 9/1965), in quanto «diritto coesenziale al regime di libertà garantito dalla Costituzione» (Corte Cost., sentenza n. 11/1968).

Corollario della libertà di manifestazione del pensiero è, appunto, la libertà di informazione (come la Consulta ha avuto modo di enunciare più volte, già a partire dalla sentenza n. 105/1972), rispetto alla quale si può a ragione asserire che costituisca uno dei principali cardini per la tenuta democratica di un Paese, o, se si preferisce, la condizione essenziale per l’attuazione dell’essenza propria dello Stato democratico. Non si può non cogliere, quindi, la “coesenzialità (...) tra la libertà di espressione usata a fini informativi e la forma di Stato democratico”⁶.

Orbene, già nel 1981, un indimenticato studioso quale Vittorio Frosini, nel saggio su *“La protezione della riservatezza nella società informatica”*⁷, proponeva un’originale e, per l’epoca, pionieristica lettura, elaborando la dottrina della *“libertà informatica”* (come nuovo diritto scaturente dall’evoluzione della società tecnologica). Essa veniva ricostruita – al pari della libertà politica, secondo la lezione di Isaiah Berlin – come *“positiva”* e *“negativa”*: la libertà informatica negativa esprimeva il diritto di

⁵ Sul tema, sia consentito il rinvio ad A. LAMBERTI, *L’informazione televisiva tra diritto comunitario e diritto interno*, Giuffrè, Milano, 1997; ID., *Libertà di informazione televisiva e diritti fondamentali (Valori e principi costituzionali)*, Giuffrè, Milano, 2001 (2a ed. 2005); ID., *Libertà di informazione. Dialoghi tra le Corti e prospettive*, Brunolibri, Salerno, 2014; ID., *Libertà di informazione e democrazia. Profili di tutela multilivello*, Brunolibri, Salerno, 2016; ID., *Libertà di informazione e democrazia ai tempi della società digitale*, in *Consulta Online*, 2/2022, pp. 875-908, e all’ampia bibliografia citata in quelle sedi.

⁶ Così E. CHELI, *La libertà di informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, Roma, 2007, p. 7

⁷ V. FROSINI, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, in N. MATTEUCCI (a cura di), *Privacy e banche dei dati*, Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 37 ss.; cfr., sul punto, il ricordo di T. E. FROSINI, *La privacy nell’era dell’intelligenza artificiale*, in ID., *Diritto senza confini*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, in particolare pp. 200 ss.

non rendere di dominio pubblico determinate informazioni di carattere personale, quella positiva la facoltà di esercitare un diritto di controllo su quei dati riguardanti la propria persona fuoriusciti dalla cerchia della privacy. Ed è a questa concezione della “libertà informatica positiva” che si collega la stessa teorizzazione dello *habeas data* – su cui tanto ha riflettuto Stefano Rodotà⁸ –, come proiezione dell’antico *habeas corpus* sul “corpo” virtuale, informatico, della persona, rappresentato dal fascio dei dati che la riguardano. Considerazioni, queste, che torneranno utili quando si soffermerà l’attenzione sulla protezione dei dati personali.

Per il momento, è d’uopo sottolineare un aspetto: vale a dire che, come lo stesso Vittorio Frosini aveva intuito nel saggio del 2000 su “*L’orizzonte giuridico dell’Internet*”⁹, con l’avvento del web il diritto di libertà informatica da lui teorizzato “è diventato una pretesa di libertà in senso attivo, non libertà *da*, ma libertà *di*, che è quella di valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere. È il diritto di partecipazione alla società virtuale, che è stata generata dall’avvento degli elaboratori elettronici nella società tecnologica: è una società dai componenti mobili e dalle relazioni dinamiche, in cui ogni individuo partecipante è sovrano nelle sue decisioni”¹⁰. In questa prospettiva, allora, a ben vedere, la libertà informatica viene a saldarsi alla libertà di informazione nel suo profilo “dinamico” (che, com’è noto, si accompagna al profilo attivo e a quello passivo), secondo lo spirito dell’art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, che parla di un diritto di “cercare, ricevere, diffondere con qualunque mezzo di espressione, senza considerazione di frontiere, le informazioni e le idee”.

Ma, giunti a questo punto, la domanda sorge spontanea: il quadro ora ricostruito è ancora del tutto adatto a descrivere le sfide che l’era digitale ci pone innanzi?

2. Lo strapotere dei giganti del web: mercati digitali e diritti fondamentali.

⁸ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, ried. Il Mulino, Bologna, 2021. Sul tema, v. anche, tra gli altri, S. PIETROPAOLI, *Habeas data. I diritti umani alla prova dei Big Data*, in S. FARO, T. E. FROSINI, G. PERUGINELLI (a cura di), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Il Mulino, Bologna, 2020, pp. 97 ss. Cfr. anche M. R. ALLEGRI, *Ubi Social, Ibi Ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 75-77.

⁹ V. FROSINI, *L’orizzonte giuridico dell’Internet*, in *Diritto dell’informatica*, 2000, pp. 271 ss.

¹⁰ Ivi, p. 275.

Se si guarda con lucido realismo alla complessità dello scenario attuale, appaiono ben lontani i tempi in cui, forse con ottimismo alquanto ingenuo, si coltivava il sogno, l'utopia libertaria, di una rete indipendente da ogni potere, come nuovo regno della libertà: dalla provocatoria *Dichiarazione di indipendenza del cyberspazio* di Barlow del 1996 – vero e proprio inno alla libertà e ad Internet come nuova dimora della Mente lontana dalle ingerenze dei “Governi del Mondo Industriale, stanchi giganti di carne e di acciaio” – si è ormai pervenuti ad una situazione in cui tiranneggiano poteri privati ed in cui la libertà dell'utente – ormai una “libertà vigilata” (per dirla con il titolo provocatorio del libro di David Kaye¹¹) – è sempre più messa alla prova¹².

¹¹ D. KAYE, *Libertà vigilata. La lotta per il controllo di Internet*, trad. it. Treccani, Roma, 2021.

¹² V. anche le considerazioni espresse, sul tema della trasformazione di Internet, da O. POLLICINO – M BASSINI – G. DE GREGORIO, *Internet Law and Protection of Fundamental Rights*, BUP, Milano, 2022, in particolare pp. 13-14: “A technological optimism characterized the early days of the digital environment. At that time, the Internet promised an emancipation of the public sphere and democracy from public controls through decentralization and anonymity. This positive trend was confirmed in countless numbers of cases. It would be enough to mention how social media and search engines have provided irreplaceable tools for exercising the two sides of freedom of expression, precisely the right to inform and to be informed. Online speech has shown its ability to influence elections, to expand the exchange of new ideas to a global scale, and to support minorities and political movements as an instrument of emancipation, such as during the Arab Spring. While at first glance this picture would suggest that the digital environment has enhanced freedom of expression while emancipating individual freedom from the interference of public authorities, a closer look reveals that the flow of information online is not without control. In recent years, states have taken steps to regulate online speech to tackle extreme content or the spread of unauthorized copyright content. In some cases, public actors have also relied on shutting down the Internet extensively despite the economic consequences. Nonetheless, the control of online speech is not merely related to online censorship by public authorities that are already subject to constitutional obligations. The exercise of power over information also concerns private actors. Although the Internet has enhanced access to different types of information, this positive effect is lessened by a substantial restriction in the autonomy of users that are subject to governance of online platforms. Unlike public actors, online platforms are not required to ensure the same constitutional safeguards when they take decisions over the organization or removal of speech online. These actors can enforce and balance the vast amount of online information outside any public safeguard, primarily the rule of law, as also shown by the blocking of Donald Trump's accounts by Facebook and Twitter. These considerations can also be extended to the field of data. At the end of the 20th century, the digital environment was considered a space to ensure the protection of privacy through anonymity and decentralization, which was seen as a way to protect freedoms from public interference. However, this framework of anonymity and decentralization has not been an obstacle for public actors, which have increasingly relied on the digital environment as an instrument of surveillance (...). The paradigmatic idea of a public panopticon can be considered one of the primary concerns in the digital age”.

