

## Direzione

**Gianvito Giannelli, Ugo Patroni Griffi, Antonio Felice Uricchio**

### **Comitato scientifico**

Sabino Fortunato (**coordinatore**) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi - Cinzia Motti - Antonio Nuzzo - Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti - Michele Sandulli - Gustavo Visentini

### **Redazione di Bari**

Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Francesco Belviso, Rosella Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci, Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro, Manuela Magistro, Francesco Salerno, Concetta Simone, Rocco Lombardi

### **Redazione di Foggia**

Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino, Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione

### **Redazione di Lecce**

Maria Cecilia Cardarelli, Alessandro Silvestrini, Giuseppe Positano, Andrea Sticchi Damiani

### **Redazione di Napoli**

Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Nicola De Luca, Carlo Iannello, Sergio Marotta, Francesco Sbordone, Pasquale Serrao d'Aquino

### **Redazione di Roma**

Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau, Davide De Filippis

### **Redazione di Taranto**

Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti, Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara Mele

Direzione

Piazza Luigi di Savoia n. 41/a  
70100 – BARI - (Italy)  
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329  
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino  
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:  
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -  
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona  
74121 - TARANTO - (Italy)  
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011  
redazione.ibattellidelreno@uniba.it  
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Emanuele Cocchiara\*

BIG DATA, DIRITTI E RISPOSTE COSTITUZIONALI\*\*

SOMMARIO: 1. I nuovi custodi del mercato *data based* – 2. I diritti violati per mezzo degli algoritmi – 3. Breve analisi della risposta normativa comunitaria – 4. Il “Costituzionalismo digitale” è la risposta?

1. *I nuovi custodi del mercato data based* – Gli algoritmi e i *Big data* hanno prodotto (e continuano a produrre) un notevole impatto sul diritto per come lo conosciamo e la velocità con cui le tecnologie dell’informazione e le intelligenze artificiali si sono imposte nel tessuto socio-economico globale è stata troppo elevata per poter consentire una regolazione normativa tempestiva. Se la legge coniata dal fondatore di Intel, Gordon Moore<sup>1</sup> – secondo cui la complessità dei processori raddoppia ogni diciotto mesi mentre il prezzo per concretizzarli dimezza, nonostante ad opinione di alcuni abbia rallentato il suo andamento – continua a produrre i suoi effetti in ogni campo tecnologico, l’uomo sembra, invece, peggiorare la sua capacità di adattamento: alcuni studiosi hanno infatti osservato come l’essere umano non riesca ad adeguarsi alla tecnologia del momento prima

---

\*Testo rivisto e integrato con note bibliografiche essenziali dell’*Intervento* svolto in occasione del Seminario di studi su «*La politica per algoritmi*», Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Palermo, 18 maggio 2022

\*\* Dottorando di ricerca in «*Economia e Finanza delle Amministrazioni Pubbliche*» – Università degli Studi di Bari Aldo Moro

<sup>1</sup> Cfr. in proposito N. THOMPSON, *The economic impact of Moore’s Law: evidence from when it faltered*, in MIT *Computer Science and Artificial Intelligence Lab*, 1 January 2017

che quella più avanzata venga lanciata sul mercato, subendo il cd. deficit di adeguamento tecnologico<sup>2</sup>.

Così come l'essere umano, di riflesso, anche il diritto positivo è stato soggetto a tale deficit, forse colpevolmente. Tanto sembra emergere dalla circostanza che mentre l'Unione Europea (solo adesso) sta procedendo alla disciplina delle piattaforme digitali, del *deep learning* e dei *Big data*, dando seguito agli obiettivi posti dalla Commissione UE nel 2020<sup>3</sup>, le prime sperimentazioni del *Metaverso* già pongono interrogativi e problematiche concrete sui piani processuale, civile<sup>4</sup> e penale, e nondimeno anche costituzionale, avendo riguardo alla c.d. sovranità digitale.

Come oramai noto, l'impatto sul mondo del diritto dei *Big data* e degli algoritmi proviene dal loro utilizzo in larga scala sul mercato. Il contesto in cui ci si muove è ormai universalmente conosciuto come «capitalismo della sorveglianza»<sup>5</sup>, la nuova forma capitalistica che nasce dalla intuizione di *Google* di sfruttare i cc.dd. scarti digitali, cioè le briciole di dati lasciate da ogni azione dei singoli utenti nel *web*. Da quel momento le grandi società operanti *online* hanno iniziato una massiccia operazione di estrazione e profilazione di dati (*data mining*) capace di individuare i gusti e gli orientamenti di ciascun internauta attraverso algoritmi<sup>6</sup> che permettono di penetrare in profondità – anche se non sempre con accuratezza – l'identità personale degli utenti, in tal modo intaccando una serie di loro diritti e garanzie.

