

# IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ  
DI SIENA  
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 27 - giugno 2023

## LA REGOLAZIONE DELLE GRANDI PIATTAFORME DIGITALI

Elena Bindi, Elia Cremona



## LA REGOLAZIONE DELLE GRANDI PIATTAFORME DIGITALI<sup>°</sup> \*

**Elena Bindi**

*Professoressa Ordinaria di Diritto pubblico  
Università degli Studi di Siena*

**Elia Cremona**

*Assegnista di Ricerca  
Università degli Studi di Siena*

*Il contributo indaga il tema della regolazione dei mercati digitali, con particolare riferimento alla recente ondata regolatoria europea che ha riguardato le grandi piattaforme. Sono approfonditi i modelli teorici di riferimento: la prospettiva della deregulation, quella della autoregolazione e, infine, quella della co-regolazione. Si conclude per un modello di regolazione pubblico-privata, nel quale il circolo regolatorio sia aperto, tramite la fissazione di principi generali, e chiuso, tramite un efficace sistema di enforcement, dal soggetto pubblico, ma integrato dal contributo tecnico dei nuovi protagonisti del mercato digitale.*

*The essay investigates the issue of digital market regulation, with particular reference to the recent European regulatory wave concerning large online platforms. The theoretical models of reference are explored: the perspective of deregulation, that of self-regulation and, finally, that of co-regulation. It concludes for a model of public-private regulation, in which the regulatory circle is open, through the establishment of general principles, and closed, through an effective enforcement system, by the public subject, but supplemented by the technical contribution of the new digital market players.*

### **Sommario:**

1. Lo slancio regolatorio europeo e i suoi rischi
2. A chi spetta e chi è in grado di dettare le regole nel mondo digitale?
3. *Deregulation, self-regulation, co-regulation*
4. Le ragioni di una regolazione sussidiaria pubblico-privata

---

<sup>°</sup> Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

\* Questo lavoro è frutto di una visione comune dei due autori. Tuttavia il paragrafo 1 deve essere imputato ad Elena Bindi, mentre i paragrafi 2, 3 e 4 ad Elia Cremona, che riprende e aggiorna alcune pagine del capitolo sesto del volume *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, Napoli, 2023.

*For every complex problem  
there is an answer  
that is clear, simple,  
and wrong*

H.L. Mencken

## 1. Lo slancio regolatorio europeo e i suoi rischi

La *platform economy* è un fenomeno certamente multiforme e al suo interno troviamo modelli di *business* molto differenti: sulle piattaforme digitali possiamo acquistare beni, ricevere servizi, allacciare contatti o anche svolgere attività d'impresa<sup>1</sup>. Immaginare una regolazione uniforme per fattispecie economiche così diverse potrebbe apparire una scelta inadeguata e velleitaria. E tuttavia le *grandi* piattaforme digitali (c.dd. *VLOPs*, *very large online platforms*) hanno alcuni tratti salienti che consentono di impostare un discorso su ipotesi di regolazione comune.

In questa esatta direzione sta andando l'Unione Europea, con l'approvazione di una serie di atti – tra direttive e regolamenti – che fissano la strategia europea per il *digital future*<sup>2</sup>, come il *Digital Services Act*<sup>3</sup> e il *Digital Markets Act*<sup>4</sup>, o la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale<sup>5</sup> presentata dalla Commissione europea il 21 aprile 2021 e che prevede obblighi trasversali a soggetti pubblici e privati che

---

<sup>1</sup> Secondo una nota tassonomia, le piattaforme possono essere classificate sulla base del tipo di domanda che intendono soddisfare. Così, abbiamo: a) piattaforme che garantiscono l'accesso a *informazioni*, come i motori di ricerca (e.g. *Google*, *Bing*), anche specializzati su certi *tipi di beni o servizi* (e.g. *TripAdvisor*, *Yelp*, *Google Shopping*, *Kelkoo*, *Twenga*); in questa categoria è altresì inclusa la fornitura di servizi di geolocalizzazione (e.g. *Google Maps*, *Bing Maps*) e di contenuti multimediali (e.g. *YouTube*, *Netflix*, *Spotify*, *Dailymotion*); b) piattaforme che consentono l'accesso a *dati e informazioni personali* degli utenti in qualche modo tra loro collegati, come i *social network* (e.g. *Facebook*, *Instagram*, *LinkedIn*, *Twitch*, *Clubhouse*); c) piattaforme mediante le quali è possibile accedere a beni o servizi offerti da *terze parti*, c.dd. *marketplace* (e.g. *Amazon*, *App Store*, *eBay*, *Alibaba*, *Allegro*, *Booking*) o di *sharing economy* (e.g. *Airbnb*, *Uber*, *BlaBlaCar*); d) piattaforme che procacciano *forza lavoro* o che consentono l'accesso all'*expertise* e alle «*intellectual capabilities*» dei partecipanti (e.g. *TaskRabbit*, *Upwork*); e) piattaforme che consentono l'accesso a fonti di finanziamento, come le piattaforme di *crowdfunding* (e.g. *Kickstarter*, *Gofundme*) o come i *sistemi di pagamento* e le *criptovalute* (e.g. *PayPal*, *Mastercard*, *Bitcoin*). Così STROWEL - VERGOTE, *Digital Platforms: To Regulate or Not to Regulate? Message to Regulators: Fix the Economics First, Then Focus on the Right Regulation*, in *ROSELS – Research Observatory on Sharing Economy, Law and Society*, 15 novembre 2017, e disponibile al seguente link <https://tinyurl.com/mvdpdp234>. Cfr. SRNICEK, *The challenges of platform capitalism: Understanding the logic of a new business model*, in *23 Juncture*, 2017, 254-257.