In realtà, la pretesa libertà del cyberspazio “non è altro che un corollario della nota meta-narrazione dell’idea di ‘costituzione spontanea’ che ancora una volta si riaffaccia prepotente nella vita degli uomini e pretende di regolare egoisticamente la realtà sociale celando la sua volontà di potenza dietro lo schermo della neutralità tecnica”: accontentarsi, perciò, “di fare affidamento sulle *magnifiche sorti e progressive* che la Rete e i suoi signori sarebbero in grado di garantire significa sottovalutare la garanzia degli interessi dei cittadini che gli ordinamenti giuridici statali, ancorché offuscati, sono in grado di apprestare”¹³.

Una delle caratteristiche fondamentali dei mercati digitali, infatti, è che in essi “*the winner takes it all*” (“il vincitore prende tutto”): essi, cioè, sono intrinsecamente connotati da una tendenza all’oligopolio e al monopolio (sol se si pensi che Google detiene una quota di mercato del 92,48% tra i motori di ricerca), per effetto di alte barriere all’ingresso, economie di scala, effetti di rete, utilizzo dei dati.

Una volta che il “vincitore” ha conquistato il mercato, quindi, l’opportunità per le potenziali imprese concorrenti di contrastarne la posizione è minima, se non nulla. In tal modo, i colossi del web diventano anche i “*gatekeepers*” del mercato, cioè i detentori delle chiavi di accesso, in quanto la loro intermediazione “diviene un passaggio necessario per le imprese ordinarie, nei rapporti con la propria clientela”¹⁴, sicché da questa posizione le *Big Tech* possono imporre agevolmente condizioni particolarmente onerose.

Da questa condizione monopolistica od oligopolistica discendono conseguenze importanti sotto svariati profili:

- 1) *Profilo della monetizzazione dei dati e dell’orientamento del comportamento degli utenti*¹⁵: grazie all’utilizzo di ingenti quantità di dati, che di fatto rappresentano la monetizzazione del consenso degli utenti, le piattaforme acquisiscono un numero e una varietà straordinari di informazioni sul

¹³ Così efficacemente M. BETZU, *I baroni del digitale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 22-23.

¹⁴ In questi termini M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, in *Diritto Pubblico*, 3/2021, p. 908.

¹⁵ Tema affrontato, in particolare, in E. CREMONA – F. LAVIOLA – V. PAGNANELLI (a cura di), *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2022.

soggetto, così da prevedere e orientare i comportamenti futuri e le scelte del consumatore;

- 2) *Profilo della protezione dei dati personali*: sotto questo profilo, ci si avvede che proprio la tendenza al monopolio privato accresce i rischi in termini di protezione dei dati personali; basti pensare che le più significative questioni sulla *privacy* riguardanti *Facebook* si sono poste proprio quando la piattaforma ha assunto un dominio sul mercato con l'uscita dei principali concorrenti e l'acquisizione di *Instagram*;
- 3) *Profilo del pluralismo informativo*¹⁶: un impatto rilevante sul sistema democratico lo assume il ruolo dei "gatekeepers", sia nell'attività di raccomandazione che di moderazione dei contenuti da parte delle piattaforme online; in particolare, "la ricchezza delle reti, cresciuta all'ombra della convinzione che la tecnica sia uno strumento neutrale che consente di ampliare la sfera di libertà e di rafforzare la partecipazione democratica, pur permettendo in linea teorica il più ampio accesso al pluralismo informativo, non ha consentito 'nella' rete a queste condizioni di affermarsi in pieno"¹⁷, sicché il decentramento e la apertura nella produzione di informazioni sono ridimensionate dal fatto che in pochissime mani vengono ad essere accentrati quei servizi essenziali per rendere disponibili agli utenti quella stessa ingente messe di informazioni.

Da una parte, quindi, vi è il problema dei "gatekeepers" che detengono le chiavi delle informazioni nello sterminato universo del web: benché talora si sia portati a credere che Internet sia il non-luogo della disintermediazione, con l'utente-cittadino solo di fronte alle informazioni che fluiscono nel web, in realtà, quindi "l'enorme disponibilità di informazioni in rete sarebbe poco più che una vana promessa, come a dire, un'informazione impossibile, se non ci fosse

¹⁶ Sul tema, più generale, del pluralismo della (e nella) informazione, cfr., se si vuole, A. LAMBERTI, *Democrazia, pluralismo e informazione televisiva*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Fulvio Fenucci*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2010, pp. 243-324; ID., *Libertà di informazione televisiva e tutela del pluralismo*, in C. MIRABELLI (a cura di), *La Costituzione repubblicana. Fondamenti, principi e valori tra attualità e prospettive*, Ares, Milano, 2010, pp. 708-747.

¹⁷ Così F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, cit., p. 22.

l'intermediazione dei portali che raccolgono, filtrano, ordinano e rendono in pochi secondi disponibile l'informazione su una certa materia"¹⁸. Dall'altra parte, poi, vi è il problema sia della selezione e moderazione dei contenuti online – che apre a prospettive, come si vedrà a breve, di “censura privata” – sia dell'utilizzo di algoritmi, che si pongono ontologicamente come contrari all'idea del pluralismo informativo.

3. La censura privata come forma di potere privato. Per un “costituzionalismo digitale preso sul serio”.

Ed è proprio alla “censura privata” che appare opportuno dedicare un *focus*, non soltanto perché essa rappresenta una evidenza palmare dell'esercizio di un ‘potere privato’ che impatta su un diritto fondamentale della persona, ma anche perché, più in generale, questo fenomeno è espressione della torsione assunta da Internet o, se si vuole, dell'eterogenesi dei fini che si è ingenerata con l'era delle piattaforme (la rete da spazio di esercizio della “libertà informatica” – secondo l'accezione prima descritta in rapporto al profilo “dinamico” della libertà di informazione – a spazio di esercizio di poteri privati che impattano proprio, *inter alia*, sulla libertà di manifestazione del pensiero).

I nuovi “guardiani digitali”, quindi, sovrintendono al processo di produzione, diffusione e controllo del flusso informativo sulla rete, sicché si è venuta a determinare la “singolare situazione per cui gli stessi soggetti che si sono trovati a gestire gli strumenti tecnologici che rendono possibile la più ampia partecipazione all'accesso ed alla diffusione dell'informazione sugli spazi digitali sono allo stesso tempo coloro i quali controllano il flusso dei contenuti che possono transitare sulla rete, in quanto presiedono alla loro rimozione, selezione ed organizzazione”¹⁹.

Tutte le piattaforme digitali, infatti, presentano strutture interne per la moderazione dei contenuti (basate sui termini del servizio e sugli *standard della*

¹⁸ S. RODOTÀ, *Il diritto all'informazione*, in *IKON – Forme e processi del comunicare*, 2/2006, p. 22.

¹⁹ R. PETRUSO, *Le responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a confronto*, Giappichelli, Torino, 2019, p. XVIII.

community), che può avvenire tanto *ex ante* (con sistemi automatici di filtro dei contenuti, attraverso particolari algoritmi volti ad impedire il caricamento di quei contenuti vietati dalle regole interne) quanto *ex post* (ora in maniera automatica, attraverso algoritmi interni al sistema delle piattaforme, ora in virtù delle segnalazioni degli utenti – c.d. *flagging* –, che portano ad un esame da parte dei moderatori sulla base delle linee guida interne).

Ecco, dunque, che è possibile evocare la tematica dei “poteri privati”, cioè di soggetti che, pur agendo nelle forme del diritto privato, nondimeno, per la loro forza economica e sociale, sono in grado di incidere sull’esercizio delle libertà fondamentali dei singoli (al punto che tale libertà finisce col diventare una “libertà fragile”²⁰, oppure addirittura una “libertà di essere controllati”²¹).

Di ciò sembra essersi resa conto, ormai, la stessa giurisprudenza americana, che pure ha sempre escluso la rilevanza inter-privata delle norme costituzionali: si pensi, ad esempio, a quelle pronunzie che hanno applicato la “*state-action doctrine*”²² alle piattaforme, riconoscendo in esse dei soggetti che, nello spazio virtuale, esercitano nei confronti di altri privati dei poteri “para-statali”, così da poter invocare anche nei loro riguardi il rispetto del Primo Emendamento; ma, ancora, quasi a voler individuare un manifesto delle nuove sensibilità, si consideri la *concurring opinion* del giudice Thomas nella sentenza della Corte Suprema nel caso *Packingham v. North Carolina*, che ha finalmente “squarciato” il velo delle piattaforme digitali²³ riconoscendo che esse danno luogo ad un “*private, concentrated control over online content*” (“controllo privato accentrato sui contenuti online”), sicché, pur essendo delle società private, devono essere sottoposte ad una

²⁰ S. SICA – G. GIANNONE CODIGLIONE, *La libertà fragile. Pubblico e privato al tempo della rete*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.

²¹ F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e “neointermediazione politica”: i rischi del cittadino telematico*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, disponibile in *Consulta Online*, 24 febbraio 2020, p. 7.

²² Su cui, nella letteratura anglofona, v., M. PATTY, *Social Media and Censorship: Rethinking State Action once again*, in *Mitchell Hamline Law Journal of Public Policy and Practice*, 2019, pp. 113 ss. Cfr. anche D. TEZZA, *Soluzioni tradizionali per piattaforme moderne: la state action (non) mostra i segni del tempo*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, 5 maggio 2020.

²³ Cfr. R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione. Note ricostruttive*, in G. DI COSIMO (a cura di), *Processi democratici e tecnologie digitali*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 245 ss. (in particolare pp. 248-249).

regolamentazione pubblica che limiti il loro potere di “*control over speech*” (“controllo della parola”). Sembra così esser finito il tempo in cui si inneggiava alla libertà delle piattaforme, auspicandosi – anche negli USA – ad una regolamentazione pubblica di questi soggetti.

Per la tradizione continentale, la strada verso maggiori garanzie è invece senza dubbio agevolata dalla tradizione della *Drittwirkung*, cioè della riconosciuta efficacia orizzontale delle norme costituzionali relative ai diritti fondamentali. Si tratta, appunto, della grande intuizione di Giorgio Lombardi, che si richiamava in apertura, e che richiede di essere ulteriormente sviluppata e attualizzata alla luce delle sfide della società digitale.

Impostazione, questa, che a ben vedere riflette, più in generale, il superamento – proprio delle costituzioni del Secondo Dopoguerra – della concezione ottocentesca dei diritti pubblici soggettivi²⁴ e l’affermazione, per dirla con le autorevoli parole di Alessandro Pace, della “piena efficacia della Costituzione anche nella società civile e nelle formazioni sociali di cui questa si compone”, il che implica – come la Corte costituzionale italiana ebbe a dire nella sent. n. 122 del 1970, dedicata proprio alla libertà di manifestazione del pensiero – che il dettato costituzionale debba “imporsi al rispetto di tutti, delle pubbliche autorità come dei consociati, e che nessuno possa recarvi attentato senza violare un bene assistito da rigorosa tutela costituzionale”.

D'altronde, per riprendere la lezione di Giorgio Lombardi, non ha senso parlare di garanzie di libertà soltanto contro le autorità pubbliche; atteso che l’ordinamento presenta un carattere di unitarietà nel suo complesso, la distinzione tra una sfera di garanzia verso lo Stato e un ambito di tutela nei confronti dei consociati è infondata (senza contare, poi, la stessa enorme difficoltà di isolare, nel quadro di una tutela unitaria della persona, la dimensione della garanzia delle libertà operante soltanto verso i pubblici poteri)

²⁴ G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, trad. it. SEL, Milano, 1912.

Se questi sono i presupposti – se cioè il punto di partenza è rappresentato dalla *Drittwirkung* dei diritti fondamentali – allora vengono ad essere considerate sotto una luce diversa le stesse discussioni sul c.d. *costituzionalismo digitale*.

Se si vuol parlare di un “costituzionalismo digitale preso sul serio”, infatti, non si possono accogliere le prospettive del c.d. *societal constitutionalism*: per essere ben chiari, cioè, è da respingere il pensiero di Gunther Teubner²⁵, secondo il quale la regolamentazione della rete dovrebbe essere “solo il frutto della stessa società civile e delle dinamiche sociali ed economiche da essa prodotte”, così superando “la logica politica degli Stati per imporre nella sostanza il dominio dei regimi privati globali, vale a dire di quel diritto prodotto esclusivamente dagli stessi portatori degli interessi settoriali del mercato”²⁶.

La tesi di Teubner, infatti, come notava anche Rodotà, conduce ad una sorta di “medioevalismo istituzionale”²⁷ che “rivela l’incapacità di elaborare categorie interpretative atte a far fronte ai problemi del presente”²⁸. Parlare di fantomatiche “costituzioni civili” trans-nazionali, frutto di sottosistemi autonomi della società civile globale, significherebbe arrendersi ai giganti del web, in nome di teorie meramente descrittive dimentiche della vocazione prescrittiva del costituzionalismo²⁹, elevando così i poteri privati dell’universo digitale “al rango di soggetti costituzionali” e “veri sovrani”, “legislatori, esecutivi e giudici del cyberspazio, senza alcuna separazione dei poteri” in un periglioso “Medioevo digitale”³⁰.

²⁵ G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Armando Editore, Roma, 2005.

²⁶ Così F. GALLO, *Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e le nuove forme di partecipazione*, in *Gnosis – Rivista italiana di Intelligence*, 2014, p. 66.

²⁷ In questi termini S. RODOTÀ, *Una costituzione per Internet*, in *Politica del diritto*, 3/2010, pp. 337 ss.

²⁸ Così F. GALLO, *Il futuro non è un vicolo cieco. Lo Stato tra globalizzazione, decentramento ed economia digitale*, Sellerio, Palermo, 2019, p. 135.

²⁹ Su cui, ampiamente, v. G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013; di recente, v. ID., *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Laterza, Roma-Bari, 2020.

³⁰ Così M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2021, pp. 178-179.

Non sfugge, ancora, che la prospettiva teubneriana e, più in generale, l'idea di "sistemi auto-regolatori della frontiera digitale", "sembrano evocare la teoria hayekiana sull'ordine spontaneo"³¹, cioè di un *kosmos* "privo di un centro, inteso nel senso di un ordinamento costituito centralizzato", che perciò "predilige fisiologicamente il decentramento collaborativo e non ha uno scopo unificato, pur basandosi su interazioni cognitive e sulla essenza di un diritto naturale, spontaneo appunto"³². Sicché, a ben vedere, la tesi teubneriana dell'esistenza di costituzioni civili transnazionali (spontanee, perché derivanti dalle dinamiche delle interazioni sociali) tradisce la pretesa (ideologica) del mercato come ordine spontaneo e autoregolantesi secondo leggi naturali oggettive – una fallacia, questa, da tempo dimostrata da autorevole dottrina³³ – e non tiene conto, peraltro, che "le interazioni sociali non sono mai neutrali" ("come non lo è la tecnica e il suo dominio sulla realtà contingente"³⁴).

Dieter Grimm, sul punto, ha affermato con chiarezza che le "*civil constitutions cannot escape their originating conditions*" ("le costituzioni civili non possono sfuggire alle loro condizioni originarie")³⁵ e, in quanto complessi di norme private (come appunto gli *standard delle community* cui si è accennato), esse riflettono solo interessi parziali, giammai interessi generali: si tratterebbe, quindi, di teorie meramente descrittive di una realtà, senza porsi affatto il problema cruciale della sua legittimazione³⁶.

³¹ A. VENANZONI, *La sovranità tra ordine costituzionale, digitale e poteri privati*, in M. PROIETTI – A. VENANZONI (a cura di), *La sovranità digitale tra sicurezza nazionale e ordine costituzionale*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 75.

³² Ivi, p. 76.

³³ Il riferimento è, inevitabilmente, all'ormai classico lavoro di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, *passim*. Sull'inscindibilità di politica, economia e diritto nell'approccio ai temi della c.d. costituzione economica, v., da ultimo, P. PILUSO, "*Costituzione economica*" e teoria della costituzione materiale, in *Rivista di Diritto Pubblico Europeo – Rassegna Online*, 2/2023, pp. 357-428.

³⁴ A. VENANZONI, *La sovranità tra ordine costituzionale, digitale e poteri privati*, cit., p. 77.

³⁵ D. GRIMM, *Constitutionalism: Past, Present and Future*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 343.

³⁶ Cfr., M. BETZU, *I baroni del digitale*, cit., pp. 81-82, il quale sostiene che la teoria teubneriana "appare meramente descrittiva di una certa realtà, senza porsi correttamente il problema della sua base di legittimazione. Tiene conto dell'essere, pur fornendone una rappresentazione deformata, non del dover essere. Ed è anche per questa ragione che le costituzioni societarie

Non è questa, allora, la strada da intraprendere: lo sforzo, semmai, deve essere quello di aggiornare, come si diceva, la lezione di Lombardi sulla *Drittwirkung*, che passa anche attraverso una rilettura della dicotomia diritto pubblico/diritto privato e dalla costruzione sistematica di un nuovo diritto dei rapporti digitali conforme alla legalità costituzionale.

Giunti a questo punto, dunque, appare interessante applicare questo discorso teorico-generale ad alcuni casi specifici di censura privata sottoposti all'attenzione delle corti.

Si pensi, per esempio, alla controversia originatasi dalla disabilitazione del profilo Facebook del movimento di estrema destra Casa-Pound per violazione degli standard interni della community³⁷. Il Tribunale di Roma (ord. 12 dicembre 2019, n. 4), ha accolto il ricorso del movimento, alla luce del rilievo preminente che il servizio offerto da Facebook assume in relazione all'attuazione del principio costituzionale del pluralismo politico (art. 49 Cost.). Il rapporto tra l'utente (in tal caso, il movimento politico) ed il social network non è, secondo la corretta ricostruzione del Tribunale, un "rapporto tra due soggetti privati qualsiasi, in quanto una delle parti, appunto Facebook, ricopre una speciale posizione". Conseguentemente, il social network, nella contrattazione con gli utenti, non può non conformarsi al rispetto dei principi costituzionali, segnatamente al rispetto

non sono vere costituzioni, essendo espressioni di uno 'pseudo-costituzionalismo' del tutto antitetico rispetto al costituzionalismo novecentesco che storicamente ha espresso delle Costituzioni che postulavano un ordine istituzionale e sociale da realizzare *ex novo* ed erano – e sono – 'immerse nella pessimistica consapevolezza che tale ordine non si sarebbe realizzato con la spinta autonoma della società civile emancipata'. Al contrario, le costituzioni societarie del mondo digitale legittimano l'esistente, elevando Facebook e i suoi epigoni al ruolo di legislatori, esecutivi e giudici del cyberspazio, senza alcuna separazione dei poteri. Alla già avvenuta concentrazione di potere economico farebbe seguito la concentrazione, in capo a pochi baroni del digitale, di un potere informatico giuridicamente legittimato e il costituzionalismo perderebbe così il suo valore universale unificante. Saremmo quindi di fronte all'avvento di un Medioevo digitale nel quale le piattaforme farebbero la parte dei signori e gli utenti quella dei servi della gleba: *ubi social, ibi potestas*".

Per una analoga prospettiva teorica critica, v. già P. CIARLO, *Contro l'idea di costituzione spontanea*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2002, in particolare pp. 101 ss.

³⁷ Su cui, v. almeno P. VILLASCHI, *La (non) regolamentazione dei social network e del web*, in M. D'AMICO – C. SICCARDI (a cura di), *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare l'hate speech on line*, Torino, 2021, specie pp. 117 ss. e O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit., pp. 173 ss.

della libertà di manifestazione del pensiero e del pluralismo politico. E ciò – prosegue il Tribunale – sino a quando non si dimostri, con un accertamento da compiere attraverso una fase a cognizione piena, che l'utente abbia effettivamente operato una violazione. Anzi, come il Tribunale precisa in sede di reclamo (ord. 29 aprile 2020), il gestore del social network può, nell'esercizio dell'autonomia privata, prevedere contrattualmente cause di risoluzione concernenti qualità intrinseche dell'utente, ma soltanto a patto che “le associazioni escluse dal servizio e le condotte vietate siano interpretate conformemente alle leggi dello Stato e nel rispetto, o in attuazione, dei principi costituzionali o di fonti sovranazionali che definiscono i limiti della libertà di associazione e della libertà di manifestazione del pensiero”.

Nello stesso senso, peraltro, si è pronunciato anche il Tribunale costituzionale federale tedesco, ordinando a Facebook di ripristinare l'accesso alla pagina di un partito di estrema destra, che era stata temporaneamente oscurata proprio alla vigilia delle elezioni europee (ord. 22 maggio 2019, n. 42).

È questo, a ben vedere, proprio un modo corretto di interpretare la *Drittwirkung* delle norme costituzionali in rapporto ai poteri privati, a differenza – invece – dell'approccio usato dal Tribunale di Siena in un'ordinanza del 19 gennaio 2020 con riguardo al ricorso di un militante di Casa Pound il cui account era stato disattivato a seguito della pubblicazione di messaggi ritenuti “odiosi” secondo i parametri della community. Secondo questa corte, Facebook “non può essere seriamente paragonata a un soggetto pubblico”, offrendo un servizio di natura eminentemente “privatistica”, sicché la violazione delle condizioni d'uso consentirebbe al social network di rimuovere l'account dell'utente, esercitando, “nell'ambito di un accordo di diritto privato”, una facoltà che rientra nel proprio diritto di recesso. Tale pronuncia, così facendo, finisce col depoliticizzare “la relazione tra Facebook e i suoi utenti, ricollocandola nella sfera privatistica del

rapporto contrattuale: la rimozione dei profili è attività legittima ma facoltativa, nella disponibilità del soggetto che gestisce la piattaforma”³⁸.

In buona sostanza, è vero che la responsabilità, attribuita ai fornitori di servizi Internet, per i contenuti illeciti eventualmente presenti nei siti oggetto di gestione in qualità di *content* o di *hosting provider* esonera in qualche modo gli Stati da un difficilissimo compito di controllo diretto, ma finisce con l’attribuire a questi soggetti privati un potere di selezione dei contenuti suscettibile di incidere in maniera particolarmente profonda e stringente sulla libertà di manifestazione del pensiero degli utenti.

Non soltanto, infatti, non sempre tali soggetti sono in grado effettivamente di esercitare un siffatto controllo, così capillare e diffuso, con il conseguente rischio di aprire la strada ad una selezione arbitraria dei contenuti affidata unicamente agli algoritmi, ma, in particolare, manca “nell’azione dei *provider* ogni garanzia di proporzionalità tra ‘azione’ e ‘reazione’ ”³⁹. Di qui le perplessità, pienamente giustificabili, da più parti manifestate intorno alle possibilità di “*censura per procura*” (*proxy censorship*).

Perplessità, queste, che debbono ribadirsi anche con riguardo ai recenti sviluppi della prassi interna ai social network.

Il riferimento è, anzitutto, alla recente istituzione, da parte di Facebook, di un “Comitato per il controllo” (*Independent Oversight Board*), un organismo collegiale indipendente – al punto che le sue attività sono finanziate da un *trust* costituito *ad hoc* – composto da quaranta membri (tra illustri esperti, attivisti ed ex leader politici), preposto alla verifica della correttezza delle operazioni di rimozione dei contenuti e disabilitazione degli account operate dalla piattaforma in reazione a lamentate violazioni degli standard interni della community. Il lavoro del comitato, invero, si affianca ad una già complessa e articolata attività di moderazione, che si sviluppa attraverso tre catene di attori (i cosiddetti *tier*

³⁸ Così C. CARUSO, *I custodi di silicio: protezione della democrazia e libertà di espressione nell’era dei social network*, in *Consulta Online, Liber Amicorum Pasquale Costanzo*, 17 marzo 2020, p. 5.

³⁹ A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, cit., p. 271.

moderators), i quali decidono della rimozione dei contenuti contrari alle regole della community e, a seconda della gravità della violazione delle policies, sollevano la “questione censura” al moderatore di livello superiore⁴⁰.

In particolare, il neoistituito comitato⁴¹ (che ha emesso le prime decisioni il 28 gennaio 2022) applica un *corpus* di regole procedurali e di condotta stabilite in un apposito statuto (i cc.dd. *Oversight Board Bylaws*) e, dal punto di vista sostanziale, un insieme di principi giuridici internazionali – ignorando, perciò, le leggi e le Costituzioni dei Paesi in cui è avvenuta l’asserita violazione – desumibili dalle principali convenzioni internazionali a tutela dei diritti umani e dalle raccomandazioni del Consiglio ONU per i diritti umani e del *Relatore speciale per la*

⁴⁰ Sul punto, v. M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell’era digitale fra intermediari online, moderazione dei contenuti e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 100; M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d’espressione e i nuovi censori dell’agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica del diritto*, 2019, in particolare pp. 37 ss.

Non meno incisiva è l’attività di moderazione dei contenuti da parte dei motori di ricerca: osserva, in tema, M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell’era digitale fra intermediari online, moderazione dei contenuti e regolazione*, cit., p. 102, che “così come i risultati della ricerca sono profilati e visibili secondo il ranking determinato da operazioni algoritmiche, analogamente l’azione di controllo sui siti e la eventuale rimozione è anch’essa fondata su analoghe operazioni che a contrario deindicizzano i siti, non consentendone la visibilità nella pagina della ricerca. Nell’analizzare le modalità di deindicizzazione la dottrina ha conseguentemente riconosciuto ai membri dei Team Legal e ai manager delle società che gestiscono le piattaforme Internet di ‘esercitare sulla libertà di parola un potere molto più ampio di quello della Corte Suprema’, anche in ragione della estrema genericità delle regole che disciplinano la moderazione dei contenuti”.

⁴¹ M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell’era digitale fra intermediari online, moderazione dei contenuti e regolazione*, cit. pp. 115-116, che “L’*Oversight Board* di Facebook troverebbe un suo precursore nel *Google Advisory Council*, sebbene quest’ultimo presenti delle evidenti differenze rispetto al primo. Questo, infatti, nasceva dalla necessità di dare attuazione alla decisione della Corte di Giustizia *Google Spain* del 2014, con la quale era stato ingiunto alla piattaforma di deindicizzare le richieste che sarebbero pervenute per il futuro dagli utenti, al fine di salvaguardare il loro diritto all’oblio. La pronuncia, però, aveva conferito alle piattaforme, considerate responsabili del trattamento dei dati personali, il compito di valutare ‘se l’interessato abbia diritto a che l’informazione in questione riguardante la sua persona non venga più, allo stato attuale, collegata al suo nome da un elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal suo nome’. Ciò in ragione del fatto che, in determinati casi, il diritto all’oblio del richiedente può non essere ritenuto prevalente, rispetto all’interesse preponderante del pubblico ad avere accesso all’informazione (per esempio nel caso in cui l’interessato ricopra un particolare ruolo nella vita pubblica). L’*Advisory Council*, dunque, era un organo consultivo, avendo il compito di ‘suggerire’ a Google le decisioni da adottare, al fine di bilanciare il diritto all’oblio e il diritto del pubblico all’informazione. L’*Oversight Board* nasce invece da una decisione del tutto autonoma di Meta, che si inserisce nel quadro della crisi della regolazione della materia e del conseguente riespandersi dei poteri delle *Big Tech Companies* e della conseguente erosione della sovranità degli Stati”.

promozione e tutela della libertà di opinione e di espressione, unitamente ai “valori stabiliti da Facebook” (questi ultimi formulati sovente, forse non a caso, in maniera alquanto vaga e sfuggente), talora ponendoli sullo stesso piano (quasi che gli *standard della community* fossero equipollenti rispetto ai principi giuridici risultanti dalle Convenzioni internazionali in materia, come in effetti sembrerebbe emergere nella decisione del Comitato sul noto caso Trump, a seguito della sospensione dell’account dell’allora Presidente).

L’*Oversight Board* è, a ben vedere, pur sempre un’autorità privata che decide secondo principi determinati discrezionalmente dalla piattaforma attraverso formulazioni piuttosto vaghe, influenzati dallo stesso modello di business della società, ma “spacciati come assoluti in un mondo culturalmente e socialmente variegato”⁴².

Per giunta, il *Board* detiene un vero e proprio potere arbitrario, quale è la facoltà di scegliere quali richieste esaminare, cercando di considerare i casi che hanno il maggior potenziale di guidare le decisioni e le normative future. Ancora, non sono assicurate la trasparenza né l’effettività delle decisioni (non essendo prevista alcuna sanzione o altro rimedio nell’ipotesi di inadempimento). Infine, le decisioni non sono assunte dal collegio, ma da un gruppo limitato di membri la cui composizione e identità può essere mantenuta anonima per garantire la sicurezza del processo decisionale.

In buona sostanza, si tratterebbe non di una “Corte Suprema *su* Facebook, ma di una Corte *di* Facebook”, una Corte “ottriata”⁴³ espressione della privatizzazione della “giustizia digitale” su scala globale⁴⁴. Non siamo in presenza, quindi, né di un organo avente le caratteristiche di una corte né di un meccanismo alternativo di risoluzione delle controversie, ma di uno strumento più raffinato di moderazione dei contenuti interno all’azienda, che crea un “ambiente nel quale diritti e interessi

⁴² Così M. BETZU, *I baroni del digitale*, cit., p. 68.

⁴³ Ivi, p. 74.

⁴⁴ O. POLLICINO, *L’“autunno caldo” della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it*, 19/2019, p. 11.

individuali di rilievo sono ‘trattati’ in una cornice viziata, ai margini dello Stato di diritto”⁴⁵.

Per giunta, non sono rispettate neppure le garanzie procedurali minime stabilite dal nuovo DSA (Digital Services Act): la procedura del Board, infatti, con il suo limitato e diseguale diritto di accesso, non è conforme al principio del “facile accesso” previsto dall’art. 17, comma 2, del DSA, e la mancanza di meccanismi protesi a garantire effettività alle decisioni è incompatibile con il dovere dei fornitori di servizi di dare seguito tempestivamente all’esito della valutazione (art. 17, comma 3). Si tratterebbe, perciò, in buona sostanza, di un “organismo paragiurisdizionale, ma senza le garanzie della giurisdizionalità”⁴⁶.

Oltre alla strada della *Drittwirkung*, poi, non sfugge che un’ulteriore via per rafforzare la tutela dei diritti fondamentali del singolo di fronte ai poteri provati delle piattaforme è quella di una puntuale regolazione a garanzia del pluralismo informativo. È stato osservato a ragione, infatti, che non appare più peregrina, ormai, l’ipotesi di imporre a carico delle piattaforme gli obblighi già gravanti sui media a tutela del pluralismo dell’informazione, specie se si consideri che la Corte europea dei diritti dell’uomo ha affermato in plurime occasioni che, in forza dell’art. 10 CEDU, sugli Stati incombe “l’obbligo positivo di predisporre un quadro legislativo e amministrativo idoneo ad assicurare un pluralismo effettivo dell’informazione, di cui lo Stato dev’essere l’*ultimate guarantor*” (“garante ultimo”)⁴⁷.

Ma, ancora, un cammino ineludibile da seguire è quello di una più efficace tutela della concorrenza⁴⁸ attraverso una regolazione *ex ante*, piuttosto che attraverso

⁴⁵ A. BURATTI, *Il Facebook Oversight Board come problema: giustizia selvaggia nel Wild Web?*, in C. GIUNTA (a cura di), *“e-Constitution”: la metamorfosi dei diritti nell’era digitale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, p. 46.

⁴⁶ Così A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Le regole di Internet tra poteri pubblici e privati. Tutela dei diritti e ruolo dell’antitrust in una prospettiva costituzionale*, cit., p. 212.

⁴⁷ Così O. GRANDINETTI, *Le piattaforme digitali come “poteri privati” e la censura online*, in L. ABBA, A. LAZZARONI, M. PIETRANGELO (a cura di), *La Internet Governance e le sfide della trasformazione digitale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 244.

⁴⁸ Scrive, sul punto, A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Le regole di Internet tra poteri pubblici e privati. Tutela dei diritti e ruolo dell’antitrust in una prospettiva costituzionale*, cit., che “oggi c’è più che mai bisogno di un costituzionalismo che, a partire dalla necessaria limitazione dell’esercizio dei

interventi procedurali *ex post*: si tratterebbe, cioè, di “applicare il costituzionalismo all’ambiente economico digitale, riconoscendo come la tutela della concorrenza possa costituire un presidio a favore delle libertà fondamentali contro il potere privato e, dunque, un contrappeso alla ‘convertibilità del potere economico in un potere politico’, privo di legittimazione democratico-rappresentativa”⁴⁹.

3.1 (segue). I regolamenti DSA e DMA: punti di forza e limiti della nuova disciplina euro-unitaria.

In questo contesto si inseriscono le recenti normative euro-unitarie, che senza dubbio rappresentano un passo in avanti in termini di garanzie procedurali e di tutela del pluralismo: il riferimento è ai due regolamenti DSA (*Digital Services Act*) e DMA (*Digital Markets Act*), il cui obiettivo è quello di riformare lo spazio digitale europeo⁵⁰, nel senso di assicurare ai cittadini-utenti europei una più efficace tutela sia come consumatori che come titolari di diritti fondamentali, riconosciuti anche dalla Carta dei diritti dell’Unione.

poteri, non solo pubblici ma ormai forse soprattutto privati, consenta di valorizzare e tutelare i diritti in modo efficace. La tutela adeguata dei diritti impone che si tenga conto di uno scenario profondamente mutato, in cui le *Big Tech* contano talvolta più degli Stati nazionali. Da questa presa di coscienza deve svilupparsi il percorso del costituzionalismo del ventunesimo secolo, che l’aggettivo ‘digitale’ concorre a chiarire. Il costituzionalismo digitale, infatti, deve porsi quale suo principale obiettivo la delimitazione dei poteri privati che controllano il *web*, il che presuppone un forte ruolo dell’antitrust: in ciò consiste il suo tratto distintivo. È per questo motivo (...) che la tutela della concorrenza diviene l’architrave necessaria a sorreggere l’insieme dei principi di questo nuovo costituzionalismo digitale” (p. 58); l’A., poi, sottolinea il ruolo della Commissione europea, giudicato “fondamentale in questi anni per la conformazione di un nuovo diritto antitrust specificamente tarato sulle caratteristiche del mondo digitale, attraverso l’applicazione di sanzioni *ex post* nei confronti delle *Big Tech*. Con una serie di decisioni di particolare rilevanza in materia di abuso di posizione dominante, il diritto della concorrenza è divenuto il principale strumento per l’*hard law* di imporsi sullo strapotere economico di società come Google o Microsoft, che in certi casi costituiscono multinazionali ormai forse persino più potenti di gran parte degli Stati nazionali (ivi, p. 62).

⁴⁹ Così M. BETZU, *I baroni del digitale*, cit., p. 104.

⁵⁰ L’ambito di applicazione del DMA, in particolare, “segue il modello del GDPR e valica così i confini della stessa Unione: l’art. 1, par. 2, prevede che il criterio sia quello dello stabilimento o della residenza dell’utente commerciale o dell’utente finale dei fornitori di servizi digitali e non dello stabilimento o della residenza di questi ultimi. In questo modo, il diritto europeo – e nella fattispecie il *Digital Markets Act* – sarà applicato, e preso sul serio, dalle *Big Tech* anche oltre i confini dell’Unione” (così A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Le regole di Internet tra poteri pubblici e privati. Tutela dei diritti e ruolo dell’antitrust in una prospettiva costituzionale*, cit., pp. 118-119).

Sebbene il DMA sia più focalizzato sulla tutela dei consumatori e sulla concorrenza soprattutto delle piattaforme online di minori dimensioni, i due regolamenti apprestano una serie di strumenti attraverso i quali contrastare il potere delle piattaforme online di maggiori dimensioni, prevedendo l'introduzione di obblighi a loro carico, di rimedi azionabili dagli utenti avverso le decisioni delle stesse piattaforme e di organismi deputati a garantire la corretta implementazione di tali garanzie. In linea generale il DSA, pur lasciando intatte le esenzioni di responsabilità per i *provider* attualmente contenute nella direttiva del 2000 sul commercio elettronico, introduce una più stringente serie di obblighi che sono destinati ad incidere anche sulla libertà di manifestazione del pensiero e sulla libertà di informazione.

Per i profili che vengono in maggiore considerazione ai nostri fini, va ricordato come i prestatori di servizi intermediari di Internet devono inserire nelle condizioni generali informazioni su eventuali restrizioni all'uso dei propri servizi, in particolare per quanto riguarda "le politiche, le procedure, le misure e gli strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana" (art. 12, par. 1).

Sempre per quanto attiene alla moderazione dei contenuti, gli stessi prestatori dovranno pubblicare una volta all'anno una relazione che, tra l'altro, deve riportare informazioni sulle attività di moderazione avviate dagli operatori (escluse le microimprese) di propria iniziativa (art. 13, par. 1, lett. c).

Inoltre, i prestatori di servizi di *hosting*, incluse le piattaforme online, dovranno organizzare un meccanismo di notifica e azione (*notice and action*) per quel che riguarda i "contenuti illegali" ed un sistema per assicurare la notifica di una risposta in merito alla decisione presa dalla piattaforma a seguito della segnalazione (art. 14).

Questi stessi operatori, qualora decidano di rimuovere specifiche informazioni fornite da un destinatario del servizio o di disabilitare l'accesso alle stesse, devono informare il destinatario della decisione al più tardi al momento della rimozione o

della disabilitazione, fornendo altresì una chiara e specifica motivazione (art. 15, par. 1), contenente almeno determinati elementi (art. 15, par. 2).

Essi devono altresì organizzare un sistema di reclami efficace, su cui le piattaforme non possono pronunciarsi avvalendosi esclusivamente di strumenti automatizzati (art. 17). Il soggetto reclamante, qualora non sia soddisfatto dell'esito, può inoltre richiedere che la questione sia definita da un organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie, fermo restando in ogni caso il suo diritto di rivolgersi all'autorità giurisdizionale competente in base al diritto dello Stato membro (art. 18, par. 1).

Le piattaforme online di dimensioni molto grandi dovranno altresì effettuare annualmente una valutazione del rischio con specifico riferimento alla diffusione di contenuti illegali tramite i loro servizi, ad eventuali effetti negativi per l'esercizio dei diritti fondamentali (tra cui la libertà di espressione e di informazione), ed alla manipolazione intenzionale del servizio, anche mediante un uso non autentico o uno sfruttamento automatizzato del servizio, con ripercussioni negative, effettive o prevedibili, sulla tutela della salute pubblica, dei minori, del dibattito civico, o con effetti reali o prevedibili sui processi elettorali e sulla sicurezza pubblica (art. 26).

Al fine di verificare il rispetto di questi obblighi le piattaforme di dimensioni molto grandi dovranno sottoporsi, a loro spese, degli audit indipendenti svolti da soggetti terzi in possesso di determinati requisiti (art. 28).

A chiusura del complesso sistema vengono infine previsti poteri di controllo e garanzia, da affidare ad un'autorità nazionale di nuova istituzione o ad un'autorità già esistente, e – novità assoluta – sanzionatori, che per l'aspetto pecuniario sono tarate su una percentuale non trascurabile del fatturato dei prestatori di servizi intermediari (art. 42).

Orbene, i regolamenti DSA e DMA hanno certamente il merito di promuovere una "prima, importante, responsabilizzazione trasversale" delle piattaforme⁵¹,

⁵¹ Così P. STANZIONE, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 13.

sancendo una trasformazione delle piattaforme – volendo ricorrere alle formule impiegate da Bianca – da “autorità di fatto” ad “autorità di diritto”⁵².

Tuttavia, non sfugge al contempo che il legislatore europeo tende a prevedere per lo più misure di carattere procedimentale, lasciando comunque mano libera alle piattaforme, “quantomeno in prima battuta, nel decidere quali contenuti possano circolare o meno, come può evincersi dalla scelta di equiparare contenuti illeciti e contenuti potenzialmente ‘dannosi’ (ma leciti) e dal potere attribuito alle stesse piattaforme, in entrambi i casi, di rimuovere/limitare i contenuti, senza neppure dover passare attraverso l’intervento dell’autorità giurisdizionale al fine di effettuare un bilanciamento con i diritti fondamentali dei cittadini: passaggio invece paradossalmente imposto alle autorità pubbliche quando adottano provvedimenti aventi effetti del tutto analoghi”⁵³.

L’impostazione di base, a ben vedere, insomma non muta profondamente: il potere sostanziale di effettuare la moderazione dei contenuti resta in mano alle piattaforme, cui è delegato il compito di individuare i contenuti da ammettere e da rimuovere, “in linea con condizioni generali di contratto da loro unilateralmente fissate o anche con codici di condotta che, comunque, hanno contribuito ad elaborare”⁵⁴.

Anche a livello nazionale, d’altronde, è stata sovente accolta la stessa logica di “delegare” alle piattaforme l’esercizio di un (invasivo) potere di controllo e di selezione dei contenuti⁵⁵: si pensi, solo a titolo esemplificativo, alla legge sul cyberbullismo del 29 maggio 2017, n. 71, “la quale ha disposto che siano le piattaforme, attraverso la procedura di *notice and take down*, a individuare i comportamenti rientranti nella definizione di cyberbullismo e a distinguerli da quelli rientranti nella espressione libera del pensiero”. È evidente, allora, “che tutti

⁵² C. M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., *passim*.

⁵³ O. GRANDINETTI, *Le piattaforme digitali come “poteri privati” e la censura online*, cit., p. 249.

⁵⁴ Così R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione. Note ricostruttive*, cit., p. 266.

⁵⁵ Sulla distinzione tra “delegated exercise of quasi-public powers online” e “autonomous exercise of quasi-public powers online”, v. G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp. 95 ss e 110 ss.

i sistemi che istituzionalmente delegano 'poteri censori' alle piattaforme, oltre che manifestare un sostanziale e totale abbandono del campo di gioco da parte dei pubblici poteri, recano con loro dei rischi e delle criticità. In primo luogo, l'attribuzione espressa di responsabilità alle piattaforme potrebbe comportare come effetto domino la costante rimozione di contenuti, anche laddove i providers nutrano meri dubbi sulla loro legittimità (...). A questo deve poi aggiungersi la considerazione di non poco momento, per la quale affidare la decisione sulla rimozione di contenuti a soggetti che ancora si considerano meri agenti economici può condurre gli stessi a modulare le proprie risposte in conformità alle pulsioni economiche ritenute più efficienti e convenienti, senza una reale garanzia per il corretto bilanciamento dei diritti in conflitto. Infine, tenendo conto dell'assetto oligopolistico della Rete, delegare *in toto* compiti così rilevanti per l'assetto democratico della manifestazione del pensiero ai pochissimi *gatekeepers*, che raccolgono il più gran numero di *users*, condurrebbe di fatto a limitare fortemente gli spazi di dibattito solo a quelle pubbliche agorà⁵⁶.

3.2 (segue) Poteri privati e protezione dei dati personali.

Una regolazione significativa e stringente, nella prospettiva della limitazione dei poteri privati delle piattaforme si registra in materia di protezione dei dati personali. Su questo terreno emerge sempre di più un aspetto fondamentale: "l'antico diritto ad essere lasciati soli è divenuto precondizione per l'esercizio di altri diritti e libertà fondamentali, oltre a connotarsi sempre di più, con lo sviluppo della società tecnologica, come interesse della collettività: la protezione dei dati è uno strumento per tutelare le società democratiche dalle degenerazioni del controllo globale, pubblico e privato"⁵⁷. Si potrebbe in qualche modo affermare, parafrasando la formula dell'art. 32 Cost., che oggi appare via via più evidente che

⁵⁶ Queste le condivisibili preoccupazioni di M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell'era digitale fra intermediari online, moderazione dei contenuti e regolazione*, cit., pp. 107-108.

⁵⁷ Così G. CERRINA FERONI, *I dati personali come oggetto di un diritto fondamentale*, in P. STANZIONE (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, cit., p. 61.

la protezione dei dati personali rappresenta non soltanto un diritto fondamentale dell'individuo ma anche un fondamentale interesse della collettività.

La protezione dei dati personali, peraltro, ha assunto una dimensione sempre più "dinamica": essa "consente di tutelare i valori fondamentali attraverso una 'cassetta degli attrezzi' che si presta ad essere utilizzata a fronte di ogni nuova fattispecie, in particolare quelle connotate da aspetti legati alla società dell'informazione"⁵⁸. Ma, ancor di più, per dirla con le parole sempre attuali di Rodotà, "l'autodeterminazione è preconditione del godimento di altri diritti fondamentali ma anche strumento di ricostruzione dei singoli diritti nel contesto sociale delineato dalle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione"⁵⁹.

Ora, di fronte ad una situazione di ormai evidente pubblicizzazione degli spazi privati, che in taluni rievoca finanche il *Panopticon* benthamiano oggetto delle riflessioni foucaultiane⁶⁰, il tema della protezione dei dati personali, è stato anch'esso oggetto di intervento da parte dell'Unione con il citato GDPR.

Ma, per i profili che qui vengono in rilievo, la sensazione è che detto regolamento, elaborato prima del 2016 (anno di sua approvazione), rischi di risultare già superato dalle più recenti acquisizioni in ordine al modo di operare delle maggiori piattaforme online.

Lo stesso concetto di "dato personale" (inteso come qualsiasi informazione riguardante una persona identificata o identificabile, ex art. 4), su cui è costruita la disciplina contenuta nel Regolamento, rischia di rivelarsi obsoleto, nel mondo dei Big Data, la cui caratteristica è proprio quella di essere costituiti da data set "non personali", ma che si riferiscono a gruppi omogenei di persone, la cui identificazione non è necessariamente indispensabile per il loro utilizzo a fini di profilazione dei cittadini-utenti. Non a caso si propone di distinguere i dati non tanto dalla loro qualificazione come "personali" o "non personali" al momento

⁵⁸ Ivi, pp. 71-72.

⁵⁹ S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo Codice sulla privacy*, in *Europa e diritto privato*, 1/2004, p. 5.

⁶⁰ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire* (1975), trad. it. Einaudi, Torino, 2014, *passim*.

della raccolta, bensì in base all'utilizzo che se fa⁶¹. Ma, in considerazione del fatto che l'utilizzo futuro dei dati è "ignoto" al momento della raccolta persino a chi li raccoglie ed è altresì "cangiante" in relazione agli utilizzi che se ne possono e/o se ne potranno fare, ed ancora che addirittura dati in origine anonimi o successivamente anonimizzati posso essere *ex post* de-anonimizzati anche attraverso l'utilizzo del semplice codice di avviamento postale di una determinata persona, è evidente come la disciplina del GDPR rischi di non poter incidere sugli aspetti più critici del fenomeno della raccolta dei dati e della profilazione dei cittadini-utenti.

Nel nuovo mondo dei Big Data diventa altresì inadeguato a salvaguardare i diritti dei soggetti interessati il meccanismo del "consenso informato" (su cui è invece ancora costruito il GDPR), visto che il cittadino-utente, al momento della prestazione del consenso, non è assolutamente in grado di rendersi conto a che fini verranno utilizzati i dati che, singolarmente o collettivamente, lo riguardano.

Ancora, lo stesso riconoscimento (storico) del diritto all'oblio non sembra "risolvere" il problema dei "poteri privati". Anzi, già la stessa sentenza *Google Spain* del 2014 ha di fatto affidato alle piattaforme medesime la funzione di valutare l'interesse pubblico al mantenimento negli archivi della rete delle informazioni delle quali il soggetto coinvolto abbia richiesto la rimozione, al punto che si è detto, alla luce dei poteri discrezionali di valutazione comparativa degli interessi coinvolti (utilizzando volutamente, con ciò, un'espressione tipicamente amministrativistica), che "*Google is operating much like a government agency with numerous responsibilities, including quasi-lawmaking, quasi-adjudicative, and quasi-enforcement powers*"⁶².

4. Conclusioni.

⁶¹ S. CALZOLAIO, *Protezione dei dati personali*, in *Digesto disc. pubbl. – Aggiornamento*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 605 ss.

⁶² E. LEE, *Recognizing Rights in Real Time. The Role of Google in the EU Right to be Forgotten*, in *UC Davis School of Law – Law Review*, vol. 49, 2016, p. 1025, ricordato da M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà di espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, cit., p. 40.

Si è giunti, così, muovendo dal problema dei poteri privati, alla conclusione di questa ricostruzione. Si è ben visto come la rete, con (e nonostante) le sue promesse di inedita apertura democratica di un dibattito pubblico finalmente paritario, grazie alla possibilità per ciascun cittadino-utente di poter condividere con una comunità potenzialmente planetaria le proprie idee, si sia rivelata un mondo ben più complesso. L'ingresso sulla scena di motori di ricerca e di social network di portata globale, che finiscono col possedere una posizione pressoché monopolistica nei rispettivi mercati, ha significativamente modificato il contesto in cui si svolgono attività, come quelle legate alla manifestazione del pensiero dei singoli ed alla libertà di informare, cruciali per le nostre democrazie.

Le iniziative assunte a livello UE sembrano voler invertire la tendenza, assolutamente maggioritaria sino a pochi anni fa, del "non intervento" pubblico nella disciplina e regolamentazione di Internet e delle piattaforme in particolare, mettendo alle spalle le illusioni sull'autoregolamentazione, e ponendosi così – sia pur tra non poche ambiguità e contraddizioni – nel solco di una visione prescrittiva del costituzionalismo, che imbrigli i nuovi poteri (privati) e garantisca i diritti degli utenti.

Benché non risolutivi e senz'altro perfettibili, in particolare i recenti regolamenti segnano un cambio di passo, quantomeno sotto il profilo della trasparenza e della c.d. accountability delle piattaforme, che non può più aspettare, ove si voglia ancora conservare (anche) un minimo di genuinità ed eguaglianza nel confronto politico-elettorale e, più in generale, nella formazione di un'opinione pubblica consapevole (che, al contrario, oggi appare via via più "sfilacciata", frammentata sino alla dimensione virtuale del singolo "utente-atomo", chiuso nella sua *filter bubble* e ridotto a consumatore passivo).

Non può nascondersi che si tratti di una sfida epocale per il diritto, ed in particolare per il diritto costituzionale. Ma è la sfida del nostro presente e del nostro futuro, che deve essere affrontata e vinta, nel nome di una visione che riaffermi la centralità della persona umana di fronte alla logica dei nuovi padroni del capitalismo della sorveglianza.

Di qui, invero, la necessità di un ruolo forte della politica, di “vigilanza critica”⁶³ e di prudente attivismo: se ancora troppo spesso, come si lamentava già tempo addietro, si assiste ad una “tecnologia che sorprende e a una politica che si lascia sedurre”, fondamentale appare un mutamento di paradigma, che rivendichi la centralità della buona politica, in quello spazio “tra l’innovazione e la sua distorsione” in cui essa può agire per “garantire Internet come spazio neutrale e nella sua capacità ‘generativa’, nella sua attitudine a produrre innovazione”⁶⁴ vigilando sul rispetto della persona umana e del suo nucleo di diritti inviolabili. Affinché la storia, come aveva avvertito Norberto Bobbio, “conduca al Regno dei diritti dell’uomo anziché al Regno del Grande Fratello” orwelliano⁶⁵.

⁶³ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 138.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Così in A. LAMBERTI, *Libertà di informazione e democrazia ai tempi della società digitale*, cit., p. 908, riprendendo N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino, 2014 (ult. ed.), p. 249 (ricordato anche da A. CELOTTO, *L’età dei “non” diritti*, Giubilei Regnani, Roma-Cesena, 2021, seconda ed., p. 165).