Il fatto che i dati siano al centro di ogni cosa non è revocato in dubbio ove si consideri che solo nel 2020 il volume di quelli trattati a livello planetario è di 44 zettabyte

---

<sup>2</sup> Secondo Eric Teller, ex CEO di Google, viviamo in un periodo nel quale il «ritmo del cambiamento» porta l'essere umano ad essere indietro rispetto all'evoluzione tecnologica; assunto rappresentato in un grafico pubblicato in T. FRIEDMAN, *Thank you for being late. Finding a job, running a country, and keeping your head in the age of acceleration*, New York, 2016

<sup>3</sup> Commissione Europea, Comunicazione *Shaping Europe's Digital Future*, febbraio 2020, [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europe-digital-future\\_it](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europe-digital-future_it)

<sup>4</sup> E. CHAN, G. RHODES, *The rise of digital identities and their implications for international arbitration*, in *Journal-Legal News and Commentary*, 6 febbraio 2022

<sup>5</sup> S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, 2019

<sup>6</sup> C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in *BioLaw Journal*, Special Issue 2/2019, 711 ss., 713

( $10^{21}$  byte), cioè otto miliardi di volte le informazioni che sarebbe possibile estrapolare dalla biblioteca più grande del mondo, quella del congresso di Washington<sup>7</sup>.

Dal punto di vista del diritto *antitrust*, i dati, anche secondo l'AGCM<sup>8</sup>, possono essere riconducibili alle *essential facilities*, ossia a quelle infrastrutture essenziali dal cui accesso dipende l'esistenza in un determinato mercato. Essi, secondo la *essential facilities doctrine*<sup>9</sup>, dovrebbero essere resi accessibili anche agli operatori più deboli, per non incorrere in abuso di posizione dominante<sup>10</sup>, per quanto permanga dubbio se ricondurre a tale obbligo anche la condivisione degli algoritmi che servono a tradurre i dati grezzi e gli scarti digitali in previsioni.

Coloro che posseggono i dati e gli strumenti per ricavarne previsioni e profitto, vengono non a caso definiti dalla normativa comunitaria *gatekeeper*<sup>11</sup>, letteralmente custodi, per la loro capacità di dominare il mercato e condizionare accesso ed esistenza di eventuali piccoli concorrenti. Questi custodi, per il loro numero esiguo, hanno creato quello che è stato chiamato un "mologopolio"<sup>12</sup>, ossia la situazione in cui vi sono imprese che agiscono in monopolio nel loro mercato e che, insieme tra loro, agiscono in oligopolio negli altri mercati, condizionandone andamento, accesso e crescita. Tale posizione, che garantisce alle cc.dd. *Big tech* la possibilità di limitare la concorrenza in svariati settori, deriva dal fatto che la maggioranza degli utenti di internet adopera le loro piattaforme per accedere a beni, servizi ed informazioni offerti da terzi, grazie a quello che viene definito effetto *lock-in*<sup>13</sup>: in altri termini, gli utenti compiono una scelta in ragione del fatto che è stata compiuta già da altri.

---

<sup>7</sup> *Data Growth, Business Opportunities, and the IT Imperatives*, de *The Digital Universe of Opportunities: Rich Data and the Increasing Value of the IoT*, aprile 2014, <https://www.emc.com/leadership/digitaluniverse/2014iview/executive-summary.htm>

<sup>8</sup> Concetto evidenziato dall'allora Presidente dell'AGCM, Giovanni Pitruzzella, in una Audizione del 17 novembre 2017 presso la VI Commissione della Camera dei Deputati, [http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/stenografici/html/06/indag/c06\\_tecnologia/2017/11/22/stenografico.0017.html](http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/stenografici/html/06/indag/c06_tecnologia/2017/11/22/stenografico.0017.html)

<sup>9</sup> Dottrina nata negli USA a partire dallo *Sherman Antitrust Act* del 1980

<sup>10</sup> Cfr. G. DE MINICO, *Autorità indipendenti e algoritmi: una famiglia disfunzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, numero speciale 2/2021, 959 ss., 984

<sup>11</sup> Definiti come tali dal *Digital Markets Act*, proposto dalla Commissione il 20 dicembre 2020 e approvato dall'accordo politico in seno al Parlamento UE il 23 Aprile 2022

<sup>12</sup> N. PETIT, *Big tech and the digital economy: the mologopoly scenario*, London, 2020

<sup>13</sup> G. DE MINICO, *L'intelligenza artificiale e quel guazzabuglio di libertà fondamentali*, in *Rivista teorico pratica del diritto*, 1/2022, 14

Caso emblematico, che ha destato scalpore anche per la misura sanzionatoria, è quello oggetto del recente provvedimento dell'AGCM nei confronti di *Amazon*. L'autorità *antitrust* italiana, nel dicembre 2021, ha multato il colosso del mercato *online* con una sanzione pari ad 1,3 miliardi di euro<sup>14</sup>, per avere, in sintesi, ristretto la concorrenza nell'ambito dei servizi di gestione della logistica per gli ordini *e-commerce*, conferendo vantaggi in termini di visibilità solo ai venditori che utilizzano i servizi di logistica offerti dalla stessa *Amazon*<sup>15</sup>. Abuso di posizione dominante analogo a quello compiuto dal motore di ricerca *Google*, multato, in questo caso a livello comunitario dalla Commissione UE, nel 2017<sup>16</sup> di 2,42 miliardi di euro per avere, attraverso un uso anticoncorrenziale del suo algoritmo *Page Rank*<sup>17</sup>, preferito nei risultati di ricerca i prodotti offerti dal suo stesso *marketplace*, *Google Shopping*, e le aziende che operano attraverso esso.

