

Valentina Cavani

# Nuovi poteri, vecchi problemi. Il costituzionalismo alla prova del digitale

(doi: 10.17394/107035)

Diritto pubblico comparato ed europeo (ISSN 1720-4313)

Fascicolo 1, gennaio-marzo 2023

**Ente di afferenza:**

*Università Luiss (luiss)*

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

## **Licenza d'uso**

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Valentina Cavani

# Nuovi poteri, vecchi problemi

## Il costituzionalismo alla prova del digitale

### **New powers, old problems: constitutionalism at the test of the digital world**

The aim of this article is to investigate the impact of technology on constitutional law, in order to check whether modern constitutionalism is still able to achieve its traditional goals: limiting power and guaranteeing the protection of fundamental rights. In the digital world, the power to be limited is no longer the public power of the state, but rather the private power of digital platforms. By producing and enforcing law, digital platforms are able to affect users' fundamental rights, especially freedom of expression. Taking note of the European Union's efforts to regulate and limit the power of online platforms, this contribution attempts to answer the following question: must constitutionalism, in order to survive, become "digital"?

**Keywords:** constitutional law, digital constitutionalism, digital platform, Internet governance, private powers.

## 1. Il costituzionalismo e il nuovo potere sovrano

«Il costituzionalismo non è dottrina, metodo oppure, meglio ancora, tecnica del passato, ovvero ancorata al passato. È piuttosto come un plebiscito che si rinnova ogni giorno: perché sviluppa nuove forme di valorizzazione e di tutela della libertà dell'individuo»<sup>1</sup>.

Queste parole ben rappresentano il punto di partenza (e, forse, la stessa conclusione) delle riflessioni che seguiranno.

Volendo iniziare da una definizione di costituzionalismo, quella che – tra le tante – meglio si adatta agli scopi odierni è quella di “tecnica della libertà”<sup>2</sup>. Le diverse declinazioni del costituzionalismo (la separazione dei poteri, le garanzie costituzionali, la tutela dei diritti fondamentali) possono, infatti, essere interpretate come tecniche per l'affermazione della libertà dell'individuo.

Pur nella diversità degli ambiti, queste tecniche convogliano verso un unico fine, quello di delimitare giuridicamente il potere sovrano.

<sup>1</sup> T.E. Frosini, *Liberté Egalité Internet*, Napoli, 2019, 189.

<sup>2</sup> La definizione è di B. Mirkine Guetziévitch, *Droit Constitutionnel International*, Paris, 1933.

Come sappiamo, dalla sua stessa origine, la teoria costituzionale lotta con il problema del controllo del potere. «Nel “senso moderno”, questa disciplina stabilisce regole o costruisce istituzioni capaci di proteggere le libertà personali da vincoli esterni»<sup>3</sup>. Secondo questa idea, il diritto costituzionale ha sempre seguito l'evoluzione del potere sovrano, adeguando e adattando il suo intervento alla fisionomia che esso ha assunto nel tempo.

In un primo momento il potere da limitare fu quello (privato) del Re e lo strumento prescelto fu la legge parlamentare e la sua istituzione espressiva, lo Stato. Successivamente, la sovranità da contenere fu proprio quella (pubblica) dello Stato e da qui la nascita delle costituzioni “rigide” del secondo dopoguerra.

L'avvento del XXI secolo e della cosiddetta “era digitale” ha aperto una nuova stagione per il costituzionalismo, perché esso si trova dinanzi a un potere sovrano nuovo e diverso, sotto tutti i punti di vista. Oggi, infatti, la sovranità non ha più caratteri necessariamente privati o pubblici, personali o collettivi, ma essenzialmente *tecnici*. La potenza da limitare e “costituire” positivamente non è più quella privata del re o quella pubblica dello Stato, ma un nuovo tipo di potenza che oggi può presentarsi sia sotto forma privata che pubblica: «È il paradigma tecnologico che si presenta come dominante, come fattore di liberazione della persona e di innovazione irresistibile, dunque, irrinunciabile»<sup>4</sup>.

Negli ultimi decenni la società ha conosciuto trasformazioni profonde e rapidissime legate all'introduzione delle nuove tecnologie.

L'incidenza del fattore tecnologico sul costituzionalismo abbraccia una quantità di fenomeni – dalle comunicazioni digitali all'intelligenza artificiale – destinati a modificare profondamente l'identità dell'individuo e la sua coscienza sociale, con modalità spesso ancora ignote e a ritmi inusualmente accelerati.

## 2. Il rapporto tra diritto e tecnologia

Definita la portata del cambiamento, occorre indagare quale sia stata (o quale sia tuttora) la risposta del diritto.

<sup>3</sup> A. Simoncini, E. Longo, *Fundamental Rights and the Rule of Law in the Algorithmic Society*, in H.-W. Micklitz, O. Pollicino, A. Reichman, A. Simoncini, G. Sartor, G. De Gregorio (Eds.), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2022, 30.

<sup>4</sup> A. Simoncini, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (cur.), *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, 2017, 20.

Il diritto, come regola di condotta delle (e per le) società umane, è sempre una reazione ad accadimenti. Rispetto ai quali viene “dopo”. Ma allo stesso tempo, è anche un tentativo di prevenirli<sup>5</sup>: «In questa relazione con i fatti si colloca sia la carica prescrittiva del diritto, sia la sua ragionevolezza, nel senso, appunto, di “adeguatezza ai fatti”»<sup>6</sup>.

In questa sede, i “fatti” che rilevano sono innanzitutto gli sviluppi e i prodotti delle tecnologie.

L’influenza della tecnologia sul paradigma giuridico non è certo un’esperienza esclusiva dell’epoca in cui viviamo.

Nel corso della storia, l’avanzare della tecnologia ha costretto l’uomo a forgiare nuovo diritto per far fronte a nuove sfide e nuovi problemi: dalla stampa alle automobili ogni grande invenzione ha sempre richiesto l’intervento del diritto per poter operare senza intaccare l’ordinato funzionamento della società umana<sup>7</sup>.

Tutta la storia umana mostra come la relazione diritto-tecnologia sia sempre esistita e come le grandi innovazioni tecniche abbiano determinato svolte epocali nella scienza giuridica<sup>8</sup>.

Inevitabilmente il diritto reagisce ai mutamenti della società e della tecnologia: a una società in fermento, profondamente mutata dalle nuove tecnologie, deve corrispondere un diritto sempre più pronto ad adattarsi ai diversi contesti<sup>9</sup>.

Si può, pertanto, affermare che la pressione dell’innovazione tecnologica sul sistema giuridico sia una costante storica<sup>10</sup>.

Niente di nuovo, dunque. Ma è proprio così?

<sup>5</sup> Non a caso l’espressione “previsioni normative” è spesso utilizzata quale sinonimo di “norme giuridiche”.

<sup>6</sup> T. Groppi, *Alle frontiere dello Stato Costituzionale. Innovazione tecnologica e intelligenza artificiale*, in *Consulta Online*, 3, 2020, 675.

<sup>7</sup> A. Iannotti della Valle, *L’età digitale come “età dei diritti”: un’utopia ancora possibile?*, in *federalismi.it*, 16, 2019, 5.

<sup>8</sup> Sulla possibilità di attingere alle esperienze maturate dalle rivoluzioni tecnologiche del passato per inquadrare le problematiche portate dalle tecnologie digitali si veda G. Ghidini, D. Manca, A. Massolo, *La nuova civiltà digitale. L’anima doppia della tecnologia*, Milano, 2020, i quali avanzano l’ipotesi «forse non del tutto peregrina» che «non poche delle novità offerte e/o annunciate sul piano economico e sociale dalle tecnologie digitali trovano alcune significative corrispondenze [...] con le risposte sociali determinate dalle rivoluzioni tecnologiche del passato» (18).

<sup>9</sup> D’altronde, il diritto nasce da ragioni eminentemente pratiche. Lo stesso V. Frosini, uno dei padri dell’informatica giuridica in Italia, ha definito in tempi non sospetti il diritto come «morfologia della prassi» (V. Frosini, *La struttura del diritto*, Milano, 1962).

<sup>10</sup> Come ben argomentato da P. Costanzo: «Di un congeniale intreccio tra sviluppo del fattore tecnologico ed evoluzione dello Stato moderno sembra, per vero, lecito ragionare non da oggi» (P. Costanzo, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, *Relazione al Convegno annuale AIC su “Costituzionalismo e globalizzazione”*, Salerno, 23-24 novembre 2012, in [www.astrid.eu](http://www.astrid.eu), 6).

Se le precedenti osservazioni possono convincere del fatto che «l'intreccio tra fattore tecnologico e Stato westfaliano non costituisc(e) affatto un fenomeno inedito»<sup>11</sup>, deve esserne, tuttavia, immediatamente colto l'attuale mutamento di segno.

La creatività umana, coniugata con l'economia capitalistica globale del terzo millennio, ha impresso allo sviluppo tecnologico un'accelerazione mai sperimentata prima, compiendo passi che ci spingono a interrogarci un po' più nel profondo sul ruolo e sull'adequatezza del diritto.

### 3. Internet e la rivoluzione digitale

La pressione dell'evoluzione tecnologica sul diritto si è fatta quasi incontenibile con l'avvento di Internet.

«Nel Ventunesimo secolo si staglia chiaramente l'orizzonte giuridico dell'Internet. Che è anche il nuovo orizzonte del costituzionalismo contemporaneo»<sup>12</sup>.