<sup>2</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione: Shaping Europe's digital future*, 19 febbraio 2020, disponibile all'indirizzo <https://tinyurl.com/5ejschsy>.

<sup>3</sup> Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE.

<sup>4</sup> Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828.

<sup>5</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence*, del 21 aprile 2021, disponibile al seguente link: <https://tinyurl.com/5n724v7x>.

impieghino sistemi di intelligenza artificiale qualificati come “*high-risk*”<sup>6</sup>.

Ad esempio, il 25 Aprile 2023 la Commissione Europea ha adottato il primo atto di implementazione<sup>7</sup> del *Digital Services Act* con il quale sono state soggettivamente individuate le piattaforme e i motori di ricerca che saranno chiamati ad applicare il nuovo regolamento. La Commissione ha indicato 17 soggetti, tra cui si possono leggere i nomi di Facebook, Amazon e Google, e 2 motori di ricerca, Bing e Google Search: tutte piattaforme con oltre 45 milioni di utenti sul territorio europeo.

Nel termine di quattro mesi queste società dovranno implementare, tra l’altro, adeguati sistemi di moderazione dei contenuti e di lotta ai contenuti illegali (in molti casi, in realtà, già adottati), oltre a dover rispettare requisiti ulteriori per limitare i rischi derivanti dall’uso di sistemi di intelligenza artificiale e di sofisticati algoritmi, come quelli impiegati per la raccomandazione dei contenuti. Il *DSA* introduce altresì importanti novità per garantire maggiore trasparenza e tutela dei diritti degli utenti delle piattaforme digitali. In particolare, sarà richiesto alle piattaforme di informare gli utenti sulla pubblicità proposta, su chi la finanzia e sul perché è stata loro offerta. Le pubblicità non potranno essere basate sui dati sensibili degli utenti e questi potranno decidere se rinunciare o meno a sistemi di pubblicità basati sulla profilazione. Si tratta di novità di sicura importanza, i cui effetti – in termini di concreto innalzamento dei livelli di tutela dei diritti degli utenti – dovranno essere attentamente monitorati.

Lo stile “*ad personas*” di questa regolazione, infatti, se da un lato consente di identificare con chiarezza i soggetti vigilati, rischia però di attribuire agli stessi ancora maggiori responsabilità e poteri. Non possiamo dimenticare, infatti, che già l’avvento del Regolamento sulla protezione dei dati personali n. 679/2016 (GDPR) era stato salutato come la definitiva risposta pubblica – in chiave di tutela dei diritti – ai grandi poteri privati che hanno prosperato grazie alla massiva raccolta dei dati personali degli utenti di tutto il mondo. Ebbene, non v’è chi non veda che ben poco è cambiato nel *business model* di queste piattaforme, che continuano ad estrarre e a combinare i dati degli utenti per il – legittimo – perseguimento del proprio profitto. Anzi, proprio di recente assistiamo alla modifica – da parte di *Meta* – della base giuridica del trattamento dei dati degli utenti, dopo la sanzione da 390 milioni di euro irrogata dal Garante irlandese<sup>8</sup>: a séguito della contestazione da parte dell’autorità dell’inidoneità di una base

---

<sup>6</sup> Ai sensi dell’art. 6 della suddetta proposta sono considerati come *high-risk* i sistemi di intelligenza artificiale che abbiano in qualche modo implicazioni con i temi della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali. L’allegato III della proposta individua otto ambiti di applicazione di sistemi di intelligenza artificiale che debbono essere considerati ad alto rischio e quindi soggiacere allo speciale regime normativo. Tra questi, figurano al punto 5 non soltanto i tradizionali servizi pubblici essenziali, ma anche servizi “privati”.

<sup>7</sup> Qui il *link* al comunicato stampa: <https://tinyurl.com/2ntbubt2>.

<sup>8</sup> Decisioni della *Data Protection Commission* irlandese del 31 dicembre 2022, *Inquiry Reference*: IN-18-5-5 (*Facebook Service*) e *Inquiry Reference*: IN-18-5-7 (*Instagram Service*), disponibili al seguente *link*: <https://tinyurl.com/3k66xvfb>.

giuridica esclusivamente imperniata sulla “necessità” del trattamento per l’esecuzione del “contratto” con l’utente [ex art. 6, par. 1, lett. b)], *Meta* ha semplicemente riconvertito la base giuridica del trattamento per la quasi totalità dei suoi servizi applicando la lettera *f*) della medesima norma (i.e. trattamento necessario per il perseguimento di un legittimo interesse del titolare del trattamento). Ben poco è cambiato nella sostanza economica e, per di più, ciò rischia altresì di determinare una contrazione degli strumenti di *empowerment* dell’utente nei confronti della piattaforma.

Insomma, come avverte Katharina PISTOR<sup>9</sup>, la regolazione può talora non solo mancare lo scopo, ma addirittura trasformarsi in una infrastruttura per i soggetti regolati utile a *consolidare* le proprie posizioni di forza. Nelle pagine che seguono, perciò, si tenterà di avanzare alcune riflessioni di ordine teorico sulla regolazione del paesaggio digitale, analizzando *pro* e *contra* delle principali soluzioni sino ad oggi sperimentate.

