

Lo Stato dinanzi alla evoluzione digitale: la funzione regolatrice del diritto amministrativo in ordine al complesso rapporto tra lo Stato costituzionale di diritto e gli “Stati digitali”

di Jacopo Vavalli

SOMMARIO: 1. Introduzione: inquadramento generale del problema. – 2. Lo Stato e la regolazione *sul* digitale. Lo Stato digitale. – 3. Lo Stato e la regolazione *sul* digitale: profili di modello regolatorio preferibile. – 4. Lo Stato e la regolazione *del* digitale. A) Una indagine sulla natura giuridica delle grandi piattaforme digitali. – 5. Lo Stato e la regolazione *del* digitale. B) Una indagine sul diritto applicabile nell’ambito di una fattispecie concreta. – 6. Il ruolo dei giudici e dei cittadini, oggi. Per uno stato amministrativo giurisdizionale all’insegna del principio di istruzione.

1. *Introduzione: inquadramento generale del problema*

Il tema del rapporto tra lo Stato, o per meglio dire gli Stati¹, Internet (ovvero la rete²) e la società digitale³ è tanto attuale quanto rilevante dal

¹ Visto che “[n]essuno Stato è solo. Ogni Stato esiste accanto ad altri Stati in una società di Stati”: N. BOBBIO, *Stato*, in *Enc. Einaudi*, Torino 1981, XIII, 487.

² Da un punto di vista strutturale, Internet è stato puntualmente definito come “rete di reti”, in cui il più numeroso gruppo di computer al mondo agisce gestendo archivi; Internet consente, dunque, l’accesso a un enorme numero di sistemi differenti: da R. BIN, N. LUCCHI, *Informatica per le scienze giuridiche*, Padova, 2002, 289.

Internet “può essere considerato come un *unicum* tecnologico, una rete telematica globale composta a sua volta da una miriade di reti autonome ma interconnesse, le quali operano in assenza di un organo centrale di controllo. Questa «intelaiatura» virtuale non solo ha reso possibile la creazione di mercati globali per ogni tipo di merci e servizi, ma ha permesso anche la nascita di innumerevoli *fora* all’interno dei quali vengono condotte e proiettate a livello internazionale attività pubbliche di qualsivoglia natura, con tempi e modalità prima impensabili. In particolare, negli ultimi anni il *web* ha permesso l’avanzamento di istanze di natura “endogena” – si pensi agli scenari in cui i *social media* hanno giocato un ruolo rilevante (seppur non decisivo) nell’organizzazione dei movimenti di protesta e di insurrezione popolare nel mondo arabo – ed “esogena”, attraverso nuove forme di *advocacy* digitale che permettono di condurre ogni tipo di campagna di informazione, denuncia e sensibilizzazione su temi ritenuti di rilevanza globale”: T. NATOLI, *La Internet governance nel sistema internazionale*, in *federalismi*, 2014, 2, 3.

³ Sintagma con il quale si evoca il gruppo di individui che abita Internet, quale spa-

punto di vista epistemologico. In ambito filosofico esiste una autorevole linea di pensiero che ritiene la rete digitale pericolosa per la stessa permanenza delle democrazie⁴; il fatto che le nuove tecnologie digitali siano proclivi ad influenzare nel profondo lo Stato, le relazioni sociali, il commercio⁵, l'economia, la produzione e la circolazione delle conoscenze è diventato centrale nei più recenti studi nel campo della sociologia⁶.

Il legame e i relativi profili di tensione tra Stato, individui e società digitale sono inoltre posti al centro, oramai da tempo, della riflessione dei giuristi. Prima ancora di individuarne le ragioni, occorre restringere l'ampio perimetro concettuale che il termine Stato può evocare. Il primo elemento di qualificazione conduce a considerare il termine in senso esclusivamente giuridico, quale ordinamento normativo di una collettività sociale e politica⁷.

Tanto premesso, la grandezza e la complessità del concetto impongono, in ogni caso, una trattazione necessariamente "frammentaria"⁸.

zio virtuale altro dal territorio fisico in cui gli stessi dimorano e agiscono. Sul concetto si avrà comunque modo di tornare *infra*, spec. *sub* paragrafo 2.

⁴ S. COLEMAN, *Can The Internet Strengthen Democracy?*, Cambridge, 2017.

⁵ Per un completo esame del fenomeno, dal punto di vista giuridico, A. ZITO, *Commercio*, in *Enc. dir., I tematici*, III, 2022, 203 ss.

⁶ S. LUPTON, *Società digitale*, ed. italiana a cura Marco Santoro e Federica Timeto, Milano-Torino, 2018.

⁷ Invero, il termine Stato può essere definito in diversi modi, a seconda della scienza che intende esaminare il concetto. Seguendo l'ordine logico delle idee di un illustre giurista come H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952, "[l]a situazione appare più semplice allorché si esamina lo Stato da un punto di vista puramente giuridico. Lo Stato viene allora preso in considerazione soltanto come un fenomeno giuridico, come una persona giuridica, cioè come una corporazione [...]" (185), *i.e.* "un gruppo di individui considerati dal diritto come una unità, cioè come una persona avente diritti e doveri distinti dagli individui che lo compongono" (97). Di tal che, "[l]'unico problema restante è in che cosa lo Stato differisca dalle altre corporazioni. La differenza deve consistere nell'ordinamento normativo che costituisce la corporazione Stato. Lo Stato è la comunità creata da un ordinamento giuridico nazionale, contrapposto a quello internazionale. Lo Stato come persona giuridica è una personificazione di questa comunità o dell'ordinamento giuridico statale che costituisce detta comunità. Dal punto di vista giuridico, perciò, il problema dello Stato appare come il problema dell'ordinamento giuridico nazionale o statale" (185).

⁸ Espressione, questa, utilizzata da S. ANTONELLI, *Profili giuridici della crisi dello Stato moderno*, in *Studi Urbinati*, anno XLVI, 1977-1978, il quale avvertiva, nell'accingersi a trattare il tema oggetto del proprio lavoro, di essere costretto ad effettuare una trattazione frammentaria "perché lo Stato moderno, considerato nella sua struttura risulta un

Innanzitutto, si farà riferimento, per dirla con le eloquenti parole di Giorgio Balladore Pallieri, “allo Stato in cui viviamo attualmente e in cui da alcuni secoli vive il mondo occidentale, allo Stato provvisto di certi caratteri, come quello della territorialità, della sovranità ecc., e che in particolare risolve il problema politico”⁹. Occorre, poi, tentare di identificare il descritto concetto di Stato (moderno). Lumeggiano, a tal uopo, le parole pronunciate da Santi Romano nella propria prolusione pisana dell’inizio del secolo scorso, in cui definiva lo Stato come “una persona immateriale, ma pur reale; un’entità non fittizia e immaginaria, ma, che pur non avendo corpo, riesce per mezzo di delicati e meravigliosi congegni giuridici, a formarsi, manifestare e imporre una propria volontà”¹⁰.

Si tratta, dunque, dello Stato, in questa accezione unificante e immateriale, identificato dalla evocativa espressione *machina machinorum*¹¹. Parlare di Stato (moderno), va da sé, non basta.

organismo estremamente articolato e complesso, come già si evince da un pur semplice riferimento sommario alla divisione dei poteri, alle elaborate ripartizioni di diritto costituzionale e di diritto amministrativo anche a voler sottacere le innovazioni dovute al crescere dei interventi pubblici nell’ambito dei rapporti economici” (10-11).

⁹ G. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, Padova, 1958, 4, il quale aggiunge “lo Stato non ha nulla di mitico o anche appena di razionale: è un concetto storico e null’altro che un concetto storico. Gli uomini di alcune parti del globo vivono da alcuni secoli in questa forma di unità politica; essa è data per di più dalla presenza di tutto un insieme di elementi, territorialità, sovranità ecc. fra i quali non esiste alcun nesso logico nel senso che la presenza dell’uno necessariamente implichi anche la presenza degli altri. Potrebbero benissimo esistere ed esistono e sono esistite comunità in cui vi sono alcuni e non altri di quegli elementi, onde la loro simultanea presenza nello Stato è pur essa un mero fatto storico: la umanità ha trovato comodo o proficuo in certi momenti vivere in comunità in tal modo caratterizzate. Non vi è altra ragione all’infuori di questa, contingente e storica, della costituzione, della prosperità per vari secoli, e del disfacimento forse in un non lontano domani, degli Stati”.

¹⁰ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Discorso per l’inaugurazione dell’anno accademico nella R. Università di Pisa letto il 4 novembre 1909*, Pisa, 1909, 8, il quale aggiunge: “non ombra e spettro, ma vero principio di vita, se non per mezzo di un organismo, nel senso vero e stretto della parola, operante, con sussidio di una serie di istituzioni atteggiare e armonizzate a questo scopo” (8).

¹¹ Secondo l’efficace definizione di Hugo Fischer, citata da C. SCHMITT, *Scritti su Thomas Hobbes*, a cura di C. Galli, Milano, 1986, 86, riferita allo Stato del XVII secolo, attraverso il quale “non soltanto si crea una premessa essenziale, sotto il profilo storico, ideologico o sociologico, per la successiva era tecnico-industriale; lo Stato stesso è già un’opera tipica, anzi prototipica, della nuova epoca della tecnica” (86). Espressione ripresa in un recente saggio di N. IRTI, *Lo Stato: machina machinorum*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 2, 312.

Al concetto di Stato che si vuole porre a fondamento del presente lavoro non si può fare a meno di accostare l'espressione 'di diritto'¹². Lo Stato di diritto è, soprattutto, quello incentrato sulla considerazione prevalente della persona rispetto ai pubblici poteri e alle istituzioni che questi rappresentano¹³. Lo Stato di diritto, a propria volta, è una declinazione dello Stato *liberale*; "Stato *liberale* di diritto è il condizionamento dell'autorità dello Stato alla libertà della società, nell'equilibrio reciproco che viene stabilito dalla legge"¹⁴.

Nello Stato di diritto moderno, come il nostro, si realizza l'estensione alla legge del principio di legalità costituzionale, così il sintagma acquisisce un ulteriore attribuito diventando Stato costituzionale di diritto¹⁵.

¹² Nella sintesi di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, "[i]l XIX è il secolo dello «Stato di diritto» o, secondo l'espressione tedesca, del *Rechtsstaat*. Nella tipologia delle forme di Stato, lo Stato di diritto, o «Stato sotto il diritto» si distingue dal *Machtsstaat*, o «Stato sotto la forza», cioè lo Stato assoluto caratteristico del XVII secolo, e dal *Polizeistaat*, lo «Stato sotto il regime di polizia», cioè il regime dell'Assolutismo illuminato, orientato alla felicità dei sudditi, caratteristico del secolo XVI. Con queste formule si indicano tipi ideali, chiari solo nel loro concetto. Rispetto allo svolgimento reale dei fatti, si devono dare per scontate approssimazioni, contraddizioni, contaminazioni e sfasature temporali che queste sequenze non registrano. Esse, tuttavia, sono utili per cogliere a grandi linee i caratteri principali del succedersi effettivo delle epoche storiche dello Stato moderno" (20). Sul sintagma Stato di diritto, per tutti, si rimanda al recente lavoro di R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004.

¹³ G. SILVESTRI, *Lo Stato di diritto nel XXI secolo*, in *Riv. AIC*, 2011, 2, 1.

¹⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 24.

¹⁵ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, 2016, 462, il quale aggiunge che "Stato di diritto e Stato costituzionale di diritto non sono affatto la stessa cosa (524). Il primo era caratterizzato da strutture giuridiche semplici e nitide: sistema delle fonti governato più dal principio gerarchico che da quello di competenza; dominio incontrastato della legge; conseguente convincimento della sufficienza della riserva di legge a offrire presidio alle libertà individuali; morigeratezza dell'attività nomopoietica, che non conosceva l'inflazione della produzione normativa e, legando la legge alla ratio e l'atto amministrativo ai motivi dell'agire pubblico, rifiutava le leggi provvedimento; saldezza della separazione di campo della legislazione e della giurisdizione, con il riconoscimento alla prima del monopolio nel bilanciamento tra gli interessi sociali; fiducia dell'interprete nel testo; certezza del diritto come massima della legislazione e della sua esecuzione, amministrativa o giurisdizionale che fosse.

Nessuno di questi elementi strutturali resta intatto con l'avvento dello Stato costituzionale di diritto. Il sistema delle fonti diventa sempre più complesso, anche perché la costituzione sottrae interi domini materiali alla legge, delimitandone la competenza per rapporto ad altre fonti divenute sue concorrenti e riducendo il principio gerarchico a regolatore di una frazione sempre più limitata delle antinomie" (462).

Se si volge lo sguardo all'ordine concettuale seguito da Carl Schmitt l'espressione 'Stato di diritto' può significare tante cose¹⁶. Esiste, invero: i) uno "Stato legislativo", fondato su un sistema normativo prestabilito, "misurabile e determinabile nel suo contenuto, durevole e generale"¹⁷; ii) uno "Stato giurisdizionale", ove "il giudice interpreta direttamente il diritto e fa valere questo diritto anche contro il legislatore produttore di normazioni e la sua legge"¹⁸; iii) uno "Stato governativo", che ha la propria espressione caratteristica nella *volontà personale suprema* e nel *comando autoritario* di un capo di Stato che governa"¹⁹; iv) infine, uno "Stato amministrativo", "la cui espressione specifica sia il *provvedimento* definito solo in base alla condizione oggettiva, preso in vista di una situazione concreta e guidato interamente da considerazioni di *convenienza* pratico materiale"²⁰. In questa ottica, sembra che i poteri dello Stato, da intendersi come funzioni dello stesso²¹, assurgano ad elementi qualificanti del concetto, rendendosi primari rispetto agli altri.

Malgrado lo Stato sia una entità complessa, capace di acquisire diverse connotazioni qualificanti, è la sua dimensione unitaria e unificante²² a costituire, ancora oggi, la sua caratteristica precipua. Lo Stato, inteso nei termini anzidetti, può dirsi in crisi dinanzi alla sfida che l'evoluzione (della società) digitale presenta?

L'interrogativo appena posto impone di soffermarsi, innanzitutto, sul lemma *crisi* e poi sul concetto di *evoluzione digitale* per illustrarne i rispettivi significati ai fini della presente ricerca. La storia dello Stato, nella sua acce-

¹⁶ C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, Ed. italiana a cura di C. Galli, Bologna, 2018, 49.

¹⁷ C. SCHMITT, *op. ult. cit.*, 39.

¹⁸ C. SCHMITT, *op. ult. cit.*, 39.

¹⁹ C. SCHMITT, *op. ult. cit.*, 39 (enfasi nel testo).

²⁰ C. SCHMITT, *op. ult. cit.*, 39 (enfasi nel testo).

²¹ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 260.

²² "Lo Stato, rispetto agli individui che lo compongono e alle comunità che vi si comprendono, è un ente a sé che riduce ad unità gli svariati elementi di cui consta, ma non si confonde con nessuno di essi, di fronte ai quali si erge con una personalità propria, dotato di un potere, che non ripete se non dalla sua stessa natura e dalla sua forza, che è la forza del diritto. Soltanto così esso sorpassa la caduca esistenza degli individui, pure essendo composto di uomini; si eleva al di sopra degli interessi non generali, contemperandoli e armonizzandoli; si pone nella condizione di curarsi non solo delle generazioni presenti, ma anche di quelle future, ricollegando in un'intima e ininterrotta continuità di tempo, di azione, di fini, momenti ed energie diverse, di cui esso è comprensiva e tipica espressione": S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., 7.

zione moderna, è una storia caratterizzata dal verificarsi di continui ‘venti’ di crisi, concreti o declamati. All’inizio del secolo scorso, Santi Romano, nella ricordata prolusione pisana, rifletteva sulla crisi dello Stato moderno individuandone le ragioni nel formarsi di gruppi organizzati potenzialmente in grado di sovvertire gli ordinamenti allora vigenti²³. Alla metà del Novecento, Carlo Arturo Jemolo tratteggiava una crisi dello Stato in senso trasversale, che riposava invero su fattori morali, economici, finanziari e politico-amministrativi²⁴. Incombe sulla tenuta dello Stato, sin dagli ultimi decenni del secolo scorso, la “globalizzazione²⁵ dell’economia”²⁶, da cui deriva quella giuridica²⁷. Lo Stato subisce l’inevitabile condizionamento

²³ S. ROMANO, *op. ult. cit.*, secondo cui contro lo Stato “si moltiplicano e fioriscono con vita rigogliosa ed effettiva potenza, una serie di organizzazioni ed associazioni, che, alla loro volta, tendono ad unirsi e collegarsi fra loro. Esse si propongono gli scopi speciali più disparati, ma tutti hanno un carattere comune: quello di raggruppare gl’ individui col criterio della loro professione o, meglio, del loro interesse economico. Sono federazioni o sindacati di operai, sindacati patronali, industriali, mercantili, di agrari, di funzionari, sono società cooperative, istituzioni di mutualità, camere di lavoro, leghe di resistenza o di previdenza, tutte costituite sul principio indicato, dal quale ricavano la loro collettiva fisionomia” (13).

²⁴ A. C. JEMOLO, *La crisi dello Stato moderno*, Bari-Roma, 1991.