Tali esempi fanno riflettere su come talune figure siano capaci di determinare le condizioni di accesso ai mercati *online* diversamente da come potrebbe procedere uno Stato regolatore, nazionale o sovranazionale, ponendo così serie questioni sulla capacità di internet di autoregolarsi e sull'ampiezza del campo d'azione di una "anarchia unidirezionale" delle autorità private della rete<sup>18</sup>.

2. *I diritti violati per mezzo degli algoritmi* – Il potere di queste ultime non si manifesta, però, solo con riferimento alle distorsioni del rapporto concorrenziale fra operatori del mercato; molto di più, esso è capace di produrre occultamente effetti distorsivi nei rapporti con gli utenti della rete. Sotto questo aspetto la prima esternalità negativa che viene in rilievo è legata alla *privacy*, violata fin dal momento in cui si accede ad internet, con l'immediata estrazione di dati personali forniti più o meno volontariamente. I *Big data* hanno reso obsoleta e inadeguata la "tradizionale" disciplina a tutela dei dati personali interamente basata sul consenso, elemento dal quale oggi molto spesso si prescinde nelle navigazioni *online* oppure di fatto trasfigurato in una sorta di "non consenso"<sup>19</sup>. È infatti

---

<sup>14</sup> In violazione dell'art. 3, l. 287 del 10 ottobre 1990, e conseguentemente dell'art.102 TFUE

<sup>15</sup> Sulla vicenda v. E. QUARANTA, *Piattaforme digitali e tutela della concorrenza: i casi Google e Amazon*, in *agendadigitale.eu*, 2 febbraio 2022

<sup>16</sup> Cfr. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_17\\_1785](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_17_1785)

<sup>17</sup> Per approfondire l'uso di *PageRank* e le conseguenze negative nel mercato, v. M. LAO, "Neutral" search as a basis for antitrust actions?, in *Harvard journal of law and technology*, Occasional Paper series July 2013, 3 ss.

<sup>18</sup> V. G. DE MINICO, *Le fonti al tempo di internet: un personaggio in cerca d'autore*, in *Osservatorio sulle fonti*, Editoriale, 1/2022, 1

<sup>19</sup> G. DE MINICO, *Big data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, in *Diritto pubblico*, numero speciale, 1/2019, 90 ss., 93

noto che accedendo a pagine *web* la prima cosa che appare è la richiesta di accettazione dei *cookies* e del trattamento dei dati. Essa quasi sempre, però, viene percepita come fosse obbligatoria, essendo ben nascoste le scelte contrarie o limitative dell'accettazione stessa con meccanismi che inducono a prendere decisioni involontarie, definiti *dark o black pattern*<sup>20</sup>.

Quello che viene praticato dalle piattaforme informatiche nei confronti degli utenti, a partire dalla fase di estrazione dei dati e in ogni fase successiva, è riconducibile al *nudging*, letteralmente “pungolo” o c.d. “spinta gentile”, ossia uno strumento dell'economia e della psicologia comportamentale definito come «*any aspect of the choice architecture that alters people's behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives*»<sup>21</sup>. Attraverso tali sistemi le piattaforme inducono i soggetti a compiere scelte sfruttando *bias* cognitivi, spingendo non soltanto ad accettare il trattamento dei dati personali ma anche ad “approfittare” di offerte per le quali precedentemente non vi sarebbe stato alcun interesse<sup>22</sup>. L'oscurità dei *dark patterns* è tipica di ogni azione compiuta dagli algoritmi, a partire dalla loro elaborazione, nel loro agire in concreto dal processo di estrazione, *data mining*, immagazzinamento, e trasferimento dei dati raccolti, fino alla elaborazione di previsioni e cessioni delle stesse a terzi.

Dal momento che le IA operano in ambiti sempre più vari della vita di ciascuno, nei rapporti con la PA, nei rapporti interpersonali attraverso i *social network* e nella ricerca di beni e servizi, sembra ormai fuor di dubbio che si possa parlare di *black box society*<sup>23</sup>. L'opacità del sistema rende difficoltoso per il cittadino riuscire a tutelare la propria sfera giuridica individuale e conseguentemente rende complicato anche per il giudice riuscire a comprendere se effettivamente sussistano violazioni meritevoli di sanzione e ad individuarne i responsabili. In un secondo momento rispetto all'estrazione, i dati ricavati in questo modo poco trasparente, vengono elaborati per identificare profili personali che comprendono varie aree della vita privata (c.d. profilazione). Ad esempio, uno dei primi risultati dell'elaborazione dei *Big data* è quello di individuare lo stile di vita quale si evince dagli acquisti compiuti, i quali aiutano i venditori *online* ad attuare il c.d. *dynamic pricing*, con

---

<sup>20</sup> Lo stesso ente comunitario a tutela della privacy, l'EDPB, ha adottato recentemente una serie di linee guida per evitare che attraverso i *dark patterns* si creassero infrazioni alla normativa del Regolamento sulla protezione dei dati personali, RGPD, 2016/79, Comunicato Stampa del 15 marzo 2022, [https://edpb.europa.eu/news/news/2022/edpb-adopts-guidelines-art-60-gdpr-guidelines-dark-patterns-social-media-platform\\_it](https://edpb.europa.eu/news/news/2022/edpb-adopts-guidelines-art-60-gdpr-guidelines-dark-patterns-social-media-platform_it)

<sup>21</sup> R.H. THALER, R.C. SUNSTEIN, *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*, New Haven & London, 2008, 6

<sup>22</sup> A. GRAGNANI, *Nudging e libertà costituzionale*, in *Diritti fondamentali.it*, 1/2021, 498 ss., 514

<sup>23</sup> F. PASQUALE, *The black box society. The secret algorithms that controls money and informations*, Cambridge, 2015

cui, attraverso specifici algoritmi, lo stesso prodotto viene venduto ad un prezzo personalizzato, più alto ad esempio ove la ricerca venga effettuata con dispositivi costosi o da una zona residenziale di una grande città<sup>24</sup>. Tuttavia, tale strategia di mercato è già adoperata da anni e costituisce soltanto il primo passo rispetto a strumenti sempre più incisivi ed evoluti.