## 2. A chi spetta e chi è in grado di dettare le regole nel mondo digitale?

Secondo l’impostazione classica, la regolazione economica nasce come il tentativo di correggere i “fallimenti del mercato” (*market failures*) con strumenti di intervento e misure correttive di tipo autoritativo (*command and control*)<sup>10</sup>. Così, il soggetto pubblico smette di osservare l’azione autoregolativa della mano invisibile del mercato e interviene a correggere le distorsioni della concorrenza o le inefficienze del sistema (asimmetrie informative, esternalità, incorretta allocazione degli incentivi).

Nell’era digitale, la fioritura – in brevissimo tempo – di interi nuovi circuiti economici e il generale innalzamento del livello di benessere apportato dalle nuove tecnologie potrebbe sulle prime far legittimamente dubitare del fatto che occorra intervenire tramite strumenti di regolazione pubblica. Anzi, da più parti si sostiene che proprio la sostanziale deregolazione del *web* ne ha consentito la prosperità, sicché, come sosteneva John Stuart MILL nel celebre saggio *On Liberty*, la mancanza di sostanziali ricadute negative delle azioni di un soggetto economico sul benessere degli altri soggetti negherebbe qualsiasi giustificazione etica all’interferenza della società<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> PISTOR, *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton University Press, 2019, recensito da A. SANDULLI, *Il diritto quale infrastruttura per i poteri privati? A proposito di un libro di Katharina Pistor*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 999 ss.

<sup>10</sup> Cfr. OGUS, *Regulation, Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 1994; BALDWIN - CAVE, *Understanding regulation*, Oxford, 1999; KAHN, *The Economics of Regulation – Principles and Institutions*, Boston, 1998; STIGLITZ, *Economics of the Public Sector*, New York, 1988; NAPOLITANO - ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 63 ss.; D’ALBERTI - PAJNO, *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l’economia*, Bologna, 2010.

<sup>11</sup> MILL, *Saggio sulla libertà* (1858), Milano, 2009, 94 s.

Oggi, tuttavia, le dinamiche dei mercati digitali generano numerosi problemi sia sul fronte dell'esercizio di alcune libertà fondamentali (si pensi alla libertà di manifestazione del pensiero e al ruolo giocato dalle piattaforme nella moderazione dei contenuti) che di quelle economiche (si pensi alla dipendenza economica delle imprese da *Google* e *Facebook* per poter raggiungere gli utenti finali), e un forte intervento regolatorio non è più differibile<sup>12</sup>.

Fino ad oggi, infatti, molte delle regole osservate nell'ambiente digitale sono state di origine privata. Anzi, si può osservare che tali regole, come quelle contenute negli *Standard* della *Community* o nelle Normative pubblicitarie di *Facebook* ad esempio, da prodotto dell'autonomia negoziale si sono tramutate in norme, in fonti (private) del diritto<sup>13</sup>, rispondenti a criteri di validità materiale di un ordinamento digitale ormai giuridicizzato. Tale lettura interpretativa, che è forse solo suggestiva, ha se non altro il pregio di descrivere in maniera più "semplice" il rapporto che intercorre tra grandi piattaforme e utenti, e cioè in termini di potestà-soggezione, in senso privatistico, o di autorità-libertà, in senso pubblicistico<sup>14</sup>. Del resto, chi ha davvero la possibilità di "discutere", negoziare tali clausole? Chi può ascrivere al "consenso", anziché al "comando"<sup>15</sup>, la scaturigine di queste regole?

Da ciò, deriva un interrogativo: a chi spetta e chi è davvero in grado di regolare il mondo digitale?

Da una parte, infatti, le istituzioni politiche pubbliche, che pure sarebbero costituzionalmente inclini ad una regolazione del mercato in funzione di tutela dei diritti e delle libertà, non sono state sino ad oggi in grado di produrre un diritto effettivo, applicabile su scala globale. D'altra parte, i poteri privati, sono viceversa stati in grado di produrre regole effettive, osservate su scala globale, ma – per quanto possano aver avvertito come importante la propria responsabilità sociale<sup>16</sup> – hanno continuato ad anteporre il legittimo profitto alle aspettative di tutela dei diritti dei propri utenti.

Ora, quello dei poteri privati (o autorità private) è tema antico, frequentato tanto dalla dottrina giuridica privatistica<sup>17</sup> quanto da quella pubblicistica<sup>18</sup>. E pure

---

<sup>12</sup> Cfr. AMMANATI *et al.* (a cura di), *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali. La regolazione dei mercati in trasformazione*, Torino, 2021, *passim*.

<sup>13</sup> Sul tema, fondamentale è l'analisi e la proposta di DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2005.

<sup>14</sup> SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in Frosini *et al.* (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Firenze, 2017, 19 ss.; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw J.*, 1, 2019, 67.

<sup>15</sup> Per riprendere la coppia concettuale utilizzata da DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*; ID., *Towards an Internet Bill of Rights*, in *37 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, 2015, 27 ss.

<sup>16</sup> Cfr. la lettera annuale di Larry Fink, CEO del più grande fondo di investimenti al mondo, *Black Rock*, del 18 gennaio 2022, che insiste sulla necessaria transizione verso un capitalismo degli *stakeholder* e non più (solo) degli *shareholder*. La lettera è disponibile al seguente link: <https://tinyurl.com/42x886c9>.