²⁵ Su tale fenomeno, dal punto di vista sociologico, non si prescinda dal lavoro di Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, Bari-Roma, 1998, in cui si discute cosa possa accadere “dopo lo stato-nazione” (63 ss.).

Sul tema, dal punto di vista delle instabilità connesse al diritto pubblico dell’economia globalizzata, non si prescinda da M. D’ALBERTI, *Poteri pubblici, mercato e globalizzazione*, Bologna, 2008.

²⁶ Sull’espressione “globalizzazione dell’economia”, S. CASSESE, *Lo Stato in discussione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 4, 1229 ss., il quale puntualmente osserva come “[è] un errore ritenere che le reti sovranazionali di poteri, e, innanzitutto, la globalizzazione, si sviluppino a danno dello Stato. In primo luogo, la globalizzazione riguarda solo indirettamente lo Stato: riguarda, invece, direttamente l’economia: lo sviluppo fino alla crisi del 2008 del commercio mondiale di beni è stato sostituito dallo sviluppo del commercio mondiale di servizi, che cresce più rapidamente del primo, anche perché ad esso è più difficile porre barriere statali” (1234). Di tal che, “non è possibile contrapporre la globalizzazione allo Stato, perché la prima è in larga misura una espansione del potere statale, né è possibile affermare che ritorna lo Stato, perché esso non è mai uscito di scena. Globalizzazione e Stato crescono insieme, anche se la prima rimane limitata principalmente al lato amministrativo, perché gli Stati non ne permettono una proiezione costituzionale. Di qui la debolezza del sistema globale degli Stati, e l’inesistenza della separazione dei poteri e della legittimazione democratica nello spazio globale” (1235).

²⁷ Su cui si rimanda a M.R. FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, IV, 2011, 547 ss.

dell'Unione europea e del diritto eurounitario che da essa promana, in grado di incidere nel profondo anche sui singoli procedimenti amministrativi interni²⁸. In questo primo ventennio del secolo corrente, ad incombere sullo Stato e sul potere pubblico è, invece, l'evoluzione digitale, orientata da imponenti soggetti privati che hanno implementato il loro percorso da meri "attori economici a poteri in senso stretto"²⁹.

L'elemento della crisi, allora, sembra essere quasi connaturato all'ordinamento giuridico statale, ma occorre chiarire la funzione di tale elemento³⁰. Per fare ciò, con un approccio che si potrebbe definire realistico, si può partire dal presupposto che nessuna crisi ha mai determinato l'estinzione dello Stato, ma tutte ne hanno propiziato una trasformazione, una modificazione delle forme sue proprie³¹. Così che il lemma *crisi* andrà inteso, ai fini del presente lavoro, come premessa di un cambiamento (auspicabilmente virtuoso), anziché come prodromo di una fine.

A tale sviluppo si legano le ragioni del perché l'ultimo concetto qui rilevante sia quello di *evoluzione* (della società) *digitale*, non già di rivolu-

In ordine allo studio dell'impatto della globalizzazione sui sistemi giuridici, con particolare riferimento al diritto pubblico, si rimanda all'interessante, recente, approfondimento di R. FERRARA, *La globalizzazione e il diritto pubblico*, in *federalismi*, 2023, 19, 28 ss. Dello stesso Autore, si veda anche ID., *Il "posto" del diritto amministrativo fra tradizione e globalizzazione*, in *Dir. soc.*, 2004, 139 ss.

In ordine ai problemi di metodo che pone il diritto globale, non si prescinda da F. FRACCHIA, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in *federalismi*, 2018, 17, spec. 7 ss.

²⁸ L. PARONA, *L'influenza del diritto europeo sulla disciplina dei procedimenti amministrativi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 3-4, 491 ss. Sul tema, non si prescinda da C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2017 (III ed.), spec. 42; 143. In ordine al profilo di come la disciplina eurounitaria sia proclive ad erodere la discrezionalità delle amministrazioni interne, B. MARCHETTI, *Vincoli sovranazionali e discrezionalità amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 5-6, 721 ss.

²⁹ O. POLLICINO, *Potere digitale*, in *Enc. dir.*, I tematici, 2023, V, 411.

³⁰ Sulle trasformazioni del concetto di (diritto e di) ordinamento giuridico, si veda, di recente, E. PICOZZA, *Trasformazioni del concetto di ordinamento giuridico*, in R. Lupi, M. Fioravanti, *Il ritorno dello Stato. Spunti giuridici per un rapporto equilibrato tra mercato e intervento pubblico*, Milano, 2023, 3 ss.

³¹ S. ANTONELLI, *Profili giuridici della crisi dello Stato moderno*, cit., 7-8: "[n]on si dovrebbe, pertanto, parlare di crisi [dello Stato] quanto più propriamente di trasformazione e di assunzione di forme nuove sotto il concetto comune e paradigmatico di Stato, il quale dimostrerebbe una notevole, per non dire assoluta, vitalità per la capacità di rinnovarsi indefinitamente nel tempo, adeguandosi alle mutevoli esigenze storiche".

zione né di trasformazione. Quasi quaranta anni fa, Norberto Bobbio prendeva in considerazione le possibilità che si aprivano dinanzi allo Stato padrone dei grandi memorizzatori artificiali, aggiungendo che “[s]e poi questa prospettiva sia soltanto un incubo o un destino, nessuno è in grado di saperlo”³². Qualche anno prima (nel 1979), Massimo Severo Giannini sottolineava l'impreparazione delle pubbliche amministrazioni nel saper gestire e governare gli elaboratori elettronici dell'epoca, già capaci, non solo della semplice elaborazione di dati, ma anche “di accertamento e verifica, di calcolo, di partecipazione a fasi procedurali di istruttoria, e infine di decisione”³³. In quegli stessi anni, Vittorio Frosini scriveva: “il nuovo sorvegliante sociale è rappresentato dal calcolatore elettronico, il quale accumula i dati, li confronta, li raccoglie insieme in una memoria implacabile”³⁴.

Il percorso verso la società digitale, naturalmente, è stato avviato diversi anni prima. Ancora Frosini, in un proprio saggio del 1978, citava il lavoro di Georges Langrod sulle applicazioni della cibernetica alla pubblica amministrazione, richiamando le conclusioni dell'Autore in base alle quali “[i]l ricorso ai calcolatori elettronici, nel settore della scienza dell'amministrazione, permetterà dunque «la razionalizzazione rivoluzionaria del lavoro, il raddoppio della produttività, la semplificazione dei servizi, la facile circolazione dell'informazione»”³⁵.

Decenni di transizione verso la società cibernetica, tecnologica o digitale³⁶, che dir si voglia, ci pongono oggi dinanzi al tema della evoluzione di tale transizione e dei relativi effetti. Due recenti monografie di Luisa Torchia³⁷ e Lorenzo Casini³⁸ consentono un attento esame di tali effetti,

³² N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Torino, 1984, 100.

³³ M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato (trasmesso alle Camere il 16 novembre 1979)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1982, 3, 733.

³⁴ V. FROSINI, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, 1981, 211.

³⁵ V. FROSINI, *Cibernetica diritto e società*, Milano, 1978, 54.

³⁶ La transizione digitale è in corso ormai da anni, come ricorda F. CIMBALI, *La governance della sanità digitale*, Milano 2023, 1 ss., in particolare laddove richiama la Comunicazione della Commissione europea al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni del 26 settembre 2003, *Il ruolo dell'e-government per il futuro dell'Europa*, COM (2003), 567, che definisce tale locuzione come “il processo di informatizzazione della pubblica amministrazione attraverso l'uso delle tecnologie e dell'informazione e della comunicazione” (2; nota 2).

³⁷ L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Bologna, 2023.

³⁸ L. CASINI, *Lo Stato (im)mortale*, Milano, 2023.

che in senso ampio possono essere ricondotti a due distinti fenomeni: lo Stato cerca di consacrare il percorso verso la digitalizzazione dentro di sé, con l'obiettivo di governarla sia con riferimento al proprio aspetto statico, l'organizzazione, sia in relazione al proprio aspetto dinamico, l'attività³⁹; lo Stato si trova dinanzi all'esigenza di governare l'evoluzione digitale fuori da sé, proveniente dall'azione delle grandi piattaforme digitali, che ambiscono a divenire anch'essz Stati digitali⁴⁰.

I due ambiti del terreno di confronto tra lo Stato e la evoluzione digitale pongono profili problematici differenti, che ruotano attorno al concetto di regolazione⁴¹. La Rete (e, nella specie, le grandi piattaforme

³⁹ L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., la quale dedica la parte seconda del proprio lavoro a "L'organizzazione dell'amministrazione digitale" (97 ss.) e la parte terza a "L'attività amministrativa" (109 ss.).

⁴⁰ "Queste organizzazioni non solo sono dotate di enormi poteri e capacità di influenza, ma proprio in ragione della concentrazione di potere che le caratterizza stanno via via sviluppando un'articolazione interna di funzioni e regole che simula, come vedremo più in dettaglio in seguito, la creazione di un ordinamento giuridico o, se si preferisce un termine meno impegnativo, di un *legal order*": L. TORCHIA, *op. ult. cit.*, 22-23.

⁴¹ Per una attenta analisi del concetto di regolazione, A. ZITO, *Mercato (regolazione dei)*, in *Enc. dir., Annali*, III, 2010, 806 ss. Di tale espressione, è stata puntualmente fornita una accezione estesa, secondo cui "[p]er regolazione s'intende [...] un'attività che può concretarsi in provvedimenti puntuali tradizionali (come autorizzazioni ad imprese o sanzioni pecuniarie), ma include anche e soprattutto decisioni di tipo quasi-giudiziale, come quelle adottate dalle autorità antitrust per la risoluzione di casi concreti, e ricomprende altresì l'emanazione di regolamenti, di standard, di criteri generali, riconducibili all'idea di un'attività normativa o quasi-normativa (corrispondente al *rulemaking* angloamericano)": M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2013, 4, 608.

In una prospettiva riguardante nello specifico il mercato, il lemma regolazione "indivisa l'insieme delle discipline che mirano a reagire al fallimento del mercato e/o a garantire coll'eteronomia il mercato concorrenziale: quindi a correggere l'asimmetria informativa tra le parti, a evitare il prodursi di esternalità negative, a porre rimedio al monopolio.

Il sintagma Stato regolatore sottende, in particolare, l'opzione normativa che è al fondamento del mercato unico europeo e che si traduce in un preciso modello istituzionale, che ridefinisce la linea di confine tra lo Stato e mercato. Questo modello postula la scelta di conformare normativamente le attività dei privati, con l'obiettivo di preservare la dinamica concorrenziale ovvero di mimare, con la forza della norma imperativa, gl'esiti d'un mercato che in concreto non esiste": A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e Mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 3, 520-521.

Per una analisi in ordine alla nozione di regolazione e ai relativi usi, N. RANGONE, *Regolazione*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, 5057 ss.

Sui vari significati del lemma regolazione, G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in *Enc.*

digitali che la caratterizzano⁴²), al pari del mercato, si sviluppa all'interno di un "contesto sistemico", caratterizzato da una fitta rete di relazioni e imperniato su una serie di principi organizzativi, che rende imprescindibile l'esplicazione di una attività volta a governarla: attività che può bene definirsi di regolazione⁴³. L'attività in questione non è necessariamente da ricondurre all'operato di una autorità indipendente, peraltro non istituita con riferimento alla regolazione di Internet⁴⁴, ma avente ad oggetto la emanazione di una disciplina idonea a creare un ambiente che "imiti" la Rete (o per meglio dire, per quel che qui interessa, l'operato delle grandi piattaforme digitali che la caratterizzano) in modo tale da addivenire a un modello di "Rete regolata"⁴⁵.

Tanto premesso, da un lato emerge il problema della regolazione *sul* digitale per effetto dell'ordinamento interno statale; dall'altro, quello della (possibile?) regolazione *del* digitale, da intendersi qui nel senso di regolazione dell'*agere* delle grandi piattaforme che incide sugli individui (cittadini dello Stato) che le abitano, disciplinandone le condotte (anche) mediante un sistema di *command and control* sul modello statale. Sotto questo secondo profilo, vengono in rilievo, quanto meno, alcuni ambiti di indagine.

Le grandi piattaforme digitali esercitano ampi poteri, aventi connotati particolari in virtù del loro carattere "reticolare" anziché "verticale"⁴⁶,

dir., I tematici, V, 2023, 1008-1009.

Secondo L. TORCHIA, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Il Mulino*, 2024, 1, "l'approccio alla regolazione porta alla emersione di tecnodemocrazie e di tecnoauto-crazie e, ancor di più, a un diffuso tecno-nazionalismo" (25). La stessa Autrice distingue, al riguardo, tra: l'approccio americano, "animato da una forte fiducia nel mercato e da un'altrettanta accentuata sfiducia nella regolazione, considerata come un ostacolo alla innovazione" (25); l'approccio europeo, in base al quale "si dubita della capacità delle grandi imprese tecnologiche (nessuna delle quali è europea) di comprendere e rispettare i fondamenti della democrazia costituzionale e l'insieme di diritti e valori fondamentali che costituiscono parte integrante e irrinunciabile dell'ordinamento europeo" (26); l'approccio cinese, "saldamente basato sull'approccio statale e quindi del partito, con un modello di potere pubblico che pone l'accento sull'unità, sull'uniformità e sulla concentrazione" (27).

⁴² Su cui si si soffermerà *infra*, spec. sub paragrafo 2.

⁴³ Per l'ordine concettuale sopra illustrato, benché articolato con preciso riferimento al mercato, A. ZITO, *Mercato (regolazione dei)*, *passim*.

⁴⁴ Benché si potrebbe ragionare sull'opportunità di farlo.

⁴⁵ Per un simile ordine concettuale, benché riferito al mercato, C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, 2005, 120 ss.

⁴⁶ L. TORCHIA, *Poteri pubblici e poteri privati*, cit., 18.

di cui occorre indagare la natura (giuridica). Si pone il problema di comprendere sino a che punto simili poteri siano esercitati all'interno dell'ordinamento, essendo ad esso assoggettabili, o costituiscano espressione di un ordinamento a parte.

Si pone il problema, inoltre, di esaminare la disciplina che promana da simili piattaforme per collocarla all'interno del sistema delle fonti del diritto.

Ulteriore profilo problematico riguarda il tipo di rapporto che si instaura tra le grandi piattaforme digitali e i soggetti incisi dal loro *agere*, nonché quali posizioni giuridiche e quali situazioni giuridiche soggettive⁴⁷ rilevano all'interno del rapporto tra le parti.

L'indagine, lo si anticipa sin d'ora, porterà a mettere in luce l'incidenza del diritto amministrativo e dei relativi principi in ordine alle tematiche appena illustrate.

2. *Lo Stato e la regolazione sul digitale. Lo Stato digitale*

L'epoca della *rule of technology*⁴⁸ vede vacillare la tenuta del concetto di sovranità⁴⁹, intesa quale “somma di poteri originari” che “possono incidere sugli innumerevoli rapporti umani, regolandoli (legislazione) o adattandoli alle norme preesistenti (amministrazione e giurisdizione)”⁵⁰. Lo Stato, o per meglio dire gli Stati, possono concretamente mantenere

⁴⁷ A livello di teoria generale, in ordine al significato da attribuire all'espressione, tra i molti, F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, dove si fa distinzione tra il concetto di “posizione giuridica”, che “corrisponde [...] ad una considerazione statica del soggetto [...] nell'ordinamento giuridico e così serve ad identificarlo come soggetto di diritti o di doveri”, dal concetto di “situazione giuridica”, che invece “corrisponde ad una considerazione dinamica del soggetto, nel suo atteggiarsi in una concreta relazione giuridica. Perciò nella situazione giuridica si è individuato fin dall'inizio un elemento relazionale espresso ora nel suo aspetto oggettivo” (211, nota 41, a cui si rimanda per i richiami bibliografici rilevanti sul tema).

⁴⁸ A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 2019, 1, 84 ss.

⁴⁹ Per una definizione del concetto, non si prescinda H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1920, trad. it. a cura di A. Carrino, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Milano, 1989. Quanto alla dottrina italiana, per tutti, V. GUELI, *Sovranità*, *Nuovo Dig. It.*, XII, 1940, 691 ss.

⁵⁰ C. LAVAGNA, *Autorità (dir. pubblico)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 481.

la propria centralità solamente se sapranno affrontare la delicata e, allo stato ancora irrisolta, questione del *government* ovvero della *governance*⁵¹ di internet; solamente, dunque, se sapranno affermare una propria sovranità *tecnologica*⁵² (o *digitale*⁵³), da alcuni meglio definita come “autonomia e capacità tecnologica”⁵⁴.