Internet si è ormai emancipato dal frainteso ruolo di mero mezzo di comunicazione di massa (al pari di stampa, radio e televisione) per trasformarsi in un contenitore in cui possono riversarsi le molteplici dinamiche dell'esistenza umana<sup>13</sup>.

La Rete rappresenta una vera e propria "dimensione", nuova e prima inimmaginabile, in cui risultano astrattamente esercitabili tutti i diritti e le libertà fondamentali.

Rispetto al contesto analogico, questa nuova dimensione presenta strutturali discontinuità, che inevitabilmente comportano una rimodulazione (se non il superamento) di alcuni tra i caratteri fondamentali dello Stato moderno.

A essere in pericolo è soprattutto l'applicazione del principio della sovranità nazionale, a causa della perdita di senso che l'uso della Rete infligge alla nozione stessa di territorio<sup>14</sup>, ma anche a causa della debolezza

<sup>11</sup> Ivi, 8.

<sup>12</sup> T.E. Frosini, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Dir. informaz.*, 3, 2020, 468.

<sup>13</sup> Cfr. L. Nannipieri, *Costituzione e nuove tecnologie: profili costituzionali dell'accesso ad internet*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 3, 2013.

<sup>14</sup> In quest'ottica, A. Baldassarre giunge ad affermare che sia proprio il "medium" della Rete a reggere l'intera "società globale": A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002. «La rete, che incide sulla configurazione delle fonti del diritto contemporaneo, è l'infrastruttura della globalizzazione», così E. Maestri, *Lex informatica e diritto. Pratiche sociali, sovranità e fonti nel cyberspazio*, in *Ars Interpretandi*, 2017, 19. Usando le parole di T.W. Goldsmith, *Who controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, New York, 2006, 179, Internet è strumento «catalizzatore essenziale della globalizzazione contemporanea».

intrinseca della sua *governance*, per la difficoltà di ridefinire i contorni delle responsabilità e del controllo.

In Rete sfuma la stessa, storica, distinzione tra pubblico e privato<sup>15</sup>: nella società digitale «queste dimensioni sono costantemente mescolate, soggetti privati assumono volontariamente funzioni tradizionalmente proprie dei pubblici poteri, mentre i soggetti pubblici sono spesso costretti a rivolgersi a privati (e non volontariamente li scelgono) per poter continuare ad assolvere le proprie funzioni»<sup>16</sup>.

La sovrapposizione tra privato e pubblico che connota la dimensione digitale «determina il germinare di incistamenti, di ibridazioni, e di istituti giuridici in transito tra le maglie dei fenomeni di regolazione globale e delle Costituzioni singolo-nazionali. Una area grigia in cui le categorie giuridiche gius-pubblicistiche classiche tendono a perdere aderenza»<sup>17</sup>.

Il diritto pubblico è, dunque, chiamato a una sfida importante, forse epocale, di fronte a quella che può definirsi una vera e propria rivoluzione<sup>18</sup>.

E come ogni rivoluzione che si rispetti, essa comporta una rottura: «Nel cuore di questa rottura si deve aprire una riflessione sul ruolo della scienza costituzionalistica in una società reticolare globale in cui le dimensioni spaziali e temporali differiscono radicalmente rispetto a quelle attorno cui la scienza costituzionalistica liberal-democratica si è storicamente formata»<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Per una ricostruzione in chiave storica sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, cfr. B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato*, Bologna, 2020. Norberto Bobbio, alla voce *pubblico/privato* redatta per l'*Enciclopedia Einaudi* nel 1981, parlava al proposito di una «grande dicotomia», di una distinzione idonea a «dividere l'universo in due sfere, congiuntamente esaustive [...] e reciprocamente esclusive». Oggi, dinanzi all'enorme potere esercitato dai poteri privati in Rete, la scenografia disegnata da Bobbio negli anni '80 va ripensata, non essendovi più la stessa certezza né sui soggetti, né sulle attività.

<sup>16</sup> A. Simoncini, E. Cremona, *La AI fra pubblico e privato*, in questa *Rivista*, 1, 2022, 256.

<sup>17</sup> A. Venanzoni, *Internet e l'epoca delle Costituzioni capillari: il ruolo del costituzionalismo nella società digitale*, in *Cyberspazio e diritto*, 3, 2018, 297.

<sup>18</sup> Questa terminologia è utilizzata da L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017. D'altra parte, la capacità rivoluzionaria di Internet non deve stupire. Si pensi, infatti, alle inaspettate e sorprendenti similitudini dell'avvento della Rete con altri fenomeni verificatisi nel corso della storia e finanche con il mondo romano. La rete di Internet, così come la rete stradale dei romani, è nata per fini militari: Internet, nato come arpanet, per le comunicazioni militari; le strade romane per lo spostamento delle legioni. Eppure, entrambe le reti, in momenti storici apparentemente tanto diversi, hanno finito per mutare la società, intensificando i commerci e le comunicazioni e ampliando così gli orizzonti economici e culturali. Per un quadro generale sulla sequenza storica della rivoluzione della tecnologia dell'informazione e sulle rivoluzioni industriali si veda M. Castells, *La nascita della società in rete*, Milano, 2014. Per una panoramica sulle origini di Internet, M. Barberis, *Ecologia della rete. Come usare internet e vivere felici*, Milano, 2021.

<sup>19</sup> A. Venanzoni, *Internet e l'epoca delle Costituzioni capillari*, cit., 296.

Un simile cambiamento ha portato a ritenere che la società contemporanea stia vivendo un nuovo «momento costituzionale»<sup>20</sup>.

Per questo motivo è necessario interrogarsi sulla perdurante validità dei principi del costituzionalismo moderno, sul se e sul come gli stessi possano sopravvivere al dirompente impatto della tecnologia digitale.

#### 4. L'impatto della tecnologia sui diritti fondamentali

Un ottimo banco di prova per verificare l'impatto di Internet sul costituzionalismo è quello dei diritti fondamentali, tradizionalmente codificati nelle costituzioni statali.

D'altronde, «la pressione che il contenuto dei diritti subisce per effetto del dinamismo tecnologico è un dato pressoché generalmente condiviso»<sup>21</sup>.

I diritti costituzionali, volti a garantire le libertà fondamentali degli individui, sono la positivizzazione formale dei valori morali e normativi nella legge suprema di uno Stato nazionale. Questi diritti realizzano un duplice scopo. Da un lato, servono a proteggere il loro titolare da interferenze ingiustificate e permettono la partecipazione alla sfera politica. Dall'altro, agiscono come limiti all'esercizio del potere da parte dello Stato, creando sfere private di autonomia.

Non solo, più in generale «sono i diritti a determinare e qualificare i poteri, attribuendo a questi ultimi forma e sostanza, non solo in base alla capacità dei primi di assoggettare i secondi, ma anche in forza dell'esigenza – che è propria del costituzionalismo moderno – di collegare l'intero sistema dei poteri ai diritti, assegnando all'ordinamento in quanto tale il compito di prestare una effettiva garanzia ai diritti ritenuti fondamentali»<sup>22</sup>.

Il progresso tecnologico ha portato con sé sfide inedite per i diritti fondamentali, creando la paradossale situazione per cui gli stessi si

<sup>20</sup> E. Celeste, *Digital Constitutionalism: Mapping the Constitutional Response to Digital Technology's Challenges*, in *HIIG Discussion Paper Series*, 2, 2018. È stato autorevolmente sostenuto che il diritto costituzionale sia «il più pienamente "storico"» in quanto diritto «più esposto alle tempeste della storia, collegato com'è ai mutamenti profondi che il corso del tempo determina sul concreto modo di conformarsi dei rapporti sociali e politici che reggono le comunità organizzate»: G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, 4.

<sup>21</sup> M. Betzu, *Regolare Internet. La libertà d'informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2012, 18.

<sup>22</sup> G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., 58.

trovano sì di fronte a nuove forme e nuove opportunità di esercizio, ma anche a nuove minacce e a nuovi pericoli<sup>23</sup>.

Ancora più incisivamente, è mutato il soggetto su cui grava il dovere corrispondente al diritto esercitato dall'individuo: se in passato tale posizione era ricoperta esclusivamente dallo Stato (il quale ha da sempre svolto un compito fiduciario nella tutela delle libertà dei propri cittadini), nell'ecosistema digitale si fa sempre più rilevante il ruolo esercitato dai poteri privati nel rispetto dell'autonomia dell'individuo.

L'ascesa della società digitale ha portato a un cambiamento paradigmatico in cui il potere pubblico non è più l'unica fonte di preoccupazione per il rispetto dei diritti fondamentali e la tutela della democrazia.

In questa sede si intende verificare la portata del cambiamento, e le sue conseguenze, prendendo a riferimento quella che, forse, può ritenersi la libertà «di più immediata percezione sul web»<sup>24</sup>: la libertà di manifestazione del pensiero.

## 5. Un esempio concreto: la libertà di manifestazione del pensiero e le piattaforme digitali

Sin dalle origini, con la nascita dello Stato liberale e la garanzia delle libertà negative, rinsaldate all'interno delle carte fondamentali, il costituzionalismo europeo ha collocato in una posizione centrale la libertà di manifestazione del pensiero, «facendone il caposaldo di ogni società democratica e la cifra distintiva di questo modello»<sup>25</sup>.