<sup>17</sup> BIANCA, *Le Autorità private*, Napoli, 1977.

<sup>18</sup> LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970.

nella letteratura straniera il tema ritorna dapprima nei cosiddetti “*private interest governments*” di Wolfgang STREECK e Philippe SCHMITTER<sup>19</sup> e poi, su tutti, nelle pagine di Gunther TEUBNER<sup>20</sup>.

Nell’era digitale, i problemi sul fronte della tutela dei diritti fondamentali e della regolazione del mercato si sono però inverati anche oltre le lungimiranti previsioni degli autori ora richiamati, al punto che questi poteri privati sono in grado di tenere sul mercato comportamenti “alquanto indipendenti”, per usare un concetto del diritto *antitrust*. Sono, cioè, sostanziali monopolisti e il loro potere di dettare le regole all’intero mercato deriva dal fatto che essi sono, molto spesso, essi stessi *il* mercato, cioè l’infrastruttura su cui “poggia” il mercato.

Si potrebbe obiettare, e c’è chi obietta, che tutti i servizi offerti da questi grandi *player* del mondo digitale sono comunque rinunciabili. Senonché, si tratta di una obiezione che resiste solo in astratto. Non occorre dare dimostrazione del fatto che i termini e condizioni d’uso delle grandi piattaforme digitali private vengono accettati (*rectius* si applicano) a miliardi di persone, cui non è pensabile proporre di “rinunciare” a *GMail*, *Gmaps*, *Whatsapp*, *Facebook*, ecc. O meglio, non può considerarsi effettivamente “libera” la scelta tra l’uso questi servizi, ormai essenziali, alle condizioni del predisponente, e la rinuncia ad essi.

In molti casi, e la pandemia da Covid-19 ne è stato solo l’ultimo e più lampante esempio, queste piattaforme si atteggiano a vere e proprie infrastrutture strategiche<sup>21</sup> per l’esercizio di diritti fondamentali, come – e a tacer d’altri – la salute, il lavoro e l’istruzione. Secondo alcuni, la pandemia ha solo mostrato le *BigTech* per quello che sono veramente: le *public utilities* del ventunesimo secolo<sup>22</sup>.

Il protagonismo di questi grandi attori sta però iniziando ad attrarre, come si diceva in apertura, più profonde attenzioni da parte dei regolatori pubblici. Oltre ai neonati regolamenti (il *Digital Markets Act* e il *Digital Services Act*), merita di essere sottolineato il punto n. 5 dell’*Annex III* della proposta di Regolamento europeo sull’Intelligenza Artificiale, che annovera i “servizi privati essenziali” erogati tramite sistemi AI come “*high-risk*”, facendoli perciò soggiacere ad un regime normativo molto più stringente<sup>23</sup>. Si tratta di una novità importante perché

---

<sup>19</sup> STREECK - SCHMITTER, *Community, market, state – and associations? The prospective contribution of interest governance to social order*, in ID. (ed), *Private interest government: beyond market and State*, London, 1985, 26 ss.

<sup>20</sup> TEUBNER, *Autopoietic law: A new approach to law and society*, Berlin, 1988; ID., *Diritti ibridi: costituzionalizzare le reti di governance private*, in ID., *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili* (trad. it. a cura di Prandini), Roma, 2005, 128 ss.

<sup>21</sup> Sia consentito rinviare a CREMONA *et al.*, *Infrastrutture digitali strategiche per il paese, tra pubblico e privato*, in PAJNO e VIOLANTE (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, Vol. III – *Pandemia e tecnologie. L’impatto su processi, scuola e medicina*, Bologna, 2021, 76-82.

<sup>22</sup> SCOTT, *Coronavirus crisis shows Big Tech for what it is – a 21<sup>st</sup> century public utility*, reperibile in *www.politico.eu*, March 25, 2020; LIU, *Coronavirus has made Amazon a public utility – so we should treat it like one*, in *The Guardian*, April 17, 2020.

<sup>23</sup> Cfr. anche il considerando n. 37 della *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down armonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union*



queste norme rappresentano forse il primo sintomo di una considerazione quasi-pubblicistica (sorta di *regulatory taking*) di queste grandi piattaforme, che potrebbe aprire il varco all'applicazione di ulteriori garanzie, come la trasparenza, la motivazione, la sindacabilità degli atti (privati) sotto il profilo della ragionevolezza e in funzione della tutela dei diritti<sup>24</sup>.

Ad ogni modo, siamo ancora agli albori della nuova regolamentazione, che necessiterà di qualche anno per l'implementazione. Quel che però sin d'ora può considerarsi un risultato è una diffusa presa d'atto, quantomeno a livello europeo, della necessità di regolare la sin qui incontrastata *leadership* economica e regolatoria dei giganti del *web*.

### 3. *Deregulation, self-regulation, co-regulation*

Da qui, il dibattito sulla regolazione è più vivo che mai: è stato osservato che la prospettiva teubneriana delle “costituzioni civili”<sup>25</sup>, cioè di sistemi costituzionali generati dal basso, per l'era digitale «segnerebbe la definitiva vittoria dei soggetti economici attualmente dominanti, sottomettendo ad essi la tutela dei diritti fondamentali e delle libertà degli utenti. Almeno in tutti i casi in cui tali diritti e libertà non siano incorporati entro una logica di mercato. È una prospettiva auspicabile? È un esito inevitabile? Si può affidare a Google il futuro dei diritti politici, civili e sociali nel modo virtuale del cyberspazio?»<sup>26</sup>.