In ordine alla evoluzione digitale non si può fare a meno di registrare due aspetti ugualmente rilevanti e oggettivi: la velocità della trasformazione che l'avvento delle nuove tecnologie sta producendo⁵⁵ e la sua pervasività⁵⁶. L'evoluzione digitale è trainata dalle piattaforme digitali di grandi dimensioni⁵⁷, che si impongono all'interno di Internet, ma con significa-

⁵¹ A seconda che si prediliga un tipo di azione regolatoria derivante in via preminente dallo stato centrale (*government*) ovvero un tipo di azione regolatoria che sia il prodotto di mediazioni e di cooperazioni che lo stesso stato centrale pone in essere con attori non statali. Emblematico, sul punto, è il pensiero di L. BOBBIO, *Invece dello Stato: reti*, in *Parole chiave*, 2005, 2, secondo cui “non è un caso che il termine *governance* sia diventato di moda. Esso riassume in modo sintetico una circostanza che si caratterizza per la ‘diffusione e la dispersione dell’autorità politica lungo una pluralità di percorsi verticali e orizzontali che non hanno più lo Stato come epicentro politico’. Non è più il governo a governare. Sono piuttosto le reti in cui gli stessi governi si trovano a confrontarsi (o scontrarsi) con altri soggetti” (34).

⁵² Definita come “l’abilità di generare conoscenza tecnologica e scientifica autonomamente o di utilizzare capacità tecnologiche sviluppate altrove attraverso l’attivazione di partnership ritenute affidabili: R. CERRA e F. CRESPI (a cura di), *Sovranità tecnologica, Position paper* (Centro Economia Digitale-CED), 7.

⁵³ G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, in *Dir. pubbl.* 2021, 3, 809 ss.

⁵⁴ B. CAROTTI, *La politica europea sul digitale: ancora molto rumore*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 4, 999, atteso che, per l’Autore, “[l]a «sovranità digitale», in questo senso, va declinata in termini di costruzione di conoscenze, e non di una dimensione tecnica e giuridica che contrapponga un «noi» a un «loro»” (1011).

⁵⁵ L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., 21. Secondo l’autorevole Autrice, è tale velocità, unita alla “continua produzione di nuove invenzioni, che rendono rapidamente inutili e obsoleti le regole e gli strumenti di controllo via via progettati e posti in essere. Non si tratta, quindi, di una singola invenzione – come l’elettricità, o il motore a scoppio, o la televisione – ma di un processo di trasformazione delle abitudini individuali e delle modalità di interazione sociale i cui esiti non si stabilizzano mai completamente, ma continuano ad evolvere” (21).

⁵⁶ G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, cit., 817, secondo cui “il digitale è passato da un pubblico di nicchia, quello militare e poi dell’accademia, ai primordi di Internet, al commercio elettronico, per poi pervadere l’intera vita sociale”.

⁵⁷ In ordine alle “piattaforme di grandi dimensioni” è possibile rinviare al recente Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre

tivi riverberi anche nel ‘mondo analogico’. Simili piattaforme tendono ad assumere connotazione di Stati digitali per il (buon?) governo dei soggetti fruitori del *web*.

L’evoluzione digitale sta incidendo sulla disciplina dei beni e, in particolare, dei beni culturali. La dottrina, invero, ha teorizzato la figura dei

2022, “relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali)” (c.d. *Digital Services Act*-DSA), il cui art. 33 (rubricato “Piattaforme online di dimensioni molto grandi e motori di ricerca online di dimensioni molto grandi), paragrafo 1, considera tali i soggetti “che hanno un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell’Unione pari o superiore a 45 milioni” (e che sono designati in tale modo dalla Commissione europea ai sensi del successivo paragrafo 4 in base ai predetti elementi numerici).

Il considerando 76 di tale Regolamento (UE) 2022/2065, sul punto, premette che “[l]e piattaforme online di dimensioni molto grandi e i motori di ricerca online di dimensioni molto grandi possono comportare rischi per la società diversi in termini di portata ed effetti rispetto a quelli presentati dalle piattaforme più piccole. I fornitori di tali piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi dovrebbero pertanto essere soggetti agli obblighi più stringenti in materia di dovere di diligenza, proporzionati al loro impatto per la società. Quando il numero di destinatari attivi di una piattaforma online o di destinatari attivi di un motore di ricerca online, calcolato come media in un periodo di sei mesi, raggiunge una quota significativa della popolazione dell’Unione, i rischi sistemici posti da tale piattaforma online o motore di ricerca possono avere un effetto sproporzionato sull’Unione. Si dovrebbe ritenere che tale raggio d’azione significativo sussista quando tale numero supera la soglia operativa di 45 milioni, ossia un numero equivalente al 10 % della popolazione dell’Unione. Tale soglia operativa dovrebbe essere tenuta aggiornata e alla Commissione dovrebbe essere quindi conferito il potere di integrare le disposizioni del presente regolamento mediante l’adozione di atti delegati, ove necessario”.

beni culturali digitali⁵⁸, ipotizzandone modalità di utilizzo⁵⁹, di riproduzione e di riutilizzo per scopi di lucro⁶⁰, nonché forme di tutela⁶¹.

È, comunque, l'individuo ad essere interessato dal fenomeno in esame con effetti maggiormente rilevanti. L'impatto della evoluzione digitale può essere esaminato sia osservando gli individui nella loro singolarità sia come gruppo, come 'popolo' della Rete abitante uno spazio territoriale metafisico.

Dal primo punto di vista, è possibile osservare che l'individuo, in generale, il cittadino in particolare, è consciamente o inconsciamente sospeso tra le virtù delle grandi piattaforme digitali, suadenti acceleratori di forme (tutte da verificare) di partecipazione democratica e, al contempo, brutali compressori di libertà. Costituiscono esempio di ciò i fenomeni della c.d. *filter bubble*⁶², ovvero l'isolamento del soggetto nella propria bolla di informazioni⁶³, e della c.d. *minitelizzazione*, generato da pratiche discriminatorie che conducono l'utente della Rete ad utilizzarla solamente con riferimento ad alcune, precise, applicazioni sponsorizzate⁶⁴.

⁵⁸ P. FORTE, *Il bene culturale pubblico digitalizzato. Note per uno studio giuridico*, in *PA*, 2019, 2, 245 ss., il quale precisa che “[l]’ipotesi di studio infatti è che, pur partendo da una prima dimensione tangibile o comunque dotata di una peculiare capacità di percepibilità, una volta (ri-)strutturato in forma digitale il bene si affranchi dalla sua “cosità” originale, e assuma veste di oggetto a sé, sia altra “cosa” rispetto al bene di base, con un suo proprio supporto e caratteri immateriali e performativi che lo rendono distinto bene complesso, con la notevole conseguenza che, per questa via, si spezzi, anzitutto, un elemento determinante per la dimensione giuridica del bene, ovvero la sua scarsità assiomatica e la conseguente fruibilità circoscritta a causa dei limiti della cosa: digitalizzati e messi in rete, questi oggetti sono disponibili ad un indifferenziato numero di fruitori, ed offrono potenzialità di riuso che moltiplicano le possibilità di costituire valore aggiunto, e nuovi prodotti e servizi, ma soprattutto generano una nuova ontologia, una entità in sé, non solamente (come in certe visioni il bene fa in confronto alla cosa radicale) la sua differenziazione/identificazione rispetto al soggetto o ai suoi interessi” (253).

⁵⁹ P. FORTE, *op. ult. cit.*, 271 ss.

⁶⁰ P. FORTE, *op. ult. cit.*, 281 ss.

⁶¹ P. FORTE, *op. ult. cit.*, 289 ss.

⁶² E. PARISER, *The Filter Bubble: What The Internet Is Hiding From You*, Londra, 2011.

⁶³ Determinato dalla Rete al fine di condurre l'individuo a visualizzare solamente i contenuti in linea con i propri valori e con le proprie inclinazioni. Sul tema, si veda E. PARISER, *The Filter Bubble: What The Internet Is hiding from You*, New York, 2011.

⁶⁴ L. BELLÌ, *La neutralità della Rete tra diritti fondamentali, internet generativa e minitelizzazione*, in T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, 2017, 161.

All'interno delle piattaforme digitali in esame dimorano poteri privati, che incidono sugli utenti in *non* luoghi fino ad oggi poco disciplinati dal diritto. I poteri privati vengono esercitati dalle (e nelle) grandi piattaforme digitali in termini surrettizi, mediante un continuo sfruttamento dei dati personali tra l'uso e l'abuso. Sono, dunque, esercitati sul solco di *bias* e degli errori cognitivi in cui gli individui fisiologicamente incorrono nell'assumere di volta in volta le proprie decisioni⁶⁵. I poteri privati si insinuano negli interstizi, nei vuoti, lasciati dal potere pubblico, assumendo quei caratteri totalizzanti propri della sovranità, addirittura nel senso ottocentesco del termine.

Dinanzi alla società digitale si ergono Stati (im)mortali o claudicanti?⁶⁶ Sapere che, ancora oggi, i cittadini potrebbero confidare su uno *Stato (im)mortale* tenderebbe ad essere rassicurante, soprattutto in un periodo storico tumultuoso e disorientante a causa dei recenti eventi nefasti che hanno colpito il mondo intero (l'epidemiologica da Covid-19), l'Europa (il conflitto bellico russo/ucraino) e, da ultimo, il Medioriente (per effetto del nuovo conflitto bellico israelo-palestinese)⁶⁷.

Sull'equivoco ingenerato dal concetto di *neutralità tecnologica* (ovvero della Rete), si veda G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e rischi di una "disruption" della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal*, 2020, 2, 406 ss.

⁶⁵ Volgendo lo sguardo alla c.d. *nudge theory*, di recente rielaborata all'interno della teoria giuridica dell'agire amministrativo da autorevole dottrina, invero, "[s]e le scelte degli esseri umani sono influenzate dal contesto, allora è possibile, grazie alla individuazione dei fattori condizionanti le medesime, costituire un contesto decisionale adeguato ad indirizzare, ricorrendo al *nudge*, le scelte in un senso piuttosto che in un altro": A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021, 25. Alle origini di tale teoria si pone il volume di R.H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2017 (titolo originale *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, New Haven, Yale University Press, 2008).

⁶⁶ La risposta di L. CASINI, *Stato (im)mortale*, cit., è chiara nel senso che lo Stato continui tutt'oggi a godere di buona salute (24). L'Autore riconduce tale stato a tre segnali, che provvedere ad esaminare nelle pagine successive: "il primo è l'indiscussa «tirannia» della parola «Stato» negli ultimi secoli, che non accenna certo a finire; il secondo è il fatto che il numero di Stati – e dei popoli e dei territori che chiedono di essere riconosciuti come tali – continua ad aumentare; il terzo è il ruolo svolto dallo Stato nella crisi pandemica del 2020, che ha visto appunto rafforzata la sua posizione come livello di entità politica ancora oggi dominante" (24).

⁶⁷ Lo Stato, in chiave laica, acquisisce le sembianze di un Dio terreno, in grado di ordinare le condotte e fornire protezione. "Lo Stato è la totalità etica, la realizzazione

Il confronto tra l'ente Stato e l'entità società 'digitale' mostra notevoli profili di interconnessione. Per saper gestire il confronto, lo Stato stesso ambisce a digitalizzarsi, attraverso la digitalizzazione della pubblica amministrazione⁶⁸.

All'interno della *machina machinorum* si distinguono le amministrazioni digitali da quelle algoritmiche⁶⁹, in cui l'informatizzazione passa dall'esser

della libertà; ed è scopo ultimo della ragione che la libertà venga realizzata. Lo Stato è lo spirito che stà nel mondo e coscientemente in esso si realizza ... l'ingresso di Dio nel mondo è lo Stato; è fondato sulla potenza della ragione realizzantesi come volontà. Nell'idea dello Stato non vanno considerati gli stati particolari, ma va considerato l'idea per sé, Dio reale. Qualunque Stato, ove pure lo si qualifichi cattivo secondo i propri principi, si rinvenga in esso questo o quel difetto, ha sempre in sé – specie se è del nostro tempo civile – ciò che è essenziale al suo essere ... lo Stato non è un'opera d'arte; esso sta nel mondo e, quindi, nella sfera dell'arbitrio, della contingenza e dell'errore; un cattivo comportamento può alterarlo. Ma l'uomo più turpe, il delinquente, un ammalato e uno sciancato, sono sempre uomini viventi; la vita esiste anche col difetto, ed è con la vita che si ha qui da fare»: F. D'ANTONIO, *Lo Stato nella filosofia hegeliana*, in *Ann. scienze pol.*, 1940, Vol. XIII, 1-2, 60.

⁶⁸ A cui, di recente, è stata data la definizione giuridica di “processo, che si instaura in quell'ambito in cui Informatica giuridica e il Diritto amministrativo si sovrappongono, con il quale le amministrazioni pubbliche agiscono, e si organizzano per agire, con l'intento di esercitare funzioni amministrative e prestare servizi pubblici attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, al fine di perseguire due macro obiettivi: da un lato attuare i principi costituzionali sanciti dall'art. 97 Cost., di buon andamento e di imparzialità, nonché dei loro corollari espressamente affermati sul piano costituzionale dalla l. n. 241 del 1990, vale a dire efficacia, efficienza ed economicità; dall'altro concretizzare la strategia dell'Open Government dando attuazione ai suoi principi di trasparenza, di partecipazione e di collaborazione”: S. ROSSA, *Contributo allo studio delle funzioni amministrative digitali. Il processo di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e il ruolo dei dati aperti*, Milano, 2021, 59.

⁶⁹ A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 4, 1165 ss.; A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, 2023, spec. 134 ss.; 240 ss.

Per un attento esame del potere amministrativo esercitato mediante automazione, non si prescinde da D.U. GALETTA e J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi. it*, 2019, 3, 1 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. sconcerto e stilemi (sul controllo giudiziario delle “decisioni algoritmiche”)*, in *Dir. amm.*, 2021, 4, 813 ss.

Sul tema della regolazione dell'innovazione tecnologica legata all'uso delle decisioni algoritmiche, G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, 2019, 2, 199 ss.

forma ad essere sostanza delle decisioni⁷⁰. Si pone, dunque, l'esigenza di riservare all'uomo, all'interno della rivalità delle intelligenze⁷¹, una sfera di competenza intellettuale invalicabile da parte delle macchine⁷². Si pone, comunque, l'esigenza di rendere trasparenti i processi decisionali attraverso la possibilità di comprendere il testo dell'algoritmo, e cioè del programma costituente il codice sorgente, che delle decisioni assunte rappresenta l'anima⁷³.

⁷⁰ A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit., secondo cui “la tecnologia non viene usata per dare forma alla decisione presa dall'amministrazione, ma per determinarne il contenuto” (1167). Su tale aspetto, M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. Civitarese Matteucci, L. Torchia (a cura di), *La tecnificazione. A 150 dall'unificazione amministrativa italiana*, IV, Firenze, 2017, 156-157, la quale traccia chiaramente la differenza tra le applicazioni dell'informatica c.d. documentarie, volte essenzialmente a “raccolgere e organizzare dati fornendo agli utenti, dietro apposita richiesta, notizie sugli stessi quando siano stati trattati”, e il modello c.d. metadocumentario, in cui “non si fa dunque riferimento all'uso, da parte dei funzionari pubblici, degli strumenti informatici e telematici per l'esercizio dei loro compiti secondo modalità comunque tradizionali, ma piuttosto si intende far riferimento principalmente a possibili fenomeni di standardizzazione e spersonalizzazione dei processi decisionali, cui conseguono – da un lato – la riduzione dello spazio della discrezionalità nella fase di conclusione di ogni singolo procedimento, ma – dall'altro – lo spostamento della scelta a una fase anteriore, vale a dire la fase della selezione dello strumento tecnico che consente tale meccanismo, o anche a una fase successiva, che è quella della lettura del dato tecnico: l'effetto è che le decisioni non vengono annullate, ma semplicemente accorpate, razionalizzate, trasformate, su scala più o meno ampia”; il fenomeno, precisa l'Autrice, “è anche definito come il passaggio da una condizione di Street-Level Bureaucracy a una condizione di Screen-Level Bureaucracy, ossia da una condizione in cui è solo il pubblico funzionario a decidere (Street-Level Bureaucracy) ad altra condizione in cui questi decide solo formalmente, mentre di fatto la decisione è assunta dall'elaboratore elettronico ove precedentemente è stato installato un certo software e sono stati inseriti i dati del singolo procedimento (Screen-Level Bureaucracy)” (157).

⁷¹ L. ALEXANDRE, *La guerra delle intelligenze. Intelligenza artificiale contro intelligenza umana*, Torino, 2018.

⁷² Si fa riferimento al recente lavoro di G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Padova, 2023. Su tale saggio, si veda la recensione, e le puntuali critiche ivi contenute, di M. TRIMARCHI, *Giovanni Gallone, Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Cedam, 2023, in *Dir. pubbl.*, 2023, 2, 670 ss.

⁷³ Secondo la giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato, l'algoritmo, ossia il software, deve considerarsi atto amministrativo informativo. E ciò alla luce dei seguenti principi: “la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una

Il potere, d'altro canto, non può esprimersi con modalità invisibili⁷⁴.

La dialettica e il confronto tra Stato ed evoluzione digitale propone prospettive virtuose, ma anche numerosi problemi aperti e di complessa soluzione. Ad emergere è altresì, però, il terreno del potenziale scontro tra lo Stato stesso e i soggetti che sono gli artefici dell'evoluzione digitale.