I meccanismi di base sono quelli che portano alla personalizzazione delle ricerche, idealmente per offrire un'esperienza di navigazione personalizzata all'utente. Ancora prima che iniziasse a farlo su larga scala *Facebook*, già dal 2009 l'algoritmo di *Google*, *Page Rank*, iniziò a formulare i risultati più adatti al singolo utente, riflettendosi sostanzialmente in una informazione individualizzata per ogni tipologia di ricerca *online*. Ciò comporta inevitabilmente una visione parziale rispetto alla potenziale varietà di contenuti in un *web* sempre più ampio, condizione che ha dato avvio ad un nuovo concetto di individualismo costituito però da una infinità di "bolle di filtraggio" separate tra loro, conosciute come *filter bubbles*<sup>25</sup>. Al loro interno vengono violati una serie di altri diritti che vanno ben oltre quello alla *privacy*, in quanto l'informazione che vi si riceve, merceologica, di cronaca politica, ecc., è filtrata sulla base degli interessi dell'internauta, e finanche offerta anche quando non ricercata. Pertanto, molti utenti nel mercato digitale sono diventati come consumatori preterintenzionali dell'informazione.

Conseguenze della chiusura in diverse bolle è il rafforzamento di preferenze e idee preesistenti con una limitata possibilità di aprire gli orizzonti. In ogni singola bolla, si creano le cc.dd. *echo chambers*, ossia delle camere di risonanza nelle quali viene amplificato ed estremizzato<sup>26</sup> il pensiero formatosi precedentemente, polarizzando ogni dibattito su qualsiasi tema, talvolta condizionando anche i processi democratici.

Si parla a tal proposito di *bubble democracy*<sup>27</sup>. La polarizzazione è appunto facilmente oggetto di manipolazione ad appannaggio di chi ha interesse a sfruttarla per fini elettorali, avvalendosi all'uopo di contenuti non solo faziosi ma anche falsi, diffondendo *fake news* in modo mirato attraverso un *microtargeting* politico<sup>28</sup>. Quasi superfluo appare ricordare gli esempi di diffusione di notizia false per sfruttare un'onda mediatica in vista di voti

---

<sup>24</sup> E. CALVANO, G. CALZOLARI, V. DENICOLO, S. PASTORELLO, *Algorithmic pricing: what implications for competition policy?*, in *Review of industrial organizations*, 55/2019, 155 ss., 158

<sup>25</sup> E. PARISIER, *The filter bubble. What the internet is hiding from you*, London, 2012

<sup>26</sup> R. MONTALDO, *La tutela del pluralismo informativo nelle piattaforme online*, in *Media laws*, 1/2020, 224 ss., 227

<sup>27</sup> D. PALANO, *Bubble democracy. La fine del pubblico e la nuova polarizzazione*, Brescia, 2021

<sup>28</sup> R. MONTALDO, *La tutela del pluralismo*, cit., 228



popolari, come nel caso della *Brexit* e dell'elezione di Donald Trump alle presidenziali USA<sup>29</sup>.

Ma al di là di questi più recenti casi mediatici, che per la loro peculiarità, in particolare *Cambridge Analytica* – Donald Trump, non pongono alcun dubbio quanto alla loro illegittimità<sup>30</sup>, vi sono esempi molti importanti di sfruttamento dei *Big data* accumulati da piattaforme *online* che possono considerarsi *borderline*. Le elezioni presidenziali più seguite al mondo, quelle statunitensi, hanno infatti saggiato il ruolo dei dati ben prima del caso appena citato. Shoshanna Zuboff<sup>31</sup> racconta come già durante la campagna elettorale che consacrò Obama quale presidente USA, vi erano studi predittivi basati sui dati raccolti da *Google* e sulle previsioni che i suoi algoritmi riuscivano ad elaborare a tal punto precisi che membri del suo *staff* erano in grado di sostenere «*we knew who ... people were going to vote for before they decided*»<sup>32</sup>.