La libertà di espressione rappresenta il diritto fondamentale che, tra i vari che hanno derivato dall'avvento di Internet un nuovo spazio di eser-

<sup>23</sup> È quel carattere "ambiguo" della modernità che Zygmunt Bauman ha messo in luce da tempo: cfr. Z. Bauman, *Modernità e ambivalenza*, Torino, 2010. Sull'ambivalenza del paradigma tecnologico si veda anche A. Simoncini, *The Constitutional Dimension of the Internet: Some Research Paths*, in *EUI Department of Law Research*, 6, 2016.

<sup>24</sup> M. Bassini, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in *Riv. it. inf. dir.*, 2, 2021, 6.

<sup>25</sup> O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli (cur.), *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017, 3. La stessa Corte costituzionale ha posto un forte accento sul rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero e regime democratico, affermando che la prima è «pietra angolare dell'ordine democratico» (sentenza n. 84 del 1969), «cardine di democrazia nell'ordinamento generale» (sentenza n. 126 del 1985). In senso analogo, anche le sentenze: n. 11 del 1968, che definisce il diritto di cui all'art. 21 Cost. «coessenziale al regime di libertà garantito dalla Costituzione»; n. 98 del 1968, secondo cui la «libertà di manifestazione del pensiero [...] è ordine dell'ordinamento democratico»; n. 126 del 1985 (già citata), ove si ribadisce «la rilevanza centrale [...] che la libertà di manifestazione del pensiero, anche e soprattutto in forma collettiva, assume ai fini dell'attuazione del principio democratico».



cizio, in maniera più ricorrente è associato allo sviluppo della dimensione digitale.

*Sedes materiae* privilegiata per l'inquadramento dei riflessi costituzionali di Internet, «è soprattutto rispetto a questo diritto fondamentale che la rete sembra aver provocato conseguenze di non secondario momento»<sup>26</sup>.

La Rete ha realizzato una sostanziale trasfigurazione dello spazio di esercizio di questa libertà da una connotazione eminentemente pubblicistica a una di natura anche privatistica. L'evoluzione di Internet ha profondamente mutato il carattere bidimensionale della libertà di espressione (tradizionalmente incentrata sul rapporto Stato-cittadino) aggiungendo un terzo attore nella regolazione del discorso pubblico: le piattaforme digitali<sup>27</sup>.

Queste ultime rappresentano i “gatekeepers”<sup>28</sup> del “mercato delle idee”<sup>29</sup> perché, in un regime di sostanziale oligopolio<sup>30</sup>, sovrintendono al processo di produzione, distribuzione e controllo del flusso informativo sulla Rete.

Nelle più recenti analisi giuridiche, è ormai invalsa la qualificazione delle piattaforme come “poteri privati”: cioè, soggetti che agiscono nelle

<sup>26</sup> M. Bassini, *Internet e libertà di espressione*, Roma, 2019, 165. D'altronde, «Il significato di questa libertà è stato condizionato, se non addirittura identificato, in modo decisivo dal mezzo attraverso il quale si esercita il diritto di manifestare liberamente il pensiero»: T.E. Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Rivista AIC*, 1, 2021, 7.

<sup>27</sup> Come provocatoriamente suggerito da Balkin «la libertà di parola è un triangolo», J.M. Balkin, *Free Speech is a Triangle*, in *Columbia Law Review*, 118(7), 2018. Si veda anche M. Sorice, *La “piattaformizzazione” della sfera pubblica*, in *Comunicazione politica, Quadrimestrale dell'Associazione Italiana di Comunicazione Politica*, 3, 2020.

<sup>28</sup> Il primo utilizzo in senso figurato del termine *gatekeeper* si deve a Kurt Lewin che lo usò per descrivere il ruolo di una moglie o di una madre nel decidere quali cibi presentare in tavola: K. Lewin, *Frontiers in Group Dynamics*, in *Human Relations*, 2, 1947, 5 ss. L'espressione è stata poi ripresa da E.B. Laidlaw, *Regulating Speech in Cyberspace*, Cambridge, 2015, 44 ss.

<sup>29</sup> Questa metafora, di stampo liberale classico, le cui radici filosofiche risalgono ai lavori di John Milton (*Areopagitica*, 1644) e James Stuart Mill (*Sulla libertà*, 1859), è stata poi utilizzata nei pareri della Corte suprema degli Stati Uniti. In primis, nella *dissenting opinion* del giudice Holmes nella decisione del caso *Brahm vs. United States* (1919) e, successivamente, nell'opinione concorrente del giudice Douglas nella decisione del caso *Rumely vs. United States* (1953). Sui pericoli di una ricezione supina di tale metafora nell'ambito digitale, cfr. O. Pollicino, *Fake news, Internet and metaphors (to be handled carefully)*, in *Italian Journal of Public Law*, 1, 2017.

<sup>30</sup> Sul punto si veda G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, 1, 2018, 23: «Se la rete è nata all'insegna del massimo di decentramento e di apertura, è pur vero che oggi la distribuzione dell'informazione all'utente è concentrata nelle mani di pochi Over The Top (OTP), che hanno accumulato un enorme potere economico, in un mondo, come quello dell'economia digitale, in cui meccanismi di lock-in, “effetti di rete” ed economie di scala portano a mercati a elevatissima concentrazione di tipo oligopolistico o addirittura monopolistico».

forme del diritto privato, ma che, per la loro posizione di forza economica e/o sociale, sono capaci di incidere sull'esercizio delle libertà fondamentali dei singoli<sup>31</sup>.

Questi "moligopolisti"<sup>32</sup> stanno sviluppando, di fatto, un'autorità e un'influenza politica un tempo riservate alle istituzioni pubbliche<sup>33</sup>: «il governo delle relazioni digitali in rete è prevalentemente esercitato da soggetti privati, anche per il tramite degli strumenti tecnologici»<sup>34</sup>.

Lo stesso Mark Zuckerberg, CEO di Facebook, ha affermato che «in a lot of ways Facebook is more like a government than a traditional company»<sup>35</sup>.

La trasformazione è epocale: «era probabilmente dai tempi delle corporazioni delle città comunali e rinascimentali che soggetti privati economici non detenevano un così pervasivo potere para-statale sul discorso pubblico, imponendo regole alla circolazione delle idee e limiti a determinate opinioni»<sup>36</sup>.

Dato atto del legame che unisce i prestatori di servizi alla libertà di espressione, occorre valutare all'atto pratico quali sfide il nuovo ecosistema digitale popolato da poteri privati abbia provocato rispetto alla tutela di questo diritto.

Sono soprattutto due le domande che il costituzionalista deve porsi<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> Quello delle autorità private (o poteri privati) è tema antico, indagato tanto dalla dottrina privatistica (si ricordi per tutti C.M. Bianca, *Le Autorità private*, Napoli, 1977) quanto da quella pubblicistica (per la quale non si può non richiamare la monografia di G. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1967). Pure nella letteratura straniera il tema ritorna dapprima nei cosiddetti "private interest governments" di Wolfgang Streeck e Philippe Schmitter (A.W. Streeck, P.C. Schmitter, *Community, market, state – and associations? The prospective contribution of interest governance to social order*, in Idem [Eds.], *Private interest government: beyond market and State*, London, 1985) e poi nella vastissima produzione scientifica di Gunther Teubner (G. Teubner, *Autopoietic law: A new approach to law and society*, Berlin, 1988; Idem, *Diritti ibridi: costituzionalizzare le reti di governance private*, in Idem, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, trad. it. a cura di R. Prandini, Roma, 2005, 128 ss.).

<sup>32</sup> N. Petit, *Big Tech and the Digital Economy: The Moligopoly Scenario*, Oxford, 2020.

<sup>33</sup> Così A. Simoncini, E. Longo, *Fundamental Rights and the Rule of Law in the Algorithmic Society*, cit., 33.

<sup>34</sup> G. Resta, *Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale*, in G. Resta, F. Caggia (cur.), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 2019, 118.

<sup>35</sup> In vox.com, 2 aprile 2018. Ancora, F. Pasquale, con riferimento alla piattaforme digitali nota che «they were private companies, but they controlled vital resources and enjoyed a power similar to that of a public authority»: F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge-London, 2015.

<sup>36</sup> M. Monti, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Riv. it. inf. dir.*, 1, 2019, 36.

<sup>37</sup> Autorevolmente suggerite da G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., 47.

Di fronte ai cambiamenti epocali passati in rassegna, possiamo mantenere inalterati i vecchi schemi concettuali, elaborati avendo a mente il potere pubblico come unico pericolo da cui difendersi?

Oppure dobbiamo tentare di adeguarli a una nuova realtà, imposta dal travolgente sviluppo tecnologico, prendendo coscienza del fatto che una minaccia alla libertà di espressione oggi può venire anche (e soprattutto) da soggetti privati?

«Dancing in the street» fu il commento Alexander Meiklejohn, filosofo del diritto<sup>38</sup>, a una sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America (*New York Times Co. v. Sullivan*, 1964) che aveva negato il potere dello Stato di intervenire su chi esercita la propria libertà di manifestazione del pensiero.

Cosa succede, oggi, alla luce del ruolo sempre più preponderante dei poteri privati? Si può ancora “ballare per strada”<sup>39</sup>?

Il primo passo è certamente analizzare il ruolo svolto dalle piattaforme digitali e comprendere i mutamenti profondi che la libertà di manifestazione del pensiero sta subendo per poter immaginare quali rimedi possa (ancora) offrire il costituzionalismo.