Su tale terreno dominano le grandi piattaforme digitali, si ergono i giganti del cyberspazio (Facebook, Google, Amazon, etc.), c.d. *Over the top* (che, 'da soli', detengono la gran parte della raccolta pubblicitaria su inter-

regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest'ultima, anche se ciò avviene in via esclusiva. Questa regola algoritmica, quindi:

- possiede una piena valenza giuridica e amministrativa, anche se viene declinata in forma matematica, e come tale, come si è detto, deve soggiacere ai principi generali dell'attività amministrativa, quali quelli di pubblicità e trasparenza (art. 1 l. 241/90), di ragionevolezza, di proporzionalità, etc.;
- non può lasciare spazi applicativi discrezionali (di cui l'elaboratore elettronico è privo), ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili, anche i più improbabili (e ciò la rende in parte diversa da molte regole amministrative generali); la discrezionalità amministrativa, se senz'altro non può essere demandata al software, è quindi da rintracciarsi al momento dell'elaborazione dello strumento digitale;
- vede sempre la necessità che sia l'amministrazione a compiere un ruolo *ex ante* di mediazione e composizione di interessi, anche per mezzo di costanti test, aggiornamenti e modalità di perfezionamento dell'algoritmo (soprattutto nel caso di apprendimento progressivo e di deep learning);
- deve contemplare la possibilità che – come è stato autorevolmente e affermato – sia il giudice a “dover svolgere, per la prima volta sul piano ‘umano’, valutazioni e accertamenti fatti direttamente in via automatica”, con la conseguenza che la decisione robotizzata “impone al giudice di valutare la correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti” (Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, par. 8.2). In ordine ai principi espressi dalle prime pronunce del giudice amministrativo sulle decisioni algoritmiche, tra i vari contributi, si rimanda a E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 2, 271 ss.

⁷⁴ Dal punto di vista della dottrina della politica, si veda, sul tema, N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 75 ss.

In ordine alla ricerca dei confini volti a limitare il rischio che l'esercizio del potere esercitato dalla tecnologia possa manifestarsi in modi invisibili, M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione*, cit., 155 ss. In argomento, in ottica sociologica, M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi, penetranti, opachi*, Roma-Bari, 2022.

net). Gli *OTT* stanno maturando una propria coscienza politica⁷⁵, funzionale alla predisposizione di regole di comportamento e alla formazione di strutture in grado di farle rispettare, aventi carattere para-giurisdizionale⁷⁶. L'operato di tali piattaforme è fonte di potenziali rischi sia per gli individui singoli che le utilizzano⁷⁷ sia per gli Stati stessi, soprattutto in determinati momenti cruciali della loro vita democratica⁷⁸.

Il terreno preso in esame è impervio perché si nutre della concorrenza tra il potere statale, fonte del diritto che da esso promana, e il sistema regolatorio dei *big tech*, avente natura (prettamente, ma non esclusivamente) tecnica. La questione, allora, merita di essere affrontata dal punto di vista giuridico. Il che significa tentare di esaminare il terreno della dialettica tra lo Stato e l'evoluzione digitale attraverso la lente del diritto. Ed è attraverso tale lente che si giunge ad individuare una questione problematica centrale, legata al tema della regolazione, non solo con riferimento all'*agere* degli autoproclamati 'stati digitali'⁷⁹, ma anche in relazione ai contegni che il popolo che abita simili stati pone in essere nello spazio virtuale, eppur reale, che la rete occupa.

⁷⁵ L. CASINI, *Stato (im)mortale*, cit., 95.

⁷⁶ L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., 29; L. CASINI, *Lo Stato (im)mortale*, cit., 95.

⁷⁷ Al riguardo, si veda, ad esempio, il contenuto del considerando 75 del citato Regolamento, secondo cui “[d]ata l'importanza che le piattaforme online di dimensioni molto grandi, per via del loro raggio d'azione, espresso in particolare come il numero di destinatari del servizio, rivestono nel facilitare il dibattito pubblico, le operazioni economiche e la diffusione al pubblico di informazioni, opinioni e idee e nell'influenzare il modo in cui i destinatari ottengono e comunicano informazioni online, è necessario imporre ai fornitori di tali piattaforme obblighi specifici, in aggiunta agli obblighi applicabili a tutte le piattaforme online. Dato il loro ruolo cruciale nella localizzazione e nel reperimento delle informazioni online, è altresì necessario imporre tali obblighi, nella misura in cui sono applicabili, ai fornitori di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi. Tali obblighi supplementari per i fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi sono necessari per affrontare tali preoccupazioni di interesse pubblico, in quanto non esistono misure alternative e meno restrittive che consentano di conseguire efficacemente lo stesso risultato”. Sui rischi sistemici generati dall'operato di tali grandi piattaforme, individuati dal ricordato DSA, si rinvia all'attenta analisi di L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., 79-80.

⁷⁸ Emblematico, in proposito, è il caso “Cambridge Analytica”, la società che attraverso un app per test psicologici aveva avuto accesso ai dati di 87 milioni di utenti e li aveva usati per tentare di influenzare le presidenziali americane del 2016.

⁷⁹ L. CASINI, *op. ult. cit.*, 95.

3. *Lo Stato e la regolazione sul digitale: profili di modello regolatorio preferibile*

Lo Stato non si trova più solamente in una società di Stati, quale ordinamento giuridico “parziale” facente parte di una più ampia comunità giuridica internazionale da cui deriva⁸⁰. È costretto a misurarsi con “nuovi concorrenti”⁸¹, le piattaforme *on line* di grandi dimensioni, sempre più tendenti ad assomigliargli⁸².

Emerge un aspetto problematico fondamentale, che può essere compendiato nel seguente ragionamento: l'assenza di luogo dello “spazio telematico” – poiché “i luoghi appartengono a terra mare aria” – “non consente l'immediata individuazione del diritto applicabile”⁸³. Il *non* luogo della Rete digitale costituisce elemento emblematico delle grandi piattaforme che ne dominano e ne governano gli usi⁸⁴, ergendosi sopra gli Stati e i loro territori fisici, in spazi privi di frontiere⁸⁵ con perimetri disegnati *ad hoc* dagli stessi ‘giganti’ della rete⁸⁶.

L'evoluzione digitale, derivante anche dall'operare di simili piattaforme, costituisce, unitamente ad altri noti fenomeni (come quelli dei poteri

⁸⁰ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Vienna, 1934; trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Torino 1991 (ristampa identica alla prec. 24 aprile 1984), 168.

⁸¹ S. CASSESE, *Lo Stato in discussione*, cit., 1235.

⁸² A. VENANZONI, *Cyber-costituzionalismo: la società digitale tra silicolonizzazione, capitalismo delle piattaforme e reazioni costituzionali*, in *Riv. it. inf. dir.*, 2020, 1, secondo cui “[s]oggetti privati senza apparente territorio e altra dimensione che non sia quella puramente mercatoria vanno assemblandosi in strutture metapubblicistiche che adombrano una loro autonoma coscienza politica e soprattutto una formazione continua di elementi che, assommandosi tra loro, producono dei meta-Stati” (8).

⁸³ N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, 63-64.

⁸⁴ In particolare, i così detti *Over The Top*. “Gli operatori Over the Top (OTT) erogano contenuti e servizi audiovisivi e multimediali agli utenti finali tramite la rete Internet, operando a livello applicativo (mediante apps) al di sopra dello strato di rete, come soggetti terzi e indipendenti dai provider di connettività. Rientrano in tale categoria i fornitori di servizi di streaming video online a richiesta, di ricerca online, di social networking, di instant messaging, di cloud computing, di videogiochi online, etc. Gli OTT provider traggono ricavo, in prevalenza, dalla vendita di contenuti e servizi agli utenti finali e di spazi pubblicitari”: F. SCLAFANI, A. DURANTINI, *Una nuova governance delle comunicazioni elettroniche in Italia: la visione e il ruolo dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Riv. reg. merc.*, 2015, 2, 196, nota 95.

⁸⁵ S. CASSESE, *Lo Stato in discussione*, cit., 1235.

⁸⁶ L. LESSIG, *Il futuro delle idee*, Milano, 2006, 124,

globali e della rinnovata centralità del potere giurisdizionale, per citarne alcuni), limpida espressione del diritto post-moderno⁸⁷ quale fattore di crisi dello Stato, del proprio potere (giuridico) normativo e, per l'effetto, ordinante. Resta da stabilire se siamo in una fase in cui il diritto (di fonte statale) mantenga la propria funzione ordinante ovvero acquisisca funzione meramente esecutiva, se non addirittura servente, di una regolazione altra, dettata dalle sovrastrutture che lo mettono in discussione, tra le quali le grandi piattaforme digitali a cui si è già fatto cenno⁸⁸.

Le grandi piattaforme digitali operano mediante sistemi regolatori separati, plasmati sui crismi del potere pubblico statale⁸⁹. Il fenomeno è identificato con l'espressione *self-regulation*: i grandi player privati si autoregolano perché sono meglio in grado di farlo, in virtù di specifiche competenze (tecniche) e perché, di norma, hanno a disposizione strumenti flessibili, idonei allo scopo (Codici etici di condotta, Linee guida recanti principi⁹⁰).

La questione da affrontare diventa, allora, quella dei 'controlimiti' che il diritto è in grado di elevare al fine di opporre alla "sovranità del digitale", la "sovranità sul digitale"⁹¹, e dunque di trovare strumenti che possano tutelare gli individui rispetto ai propri diritti sociali e alle proprie libertà fondamentali, di cui gli (aspiranti) Stati digitali (le piattaforme digitali che ambiscono a tale dimensione) non sembrano essere forniti. Non fosse altro per il fatto che il sistema valoriale su cui si fondano le disposizioni che regolamentano i richiamati diritti e le ricordate libertà è coniato da società private con scopo di lucro, con sedi in stati esteri, aventi legislazioni profondamente distinte da quella italiana⁹².

⁸⁷ Sul fenomeno del diritto post-moderno, inevitabile il rinvio a, P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo postmoderno*, ora in ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, nonché ai contributi di A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 367 ss.; N. LIPARI, *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 409 ss.; E. RESTA, U. MATTEI, A. DI ROBILANT, P.G. MONATERI, *Il postmoderno nel diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 79 ss. Per una critica a tale tendenza si rimanda alla dottrina citata alla nota n. 8; S. MAZZAMUTO, *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *Eur. e dir. priv.*, 2018, 3, spec. 849, 858.

⁸⁸ Su tale aspetto si avrà modo di tornare *infra*, sub paragrafi 4 e ss..

⁸⁹ Ne parla, con puntualità, L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, 29-30.

⁹⁰ G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e rischi di una "disruption" della regolamentazione giuridica*, cit., 409, a cui si rimanda per gli esempi degli strumenti di *self-regulation* utilizzati da alcuni *Big Tech* (409, note 51, 52, 53, 54 e 55).

⁹¹ G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, cit., 811.

⁹² Su tali aspetti, O. POLLICINO, *Potere digitale*, cit., 419 ss.

Il giurista non può arrendersi alla prospettiva che il diritto “scada a sottosistema”, obbedendo alla “normatività tecnologica”⁹³. All’idea di chi ipotizza come Internet (o il cyberspazio) rappresenti un ordinamento autonomo (autoregolato)⁹⁴, in linea con le tesi sul naturalismo economico⁹⁵ in ambito di mercato, è possibile opporre l’idea che lo stesso Internet diventi oggetto di regolamentazione eteronoma, dove il diritto assurge a infrastruttura per i poteri privati⁹⁶. Il punto è stabilire quale diritto, ovvero, come si vedrà meglio nel prosieguo, quale sistema di regolazione, proveniente da quale soggetto.

Il diritto internazionale sembra *prima facie* funzionale a tale impellente esigenza. Gli studi che hanno dedicato attenzione alla materia sottolineano che la nascita e i primi sviluppi di Internet riposa, in particolare, sul concetto di “benevola anarchia”⁹⁷, in base al quale il potere regolamentare del cyberspazio da parte dei governi nazionali è per definizione assente o, comunque, fortemente limitato. Ancora oggi il dibattito sulle norme di diritto internazionale applicabili in tale ambito è limitato a causa del ristretto interesse da parte della scienza internazionalistica⁹⁸, non solo in quanto “non esiste alcun trattato generale che sistematizzi il tema della *governance* della rete”⁹⁹, ma anche perché “non è prevista la creazione di alcuna organizzazione internazionale a questo scopo, e l’esame di questi temi richiede una minima comprensione delle nozioni base della c.d. *Information and Communications Technology*”¹⁰⁰.

⁹³ Le ultime espressioni sono tratte da N. IRTI, *Il diritto della contemporaneità*, in *treccani.it*, dove viene ripreso il pensiero di E. SEVERINO, *La follia dell’angelo: conversazioni intorno alla filosofia*, Milano, 1977.

⁹⁴ Su tale tema si veda T.E. FROSINI, *L’ordine giuridico del digitale*, in *Riv. dir. amm. pubbl.*, 2023, 2, 59, in cui si rinvia alla dottrina (costituzionale) statunitense che ha dato origine a tale linea teorica: D.R. JOHNSON e D. POST, *Law and Borders. The rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 48, 1996, 1378 e 1397.

⁹⁵ N. IRTI, *Il diritto della contemporaneità*, cit.

⁹⁶ A. SANDULLI, *Il diritto quale infrastruttura per i poteri privati? A proposito di un libro di Katharina Pistor*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 3, 999 ss.

⁹⁷ T. NATOLI, *La Internet governance nel sistema internazionale*, cit., p. 5.

⁹⁸ G. DELLA MORTE, *Limiti e prospettive del diritto internazionale nel cyberspazio*, in *Riv. dir. int.*, 2022, 1, 27.

⁹⁹ G. DELLA MORTE, *op. ult. cit.*, 27.

¹⁰⁰ G. DELLA MORTE, *op. ult. cit.*, 27. L’Autore aggiunge che, tuttavia, “non mancano fonti di regolazione internazionale vincolante e non vincolante talvolta maturate in seno a organizzazioni internazionali a vocazione universale (come nel caso delle Nazioni

Altro discorso può farsi, invece, in relazione al diritto eurounitario. Di recente, invero, l'Unione europea si è mossa con convinzione, mediante l'approvazione di una serie di misure inserite in specifici regolamenti, e in particolare: il *Data Governance Act* (DGA)¹⁰¹; il *Digital Markets Act* (DMA)¹⁰²; il *Digital Services Act*¹⁰³ (DSA); l'*Artificial Intelligence Act* (AIA)¹⁰⁴. E ciò sino alla emanazione dell'atteso Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024 (c.d. *Ai-Act*), volto ad armonizzare tutta la normativa, appena illustrata, precedentemente coniata¹⁰⁵. L'azione solerte dell'Unione europea svela l'obiettivo di "spostare il campo di gioco dalla tecnologia alle regole"¹⁰⁶.

Unite), talaltra settoriale (come nel caso dell'OCSE), o regionale (come nel caso del Consiglio d'Europa, dell'Unione Europea o dell'Unione Africana, la cui Convenzione sulla sicurezza informatica e la protezione dei dati personali, adottata il 27 giugno 2014, non ha tuttavia raggiunto le quindici ratifiche necessarie alla relativa entrata in vigore)" (27-28).

¹⁰¹ Su cui si sofferma L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., 65-66.

¹⁰² Su cui parimenti indugia L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., 69 ss. Secondo O. POLLICINO, *Potere digitale*, cit., "il DMA ha come principale obiettivo di contrastare, sul versante economico, il potere digitale delle piattaforme" (441).

¹⁰³ Su cui, altresì, si sofferma L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., 76 ss. Rileva O. POLLICINO, *op. ult. cit.*, che il DSA contiene il potere digitale imponendo "tutta una serie di obblighi di trasparenza nell'ottica di bilanciare l'asimmetria informativa degli utenti rispetto a quella dei provider" (441).

¹⁰⁴ Su cui, infine, si rimanda alle riflessioni di L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., 83 ss.

Precisa G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, cit., che "a ben vedere, però, l'Unione europea non detiene una leadership tecnologica in materia di intelligenza artificiale, dal momento che non è fra i maggiori produttori mondiali. Piuttosto, come viene chiarito nella stessa relazione [introduttiva alla proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale presentata dalla Commissione europea], lo scopo è quello di «tutelare la sovranità digitale dell'Unione e sfruttare gli strumenti e i poteri di regolamentazione di quest'ultima per plasmare regole e norme di portata globale» e questo è l'obiettivo dichiarato dalla Presidente della Commissione europea fin dal suo insediamento" (822).

¹⁰⁵ La cui disposizioni si applicheranno a far data dal 2 febbraio 2025, per quanto concerne i Capi I e II; a far data dal 2 agosto 2025, per quanto concerne il capo III, sezione 4, il capo V, il capo VII, il capo XII e l'articolo 78, ad eccezione dell'articolo 101; a far data dal 2 agosto 2027, per quanto concerne l'articolo 6, paragrafo 1, e i corrispondenti obblighi derivanti dal regolamento; a far data dal 2 agosto 2026 per le restanti disposizioni.

¹⁰⁶ G. FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, 822, la quale premette che tale strategia è figlia della carenza europea nel campo della evoluzione tecnologica, non essendo l'Europa "produttrice di tecnologia ..." (821).