Effettivamente, come si è detto, queste regole private definiscono i confini del *Cyber-spazio*, atteggiandosi alla stregua di norme fondamentali, costituzionali in senso appunto teubneriano<sup>27</sup>, che gli utenti della rete non possono che accettare,

---

*legislative acts* del 21 aprile 2021, disponibile al seguente link: <https://tinyurl.com/mt74jufv>.

<sup>24</sup> Si affermano teorie che vedono nel *Global Administrative Law* lo strumento principe della regolazione su scala globale delle grandi piattaforme digitali. Pare interessante, in una logica di superamento della dicotomia pubblico-privato, la proposta di applicare alcuni principi tipici del diritto pubblico (trasparenza, motivazione, imparzialità *et alia*) agli *Online Giants*, avanzata da FISCHMAN-AFORI, *Taking Global Administrative Law One Step Ahead: Online Giants and the Digital Democratic Sphere*, in corso di pubblicazione in *Int. J. Const. L.*, 2021 e attualmente disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3874915>. Cfr. anche CREMONA, *La responsabilità sociale delle grandi piattaforme digitali*, in PAJNO - VIOLANTE (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, III, *Pandemia e tecnologie. L'impatto su processi, scuola e medicina*, Bologna, 2021, 77-82.

<sup>25</sup> Nel pensiero di TEUBNER, infatti, questi processi di auto-regolazione accoppiano strutturalmente il diritto globale con la strutturazione dei sotto-sistemi sociali determinando l'insorgenza di costituzioni civili (o societarie). Non è però in termini di indifferenza giuridica, sorta di costituzionalismo c.d. “irenico”, che si declina il pensiero dell'Autore. Cfr. PRANDINI - TEUBNER, *Costituzioni societarie: politica e diritto oltre lo Stato*, Milano, 2011, *passim*; GOLIA JR., *Costituzionalismo sociale (teoria del)*, in *Dig., Disc. pubbl.*, aggiornamento 2017, 217 ss.

<sup>26</sup> AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2011, fasc. 2, 3.

<sup>27</sup> Cfr. PRANDINI, *La “costituzione” del diritto nell'epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell'opera di Gunther Teubner*, disponibile all'indirizzo <https://tinyurl.com/3mjfff76>.

incondizionatamente.

Le origini della *self-regulation* dei protagonisti della rete risalgono sostanzialmente alle origini stesse di Internet, ma le dimensioni erano diverse: si trattava davvero di piccole comunità digitali di soggetti, principalmente istituzioni pubbliche, che disponevano della possibilità di accedere ad internet. Era la cosiddetta *netiquette*: regole di comportamento formatesi in via di prassi che furono pian piano avvertite come standard obbligatori e la cui mancata osservanza poteva essere sanzionata tramite l'esclusione dal gruppo<sup>28</sup>. Si è poi attraversata una fase nella quale si è ritenuto di poter "embeddare"<sup>29</sup> le regole della navigazione nell'architettura stessa di Internet (si ricordi per tutti il *Code as law* di Lawrence LESSIG)<sup>30</sup>.

Oggi le dimensioni del fenomeno non sono neppure lontanamente paragonabili e perciò neppure altrettanto facilmente governabili. I problemi sono poi anche di altra natura: non più soltanto la, tutt'oggi complessa, tutela del diritto d'autore, ma altresì la protezione dei dati, la libera manifestazione del pensiero, l'accesso a beni e servizi essenziali, l'esercizio dei diritti civili, politici e sociali<sup>31</sup>.

E alla crescente complessità dei problemi non risponde un ordinamento, ma *più* ordinamenti<sup>32</sup>, spontanei<sup>33</sup>, spesso autoreferenziali e poco inclini ad una effettiva subordinazione alla legalità<sup>34</sup>. Lo scenario di sostanziale particolarismo giuridico descrive oggi un'altra "legalità", quella delle piattaforme stesse (*Law of the Platform*<sup>35</sup>): ogni piattaforma si dà regole proprie, che gli utenti debbono

<sup>28</sup> QUARTA, *Mercati senza scambi. La metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli, 2020, 47.

<sup>29</sup> Nel linguaggio informatico, il termine descrive l'incorporazione di un codice all'interno di una pagina web.

<sup>30</sup> JOHNSON - POST, *Law and Borders. The Rise of Law of Cyberspace*, in 48 *Stanf. Law Rev.*, 1996, 1367 ss.; SASSEN, *On the Internet and Sovereignty*, in 5 *Indiana J. Glob. Leg. Stud.*, 1998, 545 ss.; WU - GOLDSMITH, *Who Controls Internet*, Oxford University Press, 2006; LESSIG, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, in 113 *Harv. Law Rev.*, 1999, 113, 501 ss.; ID., *Code and other laws of Cyberspace*, New York, 1999, riproposto nel successivo *Code. Version 2.0*, New York, 2006.

<sup>31</sup> Cfr. PISANESCHI, *Reti sociali ed elezioni: il fallimento del mercato e il quadro regolatorio europeo*, in *Liber amicorum Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, 3 febbraio 2020.