## 5.1. *La moderazione dei contenuti*

L'attività che più riflette la capacità delle piattaforme di incidere sulle dinamiche di esercizio della libertà di espressione è quella di moderazione dei contenuti. Quest'ultima rappresenta l'insieme dei meccanismi di *governance* che strutturano la partecipazione a una comunità *online*, al fine di favorire la cooperazione tra gli utenti e prevenire la commissione di abusi<sup>40</sup>.

La moderazione è attività connaturale all'esistenza stessa delle piattaforme sul web<sup>41</sup> e, contrariamente a quanto si è tentato inizialmente di sostenere, non è un'attività neutrale<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Si veda la citazione riportata in H. Kalven Jr., *The New York Times Case: A Note on "The Central Meaning of the First Amendment"*, in *Supreme Court Review* 191, 1964, 221, nt. 125.

<sup>39</sup> G. Conti, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, in *Rivista AIC*, 4, 2018.

<sup>40</sup> J. Grimmelmann, *The Virtues of Moderation*, in *Yale Journal of Law and Technology*, 17, 2015, 42-109.

<sup>41</sup> «Moderation is not an ancillary aspect of what platforms do. It is essential, constitutional, definitional. Not only can platforms not survive without moderation, they are not platforms without it»: T. Gillespie, *Custodians of the Internet: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media*, New Haven-London, 2018.

<sup>42</sup> «Queste piattaforme tecnologiche, infatti, sono tutt'altro che neutrali, essendo prodotte da poche (e ricchissime) società commerciali che realizzano larghissimi profitti attraverso

Nel dizionario leggiamo che “moderare” significa “contenere entro giusti limiti”. Nel caso dei contenuti *online*, equivale a dire che le piattaforme digitali hanno il potere di stabilire i confini entro i quali gli utenti possono esprimere il proprio pensiero.

La moderazione, dunque, non è solo un insieme di regole tecniche, ma contribuisce a definire lo *standard* di protezione della libertà di espressione in ambito digitale.

In senso lato, l'attività in esame comprende due diversi aspetti<sup>43</sup>. Il primo si riferisce alla rimozione dei contenuti contrari alle condizioni d'uso del servizio, nonché all'imposizione di sanzioni (ad esempio, la sospensione o cancellazione del profilo) a carico di chi li abbia postati: si parla in questo caso di moderazione “in senso stretto” o di *hard moderation*. Il secondo aspetto, invece, si riferisce all'organizzazione, distribuzione e disseminazione dei contenuti stessi, attraverso una loro gerarchizzazione atta a migliorare l'esperienza degli utenti. A questi sono offerti, infatti, i contenuti che più possano loro interessare: si parla, con riferimento a tale attività, di “cura dei contenuti” (o *soft moderation*).

In entrambi i casi, ciò che risulta evidente è la dimensione tutta contrattuale, e quindi privatistica, in cui si colloca l'attività di “moderazione/raccomandazione” svolta dalle piattaforme.

Un'attività attraverso cui, nel vuoto della regolazione pubblica e con il favore dell'elevata tecnicità degli spazi e degli strumenti utilizzati, rischia di delinearsi un ordinamento giuridico autonomo, “autoprodotta” dalle medesime piattaforme e nel quale le stesse svolgono sempre più attività un tempo di esclusivo appannaggio del potere statale<sup>44</sup>.

## 5.2. Le piattaforme digitali creano diritto

Come detto, attraverso la moderazione dei contenuti le piattaforme digitali “governano” l'esercizio della libertà di espressione in Rete.

Gli strumenti che gli intermediari usano per “governare”, tuttavia, non sono leggi create da un parlamento democraticamente eletto, ma

la raccolta, l'elaborazione e la vendita dei dati personali degli utenti che le utilizzano, fornendo sia informazioni che valutazioni realizzate attraverso l'elaborazione di questi dati»: A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 70.

<sup>43</sup> P. Dunn, *Moderazione automatizzata e discriminazione algoritmica: il caso dell'hate speech*, in *Riv. it. inf. dir.*, 1, 2022, 134.

<sup>44</sup> R. Niro, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolazione: note ricostruttive*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2021, 1379-1380.

piuttosto regole stabilite in documenti contrattuali variamente denominati: “termini di servizio”, “condizioni d’uso”, “standard della comunità”, ecc.<sup>45</sup>.

Questi ultimi sono sì, formalmente, accordi tra privati, eppure hanno caratteristiche evidenti che li avvicinano a vere e proprie fonti normative<sup>46</sup>.

In primo luogo, i *ToS* si applicano a milioni di persone. Se si considera la posizione monopolistica di cui le grandi piattaforme godono sul web e il fatto che non sia possibile per un utente esprimere il proprio pensiero al di fuori dell’utilizzo delle stesse, si potrebbe sostenere che i termini di servizio si applicano a tutti gli utenti del web (così come le norme statali si applicano a tutti i cittadini).

In secondo luogo, i *ToS* non sono – generalmente – il frutto di un incontro simmetrico di volontà: l’utente non ha possibilità di negoziare le clausole contenute nei *ToS*<sup>47</sup> sebbene, tramite l’accettazione delle stesse, stia conferendo alla piattaforma il diritto di tenere condotte limitative (se non *tout court* espropriative) dei propri diritti costituzionali: «Ci si trova pertanto di fronte a diritti fondamentali di privati (i cittadini-utenti) limitati da altri privati (le piattaforme *online*) non posti peraltro su un piano di parità, in considerazione della forza economica e contrattuale detenuta dalle organizzazioni che gestiscono le piattaforme»<sup>48</sup>.

Non sono mancati tentativi di comparazione di questi accordi a documenti di natura costituzionale<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Per comodità di esposizione si utilizzerà nel prosieguo l’acronimo *ToS* (*Term of Service*).

<sup>46</sup> Nel 2009, Mark Zuckerberg ha definito i termini di servizio «il documento di governo in base al quale vivremo tutti»: M. Zuckerberg, *Update on Terms*, Facebook, 17 febbraio 2009, [web.archive.org/web/20140112014138/http://www.facebook.com/notes/facebook/update-on-terms/54746167130](http://web.archive.org/web/20140112014138/http://www.facebook.com/notes/facebook/update-on-terms/54746167130).

<sup>47</sup> «Del resto, chi ha davvero la possibilità di “discutere”, negoziare tali clausole? Chi può ascrivere al “consenso”, anziché al “comando”, la scaturigine di queste regole?», così E. Cremona, *Fonti private e legittimazione democratica nell’età della tecnologia*, in questa *Rivista*, 50, 2022, 1258, il quale riprende la coppia concettuale utilizzata da G. De Minico, *Regole. Comando e Consenso*, Torino, 2005.

<sup>48</sup> A. Lamberti, *L’ambiente digitale: una sfida per il diritto costituzionale*, in *federalismi.it*, 4, 2022, 446.

<sup>49</sup> E. Celeste, *Terms of Service and Bills of Rights: New Mechanisms of Constitutionalisation in the Social Media Environment?*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2018, 122, si interroga sul possibile “tono costituzionale” dei *ToS*, ravvisandolo al momento solo nei termini di servizio di Facebook, ma riconoscendo l’inizio di una nuova tendenza in lenta ascesa. In un recente articolo incentrato sulla *governance* delle piattaforme *online*, Nicolas Suzor ha sostenuto che i termini di servizio dei social i termini di servizio dei social media regolano di fatto la distribuzione del potere «come documenti costituzionali», anche se, da un punto di vista formale, sono solo contratti tra parti private: cfr. N. Suzor, *Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms*, in *Social Media + Society*, 2018, 8.

Quello che è certo è che, comunque lì si voglia qualificare, gli accordi tra piattaforme e utenti rappresentano a un vero e proprio “diritto dei privati”, ossia «quello che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo»<sup>50</sup>.

Come detto, tuttavia, i ToS scontano un totale difetto di legittimazione democratica e, pur avendo un fondamentale impatto su come gli utenti possono esercitare i propri diritti in Rete, «are a poor way to articulate the rights of users and the responsibilities of platforms»<sup>51</sup>.

I termini di servizio delle principali piattaforme sono quasi sempre progettati per massimizzare il potere discrezionale dei fornitori e per minimizzare la loro responsabilità, mantenendo i processi di *governance* al di fuori della portata della revisione di qualsiasi standard legale esterno.

Le piattaforme digitali esercitano, dunque, un potere para-legislativo<sup>52</sup> che si affianca a quello dell'autorità pubblica. Tuttavia, a differenza di quest'ultima, esse non sono tenute a rispettare le garanzie costituzionali.

Questo scenario di sostanziale particolarismo giuridico, che mette in crisi il sistema stesso delle fonti<sup>53</sup>, descrive oggi un'altra “legalità”, quella delle piattaforme (“rule of platform”<sup>54</sup>) che si pone in diretta competizione con lo stesso principio di legalità costituzionale, da intendersi quale necessaria compatibilità della legge con i principi costituzionali.

Il rischio di questa auto-regolamentazione è che gli attori privati sviluppino un insieme di norme private che si scontrano con i valori pubblici «proprio quando le loro libertà economiche si trasformano in forme di potere»<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati* (1929), Macerata, 2018.

<sup>51</sup> N.P. Suzor, *Lawless: The Secret Rules That Govern our Digital Lives*, Cambridge, 2019, 167.

<sup>52</sup> Si è parlato in questo senso di “law of the platform”: O. Lobel, *The Law of the Platform*, in *Minnesota Law Review*, 2016, 101.