Si tratta di iniziative che hanno suscitato un interessante dibattito, da cui sono emersi alcuni profili critici che caratterizzano un simile quadro regolatorio: l'effettiva aderenza della disciplina regolamentare europea alla realtà dei fatti in cui operano le grandi piattaforme digitali, peraltro in costante cambiamento¹⁰⁷; la capacità dei poteri privati di influenzare i processi decisionali, attraverso attività di *lobbying* tra il lecito e l'illecito, tenuto conto degli interessi in gioco¹⁰⁸.

La politica europea di stampo regolatorio sul digitale, dunque, non convince¹⁰⁹. Probabilmente perché l'approccio della codificazione non appare acconcio a regolare il *Web*, anche perché il diritto, non essendo in grado di governare la tecnica, rischia di essere sostituito dalla prima¹¹⁰. E ciò, come è stato puntualmente osservato, in virtù delle “differenze ontologiche che caratterizzano i profili tecnologici da un lato e gli strumenti e le categorie appartenenti alla dimensione giuridica dall'altro”¹¹¹.

Si è parlato, con particolare riferimento ai processi decisionali che hanno condotto alla emanazione di alcuni dei menzionati regolamenti (ad esempio, il DSA), di un modello di co-regolazione, “che vede sempre più la funzione esecutiva delle norme primarie spostarsi dalla sfera pubblica – nella quale risiede ordinariamente – alla sfera privata”¹¹², tenuto conto in particolare sia della crisi sempre più acclarata della efficienza delle pubbliche amministrazioni¹¹³, in difficoltà nel governare le nuove tecnologie¹¹⁴, sia della “asimmetria informativa tra regolatore pubblico e i destinatari della regolazione digitale che spesso rende i costi regolativi ed amministrativi insostenibili per i destinatari stessi”¹¹⁵.

¹⁰⁷ B. CAROTTI, *La politica europea sul digitale*, cit., 999; 1003.

¹⁰⁸ B. CAROTTI, *op. ult. cit.*, 999-1000.

¹⁰⁹ B. CAROTTI, *op. ult. cit.*, 997 ss.

¹¹⁰ E. D'ORLANDO, *Politica, tecnica e scienza: il sistema delle fonti di fronte al dilemma della complessità*, in *Dir. amm.*, 2021, 4, 720.

¹¹¹ E. D'ORLANDO, *op. ult. cit.*, 733, la quale aggiunge: “[l]e risultanze scientifiche sono infatti soggette a cambiamenti e aggiornamenti costanti e tale mutevolezza risulta problematica sotto il profilo giuridico, poiché contrasta con una delle caratteristiche salienti dal diritto, il principio di certezza e i connessi principi di eguaglianza e non discriminazione” (733).

¹¹² A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 4, 1045.

¹¹³ A. SIMONCINI, *op. ult. cit.*, 1045.

¹¹⁴ M. FALCONE, *Ripensare il potere conoscitivo pubblico tra algoritmi e big data*, Napoli, 2023, 172.

¹¹⁵ A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, cit., 1046.

La co-regolazione rappresenta indubbiamente un modello normativo virtuoso e utile, ma rispetto ad esso viene formulato un puntuale monito: affinché la stessa “funzioni correttamente, esplicando la sua funzione di argine alla mera «privatizzazione» dell’*enforcement* normativo, essa presuppone una chiara distinzione di ruoli e funzioni, ma soprattutto la predeterminazione e la trasparenza del processo deliberativo”¹¹⁶. Il problema è che quelle appena ricordate sono condizioni di non agevole verifica, non fosse altro perché i poteri privati potrebbero mostrarsi restii ad accettare un ‘*partner*’ pubblico con cui condividere le decisioni in ordine alla disciplina del proprio funzionamento e dei rapporti con gli utenti della Rete.

Il tema della *governance* di Internet, inteso quale sovrastruttura digitale che si erge sopra gli spazi fisici degli Stati nazionali, impone il richiamo ai lavori di un insegne studioso come Sabino Cassese e alla sua riflessione “attent[a] ai temi generali scavando sempre nei dettagli”¹¹⁷, dedicata alla regolazione dello spazio giuridico globale¹¹⁸. Attenzione che deriva dalla intuizione di ergere il diritto amministrativo, oltre lo Stato¹¹⁹ e i confini fisici delineati dal territorio che lo rappresenta, di elevarlo a “diritto amministrativo globale” superando tutte le obiezioni che *prima facie* potrebbero ritenere ossimorica una simile espressione¹²⁰.

¹¹⁶ A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, cit., 1048.

¹¹⁷ G. AMATO, in C. Franchini, B.G. Mattarella (a cura di), *Sabino Cassese e i confini del diritto amministrativo*, Napoli, 2011, 22.

¹¹⁸ S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003, *passim*.

¹¹⁹ S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006, 38 ss. Il diritto amministrativo globale si caratterizza per alcuni aspetti precipi che lo differenziano da quello statale, e cioè per: a) l’assenza di esclusività tra regimi internazionali: pluralità di diversi regimi potenzialmente in grado di regolamentare le fattispecie che la società digitale è suscettibile di produrre; b) l’alto grado di autoregolazione: regolatori e regolati sono sullo stesso piano; c) l’importanza del ruolo di comitati indipendenti, che assumono decisioni sulla base di criteri scientifici e negoziati conclusi da accordi. Sistema, questo, che si differenzia dal *command and control* in ambito statale (42-43).

¹²⁰ L’insegne studioso, dapprima individua degli esempi di applicazione concreta del diritto amministrativo in ambito internazionale, per poi, appunto, definirlo diritto amministrativo globale; e ciò “nonostante tale qualificazione possa apparire inaccettabile a chi ritiene che, se è diritto amministrativo, non è globale, in quanto questo è diritto statale per eccellenza; se è globale, non è diritto amministrativo, in quanto il diritto globale riguarda relazioni tra Stati”: S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, cit., 43.

Fa da contrappunto il pensiero di un altro autorevole Autore laddove ammonisce che “[u]n ordine giuridico mondiale è oggi la nuova utopia, che ricorda quella della pace perpetua di Kant, irrealizzabile, ma necessaria e dotata di una immensa spinta dinami-

La ricerca di un ordine giuridico da conferire al complesso rapporto tra Stato ed evoluzione digitale impone di interrogarsi sul fatto se possa essere lo Stato stesso – in crisi dinanzi alla seconda, ma non transeunte perché (im)mortale – a poterne dettare i crismi. D’altro canto, è lo stesso Cassese che invita a non smettere di coltivare il diritto nazionale anche dinanzi a “l’imperativo odierno [...] di abbandonare l’esclusivo nazionalismo giuridico”¹²¹. Da questa specifica prospettiva, diviene inevitabile volgere lo sguardo al diritto amministrativo interno e ai principi suoi tipici, che “si sviluppa anche per aprire canali di collegamento e di comunicazione fra ordinamento generale e ordinamenti particolari, per superare la separazione a favore dell’interazione, definire le regole di esercizio dell’autonomia entro un quadro che garantisca i diritti individuali e collettivi”¹²².

Su tale affascinante approdo occorre necessariamente indugiare. In dottrina è stato teorizzato il concetto di “libertà informatica”, declinato nel senso di diritto di accesso a Internet, che è da intendersi quale diritto sociale, al pari del diritto di istruzione e del diritto alla salute, o per meglio dire “pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche”¹²³. Resta da stabilire se e in che modo lo Stato possa ritenersi legittimato ad esercitare il proprio potere normativo e ordinante nei confronti della Rete (Internet) e, per l’effetto, delle grandi piattaforme digitali che ne governano il funzionamento e lo sviluppo, nei confronti, dunque, di spazi privati, sia pure inclusivi di milioni di individui che li abitano e che restano incisi dal sistema regolatorio che da essi promana.

ca”; lo Stato di diritto, che costituisce “argine al potere assoluto della politica nazionale, proietta i suoi principi – il governo della legge e non degli uomini – nella spazio globale e fornisce i principi per costruire argini ai poteri privati che operano al di là e al di fuori di ogni regolamentazione eteronoma”: G. SILVESTRI, *Lo Stato di diritto nel XXI secolo*, cit., 8.

¹²¹ S. CASSESE, *Il futuro del diritto pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 2, 176.

¹²² L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., 14.

¹²³ T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Riv. AIC*, 2011, 8, il quale aggiunge: “[u]n servizio universale, che le istituzioni nazionali devono garantire ai loro cittadini attraverso investimenti statali, politiche sociali ed educative, scelte di spesa pubblica. Infatti: sempre di più l’accesso alla rete Internet, e lo svolgimento su di essa di attività, costituisce il modo con il quale il soggetto si relaziona con i pubblici poteri, e quindi esercita i suoi diritti di cittadinanza. Come è stato detto, «lo sviluppo di Internet e la crescita dell’esigenza della trasparenza [amministrativa] rappresentano, nelle società occidentali, due fenomeni concomitanti» (richiamando, con riferimento all’ultimo passaggio, A. LEPAGE, *Libertés et droits fondamentaux à l’épreuve de l’internet*, Litec, Paris, 2002, 61); ID., *L’ordine giuridico del digitale*, in *Riv. dir. amm. pubbl.*, 2023, 2, 37.

4. *Lo Stato e la regolazione del digitale. A) Una indagine sulla natura giuridica delle grandi piattaforme digitali.*

Le grandi piattaforme digitali che governano la Rete sono anche identificate con il sintagma *poteri*¹²⁴ (*privati*)¹²⁵. L'espressione mette in rilievo il concetto di potere, che, in primo luogo, merita di essere esaminato dal punto di vista della teoria generale, attraverso le lente di due importanti linee teoriche a cui si limiterà il perimetro dell'indagine: quella *normativista*¹²⁶ di Kelsen e quella *pluralista* o *istituzionista* di S. Romano¹²⁷.

Secondo la teoria (pura) del diritto e dello Stato di Kelsen, anche detta *normativista*, riportata per estratti in un noto lavoro di Bobbio che l'ha esaminata *funditus*: “non vi può essere altro potere che non sia potere giuridico, cioè regolato dal diritto, dove per «regolato» si deve intendere, sia autorizzato da una norma che attribuisce poteri (*ermächtigende Norm*), sia eventualmente vincolato da norme imperative”; “«[l]’elemento che differenzia il rapporto definito come potere statale (*Staatsgewalt*) dagli altri rapporti di potere è l’essere regolato giuridicamente (*rechtlich geregelt*); esso consiste cioè nel fatto che gli uomini esercitanti il potere come governo dello Stato sono autorizzati da un ordinamento giuridico ad esercitare quel potere, producendo ed applicando norme giuridiche, cioè nel fatto che il potere statale ha carattere normativo»”¹²⁸.

¹²⁴ O. POLLICINO, *Potere digitale*, cit., 411.

¹²⁵ Sul sintagma “poteri privati”, si rimanda al recente lavoro di G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, cit., 1008 ss., spec. 1009, nonché ai contributi di M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 3, 739 ss.; R. PARDOLESI, *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, ivi, 941 ss. Sul punto si tornerà *infra*.

¹²⁶ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., *passim*. La teoria pone a proprio fondamento la norma fondamentale, che “non è essa stessa una norma posta, ma ipotetica e presupposta; non è diritto positivo, ma solo la sua condizione. Anche questo mostra chiaramente la limitazione dell’idea della «positività» giuridica. La norma fondamentale non è valida perché è stata creata in un certo modo, ma la sua validità è assunta in virtù del suo contenuto. Essa è valida, quindi, al pari di una norma di diritto naturale, a prescindere dalla sua validità puramente ipotetica. L’idea di un diritto positivo puro ha il suo limite, al pari di quella di diritto naturale” (408).

¹²⁷ Elaborata, in particolare in ID., *L’ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, 1946 (a cui si farà riferimento nelle citazioni successive).

¹²⁸ N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli, 1992, 126-127.

Secondo la puntuale descrizione kelseniana, “[l] potere dello Stato a cui è soggetto il popolo non è altro che la validità e l’efficacia dell’ordinamento giuridico, dalla cui unità deriva quella del territorio e quella del popolo”. Del potere, prosegue l’illustre giurista,

Rileva, poi, l'elemento della coercizione: “per «potere giuridico» si deve intendere in senso tecnico il potere che un determinato ordinamento normativo, che regola la propria produzione di norme e che si serve di atti coercitivi, cioè del ricorso in ultima istanza alla forza, per ottenere il rispetto delle norme prodotte dallo stesso ordinamento (due caratteristiche proprie dell'ordinamento giuridico), attribuisce a certi individui di produrre e applicare le norme del sistema”¹²⁹.

La teoria *normativista* mette in dubbio che si possa utilizzare il concetto di potere, inteso da un punto di vista giuridico, per inquadrare in senso soggettivo le grandi piattaforme digitali. In tanto, invero, esiste un potere giuridicamente rilevante, in quanto si tratti di potere dello Stato, che si esplicita attraverso la produzione e la applicazione di norme giuridiche.

All'opposto si colloca la teoria *pluralista*¹³⁰ (o *istituzionista*) di Santi Romano, secondo cui tra Stato e diritto non vi è alcun rapporto di esclusività¹³¹. Al centro della teoria si pone il concetto di ordinamento giuridico¹³², descritto come “una entità che si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto, muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che, così, rappresentano piuttosto l'oggetto e

l'elemento della sovranità costituisce una qualità, atteso che “[i]l «potere» dello Stato deve consistere nella validità ed efficacia dell'ordinamento giuridico statale, se deve considerarsi la sovranità come una qualità di questo potere. La sovranità, infatti, non può esser altro che la qualifica di un ordinamento normativo come autorità che sia fonte di obblighi e diritti”: H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 260.

¹²⁹ N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, 131.

¹³⁰ Su cui si rimanda al quadro illustrato da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 50 ss.

¹³¹ S. ROMANO, *op. ult. cit.*, 91, in cui viene precisato che “[q]uale, infatti, potrebbe essere il nesso necessario fra il diritto e lo Stato, per cui il primo non potrebbe altrimenti immaginarsi che come un prodotto del secondo? Non solo non si può dimostrare che questo nesso esista, ma si può dimostrare che non esiste (73). Infatti, mentre il concetto del diritto si determina perfettamente senza quello dello Stato, al contrario non è possibile definire lo Stato senza ricorrere al concetto di diritto: esso non è un'unione materiale di uomini, un aggregato di fatto e casuale, ma una comunità organizzata, cioè un ente giuridico, uno dei vari ordinamenti giuridici che la realtà ci presenta” (91).

¹³² Riporta, sul punto, in termini puntuali ed essenziali il pensiero di Santi Romano, A. ROMANO, *Santi Romano, lo Stato moderno e la sua crisi e l'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 2, secondo cui “[i]l diritto consiste nell'assetto di una data società in un dato momento storico. Assetto che acquista giuridicità perché vigente ivi e allora in forza del principio di effettività” (346).

anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura".¹³³

Il diritto non si limita ad essere norma, ma è, ancor prima, "l'entità stessa che pone la norma"¹³⁴. L'ordinamento, nell'ambito del diritto obiettivo, corrisponde con l'istituzione, e cioè con ogni ente o corpo sociale¹³⁵, con la conseguenza che "[o]gni ordinamento giuridico è un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione tra i due concetti è necessaria ed assoluta"¹³⁶. Allora, il "corollario" è che tanti sono gli ordinamenti quante sono le istituzioni¹³⁷.

Tale linea teorica ha un preciso riverbero sul concetto di potere (giuridico). Il diritto, all'interno della teoria pluralista, non è un *prius* dell'ordinamento giuridico e non costituisce mera espressione del potere legislativo

¹³³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 13.

¹³⁴ S. ROMANO, *op. ult. cit.*, 16.

¹³⁵ La definizione del concetto di istituzione è stata data da un autorevole Autore attraverso una ricostruzione di alcuni passaggi de *L'ordinamento giuridico* di Santi Romano: «si tratta di una «coesistenza di vite di uomini» volta a «sorpassare» la loro caducità e a «perpetuare certi fini» al di là della loro vita naturale, creando degli enti sociali «più poderosi e più duraturi della vita dei singoli», creando quella sintesi, quel «sincretismo di [...] attività ed energie adibite a fini permanenti e generali», attraverso un insieme di «garanzie, di poteri, di assoggettamenti, di libertà, che riduce a sistema e unifica una serie di elementi in sé e per sé discreti»: A. CIOFFI, *La norma interna nell'ordinamento giuridico*, in *Dir. econ.*, 2023, 1, 299, nota 52.

¹³⁶ S. ROMANO, *op. ult. cit.*, 23. Secondo l'efficace sintesi versata in un recente saggio di approfondimento sul pensiero di Santi Romano, "[i]n definitiva, il diritto è istituzione. L'istituzione è organizzazione sociale che viene prima della norma. Può porre norme, ma è già diritto": M. D'ALBERTI, *Santi Romano e l'istituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 3, 582.

¹³⁷ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 86, secondo cui potrebbe "darsi che talune di esse [...] siano fra loro collegate, in modo che i loro ordinamenti, mentre rimangono distinti sotto altri punti di vista, costituiscano invece, sotto altri punti di vista, parti di un più ampio ordinamento, cioè di una più ampia istituzione di cui quelle sono elementi integranti: ciò però non è necessario e tanto meno si ha un'istituzione così comprensiva da abbracciare tutte indistintamente le altre" (86-87).