<sup>32</sup> FROSINI, *Internet come ordinamento giuridico*, in *Percorsi costituzionali*, 2014, fasc. 1, 13 ss. Per alcuni addirittura dotato di un proprio territorio: «Cyberspace is a distinct "place" for purposes of legal analysis by recognizing a legally significant border between Cyberspace and the "real world"», JOHNSON - POST, *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, in 48 *Stanf. Law Rev.*, 1996, 1378.

<sup>33</sup> BIFULCO, *Intelligenza artificiale, internet e ordine spontaneo*, in PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 393 ss.

<sup>34</sup> Sul tema, TEUBNER, *Il trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in *Pol. dir.*, 1987, 100 ss., il quale avverte che «i confini della regolazione sono quindi definiti dai tre limiti dell'auto-produzione. La regolazione è efficace solo nella misura in cui conserva, nei sistemi regolati del diritto e della politica, le interazioni auto-riproduttive interne al sistema sociale regolato. Questa triplice relazione di compatibilità può essere chiamata "collegamento strutturale". Analogamente, a questo punto, possiamo formulare il *trilemma* regolativo: se la regolazione non rispetta le condizioni del collegamento strutturale fra diritto, politica e società, il risultato sarà necessariamente il *gap* regolativo».

<sup>35</sup> LOBEL, *The Law of the Platform*, in 101 *Minn. Law Rev.*, 2016, 88 ss., spec. par. IV, *From Code*

osservare, pena la rinuncia al servizio.

E allora come combinare la tutela dei diritti fondamentali con la produzione privata del diritto nell'era digitale diventa una delle domande più urgenti – e complesse – cui i giuristi pubblicisti sono oggi chiamati a rispondere<sup>36</sup>.

In linea teorica generale, le opzioni sul piatto sarebbero tre: quella della *de- o self-regulation*<sup>37</sup>, sostenuta in ambienti ultra-liberisti da chi afferma che Internet sarebbe il più grande successo della deregolazione di tutti i tempi<sup>38</sup>, quella della regolazione classica (o etero-regolazione), nostalgica di un tempo in cui gli Stati nazionali riuscivano a tenere in mano le redini dell'economia, e quella infine della *co-regulation*, nella quale strumenti e interessi pubblici e privati trovano composizione<sup>39</sup>.

Quanto alla prima opzione, la varietà e il tenore dei diritti coinvolti dall'economia digitale impedisce di tenere ulteriormente in considerazione una soluzione in termini di indifferenza giuridica. Su questo c'è ormai ampio consenso a livello globale<sup>40</sup>.

Quanto alla seconda, quella di una regolazione interamente pubblicistica, è da tempo conclamata la crisi della legge come strumento (esclusivo ed escludente) di normazione<sup>41</sup>. Si è dato conto sopra di come nell'ambiente digitale siano, di fatto, osservate più regole private che pubbliche e di come la “validità” di queste norme sia derivata proprio dall'osservanza e dalla media applicazione, mentre interi settori normativi (come la protezione dei dati o la tutela del diritto d'autore) rimangono spesso solo *law on the books*. In più, dimensione globale, tecnicità e velocità del fenomeno digitale paiono difficilmente conciliabili con le forme classiche della produzione normativa pubblica, di promanazione parlamentare, governativa o anche amministrativa<sup>42</sup>.

---

as *Law to Platform as Regulation*, 142 ss.

<sup>36</sup> Sul fronte della produzione “pubblica” del diritto, cfr. CARDONE, “Decisione algoritmica” vs decisione politica. *A.I., Legge, Democrazia*, Napoli, 2021.

<sup>37</sup> Ampiamente sul tema DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, cap. IV; ID., *Internet e le sue fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2013, fasc. 2, 5 s.; ID., *Antiche libertà e nuova frontiera digitale*, Torino, 2016, 196.

<sup>38</sup> Ne dà conto SORO, *Regolazione e Governance del mondo digitale. Profili del diritto della rete in USA, UE e Italia*, Torino, 2019, 44.

<sup>39</sup> Sul tema dei rapporti tra regolazione pubblica e privata si rinvia per tutti agli scritti di CAFAGGI, tra cui in particolare *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, in *Pol. dir.*, 2004, 205 ss.; cfr. anche, con amplissimi riferimenti bibliografici, GOLIA JR, *Imprese transnazionali e vincoli costituzionali. Tra pluralismo e responsabilità*, Milano, 2019, 173 ss. Cfr. infine SIMONCINI (a cura di), *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Il ruolo delle autorità indipendenti*, Torino, 2023.

<sup>40</sup> Cfr. *ex multis* POIARES MADURO - DE ABREU DUARTE, *Regulating Big Tech will take pluralism and institutions*, in *euronews.eu*, 7 ottobre 2021.

<sup>41</sup> LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017; RUGGERI, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, fasc. 2; AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 1997.

<sup>42</sup> Cfr. specie sul tema della regolamentazione della tecnica MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una “disruption” della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw J.*, 2020, 411-415.

#### 4. Le ragioni di una regolazione sussidiaria pubblico-privata

La nuova *lex informatica*<sup>43</sup> non potrà che declinarsi nelle forme di una *co-regulation*, in cui le fonti pubbliche si vengano a integrare con quelle private dei protagonisti della rete, secondo una logica di sussidiarietà<sup>44</sup>.