Tali eventi conducono senz'altro a domandarsi se possa considerarsi legittimo, eticamente e giuridicamente, adoperare dati estrapolati da privati nell'esercizio della loro attività economica per sfruttarli, condizionandola, in una campagna elettorale. La segretezza del voto, seppur sulla base di predizioni con un margine statistico di errore, può essere violata così come la *privacy* del consumatore? È interessante, in proposito, ricordare il pensiero di R. Cass Sunstein, il giurista americano che fu anche consulente dello stesso Obama, il quale distingue tra la sovranità del consumatore nel libero mercato e la sovranità politica del cittadino in una Nazione libera<sup>33</sup>. In un contesto siffatto, bolle di filtraggio differenziate sulla base di previsioni, contenuti scelti da altri nell'ottica del profitto del mercato e possibilità di sfruttare gli stessi dati ed algoritmi che ne stanno alla base per

---

<sup>29</sup> A. CANDIDO, *Libertà di informazione e democrazia ai tempi delle fake news*, in *Federalismi*, 20/2020, 105, 106 ss.; G. DE MINICO, *L'amministrazione e la sfida dei Big Data*, in AA.VV. (a cura di), *L'Amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri. Scritti in onore di V. Cerulli Irelli*, Giappichelli, 2021

<sup>30</sup> C. THENOVE, *Digital threats to democratic elections: How foreign actors use digital techniques to undermine democracy*, in *Report by Centre for the study of democratic institutions*, University of British Columbia, Vancouver, 2018, 22 ss.; P.S. GULMAN, *La democracia contemporánea y la pregunta por un nuevo nomos: el caso de las elecciones presidenciales de EE.U. en 2016*, in *Revista de teoría y filosofía política clásica y moderna*, 12/2022, 58 ss., 60

<sup>31</sup> S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance*, cit., 120

<sup>32</sup> S. ISSEMBERG, *The victory lab: the secret science of winning*, New York, 2013, 271

<sup>33</sup> R.C. SUNSTEIN, *Republic.com 2.0*, Princeton, 2007, 38 ss., secondo cui «*two conception of sovereignty...the first involves consumer sovereignty – the idea behind free markets. The second involves political sovereignty – the idea behind free nations*»

condizionare processi democratici sono tutti elementi che mettono a rischio il DNA stesso delle democrazie moderne basate sul principio del *government by discussion*<sup>34</sup>.

3. *Breve analisi della risposta normativa comunitaria* – La necessità di regolare un fenomeno lasciato forse troppo a lungo in balia dell'autoregolazione del mercato, unitamente alla sempre più pressante esigenza di limitare i crescenti poteri privati, ha spinto l'ordinamento comunitario ad abbandonare quell'approccio “leggero” fatto di atti di *soft law* – quali, a titolo esemplificativo, la Carta della Robotica<sup>35</sup> e le Linee Guida Etiche per una AI affidabile<sup>36</sup> – per passare finalmente all'implementazione di atti eteronomi e vincolanti quali i regolamenti.

Come preannunciato negli orientamenti politici della Commissione UE 2019/2024 della presidente Ursula von der Leyen, gli obiettivi di questo mandato sono incentrati, oltre che sull'*European Green Deal*, su una «Europa pronta per il Digitale» con il conseguente passaggio al perseguimento della sovranità tecnologica<sup>37</sup>. Ciò si è immediatamente tradotto in un progetto intitolato «Plasmare il futuro digitale dell'Europa» dal quale è scaturito un massiccio pacchetto di proposte di regolamenti da parte della Commissione a partire dal novembre 2020: *Data Governance Act (DGA)*<sup>38</sup>, *Digital Markets Act*<sup>39</sup> (*DMA*), *Digital Services Act*<sup>40</sup> (*DSA*) ed infine l'*Artificial Intelligence Act*<sup>41</sup>. Mentre quest'ultimo, conosciuto come *AI ACT*, è ancora lontano dalla sua approvazione, i regolamenti sui mercati e sui servizi

---

<sup>34</sup> Cfr. G. PITRUZZELLA, *La libertà*, cit., 10

<sup>35</sup> Risoluzione del Parlamento Europeo del 16 febbraio 2017

<sup>36</sup> Elaborate da un gruppo di esperti indipendenti incaricati dalla Commissione UE nel giugno 2018 e rese pubbliche l'8 aprile 2019

<sup>37</sup> «Una nuova legge sui servizi digitali rafforzerà le nostre norme in materia di responsabilità e sicurezza per le piattaforme, i servizi e i prodotti digitali, completando il nostro mercato unico digitale» (Commissione europea, Direzione generale della Comunicazione, Leyen, U., *Orientamenti politici per la prossima Commissione europea 2019-2024; Discorso di apertura della seduta plenaria del Parlamento europeo 16 luglio 2019; Discorso alla seduta plenaria del Parlamento europeo 27 novembre 2019*, Ufficio delle pubblicazioni, 2020, 13, <https://data.europa.eu/doi/10.2775/711798>)

<sup>38</sup> COM(2020) 767 final, 25 novembre 2020, <https://eurlex.europa.eu>

<sup>39</sup> COM(2020) 842 final, 15 dicembre 2020, *ibidem*

<sup>40</sup> COM(2020) 825 final, 15 dicembre 2020, *ibidem*

<sup>41</sup> COM(2021) 206 final, 21 aprile 2021, *ibidem*

digitali sono già stati approvati dall'accordo politico in seno a Consiglio e Parlamento UE annunciato il 23 aprile 2022<sup>42</sup>.