<sup>53</sup> E. Cremona, *Fonti private e legittimazione*, cit., 1241: «Il sistema delle fonti appare così definitivamente deflagrato, non più solido sistema piramidale, e neppure più rete gettata in una modernità liquida, ma presenza evanescente in un mondo dematerializzato. E se fino a oggi la particella fondamentale dell'ordinamento giuridico, la norma giuridica fonte del diritto oggettivo, era chiaramente percepibile e riconoscibile nelle forme di un comando formulato da una qualche istituzione politica, nell'ambiente digitale quello che Grossi definisce come “ordinamento osservato” [P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003] è il risultato dell'obbedienza a regole poste da poteri (non più pubblici, ma) privati, cui pare molto difficile sfilare lo scettro del comando».

<sup>54</sup> G. De Gregorio, *Il diritto delle piattaforme digitali: un'analisi comparata dell'approccio statunitense ed europeo al governo della libertà di espressione*, in questa Rivista, 50, 2022, 1456.

<sup>55</sup> O. Pollicino, *Digital Private Powers Exercising Public Functions: The Constitutional Paradox in the Digital Age and its Possible Solutions*, in [echr.coe.int/Documents/Intervention\\_20210415\\_Pollicino\\_Rule\\_of\\_Law\\_ENG.pdf](https://echr.coe.int/Documents/Intervention_20210415_Pollicino_Rule_of_Law_ENG.pdf).



Il potere che gli operatori hanno nella conformazione dei diritti degli utenti rischia di degradare questi ultimi “in deboli pretese contrattuali”<sup>56</sup>, al punto che, come è stato provocatoriamente suggerito, l’unica libertà degli individui finisce col divenire una “libertà fragile”<sup>57</sup> o, addirittura, la “libertà di essere controllati”<sup>58</sup>.

### 5.3. *Le piattaforme digitali applicano il (loro) diritto*

Quello legislativo non è il solo potere “privatizzato” in ambito digitale.

Nell’ambito dell’attività di moderazione, i prestatori di servizi svolgono anche funzioni para-giudiziarie, rispecchiando in alcuni casi il ruolo delle corti.

Le piattaforme digitali godono, infatti, di piena discrezionalità nell’applicare le (proprie) regole sulla circolazione del pensiero, decidendo arbitrariamente quali contenuti debbano prevalere e quali debbano essere rimossi.

Si tratta, a tutti gli effetti, di una vera e propria attività di “censura privata”<sup>59</sup>.

Non solo le piattaforme si sono surrogate al ruolo delle corti, ma ne hanno addirittura istituite di proprie.

In questo senso, esempio paradigmatico è l’Oversight Board di Facebook, un organismo assimilabile a una vera e propria corte interna, con il compito di adottare decisioni motivate e vincolanti in merito ai contenuti pubblicati dagli utenti sul social network<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> C. Caruso, *L’individuo nella rete: i diritti della persona al tempo di Internet*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 aprile 2013.

<sup>57</sup> S. Sica, G. Giannone Codiglione, *La libertà fragile. Pubblico e privato al tempo della rete*, Napoli, 2014.

<sup>58</sup> Così F. Rimoli, *Democrazia, populismo digitale e “neointermediazione politica”: i rischi del cittadino telematico*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo - Diritto costituzionale in trasformazione*, vol. I - *Costituzionalismo, Reti e Intelligenza artificiale*, Collana di studi di Consulta OnLine, 2020, 31.

<sup>59</sup> Sul tema si veda, ampiamente, M. Monti, *Privatizzazione della censura*, cit.

<sup>60</sup> La pronuncia del Board che ha suscitato maggiori riflessioni è che, probabilmente, «ha costituito il momento in cui il mondo intero ha preso coscienza dell’importanza dell’organismo costituito da Facebook e del potenziale impatto delle sue decisioni» (così, A. Iannotti della Valle, *La giurisdizione privata nel mondo digitale al tempo della crisi della sovranità: il “modello” dell’Oversight Board di Facebook*, in *federalismi.it*, 26, 2021, 155) è stata sicuramente quella di sospendere permanentemente gli account di Donald Trump, all’epoca Presidente degli Stati Uniti, in considerazione dei post pubblicati a seguito dei fatti di Capitol Hill a Washington del 6 gennaio 2021, considerati apologetici delle violenze di quella giornata: cfr. OB, Case decision 2021-001-FB-FBR.

La similitudine con una corte è stata evocata in tempi non sospetti dallo stesso Mark Zuckerberg, che in un'intervista di aprile 2018 aveva descritto in questi termini quello che sarebbe divenuto l'Oversight Board: «*imagine some sort of structure, almost like a Supreme Court, that is made up of independent folks who don't work for Facebook, who ultimately make the final judgment call on what should be acceptable speech in a community that reflects the social norms and values of people all around the world*»<sup>61</sup>.

Il Board rappresenta, dunque, un modello di protezione dei diritti di tipo privatistico, alternativo a quello statuale, il quale decide secondo principi e valori fissati a discrezione della piattaforma, fortemente influenzati dal modello di business della stessa e formulati in modo estremamente vago e sfuggente<sup>62</sup>.

Questa tendenza all'applicazione "privatizzata" dei diritti<sup>63</sup>, tuttavia, crea non pochi problemi.

Il diritto costituzionale ci ha insegnato che, quando sono in gioco i nostri diritti fondamentali, abbiamo il diritto di aspettarci il massimo grado di legittimità.

Legittimità, quando parliamo di decisioni di coloro che hanno potere su di noi, significa che le decisioni sono prese secondo una serie di regole e che chi decide ne è responsabile.

Una delle principali espressioni della legittimità nel diritto è il *rule of law*: le regole di una società dovrebbero essere create e applicate in un modo che sia prevedibile ed equo.

Il rispetto di tale principio è una preconditione per garantire la parità di trattamento davanti alla legge, tutelare i diritti fondamentali, prevenire l'abuso di potere da parte delle autorità pubbliche e ritenere responsabili gli organi decisionali. Pertanto, il principio del *rule of law* è un baluardo costituzionale<sup>64</sup> che limita l'esercizio delle autorità al di fuori di

<sup>61</sup> E. Klein, *Mark Zuckerberg on Facebook's Hardest Year, and What Comes Next*, in *vox.com*, 2 aprile 2018.

<sup>62</sup> Cfr. K. Klonick, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *Yale Law Journal*, 8, 2020, 2478.

<sup>63</sup> Cfr. M. Bassini, *Fundamental Rights and Private Enforcement in the Digital Age*, in *European Law Journal*, 25, 2019, 182-197.

<sup>64</sup> Secondo le parole del presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, Robert Spano, il *rule of law* rimane una "stella polare" sia nel mondo *offline* che in quello *online*. Secondo lo stesso, «[t]he law must be transparent, stable, foreseeable and allow for mechanisms of dispute resolution that are independent and impartial. Moreover, law must not only apply to the people, but also, and even more crucially, to those that hold the reins of power at any given moment», cfr. R. Spano, *The Rule of Law as the Lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the Independence of the Judiciary*, in *European Law Journal*, 2021.



qualsiasi limite costituzionale e garantisce che questi limiti rispondano a uno schema costituzionale comune<sup>65</sup>.

Nell'ecosistema digitale, il principio del *rule of law* è sotto pressione.

Se lo stesso, almeno in astratto, costituisce un limite paradigmatico in relazione ai poteri pubblici (rispetto ai quali è stato concepito e si è nel tempo evoluto), lo stesso non può dirsi in relazione ai soggetti privati che, in mancanza di regolamentazione, non sono tenuti a rispettare le garanzie costituzionali. In questo caso, le minacce per il suddetto principio sono diverse e legate alla mancanza di trasparenza, imparzialità e responsabilità nelle decisioni dei provider.

Ecco perché l'attività delle piattaforme crea preoccupazioni non solo per ragioni legate alla tutela dei diritti ma anche, più ampiamente, per il sistema dei valori democratici.

#### 5.4. *Google Spain*

L'attività para-giurisdizionale svolta dalle piattaforme digitali è stata favorita anche dalle stesse autorità pubbliche, che, mostrando una certa titubanza nel regolamentare il multiforme universo del web, hanno in alcuni casi preferito delegare il compito agli intermediari.

È questo il caso del conflitto "digitale" tra libertà di manifestazione del pensiero e diritto all'oblio (peculiare specificazione del diritto alla privacy), oggetto della nota sentenza *Google Spain* della Corte di Giustizia dell'Unione europea (13 maggio 2014).

Nella pronuncia in esame, la Corte ha riconosciuto il diritto degli interessati di rivolgersi direttamente ai motori di ricerca per ottenere la rimozione dai propri indici di informazioni personali nel caso in cui queste ultime si rivelino imprecise, inadeguate, irrilevanti o manifestamente eccessive rispetto alla finalità del trattamento.

Oltre a costituire una svolta epocale nell'affermazione del diritto all'oblio in Europa (sub specie di diritto alla de-indicizzazione), la pronuncia viene spesso citata come esempio applicazione "privatizzata" dei diritti fondamentali.

Nell'ottica della Corte, infatti, il bilanciamento tra interesse pubblico alla diffusione dell'informazione e interesse individuale alla rimozione viene interamente affidato ai motori di ricerca. Proprio questi ultimi sono chiamati dalla CEDU, in un giudizio "similcostituzionale", ad analizzare

<sup>65</sup> O. Pollicino, *Costituzionalismo, privacy e neurodiritti*, in *MediaLaws*, 2, 2021, 9-17.

la fondatezza della richiesta di de-indicizzazione e a effettuare un giudizio di ponderazione tra gli interessi e i valori coinvolti.