Ma non è solo la pratica esclusione delle estremità a far propendere per l'opzione co-regolativa. Le ragioni che inducono a sostenere questa terza via sono anche di ordine teorico. E infatti, acquisito il dato per cui le grandi piattaforme sono *di fatto* i *rule-makers* dell'era digitale, sarebbe sbagliato affermare in maniera *tranchant* che esse siano soggetti non legittimati a farlo. Va dato atto, e lo si è detto sopra, che queste regole in larga parte *funzionano*, sono cioè mediamente osservate. Dal punto di vista dell'effettività giuridica, poco importa, in effetti, se gli utenti non sono del tutto (o per nulla) consapevoli di osservarle. Si può dire perciò che una qualche forma di legittimazione questi "legislatori" l'abbiano tratta *ex post*, dalla media osservanza appunto, dal fatto che alla fine il mercato abbia dato loro ragione premiandoli con posizioni di dominanza nei mercati di riferimento.

Il problema, quindi, non è da ricercare nella sussistenza o meno di un fondamento legittimante questa produzione privata del diritto, quanto piuttosto nella sua subordinazione *nel tempo* al principio democratico.

A ben vedere, infatti, comparando le caratteristiche della fonte "pubblica" con quelle della fonte "privata", la differenza residua è "solo" il coefficiente di democraticità dell'istituzione che ha posto la norma<sup>45</sup>. Più nel dettaglio, atteso che entrambi i tipi di fonti attingono la propria legittimazione dal consenso (*ex ante* l'una, *ex post* l'altra), quel che l'istituzione privata – la grande piattaforma – non può (non vuole, *rectius*) garantire è la subordinazione ad esso *nel futuro*: mentre il rinnovamento degli organi legislativi pubblici è doveroso, altrettanto non accade per i grandi regolatori privati, giacché sono gli azionisti (*shareholders*) e non gli utenti (*stakeholders*) a decidere chi assume il governo societario<sup>46</sup>. Con la

---

<sup>43</sup> FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Consulta online*, Liber amicorum Pasquale Costanzo, 12; MAESTRI, *Lex informatica. Diritto, persona e potere nell'età del cyberspazio*, Napoli, 2015, 144 ss.; CONTI, *La lex informatica*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, 318 ss.

<sup>44</sup> Cfr. DE MINICO, *Internet e le sue fonti*, 21 ss.

<sup>45</sup> Cfr. TARCHI, *Diritto transnazionale o diritti transnazionali? Il carattere enigmatico di una categoria giuridica debole ancora alla ricerca di un proprio statuto*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, editoriale fasc. 1, 15, laddove afferma: «se ricorriamo alle categorie che distinguono le fonti sulla base della loro legittimazione (diritto politico, giurisprudenziale, consuetudinario, convenzionale e rivelativo) dobbiamo ribadire che la natura eterogenea degli ordinamenti transnazionali si riverbera sul tipo di regole prodotte; che possono quindi appartenere a tutte le categorie indicate, con la sola eccezione delle fonti politiche e di quelle rivelative, difettando, negli ordinamenti transnazionali qui considerati, autorità che possiedono una legittimazione elettorale-rappresentativa o trascendente».

<sup>46</sup> Il tema è un classico del diritto societario. Nella vastissima letteratura, cfr. ARROW, *The Limits of Organization*, New York, 1974; BAINBRIDGE, *Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance*, in 97 *Northwest. Univ. Law Rev.*, 2002, 548; BEBCHUK, *Letting Shareholders Set the Rules*, in *Harv. Law Rev.*, 2006, 1784-1813; U. TOMBARI, *"Potere" e "interessi" nella grande impresa azionaria*, Milano, 2018.

conseguenza che una volta che l'impresa abbia ottenuto il consenso (del mercato) e raggiunto la posizione di dominanza è molto difficile che gli utenti possano *nuovamente* esprimersi con libere scelte di consumo<sup>47</sup>. In maniera più semplice: mentre i diritti politici nei sistemi democratici sono esercitati *periodicamente*, le libertà economiche in mercati scarsamente concorrenziali rischiano di essere esercitate *una volta per tutte*.

La più autorevole dottrina rileva che l'effetto di tutto ciò è l'appropriazione da parte di questi poteri privati di porzioni di sovranità, che finisce per distribuirsi in maniera non uniforme tra soggetti pubblici e privati, sulla base di un criterio non più territoriale ma funzionale<sup>48</sup>.

Negli anni Settanta, di fronte all'emergere di altri "poteri privati" vi fu chi suggerì la tesi della "politicizzazione" degli stessi, ovvero della riproposizione dei meccanismi democratici di rinnovo degli organi delle organizzazioni private come correttivo alla cristallizzazione delle posizioni di potere<sup>49</sup>. Nello scenario attuale, non pare neppure pensabile, ad esempio, l'elezione del CEO di *Facebook* o *Google* da parte degli utenti. Eppure, soluzioni al problema del *deficit* democratico nella regolazione privata della tecnologia dovranno essere sperimentate: probabilmente, ai paradigmi di *corporate governance* delle grandi imprese sarà chiesto un cambiamento nel senso della sempre maggiore considerazione del ruolo degli *stakeholders*; viceversa, è prevedibile che la regolazione pubblica dovrà sperimentare inedite forme di interazione e coordinamento con la produzione privata del diritto, specie se tecnica. Gli strumenti sono vari<sup>50</sup>: dal potenziamento delle capacità – anche tecniche – di *oversight* da parte dei soggetti pubblici (come le *regulatory sandboxes*), alla previsione di meccanismi partecipativi ai processi decisionali privati, dalla "sussunzione legislativa" di regole private<sup>51</sup> ai meccanismi di delega tramite codici di condotta

---

<sup>47</sup> Abbiamo rilevato altrove come il diritto antitrust non sia riuscito, per molteplici variegati fattori, ad impedire la formazione di veri e propri monopolisti del mercato digitale. Cfr. CREMONA, *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, fasc. 2 (numero speciale su *Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche*), 879-907. Cfr. anche DUCCI, *Natural Monopolies in Digital Platform Markets*, Cambridge, 2020, 24 ss.; e il saggio della attuale, giovanissima, presidente della *Federal Trade Commission* KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in 126 *Yale Law J.*, 2017, 710 ss.