Quello attinente al mercato digitale, il *DMA*<sup>43</sup>, andrà ad applicarsi proprio a quelle piattaforme divenute custodi del mercato, i cc.dd. *gatekeeper*, che sostanzialmente sono, secondo il regolamento, quei soggetti operanti *online* con almeno 45 milioni di utenti attivi al mese. Ad essi saranno posti una serie di divieti per favorire, in linea teorica, lo sviluppo delle tante piccole e medie imprese che operano *online* nel territorio, la cui violazione comporterà una sanzione che potrà arrivare fino al 10% del fatturato annuo globale o, addirittura, del 20% in caso fossero ripetute. Obiettivo dichiarato è, quindi, quello di spezzare un oligopolio che sembra ormai cristallizzato, aggiungendo controlli ed obblighi *ex ante* che si affiancheranno ai “classici” rimedi *antitrust ex post*<sup>44</sup>. Il punto chiave sarà capire se tali strumenti, auspicati e sicuramente apprezzabili, saranno sufficienti ad aprire un mercato dominato da soggetti che, grazie al potere acquisito negli anni anche grazie all'accumulo di enormi quantità di dati, godranno ancora di maggiori utenti per un effetto *lock-in* difficilmente attenuabile.

Il *Digital Services Act*, invece, punta a tutelare i diritti degli utenti delle piattaforme *online* per garantire un ambiente digitale quanto più sicuro e trasparente possibile. Tale traguardo dovrebbe essere realizzato attraverso l'obbligo di rimozione di contenuti violenti, di servizi e prodotti illegali e, per le piattaforme più grandi, anche l'obbligo di monitorare ed eventualmente rimuovere contenuti di (dis)informazione, fuorvianti e privi di fonti, attraverso una valutazione del rischio annuale. Tra le previsioni specifiche ve ne sono alcune che impedirebbero l'utilizzo di strumenti finora adoperati per condizionare gli utenti: il divieto di *nudging* e di *dark pattern* o il divieto di profilare dati per individuare categorie e gruppi vulnerabili. In modo analogo alle altre proposte di regolamento, viene dato ampio potere alla Commissione UE sulla valutazione della conformità alle norme dell'azione delle piattaforme.

---

<sup>42</sup> Cfr. <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2022/04/23/digital-services-act-council-and-european-parliament-reach-deal-on-a-safer-online-space/>

<sup>43</sup> Per una analisi giuridica del contenuto della proposta di regolamento vedasi N. PETTI, *Proposed Digital Market Act (DMA): a legal and policy review*, in *Journal of European competition law and practice*, vol.12/2021, n. 7, 529 ss.; G. BRUZZONE, *Verso il Digital market act: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2021, 323 ss.

<sup>44</sup> Misure fortemente avversate dagli USA, e dal Presidente Biden, in quanto sarebbero il risultato di una scelta di strategia politico-economica per limitare il potere di piattaforme statunitensi ed incentivare quelle europee, discriminando fortemente le prime (cfr., in proposito, M. BROADBENT, *Implications of the Digital Market Act for the transatlantic cooperation*, in *Centre for Strategic & International Studies*, 15 September 2022, 2)

Se il *DSA* sembrerebbe l'atto capace di liberare definitivamente il *web* da strumenti di alterazione di diritti e processi democratici per mano di poteri privati<sup>45</sup>, tanto da farlo definire come primo atto di "costituzionalismo digitale europeo"<sup>46</sup>, ad una attenta analisi dei punti del testo normativo, ci si accorge di come quello che dovrebbe essere un argine al crescente potere privato, contiene una sorta di delega di poteri para-normativi alle piattaforme stesse<sup>47</sup>. Dal contenuto di alcune disposizioni emerge come uno degli obiettivi fondanti dell'azione europea, ovvero sia quello di ripulire internet da contenuti illeciti di ogni tipo, è «*delegated to the private self-regulation*»<sup>48</sup>. Ciò si evince nello specifico dall'art. 35, secondo cui le piattaforme possono partecipare all'elaborazione di codici di condotta «*to contribute to the proper application of this regulation, taking into account in particular the specific challenges of tackling different types of illegal content and systemic risks, in accordance with Union law*»<sup>49</sup>, trasferendo di fatto, stavolta attraverso il diritto positivo, una ulteriore fetta di sovranità normativa nel digitale.

L'*Artificial Intelligence Act* potrebbe, una volta approvato, incidere sul quadro brevemente delineato in precedenza. Esso è rivolto più in generale alla elaborazione e alla classificazione di quelle intelligenze artificiali che, immesse nel mercato, possono costituire rischi per i diritti individuali. Riassumendone il contenuto, esse saranno classificate in AI ad alto rischio, e quindi vietate ed elencate in una *black list*, come ad esempio le AI che manipolano il comportamento, che adoperano il riconoscimento facciale o che classificano in gruppi le minoranze; in AI a *rischio medio*, come i *chatbot*, che dovranno sottostare a specifici obblighi; in AI a *rischio accettabile*, soggette a vincoli di trasparenza, e, infine, in AI a *rischio minimo o nullo*. Inoltre, per coadiuvare la Commissione nel monitorare l'osservanza degli obblighi è prevista la istituzione di un apposito *AI Board*.

Per quanto quello posto in essere costituisca sicuramente uno sforzo regolatorio enorme, mai visto prima, i cui effetti non possono ancora essere valutati, già alcuni moniti mossi dall'EDPB sembrano annunciare problemi futuri. Il Garante Ue della *privacy*, infatti, sottolinea che potrebbero crearsi un *vulnus* di tutela e rischi per l'armonizzazione degli strumenti fra gli Stati membri a causa della poca chiarezza circa il ruolo di ciascuna autorità,

---

<sup>45</sup> In questo senso vedasi A. LAMBERTI, *Libertà di informazione e democrazia ai tempi della società digitale: problemi e prospettive*, in *Consulta online*, 2/2022, 748 ss., 779

<sup>46</sup> G. DI GREGORIO, *The digital services act: a paradigmatic example of European digital constitutionalism*, in *Diritti comparati*, 17 maggio 2021

<sup>47</sup> M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2/2021, 166 ss., 180

<sup>48</sup> G. DE MINICO, *Fundamental rights, European digital regulation and algorithmic challenge*, in *Media laws*, 1/2021, 9 ss., 21

<sup>49</sup> M. BETZU, *Poteri pubblici*, cit., 180

la nuova e quelle preesistenti, ed il coordinamento tra esse<sup>50</sup>. Nel parere viene per l'appunto scritto chiaramente «che il futuro regolamento sull'LA dovrebbe stabilire con chiarezza che le autorità di controllo sono indipendenti nell'esecuzione dei loro compiti di vigilanza e contrasto. La designazione delle autorità per la protezione dei dati come autorità nazionali di controllo assicurerebbe un approccio normativo più armonizzato e contribuirebbe a un'interpretazione coerente delle disposizioni in materia di trattamento dei dati, evitando così applicazioni contrastanti tra i vari Stati membri»<sup>51</sup>. A ciò si aggiunge un ulteriore elemento che potrebbe minare l'armonizzazione e il processo di creazione del Digital Single Market, ossia la previsione del considerando 68 della proposta, il quale prevede che «per motivi eccezionali di pubblica sicurezza o di tutela della vita e della salute delle persone fisiche nonché della proprietà industriale e commerciale, gli Stati membri possano autorizzare l'immissione sul mercato o la messa in servizio di sistemi di LA che non sono stati sottoposti a una valutazione della conformità».

4. Il “Costituzionalismo digitale” è la risposta? – La reazione normativa, che deve inevitabilmente essere sovranazionale, è sufficiente? Ovvero bisognerebbe pensare ad un nuovo ruolo del costituzionalismo?

Se un atteggiamento liberale, negli USA come anche in Europa, ha portato allo sviluppo quasi, se non del tutto, incontrollato delle piattaforme, bisogna pensare a forme di intervento pubblico capaci di bilanciare, se non contenere, i poteri privati che al momento riescono ad incidere sulla condizione degli utenti forse più degli Stati stessi. In tale contesto è nato quello che è stato chiamato “costituzionalismo digitale” che viene definito come «l'ideologia che adatta i valori del costituzionalismo contemporaneo alla società digitale. Non identifica le risposte normative alle sfide della tecnologia digitale, ma piuttosto incarna l'insieme di principi e valori che li informano e li guidano»<sup>52</sup>. Esso si tradurrebbe non soltanto in applicazioni in chiave digitale di principi costituzionali, ma anche in reazioni

---

<sup>50</sup> G. DE MINICO, *Autorità indipendenti e algoritmi*, cit., 964

<sup>51</sup> Parere congiunto n. 5/2021 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale), 18 giugno 2021, 3, [https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/edpb-edps-joint-opinion/edpb-edps-joint-opinion-52021-proposal\\_it](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/edpb-edps-joint-opinion/edpb-edps-joint-opinion-52021-proposal_it)

<sup>52</sup> Secondo E. CELESTE, *Digital constitutionalism: a new systematic theorization*, in *International review of law, computer and technology*, 2019, 33 (1), 76 ss., 76, «It is argued that digital constitutionalism is the ideology that adapts the values of contemporary constitutionalism to the digital society. It does not identify the normative responses to the challenges of digital technology, but rather embodies the set of principles and values that informs and guides them»

normative sia a livello nazionale che internazionale e sovranazionale, tanto che il *network* creatosi attorno questa “ideologia” conta più di duecento iniziative differenti<sup>53</sup>.

In una prospettiva più legata alla dimensione di principi delle tradizioni costituzionali, c'è chi sostiene sia necessario mutare la prospettiva e ragionare applicando al *web* e alle AI i principi costituzionali non solo in un rapporto verticale a tutela del cittadino nei confronti del potere dell'autorità pubblica, ma orizzontalmente cioè fra privati, tra cittadini utenti del *web* e poteri privati, in ottemperanza della cd. *Drittwirkung*<sup>54</sup>. Tale argine di natura costituzionale alle distorsioni causate dai poteri privati del mercato è legato alla tradizione giuridica europea, mentre nella patria delle piattaforme digitali, gli Stati Uniti, la cultura giuridica impedirebbe una tale soluzione data l'inapplicabilità dei principi costituzionali in senso orizzontale nei rapporti interprivati<sup>55</sup>, in virtù della *State action doctrine*<sup>56</sup>, in quanto riferibili soltanto al rapporto verticale autorità-cittadino<sup>57</sup>.