Su tale aspetto, e comunque in generale sul pensiero dell'insegne Autore a cui si sta rivolgendo attenzione, A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo (1800-1945)*, Milano, 2009, il quale ricostruisce con accuratezza l'intero pensiero di Santi Romano versato nell'opera in esame (173 ss.).

Precisa sul punto A. ROMANO, *Santi Romano, lo Stato moderno e la sua crisi e l'ordinamento giuridico*, cit., che "le istituzioni sono tante; e, anzi, tendenzialmente infinite. E tanti, e altrettanto tendenzialmente infiniti, dunque, devono considerarsi gli ordinamenti giuridici" (346).

statale, ma rappresenta, unitamente allo Stato, una manifestazione di un medesimo fenomeno: la potestà di creare nuovo diritto è “attributo essenziale dello Stato”, che non è mai “extra o pregiudiziale”¹³⁸.

La linea teorica in esame, inoltre, implica che all’interno (nonché all’esterno) dello Stato vi sia una pluralità di ordinamenti giuridici, tutti suscettibili di emanare norme giuridiche. Tra quelli interni, è possibile distinguere gli ordinamenti che fanno parte integrante dello Stato e che emanano norme, c.d. interne¹³⁹, destinate ad amalgamarsi con il diritto statale, e gli ordinamenti che, invece, restano distinti dalla istituzione superiore e che pongono in essere diritto quale manifestazione di autonomia¹⁴⁰.

Si tratta di una prospettiva teorica su cui potrebbe riposare l’equazione secondo cui le grandi piattaforme digitali possono considerarsi ordinamenti giuridici. Resta il fatto che simili piattaforme hanno carattere privato e sono prive, all’evidenza, di alcuna legittimazione *latu sensu* politica¹⁴¹, ferma restando la massiva partecipazione di una enorme numero di

¹³⁸ S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, cit., 67.

¹³⁹ Sul concetto di norma interna, oltre a S. ROMANO, *op. ult. cit.*, 178 ss., non si può prescindere dal richiamare F. BASSI, *La norma interna*, Milano, 1963. Proprio con riferimento al tema che interessa la presente ricerca, non si prescinde dal lavoro di F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti. Spunti per definire un modello teorico-concettuale generale applicabile anche alle reti, ai social e all’intelligenza artificiale*, Napoli, 2020.

¹⁴⁰ S. ROMANO, *op. ult. cit.*, 178-180. Sul concetto di autonomia nell’ambito del diritto pubblico si rimanda al lavoro di A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. pubbl.*, 1987, II, 30 ss. L’autorevole studioso si sofferma sul concetto di autonomia dal punto di vista oggettivo e precisa al riguardo che “la possibilità dell’agire giuridico non può essere fondata che su norme: su norme, appunto, giuridiche. Su norme che, allora, costituiscono un ordinamento, o, quanto meno, ne fanno parte. Di più: l’esercizio dell’autonomia, almeno dell’autonomia in senso proprio, come si vedrà meglio in seguito, a sua volta costituisce un ordinamento. Così, risulta evidente che, nel linguaggio giuridicamente rigoroso, la relazione nella quale si risolve l’autonomia, può essere definita anche come una relazione tra ordinamenti. Ed è questo profilo oggettivo che pare giuridicamente più pertinente: sia perché consente di delineare la relazione di autonomia rendendo possibili elementi di questa anche ordinamenti privi di pertinenze soggettive, o, quanto meno, che pertengono a strutture i cui caratteri soggettivi si presentano attenuati; e sia perché permette di cogliere quel profilo dell’elemento maggiore della relazione di autonomia, sotto il quale esso, anche se soggettivizzato, comunque si manifesta come più rilevante: il suo essere ordinamento, appunto” (32).

¹⁴¹ Come è stato puntualmente osservato, invero, “[i]n linea di principio sono da considerarsi pubblici gli ordinamenti espressione di organizzazioni in senso lato emanazione della politica. [...] Gli ordinamenti privati (non espressione della «politica»), invece,

soggetti che le abitano e implicitamente ne legittimano l'operato in virtù della loro adesione.

Ad ogni modo, in qualità di istituzioni, o comunque di organizzazioni (private), hanno il potere di emanare diritto¹⁴². Da qui l'accezione di poteri privati, con riferimento alle *big tech*, potrebbe trovare uno specifico fondamento di teoria generale, in quanto una tale connotazione soggettiva deriverebbe dal concetto di potere di produrre diritto in virtù della qualità, che le stesse hanno, di organizzazioni ovvero istituzioni a ciò legittimate.

Pensando a un esempio concreto, è possibile volgere lo sguardo a Facebook, oggi Meta, e alle proprie linee guida (definite come standard della comunità) che descrivono cosa è consentito e cosa è vietato su tale piattaforma. Sul solco del ragionamento sin qui effettuato, gli standard in questione rappresenterebbero norme giuridiche che spiegano effetti nei confronti dei miliardi di utenti che utilizzano la piattaforma. Con una conseguente criticità legata al fatto che all'interno dell'ordinamento generale statale sarebbe importato un ordinamento altro, sfornito di legittimazione politica alcuna e, pertanto, scollegato con il sistema democratico costituzionale su cui si basa la nostra società¹⁴³.

La teoria istituzionista è stata oggetto di precise osservazioni critiche patrocinata, tra gli altri, da un insigne studioso come Massimo Severo Giannini. Da un lato, è stato osservato che “se il concetto di ordinamen-

vivono anche disinteressandosi della presenza di alcuni terzi (ai sensi dell'art. 1372 c.c., il contratto «ha forza di legge tra le parti»): F. FRACCHIA, *Le reti e social nella prospettiva del diritto*, in *Scritti in onore di F.G. Scoca*, III, Napoli, 2020, 2227.

¹⁴² Per una acuta analisi sulla dinamica del processo istituyente in Santi Romano, R. ESPOSITO, *Vitam istituere. Genealogia dell'istituzione*, Torino, 2023, 121, ove è possibile leggere che “[i]l processo istituente, nella formulazione di Romano, non interviene solo a monte, ma anche a valle. Nato dalla necessità, e dunque istituito da essa, il diritto a sua volta istituisce la vita con una potenza non minore. L'esito è una ontologia giuridica che si proietta sull'intera realtà, guardata tutta dal punto di vista del diritto. [...] Questo non si limita a descrivere la realtà – anche quella situata al suo esterno. Ma ha la facoltà performativa di crearla, facendone appunto una «realtà giuridica»: «porre un nuovo ordinamento giuridico, in tale significato dell'espressione, significa creare un ente che prima non esisteva, una nuova realtà che può ben dirsi giuridica, perché il diritto è la sua anima e il suo principio vitale»”. In tale ultimo passaggio viene richiamato il pensiero dello stesso S. ROMANO, *Realtà giuridica* (1944), in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Macerata, 2019, 244 (a cura di M. Croce, M. Goldoni).

¹⁴³ Su tale complesso aspetto si rimanda alle riflessioni contenute nel lavoro di F. FRACCHIA, M. OCCHIANA, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, cit., spec. 73 ss.

to o di istituzione si deve definire o quantomeno determinare attraverso quello di ente o corpo sociale, si fa solo un semplice rinvio da un concetto oscuro ad un concetto che nel migliore dei casi diremo non chiaro”¹⁴⁴. Il concetto di ordinamento, inoltre, viene definito “liminale”, e cioè “al di là del quale non vi è più scienza giuridica”¹⁴⁵. Concetto che, dunque, non è determinabile dal diritto, ma che ha un valore “squisitamente sociologico”¹⁴⁶.

Le grandi piattaforme digitali sembrano assurgere a poteri privati, dal punto di vista della teoria generale, in quanto possono definirsi ordinamenti giuridici. Ma il concetto di ordinamento giuridico di matrice romana non può dirsi esattamente definito dal punto di vista dogmatico. Ciò non toglie che il fenomeno delle grandi piattaforme e il concetto di potere privato restano sovrapponibili esaminando la questione dalla prospettiva del diritto privato. Prospettiva che sembra maggiormente in grado di identificare il fenomeno se si pensa al fatto che le grandi piattaforme digitali oggetto della presente ricerca sono, sotto il profilo soggettivo, società private a scopo di lucro che istaurano rapporti di natura prettamente contrattuale con le miriadi di utenti ad esse afferenti¹⁴⁷.

Come è stato puntualmente osservato, si tratta di un neologismo impreciso in quanto “estraneo alla dogmatica del diritto civile”¹⁴⁸. È un concetto che è determinato, non più soltanto da condizioni di supremazia di un soggetto rispetto a un altro, determinate da prerogative espressa-

¹⁴⁴ M.S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, *Atti del XIV Congresso internazionale di Sociologia* (Vol. IV, Roma 30 agosto – 3 settembre 1950, ora in Id., *Scritti*, III, Milano, 2003, 408.

¹⁴⁵ M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 409.

¹⁴⁶ M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 410.

¹⁴⁷ Emblematico è il caso giudiziario che ha visto contrapposti CasaPound e Facebook dinanzi al Tribunale Ordinario di Roma, sezione diritti della persona e immigrazione civile, avente ad oggetto la disabilitazione da parte di Facebook della pagina di CasaPound a fronte della violazione delle condizioni d'uso degli Standard della Community, che vietano espressamente le organizzazioni che incitano all'odio, in quanto in detto movimento politico avrebbe divulgato contenuti di incitazione all'odio e alla violenza mediante la promozione, nella pagina disabilitata, degli scopi e delle finalità del movimento stesso. Il caso si è dipanato attraverso due ordinanze cautelari, emesse in primo grado e sede di reclamo (ordinanza del 12 dicembre 2019 e ordinanza del 23 febbraio 2020), favorevoli a Casa Pound e una sentenza di merito (n. 17909 del 5 dicembre 2022), che invece ha dato ragione alla piattaforma.

¹⁴⁸ G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, cit., 1009.

mente riconosciute dall'ordinamento, ma anche e soprattutto da una condizione di (superiore) forza economico-sociale in capo alla parte 'forte' del rapporto¹⁴⁹.

Emerge, dunque, un quadro dogmaticamente incerto, in cui un rapporto che origina da un contratto di diritto privato è sottoscritto tra due parti, del pari private, che si trovano in condizioni di patente disparità: fattispecie che sembra ricadere nell'alveo del c.d. contratto asimmetrico¹⁵⁰. Il singolo, invero, si trova a dover sottoscrivere accordi con Stati digitali o poteri privati, che impongono le condizioni di partecipazione ad uno spazio pubblico delineato a loro immagine e somiglianza, in cui viene coniato il diritto che dovrà essere rispettato dagli abitanti della piattaforma.

Invero, per quanto i rapporti tra le *big tech* e i relativi utenti abbiano natura privatistica nel senso già precisato, resta il fatto che i *social network*, oggetto di esame nel presente lavoro, costituiscono uno spazio di interazione sociale di carattere virtuale che non può che essere definito pubblico, non essendo identificabile come ambiente privato¹⁵¹. Non solo. Rileva anche il fatto che gli standard della comunità a cui si è fatto cenno sembrano anche avere le classiche "stimmate della normatività"¹⁵².

Pubblico e privato, allora, si trovano a confronto in un contesto incer-

¹⁴⁹ G. RESTA, *o. ult. cit.*, 1009. Su tali aspetti, l'Autore rimanda anche all'opera di C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 55.

¹⁵⁰ Sul tema, A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir. Annali*, V, 2012, 370 ss. Non si può fare a meno, inoltre, di rinviare agli studi di Vincenzo Roppo, tra i quali si richiamano, in particolare: ID., *Il contratto del duemila*, III ed., Torino, 2011, 91 ss.; ID., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 267 ss.

¹⁵¹ In questi termini, Cass., sez. I pen., 28 aprile 2015, n. 24431.

¹⁵² L'espressione è tratta da un saggio di G. MORBIDELLI, *Autonomia privata e fonti del diritto*, in *Autonomia privata e fonti del diritto. Atti del convegno tenutosi a Firenze il 16 maggio 2019*, Milano, 2019, 29. Tali stimmate sono, secondo l'autorevole Autore, le seguenti: "[p]rimo: una formulazione generale ed astratta del precetto che dunque «non deve chiudere la fattispecie», ma deve essere suscettibile di trovare applicazione tutte le volte che un determinato episodio di vita sia incasellabile entro la fattispecie astratta delineata al precetto (c.d. ripetibilità). In secondo luogo non si deve trattare di mere applicazioni di norme già presenti nell'ordinamento ma di nuovo diritto (carattere innovativo).

Infine il precetto non deve essere circoscritto a soggetti determinati (come nel contratto o nelle sentenze salvo, per queste ultime, le ipotesi in cui il giudice amministrativo annulli un regolamento, che in tal caso avremmo comunque un effetto di fonte in virtù del principio del *contrarius actus* alla stessa stregua delle sentenze di accoglimento da parte della Corte Costituzionale), ma deve valere *erga omnes*" (29).

to e in un momento storico in cui vengono autorevolmente sostenute le ragioni per cui dovrebbe essere abbandonata la bipartizione tra i due rami del diritto¹⁵³. I cultori della scienza civilistica riflettono sul nuovo paradigma del “diritto privato regolatorio”, volto proprio a tentare di fornire la migliore disciplina giuridica dei rapporti asimmetrici, sospesi tra autonomia e regolazione¹⁵⁴. Riflettono sul fenomeno della “funzionalizzazione del diritto privato”, derivante dal fatto che (in particolare) il diritto della concorrenza e dei contratti, fondato sulla libertà negoziale, esprime un interesse pubblico alla propria conservazione e al proprio rafforzamento¹⁵⁵, in un’epoca in cui tende a prevalere la libertà del più forte.

In un contesto siffatto, diviene centrale la funzione del diritto amministrativo, al cospetto del privato che si trova dinanzi al fenomeno dell’autorità¹⁵⁶. In questa dimensione, emerge il potenziale rilievo della figura dell’interesse legittimo, verso cui la stessa scienza privatistica ha mostrato particolare interesse¹⁵⁷, ed emergono, soprattutto i principi centrali del diritto amministrativo, idonei a consentire un controllo più accurato e giuridicamente definito delle scelte poste in essere dai poteri privati, potenzialmente arbitrarie e difficilmente sindacabili.

È su tale terreno che si intende svolgere le ulteriori riflessioni che seguono, attraverso l’esame di una fattispecie concreta: quella del pote-

¹⁵³ S. CASSESE, *Diritto pubblico e diritto privato: gli incerti confini*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 2, 433 ss.; ID., *Monismo e dualismo giudiziario. Storia e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 3, 583 ss.

¹⁵⁴ A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo*, cit., 526, il quale precisa che “[i]l diritto privato regolatorio non è inteso ad agevolare, nella logica della norma suppletiva, la relazione contrattuale, offrendo una soluzione sempre declinabile da una diversa scelta delle parti: al contrario, riscrive il contenuto negoziale, imponendo una regola aliena. Esso seleziona con la forza della norma imperativa, tra le possibili, le scelte capaci di garantire un’allocazione delle risorse che il mercato, nel caso specifico, non sarebbe in grado di assicurare ovvero previene e reprime gli esiti inefficienti che derivano dai comportamenti che si discostano dai paradigmi concorrenziali” (526).

¹⁵⁵ M. GRONDONA, *Poteri dei privati, fonti e trasformazioni del diritto: alla ricerca di un nuovo ordine concettuale*, in P. Sirena, A. Zoppini (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018, 14.

In ordine al concetto di funzionalizzazione dell’attività dei privati, nel senso di attività soggetta alla direzione dei pubblici poteri in virtù della funzione sociale dell’attività stessa, per tutti, M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell’economia*, Bologna, 1985, 120 ss.

¹⁵⁶ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., 83.

¹⁵⁷ Come si avrà modo di vedere meglio infra (*sub* paragrafo 5).

re delle piattaforme digitali di escludere gli utenti dal loro utilizzo in caso di condotte contrarie agli standard di comportamento imposti.

5. *Lo Stato e la regolazione del digitale. B) Una indagine sul diritto applicabile nell'ambito di una fattispecie concreta*

Il terreno in cui gli Stati digitali incontrano gli individui, che, figurativamente, vi dimorano, produce una ipotesi di confronto tra autorità e libertà¹⁵⁸. L'analisi di tale confronto può essere meglio condotta volgendo lo sguardo a una fattispecie concreta: quella che riguarda il 'potere' delle grandi piattaforme digitali di disabilitare il profilo degli utenti a fronte di condotte violative dei c.d. standard della comunità, a cui si è già fatto cenno (in relazione a Facebook, oggi Meta). Casi emblematici di tal fatta possono essere considerati quelli in cui la disabilitazione del profilo è determinata da condotte in cui viene manifestato un pensiero che, in ipotesi, è volto ad incitare all'odio o alla violenza¹⁵⁹, o che, più semplicemente, mirerebbero a fare disinformazione diffondendo contenuti ritenuti falsi ed esorbitanti il diritto di libertà di espressione e di critica, presidiato dall'art. 21 della Costituzione¹⁶⁰.