<sup>48</sup> «My answer focused on the identity and aspirations of major digital firms. They are no longer market participants. Rather, in their fields, they are market makers, able to exert regulatory control over the terms on which others can sell goods and services. Moreover, they aspire to displace more government roles over time, replacing the logic of territorial sovereignty with functional sovereignty. In functional arenas from room-letting to transportation to commerce, persons will be increasingly subject to corporate, rather than democratic, control». Così PASQUALE, *From territorial to functional sovereignty: the case of Amazon*, in *OpenDemocracy*, 5 gennaio 2018, disponibile all'indirizzo <https://tinyurl.com/mu53s232>.

<sup>49</sup> M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, 579 ss.

<sup>50</sup> In una letteratura vastissima, cfr. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza e regole*, fasc. 2, 2002, 226 ss.; BALDWIN - C. MCCRUDDEN, *Regulation and Public Law*, Londra, 1987.

<sup>51</sup> SICLARI, *Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati*, disponibile

e di autodisciplina<sup>52</sup>.

Del resto, è un dato di fatto che la distinzione tra pubblico e privato si è ormai “oggettivata”, resa dipendente “dalla oggettiva natura delle attività, resa indipendente dalla natura dei soggetti e dalla natura degli interessi in gioco”<sup>53</sup>. Ora «il diritto privato fa irruzione nel diritto pubblico», mentre «il diritto pubblico si de-differenzia, perde di identità, diventa sempre più misto»<sup>54</sup>. Con l’ulteriore conseguenza che «l’alternativa fra autoregolazione ed eteronormazione non riflette nettamente la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico»<sup>55</sup>.

Si compie così la profezia di PORTALIS secondo cui «*tout devient droit public*»<sup>56</sup>, ma per una strada diversa da quella che egli aveva prospettato: non il potere pubblico è riuscito ad intrufolarsi in ogni piega della vita civile e sociale dei cittadini, ma i poteri privati lo hanno fatto, tramite il cosiddetto “capitalismo della sorveglianza”, e facendolo sono giunti a produrre un diritto onnipervasivo, effettivo, osservato.

E se da tempo gli studiosi hanno rilevato lo scostamento dai tradizionali modelli di *government*, basati su strutture “verticali” esclusivamente pubbliche e politiche di governo, e l’approdo a modelli di *governance*<sup>57</sup>, caratterizzati da un sempre maggior ruolo degli attori privati, oggi il problema centrale consiste nel recuperare al circuito della democrazia quelle regole e discipline che sono *già date* in determinati settori “privati”, come quello della tecnologia, di centrale interesse pubblico. È la sfida che la tecnica lancia al diritto, e il diritto alla democrazia.

---

all’indirizzo <https://tinyurl.com/2p9cde4m>.

<sup>52</sup> Cfr. AMMANNATI, I “signori” nell’era dell’algoritmo, in *Dir. pubbl.*, 2021, 401. Sono dibattute – specie nella corrente di pensiero riconducibile sotto la formula del *Global Administrative Law* – alcune soluzioni, come la previsione di meccanismi partecipativi nel processo di formazione delle decisioni delle grandi imprese digitali multinazionali. Di nuovo in questo senso cfr. FISCHMAN-AFORI, *Taking Global Administrative Law One Step Ahead: Online Giants and the Digital Democratic Sphere*; cfr. per la diversa scuola del c.d. *digital constitutionalism*, POLLICINO - DE GREGORIO, *Constitutional Democracy in the Age of Algorithms: The Implications of Digital Private Powers on the Rule of Law in Times of Pandemics*, in *MediaLaws*, 11 novembre 2020.

<sup>53</sup> GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010, 205.

<sup>54</sup> CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto pubblico*, Bologna, 2008, 5 ss.; PINELLI, *Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato. Qualche riflessione per i giuristi*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 179, che evidenzia la «inadeguatezza delle impostazioni correnti» nella lettura della attuale e blanda dicotomia fra pubblico e privato.

<sup>55</sup> SICLARI, *Contributo allo studio della sussunzione legislativa*, 19 ss.

<sup>56</sup> «On ne s’occupe plus des relations privées des hommes entre eux: on ne voit que l’objet politique et général; on cherche des confédérés plutôt que des citoyens. Tout devient droit public» (PORTALIS, *Discours préliminaire présenté le 1er pluviôse an IX par la Commission nommée par le gouvernement consulaire* del 28 gennaio 1801).

<sup>57</sup> Così MAYNTZ, *La teoria della governance: sfide e prospettive*, in *Riv. it. scienza pol.*, 1999, 3, cit. in MOBILIO, *Cipe e costituzione. Governare attraverso i comitati ministeriali*, Napoli, 2018, 296-297. Cfr. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010.