Una applicazione in tal senso dei principi costituzionali andrebbe a colmare quel vuoto di tutela, in assenza dell'adeguata regolazione *in fieri* del rapporto tra cittadini-utenti digitali e piattaforme private, superando quel paradosso per cui esistono più (legittimi) limiti nell'azione pubblica affidata ad algoritmi – anch'essa priva di apposita disciplina legislativa – che nell'azione privata. Basti pensare al caso *Compas* in USA<sup>58</sup> o al semplice caso della *buona scuola* in Italia<sup>59</sup>, per accorgersi di come l'applicazione dei principi costituzionali alle decisioni pubbliche automatizzate – in questi casi il divieto di discriminazione e il principio di buon andamento della PA – riescano a tutelare in ogni caso i cittadini, mentre simili effetti negativi scaturenti nel mercato dall'agire di soggetti privati rischiano di non trovare un argine.

---

<sup>53</sup> M. SANTANIELLO, *Sovranità digitale e diritti fondamentali: un modello europeo di internet governance*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1/2022, 5 ss., 6

<sup>54</sup> O. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *Media laws*, 3/2018, 1

<sup>55</sup> Cfr. O. GRANDINETTI, *Le piattaforme digitali come “poteri privati” e la censura online*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1/2022, 14 ss., 19

<sup>56</sup> Per una breve evoluzione del concetto di *State action doctrine* legata alle piattaforme *online*, v. M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi spazi pubblici e poteri privati. Spunti di comparazione*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2/2021, 43 ss., 50

<sup>57</sup> M. BETZU, *I Poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Diritto pubblico*, 3/2021, 739 ss., 740

<sup>58</sup> G. DE MINICO, *Towards an algorithmic constitution by design*, in *BioLaw Journal*, 1/2021, 381 ss., 399

<sup>59</sup> I.A. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 86 ss., 86

L'applicazione in chiave digitale dei principi fondamentali, al di là della sua concreta applicabilità ai singoli casi, deve far riflettere sul fatto che essi possono operare in ogni tempo, non rendendosi necessaria una riforma costituzionale che espliciti una loro operatività a internet o alle intelligenze artificiali. Una modifica del testo costituzionale, probabilmente, sarebbe oltre che superflua anche soggetta ad "obsolescenza programmata": nel momento stesso in cui vi si procede ben si saprebbe che, in ragione della rapida e continua evoluzione delle tecnologie e del mercato<sup>60</sup>, questa avrebbe bisogno di ulteriori modifiche nel giro di pochi anni.

Accanto all'idea di siffatto "costituzionalismo digitale", spesso ritenuto un concetto troppo vago e privo di carattere prescrittivo del costituzionalismo moderno<sup>61</sup>, si propone l'applicazione dei valori e principi costituzionali sin dalla fase di elaborazione e progettazione delle macchine, quello che viene definito *algorithmic constitution by design*<sup>62</sup>. Per raggiungere questo obiettivo, tuttavia, pare necessaria una normativa vincolante che arrivi, come scritto in un rapporto dell'AGCM, a «spezzare quella perversa combinazione di effetti di rete, economie di scala, pratiche di lock-in, economia dei Big data che è sotto gli occhi di tutti»<sup>63</sup>.

Al di là dei possibili e diversi approcci dottrinali, l'unica idea comune è quella per cui il mezzo più potente di tutela a disposizione degli individui e degli utenti digitali rimane la Costituzione. Infatti, pur essendo fondamentale una regolazione della rete che vada oltre i confini nazionali, è pur sempre necessario che essa abbia delle solide fondamenta nelle costituzioni nazionali. Il costituzionalismo moderno, prescindendo da etichette, si trova di fronte ad una sfida epocale in quanto strumento che deve continuare ad ottemperare al suo primigenio compito, quello cioè di limitare il potere, pubblico o privato che sia, preservando i diritti della persona umana nei confronti nelle logiche del mercato specie quando esse si servano di strumenti artificiali<sup>64</sup>. Come sostenne il giurista L. Brandeis in un discorso al Senato americano, spetta al potere politico il compito di dare attuazione ai principi costituzionali e applicarli nei confronti dei poteri privati del mercato, affinché l'esigenza di dominare il mercato non diventi "troppo" per essere tollerata dalla gente che vuole essere libera<sup>65</sup>.

---

<sup>60</sup> G. DE MINICO, *Fundamental rights*, cit., 10

<sup>61</sup> Cfr. M. BETZU, *I Poteri privati*, cit., 745

<sup>62</sup> G. DE MINICO, *Towards an algorithmic*, cit.; C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in *BioLaw Journal*, 2/2019, 711 ss., 725

<sup>63</sup> Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Relazione annuale*, 2018, 10

<sup>64</sup> A. LAMBERTI, *Libertà di informazione*, cit., 782

<sup>65</sup> «I think we are in a position, after the experience of the last 20 years, to state two things: In the first place, that a corporation may well be too large to the most efficient instrument of production and of distribution, and, in the second place, whether it has

## *I BATTELLI DEL RENO*

Rivista on-line di diritto ed economia dell'impresa

([www.ibattellidelreno.uniba.it](http://www.ibattellidelreno.uniba.it) – [www.ibattellidelreno.it](http://www.ibattellidelreno.it))

---

*exceeded the point of greatest economic efficiency or not, it may be too large to be tolerated among the people who desire to be free», Hearings Before the Committee on Interstate Commerce, United States Senate, Sixty-second Congress, Pursuant to S. Res. 98, December 14, 15, and 16, 1911, Government Printing Office, Washington, 1912, 1174.*