Il confronto tra autorità e libertà, allora, rileva in un duplice senso.

Da un lato quello più evidente e già accennato, per cui l'individuo incontra l'autorità (privata) all'interno di un rapporto impari, giuridicamente regolato da un contratto contenente una serie di condizioni d'uso della piattaforma, sottoscritto dall'utente per adesione, di carattere oneroso e a contenuto patrimoniale¹⁶¹. Da questa prospettiva, il principio di autonomia privata di cui all'art. 1322 del Codice civile¹⁶², ora rilevante

¹⁵⁸ Su questa complessa dialettica, che richiederebbe la formulazione di una bibliografia sterminata, si rimanda, per tutti, ai recenti saggi di V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Libertà e Autorità*, I, Napoli, 2021; ID., *Libertà e Autorità. Dottrine sulla libertà. Diritti delle future generazioni*, II, Napoli, 2023.

¹⁵⁹ È stato anche richiamato un caso emblematico riguardante la fattispecie che si vuole esaminare: quello relativo alla controversia tra CasaPound e Facebook, descritto all'interno della nota 152.

¹⁶⁰ Per un caso giudiziario su tali questioni, si veda Trib. Varese, sez. I, ord., 2 agosto 2022, n. 1181.

¹⁶¹ Per una analisi di tal fatta, TAR Lazio, Roma, sez. I, 10 gennaio 2020, n. 260 (par. 6).

¹⁶² A tenore del quale: "[l]e parti possono liberamente determinare il contenuto del

sotto il precipuo profilo della libertà di determinare il contenuto del contratto, viene in qualche modo limitato anche dalle disposizioni della Costituzione. Disposizioni poste a tutela, tra l'altro, del contraente più debole in casi (anche) di disuguaglianza generata da posizioni di supremazia, come il fondamentale disposto dell'art. 3 della Costituzione, che trova attuazione anche nei confronti dei poteri privati¹⁶³.

contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative [comma 1].

Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico" [comma 2].

¹⁶³ È quanto ha avuto modo affermare la Corte costituzionale in un noto caso relativo ai limiti dell'attività di intermediazione demandata alla SIAE nel campo della gestione dei diritti di utilizzazione economica delle opere tutelate: Cort. Cost. 15 maggio 1990, n. 241, in cui emergono due passaggi particolarmente significativi: quello in cui si precisa che "[i] principi di correttezza e buona fede nelle trattative e nella formazione ed esecuzione del contratto (artt. 1175, 1337, 1366, 1375 cod. civ.), le regole della correttezza professionale (art. 2598, n. 3, cod. civ.) ed i doveri correlati alla responsabilità extracontrattuale (art. 2043 cod. civ.) non costituiscono un argine sufficiente alla libertà di scelta del contraente e di determinazione del contenuto del contratto che nel vigente ordinamento caratterizzano l'autonomia contrattuale, e non sono perciò idonei a sopprimere all'alterazione dell'equilibrio tra le parti che consegue all'essere una di esse in posizione di supremazia. Né è al riguardo sufficiente antidoto la natura e le finalità di ente pubblico della S.I.A.E. e la conseguente soggezione alla vigilanza governativa, ai doveri di correttezza ed imparzialità amministrativa (art. 97 Cost.) ed ai comuni gravami in via amministrativa, giacché ciò può indurre a ritenere improbabile, ma non ad escludere che l'esercizio dei poteri di supremazia conferitile trasmodi in arbitrarietà"; l'ulteriore passaggio in cui viene rilevato che "il principio dell'autonomia contrattuale [...] se ha rilievo assolutamente preminente nel sistema del codice civile del 1942, non lo ha negli stessi termini nel sistema delineato dalla Costituzione, che non solo lo tutela in via meramente indiretta, come strumento della libertà di iniziativa economica (sentenza n. 159 del 1988), ma pone limiti rilevanti a tale libertà. Questa, invero, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, e deve soggiacere ai controlli necessari perché possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali (art. 41, secondo e terzo comma): e tali vincoli sono fatalmente scavalcati o elusi in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo. L'utilità ed i fini sociali sono in tal modo pretermessi, giacché non solo può essere vanificata o distorta la libertà di concorrenza – che pure è valore basilare della libertà di iniziativa economica, ed è funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori (sentenza n. 223 del 1982 cit.) – ma rischiano di essere pregiudicate le esigenze di costoro e dei contraenti più deboli, che di quei fini sono parte essenziale. Ciò ostacola, inoltre, il programma di eliminazione delle disuguaglianze di fatto additato dall'art. 3, secondo comma, Cost., che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede

Così che la libertà della parte debole del rapporto di stabilire il contenuto del contratto, o, per meglio dire, di non subire che tale contenuto sia vessatorio o lesivo dei propri diritti o dei propri interessi, deve misurarsi con l'autorità (privata) di determinare quel contenuto, *rectius*: di imporlo. Il punto è stabilire, non solamente le modalità con cui poter arginare la detta libertà affinché non trasmodi diventando arbitrio, ma anche stabilire gli strumenti per poterne sindacare eventuali abusi. Per fare ciò, occorre porre attenzione, dal punto di vista dogmatico, alla situazione giuridica soggettiva di cui è titolare l'utente all'interno del rapporto con la grande piattaforma digitale a cui intende aderire¹⁶⁴, con particolare riferimento a condotte che sono al contempo espressione sia di un diritto disciplinato dal contratto sia di diritti di libertà costituzionalmente garantiti (come quello, proseguendo con l'esempio accennato sopra, di esprimere liberamente il proprio pensiero all'interno della grande piattaforma digitale/*social network* ex art. 21 Cost.).

La prima ipotesi teorica è quella secondo cui le situazioni giuridiche in esame siano di diritto soggettivo, con la conseguenza di inquadrare il sindacato dell'esercizio del potere privato espresso dalle grandi piattaforme digitali (come quello di disabilitazione del profilo) all'interno della tutela dei diritti soggettivi nell'ambito della esecuzione contrattuale¹⁶⁵. Le ragioni che giustificano la linea teorica appena espressa, come ha avuto modo di osservare autorevole dottrina civilistica, riposano su precise basi ideologiche: evitare di assimilare il potere privato al potere pubblico e, dunque, di funzionalizzarlo al perseguimento dell'interesse pubblico, per evitare, al contempo, sia che il primo resti assoggettato "alla volontà del potere politico" sia che gli atti del "potere imprenditoriale" godano di una

tra l'altro controlli sull'autonomia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie".

Sul fatto che, tra i limiti imposti dalla legge di cui all'art. 1322, comma 1, del Codice civile, rientrino anche le norme di rango costituzionale e sovranazionale, si è espressa la giurisprudenza di legittimità: si veda, tra le tante, Cass., sez. III, 26 aprile 2022, n. 1298.

¹⁶⁴ Prendiamo qui il caso di Meta per rimanere su un esempio concreto.

¹⁶⁵ Gli elementi che caratterizzano l'ipotesi teorica in esame sono una posizione giuridica di diritto soggettivo all'interno del rapporto (contrattuale), e una "fattispecie dinamica" di potere, che concerne il comportamento all'interno di *quel* rapporto: per questo ordine concettuale, G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1990 (ristampa), 25 ss. Secondo la definizione di diritto soggettivo di W. CESARINI SFORZA, *Diritto soggettivo*, in Enc. dir., XII, 1964, questo "è il potere individuale di esigere un comportamento conforme all'ordinamento vigente" (694, corsivo nel testo).

presunzione di legittimità finendo per essere iperprotetti¹⁶⁶. La conclusione della dottrina in esame è nel senso di rievocare la figura dell'interesse legittimo di diritto privato nell'ipotesi in cui vi sia l'esercizio di potere da parte delle imprese, per consentire a tali situazioni giuridiche soggettive una tutela giurisdizionale assoluta, ai sensi dell'art. 113 della Costituzione, e non solamente nei casi previsti dalla legge¹⁶⁷.

Attorno alla figura dell'interesse legittimo continua a manifestarsi sempre notevole attenzione da parte della scienza amministrativistica. Di recente, tale figura giuridica soggettiva è stata posta al centro di una completa monografia che l'ha esaminata tanto sotto il profilo storico, relativamente alle plurime e complesse teorie che si sono succedute al riguardo, quanto dal punto di vista teorico e dogmatico¹⁶⁸. Alcuni (autorevoli) studi sull'interesse legittimo giungono alla conclusione di negarne l'esistenza¹⁶⁹; altri propongono una piena assimilazione dello stesso con il diritto soggettivo¹⁷⁰.

¹⁶⁶ M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 3, 911.

¹⁶⁷ M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, 912, il quale aggiunge, a conclusione del proprio lavoro, che “[i]l diritto di difesa dell’art. 24 Cost. dovrebbe dunque intendersi come comprensivo degli interessi legittimi di diritto privato, riproponendo una categoria concettuale che è stata tradizionalmente osteggiata dal mito della purezza privatistica, che vorrebbe espungere dalla realtà i fenomeni di potere privato e ridurre la realtà a un mondo di pari, portatori di diritti soggettivi, che contrattano liberamente fra loro” (912).

¹⁶⁸ Ci si riferisce a F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, a cui non si può fare a meno di rimandare. La ponderosa opera sopraggiunge a uno studio lungo e articolato sul tema, caratterizzato da una notevole serie di saggi, tra i quali, oltre a quelli già citati, si richiamano: ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.; ID., *Sulle implicazioni del carattere sostanziale dell'interesse legittimo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, 667 ss.; ID., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990; ID., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 1, 13 ss.; ID., *La gestazione dell'interesse legittimo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, Padova, 2007, 283 ss.; ID., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 379 ss.

¹⁶⁹ Non si può fare a meno di mettere in evidenza che vi sono impostazioni, autorevolmente sostenute, che si pongono in senso negativo sulla esistenza dell'interesse legittimo quale figura autonoma rispetto al diritto soggettivo: per tutti, di recente, N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo? (Rileggendo Franco Ledda)*, in *Dir. amm.*, 2015, 1, 1 ss.; ID., *Centralità del cittadino ed interesse legittimo (oltre le categorie, per una tutela effettiva: l'insegnamento di Franco Gaetano Scoca)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 4, 1527 ss.

¹⁷⁰ Per questo ordine concettuale, secondo cui l'interesse legittimo è assimilabile al diritto di credito, L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano,

Resta il fatto che a tale categoria concettuale è riconosciuta valenza in seno alla teoria generale sia da parte di insigni esponenti della dottrina amministrativista¹⁷¹ sia da parte di attenti studiosi di diritto privato¹⁷². In tale campo del diritto, la figura dell'interesse legittimo è stata oggetto di diverse ricerche, a partire dagli inizi del secolo scorso¹⁷³, che hanno condotto alcuni studiosi a manifestare adesione in merito alla configurabilità dell'interesse legittimo all'interno del diritto privato.

Tra questi, spiccano gli studi di una autorevole cultrice del diritto privato che ha esaminato *funditus* il tema¹⁷⁴, in cui l'interesse legittimo viene definito situazione di vantaggio inattiva¹⁷⁵ rilevante all'interno di un rapporto giuridico in cui il contraltare è una posizione, per converso attiva, caratterizzata da discrezionalità. Soffermarsi sulla complessa elaborazione della figura dell'interesse legittimo all'interno dei richiamati studi porterebbe troppo lontano¹⁷⁶, al pari di una indagine sulla possibilità

2003, 175 ss.; ID., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, 643.

¹⁷¹ Per tutti, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, 506 ss.

¹⁷² Per tutti, L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1964, spec. 4 ss.

¹⁷³ Per una attenta ricostruzione in merito, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, 112 ss.

¹⁷⁴ Si allude a L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo*, cit.; ID., *Osservazioni minime su poteri privati ed interessi legittimi*, in *Riv. giur. lav.*, 1981, 259 ss.; ID., *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, IX, Torino, 1993.

¹⁷⁵ L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 55 ss.

¹⁷⁶ Per un approfondimento, G. POLI, *L'interesse legittimo (di diritto amministrativo) nel prisma del diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 1, 81 ss. Non si può fare a meno, ad ogni modo, di rilevare, come l'importanza di tale elaborazione sia stata riconosciuta anche nell'ambito della scienza amministrativistica. Si pensi ai contributi di A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Fora. it.*, 1997, 120, 6, 167 ss., laddove viene affermato che “se si considerano i diritti configurabili rispetto a poteri privati, gli elementi di analogia rispetto agli interessi legittimi appaiono significativi, tanto che viene da chiedersi se la relazione fra diritti soggettivi e interessi legittimi non sia oggi, più che una relazione fra generi diversi, una relazione da genere a specie” (172); ID., “*Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*” (a cura di U. Brevia, L. Brusaglia, F.B. Busnelli), Torino, Giappichelli, 2001, in *Dir. pubbl.*, 2003, 1, laddove viene osservato che, in una serie di casi in cui si individuano manifestazioni di ‘potere privato’, “[l]a figura dell'interesse legittimo nel diritto privato diventa lo strumento per proporre un'interpretazione compiuta di questa situazione, capace di risolvere i conflitti alla luce di tutti gli interessi in gioco e perciò in una logica ‘solidaristica’ e non ‘esclusiva’.

In questo modo, rivendicando anche al diritto privato l'interesse legittimo, si evita che le trasformazioni indotte dalla Costituzione e dagli altri fattori di innovazione si arre-

di configurare un interesse legittimo (di diritto privato) al cospetto della dialettica tra libertà (nel caso, contrattuale) e autorità; tra norme di azione e norme di relazione¹⁷⁷.

Di una osservazione non si può fare a meno: se la figura dell'interesse legittimo non si è ancora affermata, dal punto di vista dogmatico, in ambito privatistico, è a causa (soprattutto, benché non solamente) del principio di buona fede in senso oggettivo, per effetto del quale, come è stato puntualmente affermato, "l'interesse legittimo non aggiunge nulla all'obbligo, già presente a carico del titolare del c.d. potere privato, di proteggere la sfera della controparte subordinata"¹⁷⁸. I dubbi sul rilievo dogmatico della figura dell'interesse legittimo quale situazione giuridica soggettiva del privato (utente) dinanzi alle manifestazioni di potere delle grandi piattaforme digitali crescono laddove si faccia preciso riferimento a quelle (manifestazioni) che incidono sui diritti di libertà presidiati dalla Costituzione. Se, da un lato, è vero che i diritti di libertà vengono, di fatto, compressi dai poteri privati, che all'interno del contratto tendono a dettare unilateralmente le condizioni del rapporto, sostanzialmente imponendole¹⁷⁹ e rendendo pertanto illusoria la libertà negoziale dell'individuo¹⁸⁰; dall'altro lato, sembra difficile dubitare dell'impostazione secondo cui una visione costituzionalmente orientata dei poteri privati implica che gli stessi non possano arrivare sino al punto di pregiudicare la piena esplicazione dei diritti di libertà¹⁸¹.

stino 'ai piani alti' dell'ordinamento. Un rischio del genere è reale, e sembra accentuato proprio dallo schema del diritto soggettivo, figura che, per la sua rigidità e la sua rilevanza 'esclusiva' nel caso di conflitti, farebbe da barriera e impedirebbe ai principi nuovi di filtrare fino al livello dei rapporti giuridici puntuali" (274-275).

¹⁷⁷ Sulla antitesi da ultimo richiamata, inevitabile il rinvio, per quanto riguarda gli studi pubblicistici, a: E. GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, III ed. (ristampa anastatica), Padova, 1957., spec. 12. Sul tema si veda anche ID., *Norme di relazione e norme di azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 1951, CIII, 3, 66 ss.

¹⁷⁸ A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 4, 1210.

La rilevanza del principio di buona fede anche nell'ambito del diritto pubblico è stata di recente affermata sia dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, 31 dicembre 2020, n. 8546, par. 14 e 15) sia dalla giurisprudenza costituzionale (Corte cost. 27 gennaio 2023 n. 8).

¹⁷⁹ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., 63.

¹⁸⁰ C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 89.

¹⁸¹ Questo è il pensiero di G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970,

La conseguenza di tale impostazione, allora, è che diritti di libertà e poteri privati tendono a non poter coesistere e, dunque, ad escludersi reciprocamente¹⁸². Nel senso che l'esplicitazione dei secondi non può estendersi al punto tale da ledere i primi.

L'approdo a cui si è giunti conduce a risultati appaganti dal punto di vista dogmatico, ma lascia irrisolto il problema della tutela, in concreto, dei diritti di libertà contrattualmente regolati e incisi da manifestazioni di potere (inteso nei termini sin qui declinati), che sono in grado, a livello fattuale, di comprimerli sino al punto di eliderli dal tutto¹⁸³. Come è stato autorevolmente osservato legalità legale e legalità costituzionale, "l'una fondata sulla costituzione, l'altra sulla legge, non sono automaticamente in armonia e la loro conciliazione è indispensabile se si vuole che l'ordinamento sia funzionante"¹⁸⁴.

Un siffatto problema viene posto, non già al fine di individuare quale sia il giudice competente al cospetto di azioni concrete della grande piattaforma digitale dettate dalla propria posizione di supremazia, a sua volta corroborata da un contratto sottoscritto per adesione dall'utente, che sono pur sempre poste in essere per effetto delle clausole che regolano tale contratto, incidendo su diritti soggettivi di libertà. Con la conseguenza che le controversie che insorgono in merito alla legittimità delle azioni descritte, pacificamente, sono di competenza del giudice ordinario.