Il risultato è che «Google is operating much like a government agency with numerous responsibilities, including quasi-lawmaking, quasi-judicative, and quasi-enforcement powers»<sup>66</sup> nella sfera del diritto all'oblio.

## 6. La *governance* di Internet: “Onde convenne legge per fren porre”<sup>67</sup>

Il ruolo dei poteri privati in Rete ha dato corpo a un ampio dibattito sulla necessità o meno, e sulle eventuali modalità, di regolamentazione del cyberspazio.

Sin dagli albori di Internet, tale questione – meglio conosciuta come *Internet governance* – ha visto confrontarsi due differenti visioni: quella di coloro che ritenevano necessario un intervento regolativo *ad hoc* da parte delle autorità pubbliche (c.d. *regulation up*) e quella di chi sosteneva, al contrario, che nel contesto virtuale si sarebbe dovuto favorire il fenomeno dell'autoregolazione delle piattaforme (c.d. *deregulation down*), più consona a disciplinare questo nuovo contesto, grazie alle maggiori competenze tecniche e alla capacità di costante aggiornamento, oltre che l'unica in grado di superare i limiti territoriali su cui si fondano i modelli tradizionali di *government*.

Le due visioni contrapposte richiamano la dicotomia greca tra *cosmos* e *taxis*: un ordine spontaneo, endogeno e auto-regolato, non asserito ad alcuna sovranità esterna, nel primo caso; un'azione esogena ed etero-imposta dall'alto, nel secondo caso<sup>68</sup>.

Inizialmente – sull'onda dell'entusiasmo dettato dall'idea che l'avvento di Internet fosse preludio di un “mondo nuovo”, in cui ciascuno avrebbe trovato, senza ostacoli e senza condizionamenti, diversi da quelli tecnici, un proprio spazio di libera espressione<sup>69</sup> – si è scelto di escludere

<sup>66</sup> 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*, 2016, 1025.

<sup>67</sup> Si prendono in prestito le parole di Dante Alighieri, *Divina Commedia*, *Purgatorio*, XVI, 94.

<sup>68</sup> Cfr. G. Bazzoni, *L'evoluzione normativa dell'intermediazione digitale: nuovi profili di responsabilità*, in *Riv. it. inf. dir.*, 1, 2022, 203.

<sup>69</sup> M. Bassini, *Libertà di espressione*, cit. 72, là dove parla di “alba di un nuovo mondo” – così evocando una situazione in cui ciascuno avrebbe potuto esprimersi liberamente, su piattaforme contraddistinte da poche e semplici regole definite dagli amministratori e condivise dagli aderenti alla community e con la possibilità di transitare da una comunità all'altra – segnala come, in un simile contesto, agli Stati non si riconoscesse alcun ruolo e alcun potere: «gli Stati, in questa ricostruzione, sono l'altrove, impossibilitati a predicare la propria

qualsiasi ruolo dei pubblici poteri nella gestione della Rete, «consegnata "chiavi in mano" ai privati»<sup>70</sup>.

Un primato dell'autonomia sull'eteronomia, che – come si è visto – ha messo in profonda crisi il diritto pubblico, il quale «si de-differenzia, perde di identità, diventa sempre più misto»<sup>71</sup>.

In questa prima fase, Europa e Stati Uniti, guardando a Internet «come motore d'innovazione ed emancipazione delle libertà dal controllo pubblico»<sup>72</sup>, hanno agito nello stesso modo, decidendo di dotare i *provider* di una speciale immunità, che li esonerava da responsabilità per le condotte illecite di terzi<sup>73</sup>.

Con il passare del tempo, però, e con l'accentuarsi del ruolo svolto dalle piattaforme digitali in relazione alle libertà degli utenti, l'identificazione di Internet come «heaven of the self-regulation»<sup>74</sup> e la ritenuta idoneità dell'autoregolazione a creare dal nulla un ordine equilibrato<sup>75</sup> si sono rivelate idee se non errate, quantomeno ingenue.

Ciò che non è stato adeguatamente ponderato è la mancanza di neutralità delle infrastrutture digitali, le quali prendono decisioni in base ai propri modelli di *business*, indipendentemente dagli interessi degli utenti e, anzi, anche a costo del loro sacrificio.

Mentre gli Stati Uniti sono rimasti ancorati a una visione liberale del mondo digitale, in ambito europeo è andata diffondendosi la preoccupazione che l'attribuzione a questi soggetti tecnologici di un potere regolatorio così significativo, senza alcun controllo esterno, potesse comportare un pregiudizio grave e irreparabile alla posizione e ai diritti degli utenti<sup>76</sup>.

Affidare le regole e le decisioni sulle libertà fondamentali ai poteri economici che operano su Internet, vale a dire a «un'incontrollata au-

soveranità e a estendere l'enforcement delle norme giuridiche entro uno spazio idealizzato come territorio separato».

<sup>70</sup> Così efficacemente M. Manetti, *Regolare Internet*, in *MediaLaws*, 2, 2020, 41.

<sup>71</sup> S. Cassese, *Il mondo nuovo del diritto pubblico*, Bologna, 2008, 5 ss.

<sup>72</sup> G. De Gregorio, *Il diritto delle piattaforme digitali*, cit., 1458.

<sup>73</sup> Tale immunità è stata consacrata negli Stati Uniti dalla sezione 230, par. 1 e 2, del Communication Decency Act, approvata dal Congresso nel 1996, mentre in Europa si è tradotta negli artt. 12-15 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico (recepita in Italia con il D.lgs. n. 70 del 2003).

<sup>74</sup> Come ricordato da G. De Minico, *Internet e le sue fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2013, nt. 7, la paternità della tesi si deve all'*Electronic Frontier Foundation*, il cui leader, L.P. Barlow, arrivò a sostenere che «Governments of Industrial World, you weary giants and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. Yet are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather».

<sup>75</sup> G. De Minico, *Internet e le sue fonti*, cit., 5.

<sup>76</sup> Cfr. V. Zeno-Zencovich, *Uber: modello economico e implicazioni giuridiche*, in *MediaLaws*, 1, 2018, 140-143.

toregolazione dei “governi privati di interessi”», avrebbe esposto la Rete «al pericolo di un’involuzione neocorporativa ed egoistica, conseguenza inevitabile dell’assenza di una guida eteronoma e orientata al bene comune»<sup>77</sup>.

È, dunque, parsa sempre più impellente la necessità di una regolazione pubblica<sup>78</sup> a tutela delle libertà che si esplicano nel mondo digitale e, di conseguenza, di un quadro vincolante a definizione dei rispettivi ruoli del diritto e dell’autoregolamentazione.

D'altronde, anche autorevole dottrina anglosassone ha riconosciuto che le piattaforme digitali «may claim that their objectives are in line with the public interest, but whether or not this is so will depend on the frameworks in which they operate»<sup>79</sup>.

Mark Zuckerberg stesso ha dichiarato (in un post su Facebook del 30 marzo 2019) che, almeno in alcuni settori («harmful content, election integrity, privacy and data portability»), la regolamentazione possa aiutare i social network a definire il proprio ruolo nella disciplina di questi fenomeni. Intervenendo con un manifesto sul Washington Post<sup>80</sup> ha rivolto egli stesso un appello ai governanti: «we need a more active role for governments and regulators».

Intrapresa, allora, la strada della regolamentazione, non c'è dubbio che, tra i grandi sistemi giuridici “continentali” delle democrazie occidentali, sia stata l'Unione europea a collocarsi in prima linea nell'affrontare le sfide sollevate dall'esercizio dei poteri privati in Rete.

La Commissione ha da poco portato a termine una grande stagione regolatoria, finalizzata alla costruzione di argini più solidi ai poteri delle piattaforme *online*, con specifico riguardo alle attività di *content moderation*.

Paradigmatico, in quest'ottica, il c.d. Digital Services Act (DSA)<sup>81</sup>, il quale contiene un approccio alla moderazione dei contenuti basato sulla

<sup>77</sup> G. De Minico, *Diritti Regole Internet*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 8 novembre 2011, 26.

<sup>78</sup> *Onde convenne legge per fren porre*, avrebbe detto Dante. Queste parole (la cui parafrasi potrebbe essere “Quindi fu necessario istituire delle leggi per porre un freno”) ben si prestano a descrivere la sentita esigenza di regolamentazione del mondo digitale. Constatando la deriva della società in cui viveva, Dante invoca la legge come rimedio. Ovviamente, la legge a cui si riferisce il Sommo Poeta è quella divina. Non è certo questo il riferimento che si intende fare in questa sede, ma – volendo trasporre il concetto nel concreto delle presenti riflessioni – si può condividere l'idea che il potere privato del web necessiti di una regolazione (e di una conseguente legittimazione) per così dire “dall'alto”.

<sup>79</sup> J. Kay, J. Vickers, *Regulatory reform: an appraisal*, in G. Majone (Ed.), *Deregulation or re-regulation? Regulatory reform in Europe and the United States*, Londra-New York, 1990, 239 ss.

<sup>80</sup> Cfr. M. Zuckerberg, *The Internet needs new rules. Let's start in these four areas*, in *Washington Post*, 30 marzo 2019.

<sup>81</sup> Il DSA compone, assieme al Digital Market Act (DMA), il c.d. Digital Services Package, definitivamente approvato dal Parlamento europeo il 22 luglio dello scorso anno.

categoria del *rischio*: la responsabilità dei prestatori di servizi viene graduata in base alle loro dimensioni e alla loro capacità di incidere sui diritti fondamentali degli utenti.