Il problema viene posto, invece, al fine di interrogarsi sugli strumenti che il giudice ordinario possa avere a disposizione per dirimerle. La fattispecie dinamica del potere privato che incide su diritti di libertà passa attraverso atti che, proprio in quanto restrittivi dei primi e potenzialmente lesivi degli stessi, devono essere debitamente motivati. La stessa legislazione eurounitaria si è posta in questa specifica direzione con riferimento a condotte che determinano restrizioni del servizio fornito, sino alla disabilitazione dello stesso nei confronti degli utenti delle grandi piattaforme digitali¹⁸⁵.

142 ss.; nella stessa direzione, M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986, 184. Più di recente, A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico*, cit., 1211.

¹⁸² Tale ragionamento è ripreso da G. POLI, *L'interesse legittimo (di diritto amministrativo)*, cit., 98.

¹⁸³ Il caso della disabilitazione del profilo all'interno delle piattaforme digitali a fronte di manifestazioni del pensiero in ipotesi illegittime, perché contrastanti con gli standard imposti dalla piattaforma stessa.

¹⁸⁴ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., 462.

¹⁸⁵ Al riguardo si veda il DSA e, in particolare, l'art. 17, rubricato "Motivazione", che in particolare:

Il giudice ordinario si troverebbe dinanzi a una classica fattispecie di eccesso di potere (in ipotesi dedotto), determinato da un atto (in ipotesi di disabilitazione del profilo) che necessita di una motivazione. Una motivazione che, nella sostanza, rispecchi i crismi di quella stabilita dall'art. 3 della legge n. 241 del 1990, e cioè che contenga sia i presupposti di fatto sia le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria¹⁸⁶. Allora, il potere privato ora in esame,

a) impone ai “prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni forniscono a tutti i destinatari del servizio interessati una motivazione chiara e specifica per le seguenti restrizioni imposte a motivo del fatto che le informazioni fornite dal destinatario del servizio costituiscono contenuti illegali o sono incompatibili con le proprie condizioni generali: a) eventuali restrizioni alla visibilità di informazioni specifiche fornite dal destinatario del servizio, comprese la rimozione di contenuti, la disabilitazione dell'accesso ai contenuti o la retrocessione dei contenuti; b) la sospensione, la cessazione o altra limitazione dei pagamenti in denaro; c) la sospensione o la cessazione totale o parziale della prestazione del servizio; d) la sospensione o la chiusura dell'account del destinatario del servizio” (comma 1); b) stabilisce che “[m]a motivazione di cui al paragrafo 1 contiene almeno le informazioni seguenti: a) l'informazione che indichi se la decisione comporti la rimozione delle informazioni, la disabilitazione dell'accesso alle stesse, la retrocessione o la limitazione della visibilità delle informazioni oppure la sospensione o la cessazione dei pagamenti in denaro relativi a tali informazioni o imponga altre misure di cui al paragrafo 1 in relazione alle informazioni, e, ove opportuno, la portata territoriale della decisione e la sua durata; b) i fatti e le circostanze su cui si basa la decisione adottata, compresa, ove opportuno, l'informazione che indichi se la decisione sia stata adottata in base a una segnalazione presentata a norma dell'articolo 16 oppure sia stata basata su indagini volontarie di propria iniziativa e, ove strettamente necessario, l'identità del notificante; c) ove opportuno, informazioni sugli strumenti automatizzati usati per adottare la decisione, ivi compresa l'informazione che indichi se la decisione sia stata adottata in merito a contenuti individuati o identificati per mezzo di strumenti automatizzati; d) se la decisione riguarda presunti contenuti illegali, un riferimento alla base giuridica invocata e una spiegazione delle ragioni per cui l'informazione è considerata contenuto illegale in applicazione di tale base giuridica; e) se la decisione si basa sulla presunta incompatibilità delle informazioni con le condizioni generali del prestatore di servizi di memorizzazione di informazioni, un riferimento alla clausola contrattuale invocata e una spiegazione delle ragioni per cui le informazioni sono ritenute incompatibili con tale clausola; f) informazioni chiare e di facile comprensione sui mezzi di ricorso a disposizione del destinatario del servizio in relazione alla decisione, in particolare, se del caso, attraverso i meccanismi interni di gestione dei reclami, la risoluzione extragiudiziale delle controversie e il ricorso per via giudiziaria” (comma 4).

¹⁸⁶ Per una teoria della motivazione del provvedimento amministrativo, in relazione al sindacato di legittimità del provvedimento stesso da parte del giudice amministrativo, non si prescinde da A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sin-*

quale fattispecie dinamica all'interno del rapporto contrattuale incentrato su diritti soggettivi, può dirsi funzionalizzato, nella misura in cui la concretizzazione dello stesso si manifesta in un atto (motivato) volto ad incidere sulla posizione di un soggetto che ne subisce gli effetti¹⁸⁷. Qui si avvera una ipotesi di deviazione dell'atto privatistico dalla funzione, che, pur essendo infrequente, non può dirsi inesistente; una ipotesi in cui le grandi piattaforme digitali, di natura privata, si fanno custodi di un interesse pubblico, per definizione alieno rispetto alle stesse¹⁸⁸, che ambiscono a tutelare attraverso l'esercizio di attività che può dirsi di discrezionalità privata¹⁸⁹. Tale ipotesi segna un ambito di profonda compenetrazione tra il diritto amministrativo e il diritto privato, la cui disciplina è improntata sul principio di autonomia privata, che conferisce al contraente la piena

dacato di legittimità, Padova, 1987.

¹⁸⁷ Per questo ordine concettuale, sul versante giuspubblicistico, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss., secondo cui "la funzione è un momento della concretizzazione del potere in un atto". Altro discorso riguarda il procedimento, che per l'insigne studioso appena citato, è "[e]lemento formale e autonomo rispetto alla funzione, e a maggior ragione rispetto all'atto (sebbene in esso, come la funzione, si rifletta e per esso venga in evidenza)": F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 119, nota 7.

Per un ordine concettuale analogo, A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959, 36, in cui l'autorevole Autore precisa che la nozione di procedimento "vale a designare, non tanto la serie dei singoli fatti che nel corso di tale svolgimento trovano la loro concretizzazione – serie la quale, a ogni modo, appare stretta da un saldo vincolo unitario, determinato appunto dall'unità del suo fine –, quanto piuttosto il modo del loro susseguirsi".

¹⁸⁸ Nella specie, "l'interesse generale, anch'esso indirettamente protetto dall'articolo 21, alla informazione; il quale, in un regime di libera democrazia, implica pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee": Corte cost. 9 giugno 1972, n. 105 (par. 4).

¹⁸⁹ L'esame della discrezionalità privata, al cospetto di quella amministrativa, emerge con chiarezza nel lavoro di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, ora in *Id.*, *Scritti*, I, cit., 115 ss., in cui l'Autore, nel premettere che "[è] generalmente ammesso che al privato spetti un potere discrezionale, ma non si è affatto d'accordo né sul significato del termine, né sul concetto" (115), conchiude nel senso che "mentre la discrezionalità amministrativa è un modo d'essere necessario dell'attività amministrativa, che si traduce in un ampliamento della sfera di attribuzione della attività medesima, la discrezionalità privata è un modo di essere contingente, che si traduce in una restrizione della sfera dell'autonomia privata, in quanto assoggetta a un particolare regime una parte specifica di questa" (120).

libertà di autodeterminare la propria attività e che, nel caso, risulta invece vincolata nella misura in cui è funzionalizzata alla tutela del ricordato interesse pubblico.

È indubbio che, dinanzi all'ipotesi anzidetta (di esercizio di potere privato che necessita di essere motivato e che si trova ad incidere su diritti di libertà), si stagliano, a tutela dell'utente, le clausole generali del diritto privato. Queste, tuttavia, non possono dirsi sufficienti alla bisogna. Sono gli stessi cultori della scienza privatistica ad invocare, in fattispecie differenti benché sovrapponibili, il ricorso alle tecniche di controllo del potere tipiche del diritto pubblico, in particolare amministrativo¹⁹⁰. D'altro canto, se si svolge lo sguardo alla clausola di buona fede e al proprio impiego nell'ambito del diritto amministrativo, è stata puntualmente declinata la distinzione tra l'interesse pubblico, che l'amministrazione persegue agendo mediante l'emanazione di provvedimenti, e i canoni di condotta a cui il *l'agere* della p.a. deve essere commisurato¹⁹¹. È a tal ultimo riguardo che emerge la buona fede in senso oggettivo e la sua natura relazionale, quale canone che impone di guardare all'interesse dell'altra parte, in una dinamica bilaterale (l'amministrazione verso il privato e viceversa)¹⁹², mentre l'eccesso di potere viene esaminato alla luce dell'interesse pubblico¹⁹³.

Al fine di esaminare le fattispecie di eccesso di potere quale vizio dell'atto discrezionale, da parte l'autorità giurisdizionale competente, viene in soccorso il principio di proporzionalità¹⁹⁴ ovvero di razionalità¹⁹⁵, non già di ragionevolezza, che costituiscono i più raffinati strumenti

¹⁹⁰ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., 75.

¹⁹¹ M. RAMAJOLI, in M. Clarich e M. Ramajoli (a cura di), *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, 44-45.

¹⁹² Su tali temi, si veda S. TORRICELLI, *Buona fede e confini dell'imparzialità nel rapporto procedimentale*, in *PA*, 2022, 2, 32 ss.

¹⁹³ Sulla distinzione sin qui declinata e sul suo rilievo in ambito privatistico, M. LIBERTINI, *Considerazioni introduttive, sul tema "Interesse legittimo" delle minoranze e poteri decisionali nelle organizzazioni private*, U. BRECCIA, I. BRUSCAGLIA, F.B. BUSNELLI, *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, 2001, 182.

¹⁹⁴ Sulla rilevanza del principio di proporzionalità nel diritto amministrativo, S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 5, 1197 ss.

¹⁹⁵ Sulla rilevanza del principio di razionalità, A. ZITO, *Decisione amministrativa e principio di razionalità nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, V, 2020, 5381 ss.; ID., *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2022, 95.

idonei a consentire la più accurata verifica di atti abnormi, arbitrari e, pertanto, illegittimi.

Proprio il vizio che inficia l'atto privatistico, derivante da una fattispecie di eccesso di potere, costituisce l'ultimo aspetto su cui occorre indugiare all'interno del presente lavoro. "Il vizio della funzione è un tipico vizio di legittimità, in quanto precisamente esso può essere qualificato come ipotesi di disformità dalle norme giuridiche che regolano l'attività che l'amministrazione pone in essere per l'esplicazione dei propri compiti istituzionali"¹⁹⁶.

Nel preciso ambito che qui si sta esaminando, l'esercizio di potere privatistico che si esplicita attraverso la disabilitazione del profilo dell'utente determina una ipotesi di scioglimento anticipato del rapporto: una sorta di risoluzione del contratto per grave inadempimento alla disciplina pattizia, integrata dagli standard della comunità (nell'ipotesi Meta/Facebook già accennata). L'esame che il Giudice è in grado di condurre attraverso l'applicazione dei richiamati principi tipici del diritto amministrativo consente di vagliare la legittimità o meno dell'atto emanato, grazie a un sindacato pieno dello stesso alla luce della possibilità, da parte del Giudice stesso, di sostituire la propria decisione a quella già assunta dalla grande piattaforma digitale nel caso di specie¹⁹⁷.

6. *Il ruolo dei giudici e dei cittadini, oggi. Per uno stato amministrativo giurisdizionale all'insegna del principio di istruzione*

Nel complesso rapporto tra lo Stato e gli Stati digitali che tendono ad affiancarsi emerge il ruolo centrale del diritto amministrativo. Il diritto amministrativo si dimostra acconcio contenitore di una *rule of technology*, nella propria dimensione di 'diritto per principi'¹⁹⁸, in grado di costituire

¹⁹⁶ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1, 1 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, II, 1029.

¹⁹⁷ Sindacato pieno che, invece, non potrebbe avvenire nel processo amministrativo di legittimità, avente ad oggetto la (mera) legittimità del provvedimento amministrativo impugnato, ma solo in ambito di giurisdizione estesa al merito ai sensi dell'art. 34, comma 1, lettera d), del Codice del processo amministrativo.

¹⁹⁸ La via eletta, d'altro canto, non potrebbe essere, come già accennato e come ben osservato in dottrina, quella dello "statuto di norme" inteso come strutturata regolazione e codificazione, "se non altro, quantomeno, a causa della tendenziale obsolescenza delle

un rilevante punto di riferimento nell'ambito della disciplina *del* digitale, soprattutto in relazione a fattispecie in cui i poteri privati, costituiti dalle grandi piattaforme digitali, sfidano gli Stati nel dettare la regolazione più idonea a disciplinarle.

Il diritto amministrativo, *va da sé*, non è strumento sufficiente ad individuare risposte appaganti in ordine alle modalità con cui affrontare l'evoluzione digitale, trainata dai *big tech*. In (fisiologica) assenza di un *corpus* di regole in grado di inquadrare esaustivamente le complesse materie a cui si è fatto cenno nel corpo del presente lavoro, emerge il fondamentale ruolo dei Giudici nel saper applicare i principi del diritto amministrativo (e della nostra Costituzione) per fronteggiare le esternalità negative determinate dalla società digitale e dalla assenza di precise fattispecie giuridiche. Un creazionismo virtuoso volto all'applicazione di principi in grado controbilanciare i vuoti normativi di disciplina dei processi decisionali della Rete nei confronti della società digitale. Forse mai come in questa fase, e in relazione alle dinamiche del *cyberspazio*, occorre lasciare ai giudici, nei rispettivi ambiti di competenza funzionale, "l'irrinunciabile ruolo di sperimentare. Solo per progredire"¹⁹⁹.

Resta un ultimo profilo, solo accennato, ma che meriterebbe accurate riflessioni, su cui non è possibile indugiare in queste brevi conclusioni: riguarda l'aspetto delle condotte degli utenti della Rete costantemente influenzate da notizie false.

Uno Stato (im)mortale e dei Giudici virtuosi interpreti di un diritto senza fattispecie non bastano per attuare valide e appaganti contromisure atte a fronteggiare lo strapotere dei colossi della Rete. Occorre che vi sia

stesse norme, tenuto conto della rapidità con la quale si evolve e progredisce il digitale nella sua produzione industriale": T.E. Frosini, *L'ordine giuridico del digitale*, in *Riv. dir. amm. Pubbl.*, 2023, 2, 37.

Si tratta di direttrici che di recente sono state così, puntualmente, sintetizzate da attenta dottrina: "passaggio dei principi generali dagli ordinamenti nazionali a quello europeo e il loro ritorno agli ordinamenti nazionali, la codificazione dei principi generali del diritto amministrativo a partire dalla legge n. 241/1990 e poi, anche in conseguenza di essa, quella delle regole processuali, come pure l'invito a rileggere la Costituzione traendone direttamente molti principi finora ricavati dalla legislazione, e il rilievo che la combinazione fra l'art. 24 Cost. e la nuova versione dell'art. 111, a prescindere dalla penetrazione 'europea' del modello del giusto processo": C. PINELLI, *Lo studio del diritto pubblico dal punto di vista del costituzionalista*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, 322.

¹⁹⁹ Come acutamente osservato da P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, 172.

un individuo istruito. Fondamentale, allora, è la capacità di discernimento del singolo dettata dalla cultura e dalla logica, ogni qual volta che l'utente approccia la Rete e le piattaforme che la dominano. Per evitare di subirne le distorsioni e provare ad ottenere la giusta tutela solamente dopo aver subito il danno.

Abstract

Il presente lavoro si occupa di indagare le problematiche ingenerate dal fenomeno della evoluzione digitale all'interno dello Stato. Tale evoluzione è dettata da poteri privati, costituiti in particolare dalle grandi piattaforme *on line*, che tendono sempre più ad assomigliare allo Stato stesso in quanto esiste un popolo che le abita, governato da regole proprie delle piattaforme digitali. Si pone, allora, il problema degli eventuali spazi di regolazione pubblica di simili piattaforme. Si pone, inoltre, il problema di comprendere come possano essere disciplinati i rapporti tra gli individui e i poteri privati rispetto a fattispecie concrete. Emerge la funzione del diritto amministrativo, quale *rule of technology* capace di costituire un rilevante punto di riferimento in ordine alla disciplina di tali complessi rapporti.

The State in the face of digital evolution: the regulatory role of administrative law in the complex relationship between the constitutional State of law and "Digital States"

This paper seeks to explore the issues arising from the phenomenon of digital evolution within the State. This evolution is driven by private powers, primarily embodied by large online platforms, which increasingly resemble the State itself as they host a populace governed by rules inherent to digital platforms. This raises the question of the potential spaces for public regulation of such platforms. Additionally, it prompts an examination of how relationships between individuals and private powers might be regulated in specific cases. Here, administrative law emerges as a "rule of technology," providing a significant point of reference for the governance of these complex relationships.