A differenza del GDPR, dove la valutazione del rischio era rimessa agli stessi soggetti destinatari della regolazione (secondo una logica *bottom-up*), il DSA individua direttamente (“dall’alto”, *top-down*) i livelli di rischio, assegnando ai *provider* obblighi e doveri differenti.

Nel nuovo quadro normativo, dunque, il concetto di “rischio” viene assunto come parametro per il bilanciamento tra gli interessi in gioco: da un lato, quello, di matrice economica, all’innovazione e allo sviluppo di un mercato unico digitale competitivo sul piano internazionale; dall’altro lato, quello, sovente opposto, alla tutela dei valori democratici e delle libertà fondamentali degli individui<sup>82</sup>.

Guidando un’attività tipicamente costituzionale come il bilanciamento, il “rischio” funge non solo da modello normativo, bensì da strumento del “costituzionalismo digitale”<sup>83</sup> europeo per la tutela dei valori fondanti dell’Unione.

Questa prospettiva viene cristallizzata nell’ancora più recente Artificial Intelligence Act (AIA)<sup>84</sup>, nel quale la missione “costituzionale” avviata con il DSA viene ulteriormente rafforzata.

Se nel primo caso, infatti, la tutela dei valori dell’Unione informa *ratio* e anima del DSA, nel secondo finisce addirittura per configurarsi come parametro primario di legittimità delle condotte di Stati membri e – ancor di più – di taluni soggetti privati.

L’AIA, pertanto, avvicina ulteriormente il tessuto valoriale dell’Unione alle relazioni giuridiche tra privati<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> Così, P. Dunn, G. De Gregorio, *AI Act, rischio e costituzionalismo digitale*, in *MediaLaws*, 22 aprile 2022.

<sup>83</sup> Sul c.d. costituzionalismo digitale europeo, si vedano G. De Gregorio, *The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 19, 2021, 41-70; M. Santaniello, *Sovranità digitale e diritti fondamentali: un modello europeo di Internet governance*, in *Riv. it. inf. dir.*, 1, 2022, 47-51; L. Floridi, *The European Legislation on AI: a Brief Analysis of its Philosophical Approach*, in *Philosophy & Technology*, 2021, 215-222; P. De Pasquale, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell’Unione europea?*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 1, 2022, 163-172; F. Ferri, *Transizione digitale e valori fondanti dell’Unione: riflessioni sulla costituzionalizzazione dello spazio digitale europeo*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2, 2022, 277-326; F. Balaguer Callejón, *Prospettive del costituzionalismo e dell’Europa. La Costituzione dell’algoritmo e la crisi decisiva del progetto di integrazione europea*, in *Nomos*, 2, 2022; A. Circumaru, *EU Digital Constitutionalism, Digital Sovereignty and the Artificial Intelligence Act – A network perspective*, in *European Law Blog*, 23 dicembre 2021.

<sup>84</sup> Del quale si attende l’approvazione entro il corrente anno.

<sup>85</sup> F. Ferri, *Transizione digitale e valori fondanti dell’Unione*, cit., 312.

La copiosa produzione regolamentare dell'Unione europea costituisce senza dubbio un tentativo "eunomico" di buon governo, una concretizzazione della necessità di riordinare la situazione di disordine creata dall'ascesa dei poteri privati in Rete secondo un sistema legale predefinito.

Tuttavia, la stessa non è andata esente da critiche.

In primo luogo, il citato passaggio da una logica *bottom-up* a una logica *top-down* non è ancora completo: soprattutto nel caso delle piattaforme di dimensioni molto grandi, il DSA continua ad assegnare proprio a queste ultime il potere di effettuare gli interventi di moderazione, decidendo quali contenuti ammettere e quali rimuovere (di fatto, quindi, un potere di auto-regolazione).

È stato, inoltre, criticato l'eccessivo "proceduralismo" del regolamento: secondo alcuni, il legislatore europeo si sarebbe limitato a introdurre misure di carattere soprattutto procedimentale (comunque indispensabili<sup>86</sup>), senza fornire le regole sostanziali utili a definire quali siano le manifestazioni del pensiero vietate, cosicché «this task is delegated to the private self-regulation»<sup>87</sup>.

Quello che è certo è che la scelta della Commissione europea di intervenire sul nodo degli obblighi e delle responsabilità delle piattaforme è molto più di una (mera) opzione regolatoria. È una scelta politica strategica e, in certa misura, persino identitaria, in quanto «contribuisce a delineare, in maniera ancora più netta, l'identità – dal punto di vista non solo giuridico ma, in senso più lato, assiologico – dell'Unione europea»<sup>88</sup>. Questa scelta esprime la consapevolezza di come, sul terreno del digitale,

<sup>86</sup> Così. O. Grandinetti, *Le piattaforme digitali come "poteri privati" e la censura online*, in *Riv. it. inf. dir.*, 1, 2022; secondo M. Betzu, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2, 2021, 182, «il proceduralismo non è di per sé una garanzia contro l'ingiustizia». Secondo il Prof. Pollicino, invece, la procedura sarebbe proprio la cifra distintiva del costituzionalismo digitale: «Se il costituzionalismo analogico è quello dei diritti sostanziali, quello digitale si fonda invece sulla dimensione procedurale», R. Conti, F. de Stefano, *L'algoritmo e la nuova stagione del costituzionalismo digitale: quali le sfide per il giurista (teorico e pratico)? Conversando con Oreste Pollicino*, in *giustiziainsieme.it*, 15 aprile 2021.

<sup>87</sup> Così, G. De Minico, *Fundamental Rights European digital regulation and algorithmic challenge*, in *MediaLaws*, 1, 2021, la quale osserva inoltre che «the DSA does not specify when news have to be removed because they stop being a lawful exercise of a fundamental right and become an illegal act, damaging the rights of other parties and. Hence, the norm in blank about misleading information opens the way for self-regulation codes or, more precisely, for private platforms (Google, FB, YouTube, et alii) mark the borderline between right and wrong, good and evil».

<sup>88</sup> F. Resta, *I poteri privati e gli arbitri dei diritti*, in *MediaLaws*, 1 dicembre 2020. Secondo G. Caggiano, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell'Unione europea*, in *I Post di AISDUE*, 3, 2021, «il modello giuridico-istituzionale in discussione rappresenta un'occasione per manifestare una comune identità giuridica e, ancor prima, un'identità socioculturale dell'Unione europea» (29).



si giochi una partita fondamentale per la democrazia e per lo Stato di diritto, che non può essere lasciata al *laissez faire* dei rapporti (di forza) del mercato.

Con gli interventi regolatori appena citati, l'Unione europea ha compiuto una decisa scelta di campo: quella cioè di affermarsi come centro di potere sovrano nel mercato interno dei servizi digitali, dettando regole cogenti che riducono gli spazi di autonomia dei *gatekeepers* di Internet, imponendosi non solo sulle pretese auto-regolative delle piattaforme digitali, ma anche sulla potestà legislativa degli Stati nazionali.

Così, attraverso l'affermazione di una propria "sovranità digitale" – intesa in questo caso come potestà di regolamentazione e controllo delle *tech companies* – l'Unione europea sembra voler rivendicare un sistema di tutele che la connota come spazio di libertà e di diritti, capace di assicurare un governo antropocentrico e personalista dell'innovazione.

Vi è un legame bidirezionale tra l'aspirazione europea alla sovranità digitale e l'identità costituzionale dell'Unione: da un lato, la prima trova legittimazione nella seconda; dall'altro, la sovranità digitale è presupposto fondamentale affinché quel costituzionalismo "implicito" nei regolamenti sopra citati abbia a disposizione gli strumenti – e i poteri – necessari a garantire un'efficace protezione dei diritti.

In sostanza, la risposta a un modello – la società digitale e algoritmica – ineluttabile ma basato sul rischio sistematico passa principalmente attraverso l'essenza del tessuto costituzionale europeo: sono i valori fondanti che debbono guidare la regolazione del digitale per orientare meglio traiettorie a lungo raggio, cioè per assicurare una copertura solida a disposizioni che altrimenti rischierebbero di divenire rapidamente di difficile applicazione per via delle mutazioni del contesto fattuale.

Per avere successo, il "progetto digitale" dell'Unione europea deve essere letto e interpretato attraverso una lente costituzionale: solo in questo modo, infatti, si potranno risolvere le tensioni e le lacune presenti e garantire non solo la coerenza interna della regolazione digitale, ma anche l'uniformità della stessa con il quadro normativo europeo esistente.

## 7. Cos'ha (ancora) da dire il costituzionalismo

Per concludere, torniamo all'oggetto che ha dato origine a queste riflessioni: il rapporto tra tecnologia e diritto.

Come detto, si tratta di una relazione che è sempre esistita e che ha già occupato costituzionalisti di diverse epoche.

A questo punto possiamo però aggiungere un terzo fattore: i poteri privati.

Tecnologia-diritto-poteri privati è un trinomio che conferisce alla problematica una dimensione del tutto nuova che porta a domandarsi quale sia lo spazio del diritto in questo nuovo scenario.

Quello che si è cercato di fare in queste riflessioni è portare in luce i pericoli a cui i diritti fondamentali degli utenti sono esposti laddove si pensi alla Rete come qualcosa di completamente avulso dal dettato costituzionale, da intendersi come quel bagaglio di valori e di strumenti di garanzia che accomunano i paesi democratici.

Come visto, le sfide che la tecnologia digitale pone al diritto costringono il giurista a rivedere categorie tradizionali, dal concetto di fonte del diritto e di produzione normativa alle garanzie dello Stato di diritto, senza però cadere nella tentazione «di ritenere che le coordinate ordinamentali fondamentali siano ormai definitivamente erose se non superate»<sup>89</sup>.

I fondamentali (ossia «quegli elementi, normalmente indiscussi, costitutivi della scienza costituzionalistica»<sup>90</sup>) non sono mutati, ma vanno sottoposti al vaglio della critica, onde verificarne la reale consistenza alla luce delle pratiche del presente.

Di fronte ai pericoli generati dal monopolio dei poteri privati in Rete, è quanto mai urgente riaffermare le ragioni del costituzionalismo delle origini, rimodellandone i presupposti a partire dal suo «fondamento utopico»<sup>91</sup>: “limitare il sovrano”, e in tal modo dare “regole ai poteri” e “garantire i diritti”.

Ora, non si può negare che la tecnologia abbia determinato sostanziali trasformazioni sia nel soggetto (la sovranità) sia negli oggetti (i poteri e i diritti) che il costituzionalismo moderno pretende di regolare, rendendo «ben più complesso il suo compito, e forse anche più elevata la sua utopia»<sup>92</sup>.

Eppure, queste trasformazioni – pur essendo lungi dall’aver trovato approdi ed equilibri definitivi, e pur lasciando intravedere sullo sfondo conflitti, aporie, nodi problematici – «non conducono necessariamente a

<sup>89</sup> G. Tarli Barbieri, *Considerazioni di sintesi sul ruolo delle autorità amministrative indipendenti nella regolazione delle decisioni algoritmiche*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, 7-8.

<sup>90</sup> G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., VIII.

<sup>91</sup> G. Azzariti, *La costituzione come norma e la crisi del costituzionalismo contemporaneo*, in *Rivista Italiana Per Le Scienze Giuridiche*, 4, 2013, 188.

<sup>92</sup> *Ibidem*.



esiti di dissoluzione delle ragioni del costituzionalismo; anzi in qualche misura le rafforzano»<sup>93</sup>.

Occorre dare attuazione ai principi costituzionali che rappresentano gli insostituibili strumenti «di civilizzazione dei rapporti umani»<sup>94</sup>, proseguendo «la lotta all'arbitrio, la limitazione, il contenimento, la frammentazione del potere»<sup>95</sup>. Anche dell'immenso potere privato che governa il mondo digitale<sup>96</sup>.

D'altronde, se lo scopo del costituzionalismo è la limitazione del potere, «nessuna delle sue forme può logicamente sfuggire al contenimento»<sup>97</sup>.

Per dare conto dell'imponente impatto della tecnologia sulle categorie del costituzionalismo moderno si è proposto di parlare di costituzionalismo "digitale", il quale rappresenterebbe «a new theoretical and practical field based on a dynamic dialectic between how digital technologies affect the evolution of constitutionalism and the reaction of constitutional law against the power emerging from digital technologies implemented by public and private actors»<sup>98</sup>.

Pur condividendo le preoccupazioni di chi preferisce un «costituzionalismo senza aggettivi»<sup>99</sup>, si ritiene l'espressione comunque funzionante laddove si intenda l'aggettivo "digitale" come diretto non a qualificare il sostantivo che accompagna, quanto piuttosto a collocarlo in una nuova dimensione, quella digitale appunto.

Il costituzionalismo digitale condivide i valori fondanti e le formalità generali del costituzionalismo contemporaneo, ma si concentra sul contesto specifico interessato dall'avvento della tecnologia digitale<sup>100</sup>.

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> G. Ferrara, *Conclusioni*, in M. Ruotolo (cur.), *La Costituzione ha 60 anni*, Napoli, 2008, 377.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> M. Betzu, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit., 191.

<sup>97</sup> M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1, 1996, 161.

<sup>98</sup> G. De Gregorio, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, cit., 58.

<sup>99</sup> L'espressione è di M. Luciani, *Relazione conclusiva al Convegno del Gruppo di Pisa Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Università degli Studi di Genova, 18-19 giugno 2021, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 3, 2021, 7. Secondo l'A., la ragione di tale preferenza dottrinale risiede «nella volontà di salvaguardare le categorie tradizionali del costituzionalismo». Pertanto, sempre secondo Luciani «la teorizzazione di un vero e proprio costituzionalismo digitale [...] costituisce un azzardo, di dubbia utilità sul piano dell'inquadramento dommatico dei problemi [...]. Le nostre categorie, dunque, restano intatte anche a fronte di sfide come quella dell'innovazione tecnologica o quella dell'apparente dissoluzione del territorio».

<sup>100</sup> E. Celeste, *Digital constitutionalism: a new systematic theorisation*, in *International Review of Law Computers & Technology*, 2019, 76-99. «Il costituzionalismo digitale non è altro che il

Non si vuole, dunque, proporre l'idea di un "nuovo" costituzionalismo, per così dire "tecnologico", quanto piuttosto ripensare e rielaborare le categorie del costituzionalismo, declinare il costituzionalismo «alla luce dei cambiamenti prodotti dall'erompere della tecnologia nelle nostre vite e nelle nostre comunità, in quella che è stata definita "la nuova civiltà digitale"»<sup>101</sup>.

È in questo senso che il costituzionalismo deve andare "oltre" e farsi "digitale"<sup>102</sup>.

Volgendo lo sguardo al passato si può constatare come le esperienze europee del secondo dopoguerra abbiano tentato di superare le fratture scatenate, nei primi decenni dello scorso secolo, dalle pulsioni pluraliste delle correnti sociali marginalizzate dall'ordine socioeconomico allora esistente, attraverso l'inclusione di queste ultime nella cornice costituzionale. È pacificamente condiviso che le Costituzioni del secondo dopoguerra altro non siano che la risposta politica alla prima crisi, di natura endogena, dello Stato<sup>103</sup>. Attraverso la «cattura costituzionale del potere economico»<sup>104</sup>, sono state rinnovate le stesse basi dello Stato di diritto, che sino a quel momento si era limitato a tradurre in organizzazione stabile l'esigenza borghese di sottomissione del potere politico al diritto.

Il compito del costituzionalismo digitale è ora quello di trovare un modo per regolare un potere che è distribuito tra molti attori all'interno di sistemi complessi con molte componenti separate che interagiscono.

Allo stesso tempo, deve anche assicurare che ci siano appropriati limiti esterni all'autonomia di questi sistemi che riflettano le aspettative di legalità tipiche del pensiero democratico.

Occorre recuperare un sistema istituzionale capace di garantire sufficienti *standard* di prevedibilità per le decisioni concernenti i diritti umani

"vecchio caro" costituzionalismo impegnato in una fase di rinnovamento, non di stravolgimento, che sia in grado di fare fronte alle nuove sfide legate all'esplosione della dimensione digitale. [...] Alla geometria variabile del potere segue la geometria altrettanto variabile del costituzionalismo»: così O. Pollicino, in R. Conti, F. de Stefano, *L'algoritmo e la nuova stagione del costituzionalismo digitale*, cit.

<sup>101</sup> T.E. Frosini, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, cit., 468, che a sua volta richiama G. Ghidini, D. Manca, A. Massolo, *La nuova civiltà digitale*, cit.

<sup>102</sup> Si condivide, in questo senso, l'idea, esposta da A. Simoncini, di considerare il costituzionalismo non come fine politico né come mezzo giuridico, bensì come "mindset", ovvero come «*forma mentis* del soggetto che comprende e applica le norme giuridiche»: cfr. A. Simoncini, *Il costituzionalismo come "forma mentis". Un'ipotesi di ricerca*, in A. Ruggeri (cur.), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, 2260-2274.

<sup>103</sup> C. Caruso, *L'individuo nella rete*, cit.

<sup>104</sup> M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., 161.

e, allo stesso tempo, un'articolazione dei poteri che sia coerente con i principi fondanti delle democrazie costituzionali.

Come detto, questo è un “momento costituzionale”, un'opportunità per rivedere dalle fondamenta il modo in cui il potere digitale è strutturato e limitato.

Se pensiamo al costituzionalismo come a «un “sistema” caratterizzato dalla necessità di appoggiarsi su una struttura in costante equilibrio»<sup>105</sup> possiamo senza dubbio constatare il fatto che la tecnologia digitale abbia scombussolato tale struttura, minandone la stabilità.

Si condivide, tuttavia, l'idea che sia proprio lo stesso costituzionalismo a fornire gli ideali, i valori e i principi per ripristinare l'equilibrio perduto<sup>106</sup>.

«È vero: si naviga in mare aperto, ma non si può rinunciare all'aspirazione del costituzionalismo moderno di limitare il sovrano, anche quando il volto del sovrano si nasconde e si diffonde il suo potere. A meno di non voler considerare ormai la nostra società null'altro che una nave de' folli alla deriva»<sup>107</sup>.

Valentina Cavani  
Dipartimento di Giurisprudenza  
Università di Modena e Reggio Emilia  
Via San Geminiano, 3  
41121 Modena  
valentina.cavani@unimore.it

<sup>105</sup> P. Costanzo, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, cit., 6.

<sup>106</sup> E. Celeste, *Digital Constitutionalism: Mapping the Constitutional Response to Digital Technology's Challenges*, cit.

<sup>107</sup> G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit.