

Fonti private e legittimazione democratica nell'età della tecnologia

di Elia Cremona

Abstract: Private sources and democratic legitimacy in the age of technology—The emergence of increasingly intrusive technologies in the lives of individuals, and sometimes indispensable for the satisfaction of primary needs or social rights (as occurred during the epidemiological emergency from Covid-19), poses a long series of problems, including those involving the ways in which we tend to regulate these phenomena. As is well known, in fact, political decision-makers struggle to keep up with technology, which poses ever new and increasingly complex problems. So technology, and in particular the big lords of algorithms (the so-called big tech) tend to self-regulate, to produce an effective right, observed on a global scale and, recently, even jurisdictionalised through the creation of real private judges. The private production of law in the field of technology is perhaps the last frontier of the process of disintegration of legal positivism, which sees the beginning of a work of fraying of the power to produce binding rules (which, even if not "valid", are effective), no longer exclusively relegated to the hands of the deputy constitutional bodies. For some time now, scholars have been pointing out the deviation from the traditional models of government, based on exclusively public and political 'vertical' structures, and the arrival at models of governance, characterized by an ever-increasing role of private actors. Today, the central problem consists in recovering from the circuit of democracy those rules and disciplines that are already given in certain 'private' sectors, such as technology, of central public interest. This is the challenge that technology poses to law, and law to democracy.

Keywords: Private sources of law; Technology, Governance, Private and public powers.

1. Alcune premesse e lo spazio del problema

Pare che quando Copernico consegnò alle stampe il proprio *De revolutionibus orbium coelestium* non si aspettasse di ritrovarlo poi pubblicato preceduto dalla anonima premessa titolata *Ad lectorem de hypothesisibus huius operis*. In queste pagine introduttive, che poi Keplero svelò essere state scritte dal teologo luterano Andreas Osiander, si affermava che il sistema copernicano non intendeva 'davvero' dare una spiegazione della *effettiva* organizzazione dell'universo, alternativa al modello geocentrico tolemaico, ma rappresentava un mero esercizio matematico al più finalizzato a semplificare

alcuni calcoli complessi, descrittivi dei moti celesti.

Il cambiamento di paradigma¹ introdotto da Copernico fu in realtà l'epicentro della Rivoluzione scientifica, ma in questa sede si vuole richiamare quella premessa di Osiander, laddove afferma che “non è infatti necessario che queste ipotesi siano vere, e persino nemmeno verosimili, ma è sufficiente solo questo: che presentino un calcolo conforme alle osservazioni”².

Ebbene, tanto premesso per dire che l'oggetto delle pagine che seguono attiene ad una rilettura di alcune nozioni classiche della teoria generale del diritto, che sono quelle di ‘fonte del diritto’, di ‘norma’, di ‘ordinamento giuridico’, cui si tenta di trovare un nuovo significato nell'universo digitale.

In particolare, ci si chiederà se le ‘regole’, per usare un termine laico, prodotte dalle grandi piattaforme che giganteggiano nel *web* debbano continuare ad essere considerate come condizioni di contratto, afferenti alla sfera del diritto privato (*rectius* del diritto dei privati, come lo intese quasi un secolo fa Widar Cesarini Sforza³), o se invece assurgano al rango di fonti del diritto, di atti normativi, disciplinanti – *di fatto* e con successo di osservanza – il funzionamento dello spazio digitale e la tutela in esso dei diritti degli utenti.

Illustri maestri, come Stefano Rodotà⁴ e Gunther Teubner⁵, prima di altri hanno intuito la tendenza dell'ecosistema digitale, e dei suoi attori protagonisti, ad ‘autoregolarsi’, a dotarsi di un diritto de-territorializzato, sganciato da istituzioni politiche e meccanismi di rappresentanza democratica. Un (apparente?) primato dell'autonomia sull'eteronomia, che sfida le poche certezze rimaste nel diritto pubblico dell'epoca della globalizzazione.

Il progresso economico ha preceduto il progresso politico e così, a traffici economici globali, non (cor)rispondono istituzioni *politiche* globali⁶. Il diritto politico, intendendosi per esso il diritto che scaturisce da istituzioni *pubbliche* (più o meno democratiche che siano)⁷, si arresta ancor oggi sulla

¹ Così T.S. Kuhn, *The Copernican Revolution. Planetary Astronomy in the Development of Western Thought*, Cambridge, 1957.

² N. Copernico, *De Revolutionibus Orbium Coelestium. La costituzione generale dell'universo*, a cura di A. Koyré, trad. it. C. Vivanti, Torino, 1975, 5.

³ W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati* (1929), Macerata, 2018.

⁴ S. Rodotà, *Il mondo della rete. Quali diritti e quali vincoli*, Bari, 2014; Id., *Una Costituzione per Internet*, in *Politica del diritto*, 2010, 3, 337 ss.

⁵ G. Teubner, *Diritti ibridi: costituzionalizzare le reti di governance private*, in Id., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005, 128 ss.; A.Jr. Golia, *Costituzionalismo sociale (teoria del)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, 2017, 217 ss.

⁶ Sulla dimensione globale della accelerazione tecnologica, M. McLuhan, B.R. Powers, *Il villaggio globale*, Milano, 1992.

⁷ Si richiama qui la definizione di Alessandro Pizzorusso: “le fonti del primo tipo sono qualificabili come fonti legislative (o “fonti politiche”, nel senso sopra indicato) e comprendono atti normativi, dotati della forza propria delle fonti costituzionali, primarie e secondarie, non

soglia degli stati nazionali o al più, e in via sussidiaria, di alcune istituzioni sovranazionali.

Nello spazio globale di mercato, in verità, le relazioni economiche si espandono e si intensificano costantemente, riuscendo di fatto a sottrarsi alle regole giuridiche e ai condizionamenti derivanti dall'intervento di pubblici poteri⁸. Politica e diritto stanno giocando un ruolo marginale perché ancora legati a vecchi confini⁹.

Ciò detto, essenzialmente, i termini della questione sono questi: quando dei *Termini di servizio* (o condizioni generali che dir si voglia) si applicano a milioni, miliardi, di persone, siamo ancora in presenza di meri contratti? O si tratta in verità di vere e proprie 'norme', "generaliste e astratte", dirette ad una indistinta platea di destinatari? L'adesione ad esse, poi, è un 'libero' esercizio dell'autonomia privata o piuttosto l'obbedienza ad un comando ineluttabile?

L'interrogativo può sembrare mal posto, dovendosi semmai il giurista pubblicista interrogarsi su come "sottomettere" i poteri e le regole private, ancorché transnazionali¹⁰, al primato della politica, delle sue istituzioni

elaborati ed approvati soltanto da assemblee parlamentari in regime di democrazia rappresentativa (ai quali si applicano le regole della procedura parlamentare), ma anche da organi del Governo o della Pubblica amministrazione (ai quali si applicano le regole del procedimento amministrativo) ed eccezionalmente anche da atti giurisdizionali (di annullamento o di interpretazione di atti normativi) o da atti deliberati dal Corpo elettorale (come i referendum abrogativi italiani). Solo in casi precisamente determinati ed in base a procedure rigorosamente regolate è possibile mettere in discussione la loro esecutorietà o la loro portata normativa". Ad esse contrappone le fonti del secondo tipo, ovverosia "quelle che lasciano spazio all'opera di chi procede all'applicazione del diritto". In A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, 2008, su www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/fontidiritto/pizzorusso.html.

⁸ A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004; F. Viola, *La concorrenza degli ordinamenti e il diritto come scelta*, Napoli, 2008; N. Irti, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2006.

⁹ G. Conte, *L'impresa responsabile*, Milano, 2018, 44. Diversamente, ad uno stadio evolutivo ben più avanzato è invece il *Global Administrative Law* (c.d. GAL), che si è potuto sviluppare al fianco dei processi economici globali proprio per il basso coefficiente di politicità e l'alto coefficiente di tecnicismo che lo caratterizza. Per tutti, S. Cassese, *The Global Polity, Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Sevilla, 2012, 23 ss.; E. Benvenisti, *The Law of Global Governance*, The Hague, 2014. E già affiorano teorie che vedrebbero nel GAL lo strumento principe della regolazione su scala globale delle grandi piattaforme digitali. Pare interessante, nella logica di superamento della dicotomia pubblico-privato, la proposta di applicare alcuni principi tipici del diritto pubblico (trasparenza, motivazione, imparzialità *et alia*) agli *Online Giants*, avanzata da O. Fischman-Afori, *Taking Global Administrative Law One Step Ahead: Online Giants and the Digital Democratic Sphere*, in corso di pubblicazione su *International Journal of Constitutional Law (ICON)*, 2021, e attualmente disponibile in anteprima su SSRN: ssrn.com/abstract=3874915. Cfr. anche E. Cremona, *La responsabilità sociale delle grandi piattaforme digitali*, in A. Pajno, L. Violante (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, Vol. III – *Pandemia e tecnologie. L'impatto su processi, scuola e medicina*, Bologna, 2021, 77-82.

¹⁰ R. Tarchi, *Diritto transnazionale o diritti transnazionali? Il carattere enigmatico di una categoria*

democratiche, dei principi costituzionali. L'obiezione è accolta; e sulle modalità di recupero delle fonti private al circuito democratico ci si interrogherà nella parte finale del lavoro.

Prima però occorrerà dare conto di questo “improvviso aggravamento” della crisi del ‘sistema’ delle fonti nell’era digitale.

2. Nella crisi del ‘sistema’ delle fonti, il ritorno ad un “diritto dei privati”

La crisi del paradigma positivista è annunciata da un secolo ed effettivamente conclamata da qualche decennio. Da un ordinamento gerarchico verticale, rigidamente ordinato sulla piramide (*Stufenbau*) eretta da Kelsen nella *Nomostatica* della sua *Dottrina pura del diritto*¹¹, si è passati ad un “ordinamento a rete”, orizzontale. Ciò, quantomeno da quando il sistema delle fonti¹² di diritto nazionale è stato scoperchiato per consentire l’ingresso nell’ordinamento di diritto extra-statale, anche direttamente applicabile. Col ché anche gli autori tradizionalmente più legati all’insegnamento kelseniano¹³ hanno ammesso la scaturigine di un diritto *valido* anche al di fuori dello Stato¹⁴.

Questo sconvolgimento sul piano delle fonti è in realtà il riflesso di un nuovo assetto dei poteri pubblici che assume l’aspetto di un ordinamento multilivello e a rete: “alla moltiplicazione dei poteri pubblici non ha fatto riscontro una loro gerarchizzazione, per cui ruoli, compiti e posizioni sono

giuridica debole ancora alla ricerca di un proprio statuto, in *Osservatorio sulle fonti*, editoriale, 1, 2021, 15.

¹¹ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (*Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*), Torino, 1952 e 2000, 98 e 104-106, laddove afferma che: “La costruzione a gradi [*Stufenbau*] dell’ordinamento giuridico (e con ciò si pensa innanzi tutto all’ordinamento giuridico dello Stato singolo) può forse essere rappresentata schematicamente nel modo seguente: al di sotto del presupposto della norma fondamentale (...) il più alto grado del diritto positivo è rappresentato dalla Costituzione, dalla Costituzione nel senso materiale della parola la cui funzione essenziale consiste nel regolare gli organi e il procedimento generale della produzione giuridica, cioè della legislazione”.

¹² Per esse continuando a intendersi quegli atti o fatti idonei a creare, modificare o abrogare regole, suscettibili di valere come diritto, secondo la definizione di R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010, 45-53.

¹³ Norberto Bobbio afferma che: “le norme di un ordinamento non stanno tutte sullo stesso piano. Vi sono norme superiori, e norme inferiori. Le norme inferiori derivano dalle superiori. Risalendo dalle norme inferiori via via a quelle che si trovano più in alto si arriva da ultimo a una norma suprema, che non dipende da nessun’altra norma superiore, e su cui riposa l’unità dell’ordinamento. Questa norma suprema è la norma fondamentale. [...] La norma fondamentale è il termine unificatore delle norme che compongono un ordinamento giuridico”. Così in N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 182. Di irriducibile impostazione giuspositivistica è, naturalmente, H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, 1920, trad.it. a cura di A. Carrino, Milano, 1989, 196 ss., 299 ss., che fonda la sovranità esterna degli Stati su altra necessaria norma previa, gerarchicamente superiore.

¹⁴ Cfr. V. Marcenò, *Bobbio “al di là di Kelsen”. Il superamento dell’etica dell’indifferenza*, in *Rivista AIC*, 4, 2015; N. Bobbio, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, pubblicato nel 1992 a cura di Tommaso Greco e con introduzione di Agostino Carrino, Torino, seconda ed. 2014.

solo parzialmente definiti; non vi sono chiare linee di confine per aree o materie, ma interdipendenza strutturale e funzionale; le procedure non sono sequenze articolate lungo chiare linee di autorità, ma azioni svolte a supporto reciproco¹⁵.

Così, se il sistema politico si è andato distribuendo su più centri di potere, il ‘sistema’ delle fonti¹⁶ è andato in crisi, non essendo più pensabile un ordinamento giuridico in maniera monolitica¹⁷.

Nell’Europa continentale, tuttavia, la diffusione del positivismo giuridico ha tratto con sé alcuni corollari (quelli che Paolo Grossi chiama le “mitologie giuridiche della modernità”¹⁸) ancor oggi diffusamente considerati necessari per la pensabilità di un ordinamento giuridico in senso proprio: la coattività del diritto, l’imperatività della norma giuridica, la supremazia della legge, l’insieme delle norme intese come ‘sistema’, la considerazione dell’attività dell’interprete come attività essenzialmente logica¹⁹. Ebbene, se pure non si può sostenere che tali corollari siano stati soppiantati, certo è che oggi presentano contorni sfumati e incerte traduzioni applicative.

Se già agli inizi del mondo globalizzato la “mediazione giuridica statale” risultava estremamente ridotta, nell’era digitale il diritto statale, la ‘legge’ formale, sembra aver perso – per più variegati fattori – la gran parte della propria capacità ordinativa e trasformativa della realtà. Il ché realizza nei fatti il definitivo declino del positivismo giuridico²⁰, preconizzato e descritto nelle teorie di giuristi come Rawls²¹, Dworkin²², Alexy²³, che già avevano contribuito ad aprire il ‘sistema’ e a superare i rigidi steccati eretti nel passato.

Nell’era digitale quindi si scopre un paesaggio nel quale riescono inutilizzabili “nozioni e schemi ordinanti quali ‘Stato’ e ‘sovranità’”, mentre al contrario si riscopre la sostanziale congenialità della nozione di ‘autonomia’, che caratterizzò la costituzione giuridica medievale²⁴. E proprio

¹⁵ S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, 64.

¹⁶ P. Grossi, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. 60, n. 2, 2006, 377-396.

¹⁷ B. Pastore, *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014, 19 ss.; L. Carlassare, *Fonti del diritto, rottura delle regole, indebolimento della democrazia*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*. Quaderno n. 10, Torino, 1999, 85.

¹⁸ P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, *passim*. Cfr. M. Greggio, *La cultura del civilista italiano tra formalismo e “mitologie giuridiche”*, in *L’irrocervo*, 2003, 1.

¹⁹ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1984, 108 ss.; G. Conte, *L’impresa responsabile*, Milano, 2018, 47-48.

²⁰ F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 72 ss.

²¹ J. Rawls, *Una teoria della giustizia (A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., 1971), a cura di S. Maffettone, Milano, 1982.

²² R. Dworkin, *I diritti presi sul serio (Taking Rights Seriously*, Londra, 1977), trad. it. Bologna, 1982.

²³ R. Alexy, *Concetto e validità del diritto (Begriff und Geltung des Rechts*, Friburgo-Monaco, 1992), trad. it. a cura di G. Zagrebelsky, Torino, 1997.

²⁴ P. Grossi, *Un diritto senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 25, 1996,

di “neo-medievalismo” ha iniziato a parlare la dottrina con riferimento al dispiegarsi della fenomenologia del diritto nell’ambiente digitale²⁵.

Giova richiamarne i tratti caratterizzanti nella lezione di Paolo Grossi, il quale mette a confronto l’esperienza giuridica medievale con quella moderna: “è unicamente nel moderno che si ha un sempre crescente proliferare di soggetti politici che si propongono – per effettività di potere ma soprattutto per psicologia di potere – come autentici Stati, di Stati che sono sempre più Stati, fino ad arrivare a quella creatura tardo-settecentesca che per il giurista è lo Stato creatore e produttore del giuridico perché interessatissimo ad ogni manifestazione del giuridico, Stato legislatore perché consapevole della rilevanza politica del giuridico e pertanto controllore e monopolizzatore di esso”²⁶.

E prosegue l’Autore: “il proporsi del ‘moderno’ come una comunità di Stati e dello Stato come protagonista storico del ‘moderno’ portano a due conseguenze relevantissime, che [...] il giurista ha il dovere di sottolineare. La prima è che lo Stato crea il diritto o conferisce ad altri enti la legittimazione a produrlo; ne ha, insomma, il monopolio o tende ad averlo. *Prima del diritto c’è lo Stato*; questi si presuppone – storicamente e logicamente – ad ogni manifestazione giuridica, perché ad esso solo spetta di qualificare una regola come giuridica; il diritto è un prodotto che viene interamente generato dal ventre dello Stato. [...] Non solo tollerabili altri ordinamenti giuridici primari [...]”. Le comunità “che intendano produrre diritto nel proprio ambito e secondo il proprio livello di azione sono – di fronte allo Stato – collocabili sullo stesso piano di una società criminosa, e il risultato è identico: l’irrilevanza. Siamo cioè senza rimedio nel campo del non-diritto. La seconda conseguenza è il legame fortissimo, quasi un vincolo di necessità, fra diritto e potere politico [...]. Sotto questo profilo, il diritto dei codici moderni non è diritto autenticamente privato ma diritto pubblico chiamato a regolare i rapporti fra privati, realtà insomma ben diversa da quel diritto dei privati dove è la società civile che spontaneamente, dal basso, dalle pieghe stesse della esperienza quotidiana, individua e conia rapporti e istituti giuridici e dove sono i privati stessi la primaria fonte produttiva”²⁷.

Un diverso – anzi opposto – paesaggio giuridico è quello che invece offre l’esperienza medievale. Qui “il potere politico si contrassegna per una sua intrinseca incompiutezza”²⁸. Il principe medievale “limita infatti i propri interessi a quelle zone del diritto immediatamente coinvolte nell’esercizio del governo [...] lasciando per lo più ad altre forze l’onere di produrre le regole

268.

²⁵ S. Rodotà, *Una costituzione per internet?*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2010, 347; cfr. sul tema D. D’Andrea, *Oltre la sovranità. Lo spazio politico europeo tra postmodernità e nuovo medioevo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Tomo I, Milano, 2002, 77 ss.

²⁶ P. Grossi, *Un diritto senza Stato...*, cit., 271.

²⁷ P. Grossi, *Un diritto senza Stato...*, cit., 272-273.

²⁸ P. Grossi, *Un diritto senza Stato...*, cit., 277.

organizzative della vita quotidiana, che affiorano e si definiscono e si sistemano attraverso una complessa cooperazione tra fatti spontanei consuetudinari²⁹; “un diritto senza Stato, un diritto che si aggancia immediatamente al sociale e lo esprime nella sua interezza. E v’è – forse come non mai – una compenetrazione fra giuridico e sociale”³⁰. Perciò, nella esperienza medievale il diritto è “intuito e risolto quale pluralità di ordinamenti conviventi”³¹.

Queste riflessioni possono oggi essere traggiate nell’ambiente digitale, in cui sembra compiersi una volta per tutte il declino del paradigma positivista. Non c’è Stato, non c’è territorio, sovranità³² e neppure popolo³³, ma produzione principalmente privata del diritto³⁴.

Fino a non molto tempo fa, nessuno pensava che il processo di sfrangiamento dei poteri e di moltiplicazione dei centri di produzione del diritto potesse essere ulteriormente sopravanzato dall’erompere di nuovi poteri, stavolta privati, simili a Stati sovrani, in grado di dettar “legge” a miliardi di persone.

Il sistema delle fonti appare così definitivamente deflagrato, non più solido sistema piramidale, e neppure più rete gettata in una modernità liquida, ma presenza evanescente in un mondo dematerializzato. E se fino ad oggi la particella fondamentale dell’ordinamento giuridico, la norma giuridica fonte del diritto oggettivo, era chiaramente percepibile e riconoscibile nelle forme di un comando formulato da una qualche istituzione politica, nell’ambiente digitale quello che Grossi definisce come “ordinamento osservato”³⁵ è il risultato dell’obbedienza a regole poste da poteri (non più pubblici, ma) privati, cui pare molto difficile sfilare lo scettro del comando.

Trattasi di quel diritto che autenticamente corrisponde³⁶ al “diritto dei privati”, nell’accezione in cui lo intese Widar Cesarini Sforza, ossia “quello che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo”³⁷.

²⁹ P. Grossi, *Un diritto senza Stato...*, cit., 277.

³⁰ P. Grossi, *Un diritto senza Stato...*, cit., 283.

³¹ *Ibidem*.

³² Cfr. F. Pasquale, *From territorial to functional sovereignty: the case of Amazon*, in *OpenDemocracy*, 5 gennaio 2018, disponibile al seguente link: www.opendemocracy.net/en/digitaliberties/from-territorial-to-functional-sovereignty-case-of-amazon/. Il tema si riprenderà *infra*.

³³ Giacché la massa indistinta degli utenti *online* non può propriamente considerarsi ‘popolo’. Cfr. D. Nocilla, voce *Popolo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Milano, 1977.

³⁴ Cfr. B. De Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense. Law, Globalisation, and Emancipation*, Londra, 2002; J. Black, *Critical Reflections on Regulation*, in *Australian Journal of Legal Philosophy*, 27, 2002, 1 ss.

³⁵ P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, *passim*.

³⁶ Cfr. anche G. De Minico, *Internet e le sue fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2013, 4.

³⁷ La citazione proseguirebbe: “in mancanza, o nell’insufficienza, della legge statutale”. W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati* (1929), cit., 13 (il saggio fu pubblicato per la prima volta nella *Rivista italiana di scienze giuridiche*, Vol. IV, 43-123). Sulla (non necessaria) funzione

Santi Romano³⁸ avvertiva che l'emergere di tali ordinamenti giuridici privati³⁹ era dovuta alla convergenza di due fattori: il progressivo organizzarsi sulla base di “particolari interessi” della società, e “la deficienza dei mezzi giuridici e istituzionali” per fare rispecchiare e valere i suoi interessi in seno allo Stato⁴⁰.

3. Dalla legge al contratto, e ritorno

3.1. Generale e astratto, particolare e concreto

Nella teoria classica si suole contrapporre l'atto normativo al negozio, per più attribuzioni qualitative che consentirebbero di distinguere chiaramente i due concetti. Dell'atto normativo si predicano i caratteri della generalità, dell'astrattezza, della novità, dell'imperatività, dell'efficacia *erga omnes* (assoluta)⁴¹, viceversa del negozio giuridico si predica la particolarità, la concretezza, la derivazione da un esercizio di autonomia (nel senso contrapposto alla eteronomia), dell'efficacia *inter partes* (relativa)⁴².

Eppure, avvertiva già Crisafulli nel 1959, da che è pensata una tassonomia, “l'intera storia della dottrina dell'atto normativo” è “tutto un succedersi ed intersecarsi di tentativi classificatori diversi, di ritorni a criteri in precedenza abbandonati, e poi criticamente riveduti e corretti”⁴³.

La prima crepa del monolite positivistico statualista viene fatta risalire agli albori del diritto internazionale, laddove si assegnava efficacia imperativa a fonti volontarie di origine e struttura convenzionale⁴⁴. Ma non solo. Ancora negli anni Cinquanta si ammetteva che “la produzione del diritto “non avviene soltanto in regime di sovranità”, ma anche “in regime di autonomia [...]”; che nello stesso ambito spaziale di un ordinamento statale, norme giuridiche

integrativa o suppletiva del diritto dei privati rispetto al diritto statale torneremo *infra*. Cfr. anche A. Pizzorusso, *La produzione normativa...*, cit., che nel par. 1 afferma che “anche gli ordinamenti puramente privati debbono, a certe condizioni, essere presi in considerazione per lo studio dei sistemi delle fonti”.

³⁸ S. Romano, *Lo stato moderno e la sua crisi* (1909), in Id., *Scritti minori*, I, a cura di G. Zanobini, I, Milano 1950, 311 ss.; cfr., P. Grossi, *Lo stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2011; C. Pinelli, *La Costituzione di Santi Romano e i primi Maestri dell'età repubblicana*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n. 3, 2012, 186 ss.

³⁹ S. Romano, *L'ordinamento giuridico* (1918), II ed., Firenze, 1946; Salvatore Romano, *Ordinamenti giuridici privati*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1955, 249 ss.

⁴⁰ S. Romano, *Lo stato moderno...*, cit.

⁴¹ Per tutti, V. Crisafulli, *Atto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1959, 239-240; C. Esposito, *Legge*, in *Novissimo digesto italiano*, VII, Torino, 1938, n. 12; G. Tarli Barbieri, *Appunti sulle fonti del diritto italiano*, Torino, 2008.

⁴² Cfr. E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, 17 ss.; S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 7 ss.

⁴³ V. Crisafulli, *Atto normativo*, cit., 240.

⁴⁴ A tacere del “carattere contrattuale che sembra fosse inizialmente proprio della *lex* in diritto romano”. Così ancora Crisafulli, 240. Cfr. V. Arangio Ruiz, *Rapporti contrattuali fra Stati ed organizzazione internazionale*, in *Arch. Giur.*, 1950, 15 ss.

possono essere poste anche [...] dai negozi giuridici privati”⁴⁵, così già rilevandosi la “progressiva dilatazione della figura dell’atto normativo”⁴⁶.

Sicché va riconosciuto che l’idea secondo la quale gli atti propriamente normativi si qualificherebbero come “comandi pensati e voluti astratti e inelastici, insindacabili nel loro contenuto giacché non dalla qualità di esso ma dalla qualità del soggetto legislatore traggono la propria autorità”⁴⁷ è anticamente contestata.

Si rilevano così atti pubblici e privati “gli uni e gli altri espressioni, infatti, precetti, che possono considerarsi generali, e perciò norme [...]: o nel senso di avere ad oggetto una pluralità di situazioni ripetibili; ovvero di produrre effetti giuridici diretti per classi di soggetti, altrettanto indeterminati (e determinabili) di quelli contemplati da numerosissime disposizioni legislative, cui nessuno ha mai contestato carattere normativo [...]; ovvero in entrambi i sensi congiuntamente”⁴⁸.

A ciò va ad aggiungersi l’osservazione pacifica per cui viceversa con sempre maggiore frequenza atti classicamente normativi (come la legge formale o gli atti aventi forza di legge) sogliono contenere disposizioni particolari e concrete, del tutto prive dei canoni della generalità e della astrattezza⁴⁹.

Per quanto riguarda la produzione degli effetti dell’atto, di formazione politica o consensuale, pure lo steccato della assolutezza/relatività cade, come corollario stesso della defettibilità dei predicati della generalità e astrattezza nella norma giuridica: se essa può avere un contenuto particolare e concreto può pure produrre effetti relativi; così come, viceversa, l’atto privato può avere un contenuto generale e astratto e produrre effetti *erga omnes*⁵⁰ (ed è quest’ultimo il caso che qui ci occupa).

3.2. Dalla validità all’effettività

Ciò che potrebbe ultimamente continuare a rendere distinguibili le fonti ‘pubbliche’ dalle fonti ‘private’ potrebbe essere il paradigma della *validità*.

⁴⁵ V. Crisafulli, *ult. cit.*, 241, ove richiama le pagine della *Teoria generale* di Carnelutti. Esemplicazioni di negozi privati a contenuto normativo erano rinvenute nei contratti di tariffa, negli atti costitutivi di associazioni, società e fondazioni, regolamenti aziendali ecc.

⁴⁶ *Ivi*, par. 3.

⁴⁷ P. Grossi, *Mitologie giuridiche...*, cit., 34.

⁴⁸ V. Crisafulli, *ult. cit.*, 246. L’affermazione è portata da Crisafulli alle sue conseguenze, laddove nel proporre – in chiusura – una classificazione tra atti normativi per *struttura normativa* e atti normativi “che siano costitutivi di ordinamenti oggettivi”, evidenzia che “se, per un complesso di fattori inerenti alla peculiare configurazione storicamente assunta dai moderni ordinamenti statali, l’esempio più cospicuo di quest’ultima categoria è dato dagli atti-fonte di ciascuno di essi, ciò non toglie che numerosi altri possano farvisi rientrare, in quanto siano a loro volta fonti di diversi ordinamenti (a cominciare dall’ordinamento internazionale; ma anche di ordinamenti privati), sebbene le caratteristiche della categoria possano poi, per taluni, risultare meno evidenti e attenuate” (260).

⁴⁹ Cfr. A. Simoncini (a cura di), *L’emergenza infinita*, Macerata, 2006; C. Domenicali, *Il provvedimento-legge. La decretazione d’urgenza come potere discrezionale vincolato*, Napoli, 2018.

⁵⁰ Già F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957, 216 ss.

Potrebbe dirsi che le prime sono emanate in conformità alle fonti sulla produzione legittimamente poste, alla norma di riconoscimento in senso hartiano, mentre le seconde difetterebbero di tale requisito essendo il ‘produttore’ di tali norme sfornito del potere di porle in essere⁵¹. Senonché, anche in questo caso, la dottrina ha variamente “falsificato” il concetto di validità della norma, evidenziando che di essa si danno almeno⁵² tre significati: la validità formale (la *Geltung* della *Reine Rechtslehre* kelseniana), la validità assiologica (la conformità ad un valore, ad un’idea di giustizia, ad un *Sollen*), la validità materiale (l’efficacia, fattualità, effettualità, effettività, media osservanza, media applicazione)⁵³.

Secondo il primo paradigma, effettivamente, una netta linea di confine tra le fonti pubbliche e le fonti private può essere tracciata: le seconde si collocano nel campo del non-diritto o tutt’al più si atteggiavano come *fatto* giuridico, diritto consuetudinario, abilitato a produrre diritto oggettivo solo se una norma previa a ciò lo abbia abilitato.

Per il secondo paradigma, quello della validità assiologica, dipende. A seconda del ventaglio di valori abbracciato, le fonti private potrebbero essere qualificate come ‘valide’ allorché si ponessero come ‘mezzo’ rispetto al fine perseguito dal paradigma di riferimento. Questa ipotesi non è percorsa, giacché richiederebbe la preventiva definizione di un preciso campo di valori e finirebbe per portare il discorso su un piano diverso (sarebbe valido solo il diritto *giusto*).

Abbracciando un criterio di validità materiale, secondo un metodo di realismo giuridico⁵⁴, può invece direttamente assegnarsi rilevanza normativa alle fonti private del diritto, *sub specie*, lo si vedrà *infra*, di condizioni generali di contratto predisposte dai grandi protagonisti dei mercati digitali e accettate (*rectius* osservate) su scala globale. Del resto, come avvertiva Santi Romano “non la realtà si deve – dal giurista – subordinare al concetto, ma questo a quella”⁵⁵, sicché se la nozione di validità materiale (intesa come fattualità, effettività, media osservanza) consente lo studio del diritto dei privati in chiave di ‘fonte del diritto’, è questo il paradigma che deve essere

⁵¹ Per F. Modugno, *Validità*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XLVI, Milano, 1993, 5, il significato di norma deve rinvenirsi in “una qualsiasi preposizione linguistica (quale che sia la sua origine) deontica o (anche) descrittiva (adeontica), prescrittivamente vincolante (secondo le norme sulle “fonti” di un ordinamento), che sia posta cioè da un atto normativo o che sia comunque ricavata da un fatto normativo”.

⁵² R. Guastini, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Torino, 1982, 91 ss., ne elenca cinque: “una norma è valida, se è giusta (o, almeno, accettabile)”; “una norma è valida se è efficace (osservata, eseguita)”; “una norma è valida se è stata prodotta in conformità a criteri predefiniti”; “una norma N è valida se di fatto è stata emanata cioè se Tizio ha pronunciato l’enunciato E, che esprime la norma N”; “una norma è valida se di fatto Tizio l’accetta, l’approva, l’accoglie come guida del comportamento”.

⁵³ F. Modugno, *Validità*, cit., 4.

⁵⁴ Cfr. P. Grossi, *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, che recupera il significato latino del verbo *inventire*: cercare per trovare qualcosa.

⁵⁵ *Ivi*, 53.

abbracciato per trarre le conseguenze dalle premesse svolte.

Vale la pena puntualizzare che comunque “*anche la validità* [formale] *della norma*, intesa come conformità a una norma di produzione superiore, è, a rigore, *un puro fatto*”. Sicché “la validità della norma si riduce alla conformità dei comportamenti dei suoi *autori* a una norma; e anche l’effettività non è altro che conformità di comportamenti a una norma”⁵⁶. Perciò è stato sostenuto, e si può continuare a sostenere, che in realtà *validità* ed *effettività* siano paradigmi storicamente forzatamente tenuti separati, ma che in realtà si completano vicendevolmente⁵⁷.

Il recupero dell’impostazione romaniana, quindi, offre al giurista dell’era digitale uno strumentario estremamente utile a cogliere la forza normativa delle fonti private nell’ambiente digitale. Anzitutto perché si muove dall’assunto per cui il fenomeno giuridico non si esaurisce con la norma perché, prima di essere norma, il diritto è “organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge”, sicché “ogni ordinamento giuridico è una istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l’equazione tra i due concetti è necessaria ed assoluta”⁵⁸.

E poi, essendo il diritto concepito come istituzione, si ammette l’esistenza di tanti ordinamenti giuridici quante sono le istituzioni⁵⁹. Viene così “fragosamente meno la sovrapposizione fra ordinamento giuridico e Stato”⁶⁰, anzi ribaltandosi il tradizionale rapporto di *genus* e *species* fra le due

⁵⁶ L. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1978, 160. L’Autore prosegue rilevando altresì che “il punto di vista della validità non basta quindi a superare la fallacia naturalistica; anche il punto e vista della validità (o il punto di vista “interno”) può essere assunto *solo sulla base di un giudizio* non di validità, ma di *valore*”.

⁵⁷ L. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, cit., 155-161. Il quale ricorda che “le due teorie, quando si pongono il problema del fondamento (l’una della validità, l’altra dei comportamenti), devono fare un salto nell’altra dimensione, cioè appunto nella dimensione della teoria rivale. La teoria della validità deve fondarsi sull’effettività, riconoscendo che almeno la norma suprema, quella che fonda la validità di tutte le altre, esiste (se non vuole ridursi alla finzione della norma ipotetica kelseniana) in quanto effettiva (ed è effettiva se e solo se lo sono le norme da essa convalidate). La teoria dell’effettività deve fondarsi sulla validità o su qualcosa che le assomigli, in quanto mentre per gli altri consociati la definizione del diritto vigente come “quel diritto che probabilmente formularanno i giudici supremi” può funzionare, proprio i giudici supremi occorre invece una norma che non consista nei loro stessi comportamenti futuri, e quindi una norma che abbia una esistenza del tipo della validità” (156).

⁵⁸ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., 22.

⁵⁹ F. Modugno, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1985, 14 ss., secondo il quale la “scelta” di una norma o di un gruppo di norme compiuta dall’ordinamento, “non è e non può essere assoluta e irreversibile” se, in virtù di essa, “è possibile prescegliere l’angolo visuale, il punto di vista, il sistema normativo dal quale riguardare i fatti come oggetto della qualificazione, la giuridicità non potrà essere negata a qualunque sistema normativo, a qualunque ordinamento sia suscettibile di essere prescelto”. Cfr. anche M. R. Ferrarese, *Il diritto orizzontale. L’ordinamento giuridico globale secondo Sabino Cassese*, in *Politica del diritto*, 2007, 639 ss.; N. MacCormick, O. Weinberger, *Il diritto come istituzione*, Milano, 1990.

⁶⁰ M. Fiorillo, “*Oltre lo Stato*”: *Santi Romano e la prolusione fiorentina del 1917*, in *Giur. cost., Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 6.

figure⁶¹. La conseguenza è perciò che “ogni forza”, plurisoggettiva e stabilmente organizzata intorno a regole condivise, “si trasforma per ciò stesso in diritto”⁶².

Non esita il Romano a configurare come addirittura possibile “l’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale”: la trasformazione del fatto in uno stato giuridico “si fonda sulla sua necessità, sulla sua corrispondenza ai bisogni ed alle esigenze sociali. Il segno, esteriore se si vuole, ma sicuro che questa corrispondenza effettivamente esista, che non sia un’illusione o qualche cosa di artificiosamente provocato, si rinviene nella suscettibilità del nuovo regime ad acquistare stabilità, a perpetuarsi per un tempo indefinito”⁶³.

Ora, va riconosciuto che non è automatico che ogni tipo di normazione extra-statuale sia *ipso facto* normazione di ‘altro’ ordinamento giuridico. E perciò, richiamando Massimo Severo Giannini⁶⁴, il rischio nel quale incorre un’analisi del genere è duplice: da una parte, di “trovare gli ordinamenti giuridici ad ogni angolo della strada”⁶⁵, dall’altra di violare la *legge di Hume*, ovvero di trarre conseguenze prescrittive da analisi meramente descrittive.

D’altro canto, però, è irrefutabile che le norme che governano il comportamento degli utenti *online* siano e di promanazione privata e mediamente osservate: rispondono cioè “ai bisogni e alle esigenze sociali” di cui si diceva, su scala globale. Con l’aggravante che tali regole definiscono spesso le modalità di esercizio di moltissimi diritti di tenore costituzionale: dalla libertà di espressione a quella di riunione, dall’accesso ai servizi essenziali, all’istruzione, al lavoro.

Da lungo tempo la dottrina avverte come “non v’è ormai ambito della normazione [laddove l’autore si riferisce a quella tecnica privata, *nda*] che non finisca per trascinare nella tutela di diritti fondamentali o di interessi costituzionali” al punto da parlare di un “diritto capovolto” nel quale definitivamente salta la distinzione tra ‘pubblico’ e ‘privato’⁶⁶. Con la

⁶¹ La tesi della specialità del diritto degli ordinamenti giuridici plurali rispetto al diritto statale è contestata da Santi Romano proprio al suo maestro Vittorio Emanuele Orlando, perché “in aperto contrasto con la storia e con la vita giuridica odierna, quale si svolge nella realtà”. Cit. in M. Fiorillo, “*Oltre lo Stato*”..., cit., 6.

⁶² S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., 36.

⁶³ S. Romano, *L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione* (1901), in *Scritti minori*, I, cit., 186 ss.; come ricorda V. Crisafulli, *Profilo di Santi Romano*, in *Nuova antologia*, marzo 1976, 351, a Santi Romano interessava “non tanto la normatività, quanto la “fattualità” del diritto”; cfr. anche C. Pinelli, *La Costituzione di Santi Romano e i primi maestri dell’età repubblicana*, in *Rivista AIC*, 2, 2012, 4. Sul principio di effettività come presupposto della giuridicità dell’ordinamento romaniano, A. Romano, *Santi Romano, Lo Stato moderno e la sua crisi e l’ordinamento giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 2011, 346.

⁶⁴ M.S. Giannini, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Emilio Crosa*, Milano, 1960, 961 e 964, cit. in A. Iannuzzi, *Regolazione a contenuto tecnico scientifico e costituzione*, Napoli, 2018, 77-78.

⁶⁵ F. Salmoni, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, 370 ss.

⁶⁶ A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico scientifico e costituzione*, Napoli,

conseguenza che anche sul piano della ‘qualità’ delle fonti⁶⁷, intesa come capacità delle stesse di farsi attuazione di principi e valori costituzionali, riesce sempre più evanescente la distinzione tra le fonti pubbliche e quelle private.

3.3. Eteronomia ed autonomia. Il contratto come strumento di regolazione

Da tempo i privatisti avvertono delle potenzialità espansive dell’istituto contrattuale nel sistema delle fonti normative: “il principale strumento della innovazione giuridica è il contratto. Le concezioni classiche del diritto non collocano il contratto tra le fonti normative; ma se continuassimo a concepire il contratto come mera applicazione del diritto e non come fonte di diritto nuovo, ci precluderemmo la possibilità di comprendere in qual modo muta il diritto del nostro tempo. Il contratto prende il posto della legge anche per organizzare la società civile. [...] Si spinge fino a sostituirsi ai pubblici poteri nella protezione di interessi generali, propri dell’intera collettività, quale l’interesse dei consumatori...”⁶⁸.

Il pensiero corre in effetti ai vari ambiti nei quali i contratti e le altre forme di auto-regolazione dei privati divengono strumenti di regolazione dei mercati: dai mercati finanziari, al mondo della pubblicità, dei contratti pubblici ecc.

Nelle ipotesi più virtuose, “un mito si sfata: la tutela dell’interesse generale diventa una componente del profitto, e si protegge il consumatore per vendere di più, si salvaguarda l’ambiente per meglio valorizzare la proprietà...”⁶⁹.

Ciò accade spesso su base volontaria; crescono sempre più le imprese che dichiarano di ispirare le proprie condotte a standard di comportamento etico-sociale rilevando che “una politica imprenditoriale versata esclusivamente a incrementare i profitti degli azionisti, quale quella predicata da Milton Friedman, appare oggi poco redditizia, quantomeno in una prospettiva di lungo periodo, perché rischia di creare un circolo ‘vizioso’ tra l’impresa e i propri *stakeholders* (dipendenti e lavoratori autonomi, fornitori,

2018, 66.

⁶⁷ A. Ruggieri, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, spec. 240 ss. Cfr. anche Id., *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, in *Giur. Cost.*, 3, 2020, 685, laddove l’Autore esplicita che la ‘qualità’ delle fonti deve intendersi “in una duplice accezione, con riferimento tanto al modo con cui si fa (o non fa) uso delle tecniche di *drafting*, quanto (e soprattutto) alla idoneità – come si viene dicendo nel suo insieme poco apprezzabile – degli atti a dar voce ai valori fondamentali dell’ordinamento, a dare dunque specificazione-attuazione ai principi nei quali gli stessi nel modo più genuino ed immediato si rispecchiano e, insomma, a dar loro modo di farsi diritto vivente e vivificante l’esperienza”.

⁶⁸ F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010, 243. E diffusamente A. Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020. Cfr. anche E. Del Prato, *I regolamenti privati*, Milano, 1988.

⁶⁹ F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., 244.

associazioni di consumatori, enti locali etc...)»⁷⁰.

Così sono fioriti negli ultimi venti anni i paradigmi della *Corporate Social Responsibility*⁷¹ e, più di recente, degli indici *ESG* (*Environmental, Social and Governance*)⁷², o modelli societari – come quelli delle società *benefit* – che superano, senza escluderlo, lo scopo di lucro e integrano “finalità di beneficio comune” tra gli obiettivi dell’impresa⁷³; si moltiplicano altresì i codici etici⁷⁴ e si danno oggi dichiarazioni dei più importanti *CEO* del mondo, da Larry Fink di BlackRock a Mark Zuckerberg di Facebook, nelle quali si afferma l’intendimento di farsi carico, come imprese private, di problemi sociali tipicamente appannaggio di soggetti pubblici⁷⁵.

Addirittura, c’è chi preconizza scenari nei quali la soggettività pubblica sia sostanzialmente superflua, laddove il ‘potere costituito’ sarebbe rappresentato dalle grandi imprese multinazionali, mentre il ‘contro-potere’ in grado di bilanciarlo sarebbe nelle mani della società civile, globalmente intesa, e nell’ideal-tipo del “consumatore politicizzato”⁷⁶, unico soggetto in grado – con la propria scelta economica – di punire i comportamenti riprovevoli delle grandi imprese⁷⁷.

Senonché, all’ottimismo dei privatisti deve fare da contraltare una certa *prudenza costituzionale*. Si avverte infatti tutta la portata del cambiamento d’epoca in corso, avvisando come “non siamo di fronte a un ‘oggetto’ come gli altri, a ‘fatti’ come gli altri” e che “l’insieme delle nuove tecnologie informatiche intorno alle quali si sta sviluppando l’attuale

⁷⁰ G. Conte, *L’impresa responsabile*, cit., 52-53.

⁷¹ In Europa, la fondazione della responsabilità sociale d’impresa viene fatta risalire al *Libro verde* “Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese” presentato dalla Commissione il 18 luglio 2001. Il concetto ha in realtà radici ben più lontane negli Stati Uniti, dove fu coniato da H. Bowen, *Social Responsibilities of the Businessman*, University of Iowa Press, 1953. *Ex multis*, cfr. S.J. Grossman, J.E. Stiglitz, *On Value Maximization and Alternative Objectives of the Firm*, in *The Journal of Finance*, XXXII, 1977, n. 2, 389 ss.

⁷² Si tratta di indici di borsa sviluppati da *index provider* indipendenti che raggruppano le aziende quotate in funzione della loro performance su fattori ambientali, sociali e di *governance*.

⁷³ La cui disciplina è stata introdotta in Italia con l’art. 1, commi 376-384, della legge 28 dicembre 2015, n. 208. Cfr. U. Tombari, “Potere” e “interessi” nella grande impresa azionaria, Milano, 2018, 64 ss.; D. Siclari, *Le società benefit nell’ordinamento italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto dell’economia*, 2016, 36 ss.

⁷⁴ G. Conte, *Vincoli giuridici, principi economici e valori etici nello svolgimento dell’attività d’impresa*, in *Contratto e impresa*, 2009, 697 ss.

⁷⁵ Si vedano ad esempio le *Annual letter to Ceos* di Larry Fink, dal 2018 al 2021 o la dichiarazione di Mark Zuckerberg alla stampa secondo cui “*In a lot of ways Facebook is more like a government than a traditional company*”, disponibile al seguente link: www.vox.com/2018/4/2/17185052/mark-zuckerberg-facebook-interview-fake-news-bots-cambridge.

⁷⁶ U. Beck, *Ein neuer Kosmopolitismus liegt in der Luft*, in *Literaturen*, 11, 2007, e in in *Sociétés*, Vol. 100, Iss. 2, 2008, 37-43. Cfr. D. Sciulli, *Corporate power in civil society*, New York-London, 2001.

⁷⁷ Solitamente, chi sostiene questa tesi porta ad esempio la revisione delle *policy* di *outsourcing* da parte della multinazionale *Nike*, in conseguenza del caso dell’utilizzo di manodopera minorile nel sud-est asiatico scoppiato nei primi del Duemila.

rivoluzione digitale – terza o quarta rivoluzione industriale che sia – stanno modificando profondamente e rapidamente i contesti economici, sociali, culturali e finanche antropologici nei quali viviamo e nei quali il diritto si radica”⁷⁸.

L’erompere dei grandi poteri privati nell’ambiente digitale, lo sviluppo delle tecnologie e dei sistemi di intelligenza artificiale mette in realtà in discussione “la stessa forma di Stato che del costituzionalismo costituisce il prodotto più maturo, lo Stato costituzionale (o democratico-pluralista)”⁷⁹. Come è noto “esso si costruisce intorno a due perni, ben sintetizzati nel secondo comma dell’art. 1 della Costituzione italiana. Da un lato la sovranità popolare, ovvero la remissione delle decisioni politiche al popolo, a maggioranza, attraverso il principio del governo rappresentativo, il che implica la libera formazione del consenso attraverso una dialettica democratica. Dall’altro il *rule of law* costituzionale, ovvero la limitazione del potere, anche quello delle maggioranze politiche ‘democratiche’, attraverso il diritto, in nome della garanzia del pluralismo che trova la sua espressione nei diritti fondamentali delle persone”⁸⁰.

Temi questi che aggiungono gravità al già rilevato problema dell’impatto di queste tecnologie, e dei soggetti che le padroneggiano, sul sistema delle fonti⁸¹. Lo stesso Paolo Grossi ha colto il rischio che, nella “estrema mobilità giuridica che stiamo vivendo”, alla vecchia arroganza del potere politico si possa sostituire “l’arroganza non meno soffocante di quei poteri economici che sono i protagonisti del fenomeno globalizzatorio”: per cui, se questo “è il momento di rivincita della prassi nella percezione e invenzione di assetti giuridici novissimi, è questo anche il momento in cui percezioni e invenzioni [...] vanno ordinate in una intelaiatura di ‘principii’ dalla complessa valenza, che è insieme tecnico-giuridica, culturale, etica”⁸².

La portata della sfida costringe perciò il giurista “a rivedere categorie tradizionali, a partire dal concetto stesso di fonte del diritto e di produzione normativa, abbandonando pigrizie intellettuali che ripropongano stancamente schemi che necessitano ormai inevitabilmente di aggiornamenti, senza però cadere nella tentazione opposta di ritenere che le coordinate ordinamentali fondamentali siano ormai definitivamente erose se non superate”⁸³.

⁷⁸ T. Groppi, *Alle frontiere dello Stato costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale*, in *Consulta Online*, 30 novembre 2020, 675.

⁷⁹ *Ivi*, 678. In termini anche A. Simoncini, *Quali fonti per regolare i nuovi poteri tecnologici? Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di stato e forma di governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, speciale.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Cfr. G. Mobilio, *L’intelligenza artificiale e i rischi di una “disruption” della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 401 ss.

⁸² P. Grossi, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, *Lectio doctoralis* pronunciata il 24 ottobre 2005 nella Aula Magna dell’Università di Bologna, in *Rass. forense*, 2006, 55.

⁸³ G. Tarli Barbieri, *Considerazioni di sintesi sul ruolo delle autorità amministrative indipendenti*

4. Le grandi piattaforme digitali *rule-makers* di un “diritto senza Stato”

4.1. *Lex mercatoria* o *leges aliquorum mercatorum*?

Per non scadere in una speculazione meramente teorica e astratta, si possono passare in rassegna i “documenti contrattuali” che disciplinano, nell’ambiente digitale, il rapporto tra gli utenti e la principale delle imprese digitali, Google⁸⁴. È, infatti, proprio l’auto-produzione di regole il principale fenomeno da esaminare per comprendere le dinamiche della rete⁸⁵.

Corre l’obbligo di svolgere una premessa, un chiarimento. La letteratura europea e anglosassone suole rubricare come *self-regulation* la produzione delle ridette regole private, intese come auto-vincolanti il soggetto che le ha poste in essere⁸⁶.

In realtà l’etichetta non è del tutto appropriata, giacché, come si intende sostenere in queste pagine, queste norme, prodotte da *alcuni* poteri privati, vincolano pressoché esclusivamente soggetti *diversi* da questi. E cioè gli utenti.

La maggior parte dei soggetti predisponenti le condizioni generali di vendita dei prodotti e i termini d’uso dei servizi si riserva infatti quasi sempre la possibilità di modificarli unilateralmente, salvo – tutt’al più – impegnarsi a darne previo avviso⁸⁷.

Sicché, queste regole poste dai privati, più che esercizi di auto-regolazione (autonomia), sarebbero più correttamente da qualificarsi come esempi di etero-regolazione (eteronomia) da parte di soggetti privati nei confronti di altri soggetti privati⁸⁸.

Il ché non deve far pensare ad una regolamentazione pattizia *peer to peer*, tra contraenti simmetrici. L’asimmetria (*Gross disparity*) che corre tra le

nella regolazione delle decisioni algoritmiche, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, 7-8.

⁸⁴ Cfr. M. Moore, D. Tambini, *Digital Dominance. The Power of Google, Amazon, Facebook and Apple*, New York, 2018, *passim*; L. Casini, *Lo Stato nell’era di Google*, Milano, 2020.

⁸⁵ L’indagine è condotta approfonditamente da A. Quarta, *Mercati senza scambi. La metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli, 2020.

⁸⁶ Cfr. S. Sileoni, *Autori delle proprie regole. I codici di condotta per il trattamento dei dati personali e il sistema delle fonti*, Padova, 2011.

⁸⁷ P.A. Alces, M.M. Greenfield, *They Can Do What!? – Limitation on Use of Change-of-Terms Clause*, in *Georgia State University Law Review*, 26, 4, 2010, 1099-1145.

⁸⁸ Cfr. P. Palka, *Terms of Service are not Contracts – Beyond Contract Law in the Regulation of Online Platforms*, in S. Grundmann (a cura di), *European Contract Law in the Digital Age*, 2018, 135-162, secondo il quale i termini di servizio non sono contratti in senso tradizionale. Certo, sostiene l’Autore, essi contengono sempre alcuni elementi contrattuali (licenze di *software* e/o sull’uso dei contenuti), ma stabiliscono principalmente le regole che specificano cosa gli utenti possono (e non possono) fare, con la conseguenza che essi somigliano più a regolamenti sulle modalità di esercizio del diritto di proprietà che a contratti. Inoltre, avverte, i fornitori di servizi *online* godono ormai di un potere di natura “pubblica”, in quanto la posizione di vantaggio di cui godono nei confronti dei consumatori deriva non solo da quanto scritto nei termini di servizio, ma soprattutto dal controllo illimitato degli algoritmi che guidano le piattaforme.

parti contraenti *online* è ben evidente e, come si è avuto modo di evidenziare altrove⁸⁹, persino più ampia tra quella che solitamente corre tra ‘professionista’ e ‘consumatore’: l’utente digitale è generalmente “meno-che-consumatore” e le grandi piattaforme sono “più-che-professionisti”⁹⁰.

Ad ogni modo, senza ulteriormente indulgere in questioni nominalistiche, muoviamo all’analisi dei documenti.

4.2. I Termini di Servizio di Google⁹¹

L’*incipit* dei termini di servizio confessa la piena consapevolezza della piattaforma della scarsa consultazione degli stessi da parte degli utenti⁹²: “sappiamo che si è tentati di ignorare la lettura di questi termini, ma è importante stabilire cosa l’utente può aspettarsi da noi quando usufruisce dei servizi Google e cosa noi possiamo aspettarci dall’utente”.

Il primo aspetto che balza agli occhi è che Google, pur muovendo dalla considerazione della generale “incoscienza” degli utenti, sembra voler declinare il rapporto in termini sinallagmatici, non soltanto aspettandosi la lettura delle parti informative sul “funzionamento dell’attività di Google”, ma altresì uno specifico comportamento attivo dell’utente (“cosa ci aspettiamo dall’utente”). Al punto che, sulle prime, all’utente scrupoloso che va a leggerci i Termini d’uso viene da sospettare d’essere stato fino a quel momento inadempiente...

Del resto, tali termini di servizio sono esplicitamente qualificati come ‘contrattuali’⁹³. Nella cultura anglosassone infatti l’elemento qualificante di un contratto è la *consideration*⁹⁴, lo scambio di utilità attese, a differenza della concezione – romanistica, germanica, europea – maggiormente incentrata sull’elemento volontaristico individuale, che culmina nell’incontro tra proposta e accettazione⁹⁵. Perciò, non senza dar conto di opinioni difformi⁹⁶,

⁸⁹ A. Simoncini, E. Cremona, *European Private Law Integration Through Technology: The Constitutional Dimension*, in *Scritti in onore di Hans-W. Micklitz e Giuseppe Vettori* e in *Persona e mercato*, 2, 2021, 244 ss.

⁹⁰ E. Cremona, *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in corso di pubblicazione su *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, speciale.

⁹¹ Sono esaminati i termini di servizio in vigore dal 31 marzo 2020 e vigente al 20 agosto 2021, nella versione specifica per il paese Italia, che contiene però (scarni) riferimenti normativi al solo diritto dell’Unione europea.

⁹² Ed effettivamente Google è in grado di sapere, e sa esattamente, quanti e quali utenti hanno consultato e presumibilmente letto i termini del servizio.

⁹³ Pagine 2 e 14 della versione pdf disponibile al seguente *link*: www.gstatic.com/policies/terms/pdf/20200331/ba461e2f/google_terms_of_service_it_eu.pdf.

⁹⁴ Nel *Chitty on Contracts*, Vol 1 (Sweet & Maxwell, 31st ed, 2012), par. 3-004, la *consideration* è definita come “*some detriment to the promisee (in that he may give value) or some benefit to the promisor (in that he may receive value)*”.

⁹⁵ Il tema, naturalmente, è vastissimo. Per tutti, si rinvia a F.C. Von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, Vol. III, Torino, 1990, 337.

⁹⁶ Come A. Quarta, che intitola appunto il volume più volte citato *Mercati senza scambi e*

si può affermare che la “serenità” con cui Google qualifica come contrattuale il proprio rapporto con gli utenti deriva dal peso assegnato allo ‘scambio’ di utilità (e, in particolare – lo si dirà tra un attimo –, di reciproche autorizzazioni e licenze d’uso), piuttosto che all’effettiva, specifica, volontà e rappresentazione delle singole clausole del contratto. Anche Google sa che l’utente è generalmente ignaro dell’esistenza stessa di termini d’uso (lo si dice in apertura); cionondimeno ritiene perfezionato un vero e proprio ‘contratto’.

Non è vedere di più di quanto c’è ritenere che i termini di servizio di Google risentano del portato di questa tradizione giuridica anglosassone, che – per dirla con i termini classici del diritto contrattuale italiano – assegna il primato alla ‘causa’⁹⁷, rispetto all’accordo⁹⁸. Vi sono diversi elementi che confortano questa considerazione.

Come si accennava, questo ‘scambio’ è costruito nei Termini di Google come un insieme di reciproche licenze d’uso e autorizzazioni: l’utente, licenziante, consente a Google, licenziataria, una serie di diritti di sfruttamento⁹⁹ sui “contenuti dell’utente”¹⁰⁰, che mantiene tutti i diritti di proprietà intellettuale, mentre nei panni opposti Google, licenziante, consente all’utente, licenziatario, di usare il proprio *software*¹⁰¹ quale parte dei servizi. La prima licenza (da utente a Google) è globale, non esclusiva e *royalty-free*, mentre la seconda (da Google a utente) oltre alle qualità della prima è anche personale e non cedibile.

Dall’accettazione dei Termini, sulle cui modalità (se *click-wrap*, cioè tramite *click*, o *browse-wrap*, cioè tramite semplice navigazione) nulla si

propone l’uscita dal paradigma del contratto quantomeno per quelle ipotesi in cui l’accettazione dei termini d’uso sia considerata perfezionata con la semplice prosecuzione della navigazione sul sito.

⁹⁷ Che è certo simile ma non sovrapponibile alla suddetta *consideration*. Cfr. G. Gorla, *Causa, consideration e forma dell’atto d’alienazione*, in G. Alpa, M. Bessone, *Causa e consideration*, Padova, 1984, 145 ss.

⁹⁸ Si può richiamare qui la categoria concettuale degli scambi senza accordo elaborata da N. Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civile*, 1998, 347 e ss.

⁹⁹ Vd. pp. 5-8 dei Termini di servizio; in particolare, i diritti consistono nell’“ospitare, riprodurre, distribuire, comunicare e utilizzare i contenuti dell’utente; ad esempio per salvarli sui nostri sistemi e renderli accessibili ovunque vada l’utente. Pubblicare, eseguire in pubblico o visualizzare pubblicamente i contenuti dell’utente, se quest’ultimo li ha resi visibili agli altri. Modificare i contenuti dell’utente, ad esempio eseguendo una riformattazione o traduzione. Concedere in licenza questi diritti a: Altri utenti per consentire il funzionamento previsto dei servizi, ad esempio consentendo all’utente di condividere foto con persone di sua scelta. I terzi fornitori di servizi che hanno firmato dei contratti con noi, i quali soddisfano i presenti termini, solo limitatamente alle finalità descritte nella sezione Finalità”.

¹⁰⁰ Si evita accuratamente il termine ‘dati’, definendo tali contenuti come: “Contenuti che l’utente scrive, carica, invia, memorizza, riceve o condivide con Google usando i nostri servizi, ad esempio: Documenti, Fogli e Presentazioni creati dall’utente. Post del blog caricati dall’utente tramite Blogger. Recensioni inviate dall’utente tramite Maps. Video archiviati dall’utente in Drive. Email inviate e ricevute dall’utente tramite Gmail Foto condivise dall’utente con gli amici tramite Foto. Itinerari di viaggio condivisi dall’utente con Google”.

¹⁰¹ Pagine 10 e 11 dei Termini.

dice¹⁰², deriva “in genere”¹⁰³ la autorizzazione all’uso dei servizi Google, così innescandosi un *loop* per cui dall’uso dei servizi deriva l’autorizzazione... all’uso dei servizi. È interessante inoltre notare come nel testo dei Termini del 2007 il sinallagma fosse impostato in maniera più chiara e forse anche più trasparente: “per poter accedere a determinati Servizi, le può essere chiesto di fornire informazioni personali”¹⁰⁴.

I Termini prevedono poi clausole di limitazioni di responsabilità, in solo favore di Google, circa l’assolvimento di *standard* di qualità garantiti, che dovrebbero essere specificati nei termini aggiuntivi degli specifici servizi¹⁰⁵, la riserva di modifica unilaterale dei Termini (salvo l’obbligo di notifica all’utente con “largo anticipo”¹⁰⁶) e altre previsioni di minore importanza il cui esame deve essere omissso in questa sede.

Tutto ciò, comunque, si prescrive facendo presente all’utente che egli “possiede diritti che non possono essere limitati da un contratto come i presenti termini di servizio” e che tali Termini “non intendono in alcun modo limitare tali diritti”¹⁰⁷.

Qualche ulteriore considerazione. È evidente dalla lettura dei Termini che, nella “mente” del predisponente, opera una presunzione di legittimità del meccanismo di accettazione unica e globale di tutte le condizioni generali, secondo il modello del *take it or leave it*, tramite l’espressione del cosiddetto *blanked assent*¹⁰⁸. La qual cosa è ben discutibile nell’ordinamento italiano, che prevede com’è noto – all’art. 1341, comma 2, c.c. – l’onere di accettazione specifica di clausole vessatorie come quelle che prevedono ad esempio la limitazione della responsabilità del predisponente o la modificabilità unilaterale del contratto¹⁰⁹. Se poi l’utente è consumatore, trova pure

¹⁰² A differenza delle precedenti versioni dei Termini: nella versione del 2007, si diceva che l’accettazione poteva manifestarsi tramite click o semplice uso del servizio; nella versione del 2019, si menzionava solo l’uso del servizio.

¹⁰³ Così testualmente a p. 2 dei Termini.

¹⁰⁴ Così il par. 5.1, che prosegue: “Lei accetta che qualsiasi informazione di registrazione che lei dà a Google sarà sempre accurata, esatta ed aggiornata”.

¹⁰⁵ In realtà, anche nei termini aggiuntivi dei singoli servizi gli standard di qualità non sono esplicitati nel dettaglio e ricorrono espressioni molto generiche.

¹⁰⁶ Pagina 15 dei Termini.

¹⁰⁷ Pagina 14 dei Termini.

¹⁰⁸ A. Quarta, *Mercati senza scambi...*, cit., 152-153, nt. 98.

¹⁰⁹ Proprio in questo senso si veda il recente intervento dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che si è avvalsa delle specifiche competenze in materia di tutela amministrativa contro le clausole vessatorie previste dall’art. 37-*bis* del Codice del consumo. Vd. AGCM, CV194 – *Google Drive*-Clausole vessatorie, Provvedimento n. 29817, del 7 settembre 2021, con il quale è stato accertato che: (i) erano previste generali forme di esclusione e limitazione di responsabilità in capo a Google in caso di suo mancato rispetto dei termini di servizio; (ii) si prevedeva il diritto di decidere unilateralmente la sospensione o interruzione dei servizi, senza indicazione delle modalità e delle tempistiche del preavviso e delle possibilità di opposizione; (iii) si riservava a Google una ampia discrezionalità circa i termini e le modalità di modifica unilaterale dei termini di servizio. Cfr. anche, in termini,

applicazione la disciplina del Codice del consumo, che sanziona con la ‘nullità di protezione’ (art. 36) le clausole per le quali il professionista non sia in grado di dimostrare l’esistenza di una trattativa individuale e l’assenza in concreto del “significativo squilibrio”¹¹⁰.

Ora, com’è noto, la qualificazione del negozio giuridico stipulato tra le parti non è – quantomeno nell’ordinamento italiano – nella disponibilità delle parti stesse, potendo poi un giudice, in un eventuale giudizio, riqualificare il rapporto e applicarvi la disciplina di un diverso negozio, che meglio si attagli alla fattispecie concreta¹¹¹. Pur tuttavia, paiono oggi sparute le voci che mettono in dubbio che il rapporto tra Google e i propri utenti sia qualificabile in termini strettamente contrattuali¹¹².

Tutto quanto detto mostra, da una parte, lo sforzo di Google nel costruire un sinallagma, un contratto vero e proprio con i propri utenti, ma dall’altro come tale sforzo non valga a colmare invece la profonda asimmetria corrente tra le parti né a obnubilare il fatto – ormai pacificamente acquisito anche dalla giurisprudenza – che il vero ‘scambio’ che si realizza nella piattaforma è quello tra servizi e dati, secondo le logiche ampiamente remunerative dei *multi-sided markets*¹¹³.

AGCM, CV196 – *iCloud Apple*-Clausole vessatorie, Provvedimento n. 29819, del 7 settembre 2021.

¹¹⁰ Sul tema cfr. A.M. Gambino, *L’accordo telematico*, Milano, 1997, 152; E. Tosi, *Contratti informatici, telematici e virtuali. Nuove forme e procedimenti formativi*, Milano, 2010, 224 ss.; A.M. Benedetti, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, 74 ss.

¹¹¹ Cfr. Cassazione Civ., Sez. II, sent. 25 gennaio 2001, n. 1054 “il procedimento di qualificazione di un contratto consta di due fasi, la prima delle quali, consistente nella ricerca e nella individuazione della comune volontà dei contraenti, è un tipico accertamento di fatto riservato al giudice del merito, il cui risultato è sindacabile in sede di legittimità solo per vizi di motivazione in relazione ai canoni legali di ermeneutica contrattuale di cui agli artt. 1362 e segg. cod. civ.; mentre la seconda, concernente l’inquadramento della comune volontà, come accertata, nello schema legale corrispondente, si risolve nell’applicazione di norme giuridiche, e, pertanto, può formare oggetto di verifica e di riscontro in sede di legittimità sia per quanto attiene alla descrizione del modello tipico della fattispecie legale, sia per ciò che riguarda la rilevanza qualificante degli elementi di fatto come accertati, sia, infine, con riferimento alla individuazione delle implicazioni effettuali conseguenti alla sussistenza della fattispecie concreta nel paradigma normativo”.

¹¹² Anzi gli sforzi della dottrina maggioritaria sembrano direzionati a far valere la qualificazione contrattuale onde applicare la normativa consumeristica. Cfr. J. Rutgers, W. Sauter, *Fair private governance for the platform economy: EU competition and contract law applied to standard terms*, versione *pre-print* del 1° giugno 2021 disponibile al seguente link: www.researchgate.net/publication/352120574_Fair_private_governance_for_the_platform_economy_EU_competition_and_contract_law_applied_to_standard_terms. Si veda anche G. Versaci, *La contrattualizzazione dei dati personali del consumatore*, Napoli, 2020.

¹¹³ F. Ducci, *Natural Monopolies in Digital Platform Markets*, Cambridge University Press, 2020, 24 ss.; S. Mannoni, G. Stazi, *Is Competition a Click Away? Sfida al monopolio nell’era digitale*. Napoli, 2018.; J.C. Rochet, J. Tirole, *Platform Competition in Two Sided Markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 2003, 1(4), 990; A. Hagiu, J. Wright, *Multi-Sided Platforms*, in *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 43, 2015, 162; Rysman, *The Economics of Two-Sided Markets*, in *Journal of Economic Perspectives*, 23, 2009, 125.

4.3. Le dieci verità di Google

Di estremo interesse per la nostra analisi è altresì l'esame delle "dieci verità di Google"¹¹⁴, un decalogo che molto somiglia alla Costituzione di Google. La prima, "l'utente prima di tutto: il resto viene dopo", postula una sorta di primato dell'individuo (utente) sullo Stato (Google), che si preoccupa "che il [...] lavoro sia utile per l'utente, piuttosto che per un [...] obiettivo interno o per i [...] profitti". La seconda, "è meglio fare una cosa sola, ma farla in modo impeccabile", e la terza, "veloce è meglio di lento", affermano principi organizzativi, sorta di "efficacia ed efficienza" dell'azione amministrativa. La quarta, "la democrazia sul Web funziona", descrive le "forma di Stato", evidenziando l'apporto fondamentale che gli utenti danno al miglioramento dei servizi Google, anche grazie all'algoritmo PageRank, e l'innovazione generata nello sviluppo di *software open source* grazie agli "sforzi collettivi di molti programmatori". La quinta, "le informazioni devono essere accessibili ovunque", riconosce un diritto universale di accesso gratuito ad internet e fissa l'impegno di Google nel soddisfarlo. Ciò, "non solo va a vantaggio dei consumatori, che hanno maggiore possibilità di scelta e possono provare esperienze innovative sui dispositivi mobili, ma offre opportunità di guadagno a operatori, produttori e sviluppatori". La sesta, "è possibile guadagnare senza fare del male a nessuno" (sorta di principio pacifista?), declina gli autovincoli che Google si dà nell'attività di *advertising* e che possono essere così sintetizzati: 'pertinenza', ovvero che gli annunci siano in qualche modo collegati a ciò che gli utenti "desiderano trovare"; 'minimizzazione', ovvero che gli annunci non siano eccessivamente appariscenti in quanto già "altamente mirati"; 'riconoscibilità e imparzialità dell'algoritmo', ovvero che i contenuti pubblicitari siano distinguibili dai risultati di ricerca e che il *ranking* di ricerca non sia arbitrariamente alterato per favorire i partner in danno di altri. La settima, "ci sono sempre più informazioni di quante si possano immaginare", definisce l'ambizione e lo scopo cui tende Google: "mettere tutte le informazioni del mondo a disposizione degli utenti in cerca di risposte", così affermando l'inesauribilità della propria funzione. L'ottava, "la necessità di informazioni oltrepassa ogni confine", declina il principio della universalità del servizio offerto ed è in qualche modo corollario della quinta verità, nella misura in cui esplicita lo sforzo di Google, e dei "volontari", di tradurre tutti i contenuti in modo da renderli accessibili "negli angoli più remoti del globo". La nona, "si può essere seri anche senza giacca e cravatta", dà eco a quella cultura nerd da cui è nato internet, che fa del "mito del garage"¹¹⁵ l'epicentro di una rivoluzione tecnologica anarcoide, che sovverte i paradigmi consolidati, a partire dagli stereotipi del *businessman*. La decima infine, "eccellere non basta", si risolve in uno slogan che esprime la *vision* di Google e l'intenzione di sfidare il futuro

¹¹⁴ Disponibili al seguente *link*: about.google/intl/it/philosophy/.

¹¹⁵ S. Mannoni, G. Stazi, *Is Competition a Click Away?*, cit., 23 ss.

anticipando “le esigenze non ancora espresse dal pubblico globale”.

Sarebbe interessante, ma esula da questo lavoro, ricondurre le singole ‘verità’ ai paradigmi filosofici sottostanti: vi si ritrovano influssi della cultura liberale, illuminista, liberista ma anche anarchica, nerd e collettivista¹¹⁶. Ad altra sede.

Quel che qui si può però evidenziare è che, al netto di una certa dose di ironia con cui debbono essere letti tali parallelismi con alcuni concetti del diritto costituzionale e pubblico, queste ‘verità’ si pongono al livello più alto del sistema delle fonti di Google e aspirano davvero a raggiungere una dimensione ‘costituzionale’, nel senso di definire i diritti degli utenti, di orientare i comportamenti della “amministrazione” dei servizi e di delimitare il campo di validità delle “norme” di rango inferiore.

Un’ultima considerazione merita lo ‘stile’ normativo, asciutto ma nondimeno ricco di affermazioni di principio, di riconoscimenti di diritti, di assunzioni di impegni.

4.4. Le norme e i principi sulla *privacy* e le norme per limitare i comportamenti illeciti

Paradossalmente, le norme sulla *privacy*¹¹⁷, pur essendo appunto qualificate come ‘norme’, si caratterizzano per uno scarso contenuto precettivo. Si tratta piuttosto di una informativa, di una dichiarazione unilaterale recettizia, che descrive in maniera piuttosto ampia, ma non esaustiva¹¹⁸, il ventaglio dei possibili trattamenti di dati, personali e non personali, degli utenti da parte di Google.

Sono descritte le finalità del trattamento, tra cui il miglioramento, la personalizzazione dei servizi e la presentazione di annunci pubblicitari, e gli strumenti di controllo e manutenzione sui propri dati. Una sezione è esplicitamente dedicata alla *compliance* con il Regolamento europeo sulla protezione dei dati e vi si specifica chi è il titolare del trattamento all’interno dello Spazio Economico Europeo (Google Ireland Ltd., per le note ragioni fiscali), le ipotesi per le quali il trattamento potrebbe essere subordinato al rilascio del consenso e quelle, molto numerose¹¹⁹, nelle quali il consenso non

¹¹⁶ D.G. Post, *Anarchy, State and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace*, in *Journal of Online Law*, 1995, art. 3, par. 4. Si veda anche, per una compiuta ricostruzione dei vari paradigmi regolatori di Internet, M. Bassini, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Roma, 2019, 31 ss.

¹¹⁷ Si prende in esame la versione in vigore a partire dal primo luglio 2021.

¹¹⁸ Ad esempio, l’elencazione delle informazioni sulle attività condotte dall’utente è meramente esemplificativa e non esaustiva. Vd. p. 3 delle Norme.

¹¹⁹ Ovvero, a titolo però meramente esemplificativo: “Offrire, mantenere e migliorare i nostri servizi e soddisfare le esigenze degli utenti. Sviluppare nuovi prodotti e funzionalità che siano utili per gli utenti. Capire come le persone utilizzano i nostri servizi al fine di garantire e migliorare il rendimento dei nostri servizi. Personalizzare i nostri servizi per offrire un’esperienza utente migliore. Fare uso del marketing per informare gli utenti dei nostri servizi. Mostrare pubblicità, il che consente di mantenere gratuiti molti dei nostri servizi (e

è ritenuto necessario in quanto sussistente il requisito del ‘legittimo interesse’ del titolare del trattamento¹²⁰. Ulteriori e importanti informazioni, come quelle circa l’impiego dei *cookies*¹²¹, anche a fini pubblicitari, sono contenute in una diversa e separata sezione delle *policies* di Google, rubricata *Tecnologie*.

Ad un livello gerarchicamente superiore sembrano porsi i sette “principi su *privacy* e sicurezza”¹²², in quanto “guida per i nostri dipendenti, i nostri processi e i nostri prodotti”. E consistono¹²³ nella declinazione di alcuni dei principi, ma non tutti¹²⁴, fissati all’art. 5 del GDPR, ovvero – sostanzialmente – *accountability*, liceità, correttezza, trasparenza, esattezza, sicurezza e controllo sui dati. Questi assolvono ad una funzione simile a quella delle “dieci verità” di cui sopra, cioè di rappresentare un insieme di

quando gli annunci sono personalizzati, chiediamo il tuo consenso). Rilevare, impedire o altrimenti gestire attività fraudolente, comportamenti illeciti o problemi relativi alla sicurezza o di natura tecnica in relazione ai nostri servizi. Tutelare i diritti, la proprietà o la sicurezza di Google, dei nostri utenti o del pubblico, come richiesto o consentito dalla legge, anche comunicando informazioni alle autorità statali. Effettuare ricerche che migliorino i nostri servizi per gli utenti e rappresentino un beneficio per il pubblico. Adempiere agli obblighi verso i nostri partner, come sviluppatori e detentori di diritti. Fare valere rivendicazioni legali, inclusa la verifica delle potenziali violazioni ai Termini di servizio applicabili”.

¹²⁰ Ai sensi dell’art. 6, par. 1, lett. f), del GDPR (Reg. 679/2016 UE) la liceità del trattamento ricorre laddove “il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell’interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l’interessato è un minore”.

¹²¹ “usiamo i cookie per memorizzare la tua lingua preferita, mostrarti le pubblicità che potrebbero interessarti di più, contare quante persone visitano una pagina, aiutarti a registrarti ai nostri servizi [...]”. I vari tipi di *cookie* sono raggruppati per le diverse finalità perseguite: *funzionalità*, per consentire agli utenti di interagire con un servizio o un sito per accedere a funzionalità fondamentali del servizio; *sicurezza*, per l’autenticazione degli utenti; *analisi*, per consentire a Google e ai proprietari di siti e app di capire come gli utenti conducono la propria navigazione; *pubblicità*, per effettuare annunci personalizzati ai singoli utenti; *personalizzazione*, per fornire contenuti, esperienze e consigli specifici per il singolo utente. Cfr. policies.google.com/technologies/cookies.

¹²² Disponibili al seguente *link*: safety.google/intl/it/principles/. Così introdotti, nella veste di una assunzione di *responsabilità*: “Proteggere la sicurezza e la privacy dei nostri utenti è una responsabilità legata alla creazione di prodotti e servizi gratuiti e accessibili a tutti. Ciò diventa particolarmente importante con l’evoluzione della tecnologia e delle esigenze di sicurezza. Questi principi sono una guida per i nostri dipendenti, i nostri processi e i nostri prodotti e consentono di mantenere i dati di ogni singolo utente privati e protetti”.

¹²³ Analiticamente: “1. Rispettiamo i nostri utenti. Rispettiamo la loro privacy.; 2. Essere chiari su quali dati raccogliamo e perché. 3. Mai vendere le informazioni personali dei nostri utenti a nessuno. 4. Consentire alle persone di controllare facilmente la propria privacy. 5. Consentire alle persone di rivedere, spostare o eliminare i propri dati. 6. Integrare le più avanzate tecnologie di sicurezza nei nostri prodotti. 7. Essere d’esempio per progredire nell’ambito della sicurezza online per tutti”.

¹²⁴ Non sono ad esempio, e forse non a caso, esplicitati i principi di finalità, minimizzazione e limitazione della conservazione, che ricorrono alle lettere b, c ed e dell’art. 5, par. 1, del GDPR. Ciò naturalmente nulla significa in punto di liceità dei trattamenti poi effettuati da Google, ma è indicativo del fatto che vi siano principi più e meno *utili* per il titolare del trattamento.

disposizioni di principio, alte e ad applicazione generale, il ché vale a qualificarle come “costituzionali”, in senso teubneriano¹²⁵.

Da ultimo, ‘norme’ ad alto contenuto precettivo sono quelle che riguardano la “limitazione dei comportamenti illeciti”¹²⁶ e che consistono sostanzialmente nell’ordinamento *penale* di Google, fatto di norme (stilisticamente formulate come comandi o divieti) assistite da sanzioni che vanno dalla limitazione dell’accesso ai servizi e ai contenuti alla loro rimozione. Gli àmbiti sono i più vari: dal divieto di accedere all’*account* di terzi senza autorizzazione, all’abuso e sfruttamento sessuale di minori, dalla circonvenzione d’incapace all’incitamento all’odio, dalla compravendita di beni e servizi regolamentati (come alcool e farmaci) alle attività terroristiche.

Si tratta di ‘norme’ che tendenzialmente “doppiano” disposizioni di legge penale già esistenti negli ordinamenti nei quali vanno ad essere applicate. Non per questo deve sminuirsi la portata. Non solo perché intanto esse fondano giuridicamente i “provvedimenti”, particolari e concreti, che Google assume nei confronti di coloro che ritiene abbiano violato tali norme, ma soprattutto perché esse confortano quell’idea di ordinamento giuridico autonomo *superiorem non recognoscens* che va formandosi nell’ambiente digitale secondo i canoni, sempre richiamando il pensiero di Santi Romano, della completezza e della unità¹²⁷.

5. Per un recupero delle fonti private al circuito della democrazia

5.1. Riconoscere il problema

La riqualificazione delle regole sin qui esaminate, da prodotto dell’autonomia negoziale, in norme, in fonti (certo, private) del diritto, rispondenti ai criteri di validità materiale del supposto ordinamento digitale, è opzione forse suggestiva, ma ha se non altro il pregio di descrivere in maniera più ‘semplice’ il rapporto che intercorre tra grandi piattaforme e utenti, e cioè in termini di potestà-soggezione, in senso privatistico, o di autorità-libertà, in senso pubblicistico¹²⁸. Del resto, chi ha davvero la possibilità di “discutere”, negoziare tali clausole? Chi può ascrivere al ‘consenso’, anziché al ‘comando’¹²⁹, la scaturigine di queste regole?

¹²⁵ Cfr. R. Prandini, *La “costituzione” del diritto nell’epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell’opera di Gunther Teubner*, disponibile al seguente link: www.jura.uni-frankfurt.de/42829426/prandini.pdf.

¹²⁶ Disponibili al seguente link: support.google.com/docs/answer/148505?hl=it#:~:text=Non%20%C3%A8%20consentito%20creare%20caricare,su%20%22Segnala%20una%20violazione%22.

¹²⁷ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., 38.

¹²⁸ A. Simoncini, *Sovranità e potere nell’era digitale*, in T. E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Firenze, 2017, 19 ss.; A. Simoncini, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, 67.

¹²⁹ Per riprendere la coppia concettuale utilizzata da G. De Minico, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2005.

Quello delle autorità private (o poteri privati) è tema antico, frequentato tanto dalla dottrina privatistica (si ricordi per tutti il libello *Le autorità private* di Cesare Massimo Bianca del 1977¹³⁰) quanto da quella pubblicistica (per la quale è d'obbligo il richiamo della monografia di Giorgio Lombardi *Potere privato e diritti fondamentali*¹³¹). Pure nella letteratura straniera il tema ritorna dapprima nei cosiddetti “*private interest governments*” di Wolfgang Streeck e Philippe Schmitter¹³² e poi, su tutti, nella vastissima produzione scientifica di Gunther Teubner¹³³.

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

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

In molti casi, e la pandemia da Covid-19 ne è stato solo l'ultimo e più lampante esempio, queste piattaforme si atteggiano a vere e proprie infrastrutture strategiche¹³⁴ per l'esercizio di diritti fondamentali, come – e a tacer d'altri – la salute, il lavoro e l'istruzione. Secondo alcuni, la pandemia ha solo mostrato le Big Tech per quello che sono veramente: le *public utilities* del ventunesimo secolo¹³⁵.

¹³⁰ C.M. Bianca, *Le Autorità private*, Napoli, 1977.

¹³¹ G. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1967.

¹³² A.W. Streeck, P.C. Schmitter, *Community, market, state – and associations? The prospective contribution of interest governance to social order*, in Id., (a cura di), *Private interest government: beyond market and State*, Londra, 1985, 26 ss.

¹³³ G. Teubner, *Autopoietic law: A new approach to law and society*, Berlino, 1988; Id., *Diritti ibridi: costituzionalizzare le reti di governance private*, in Id., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili* (trad. it. a cura di R. Prandini), Roma, 2005, 128 ss.

¹³⁴ Sia consentito rinviare a E. Cremona, G. Di Meo, G. Ianniello, M. Pandolfi, R. Setola, *Infrastrutture digitali strategiche per il paese, tra pubblico e privato*, in A. Pajno, L. Violante (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, Vol. III – *Pandemia e tecnologia. L'impatto su processi, scuola e medicina*, Bologna, 2021, 76-82.

¹³⁵ M. Scott, *Coronavirus crisis shows Big Tech for what it is – a 21st century public utility*, on www.politico.eu, 25th March 2020; W. Liu, *Coronavirus has made Amazon a public utility – so we should treat it like one*, on *The Guardian*, 17th April 2020; K. Basu, A. Caspi, R. Hockett, *Markets*

Il protagonismo di questi grandi attori sta però iniziando ad attrarre più profonde attenzioni da parte dei regolatori pubblici. Oltre alle recenti proposte della Commissione europea, il *Digital Markets Act*¹³⁶ e il *Digital Services Act*¹³⁷, merita di essere sottolineato il punto n. 5 dell'*Annex III* della proposta di Regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale, che annovera i “servizi privati essenziali” erogati tramite sistemi AI come “*high-risk*”, facendoli perciò soggiacere ad un regime normativo molto più stringente¹³⁸. La Proposta precisa che i sistemi di IA, impiegati nel settore privato (come ad esempio nella valutazione del merito creditizio da parte di una impresa bancaria¹³⁹), possono portare “alla discriminazione di persone o gruppi e perpetuare modelli storici di discriminazione, ad esempio in base all'origine

and Regulation in the Age of Big Tech, in *Capitalism & Society*, 15, 1, 14 dicembre 2021, 13; K. Sabeel Rahman, *The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept*, in *Cardozo Law Review*, 39, 5, 2018, 1621-1692; V. Bagnoli, *Digital Platforms as Public Utilities*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 51, 2020, 903-905.

¹³⁶ Commissione europea, *Proposta di regolamento relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (Digital Markets Act)*, del 15 dicembre 2020, disponibile al seguente link: eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=it. La proposta inaugura una inedita – e tutta da sperimentare – modalità di regolazione *ex ante* del mercato e mira ad introdurre una serie di criteri oggettivi volti a definire le piattaforme online di grandi dimensioni che esercitano una funzione di controllo dell'accesso al mercato, i c.dd. *gatekeeper*, ponendo a carico di queste una serie di obblighi e di vincoli che garantiscano agli innovatori di domani di farsi largo tra odierni *incumbent*

¹³⁷ Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al mercato unico dei servizi digitali (Digital Services Act) e recante modifica della direttiva 2000/31/CE*, del 15 dicembre 2021, disponibile al seguente link: digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-european-parliament-and-council-single-market-digital-services-digital-services. La proposta riguarda tutti i servizi digitali che collegano i consumatori a beni, servizi o contenuti, per i quali sono previsti obblighi vincolanti a livello dell'UE, comprese nuove procedure per la rimozione più rapida dei contenuti illegali e specifiche misure per una più elevata protezione dei diritti fondamentali degli utenti *online*. A titolo esemplificativo, la proposta prevede di introdurre: regole per la rimozione di beni, servizi o contenuti illegali online; tutele per gli utenti il cui contenuto è stato erroneamente cancellato dalle piattaforme; nuovi obblighi per le piattaforme molto grandi di intraprendere azioni basate sul rischio per prevenire l'uso abusivo dei loro sistemi; misure di trasparenza ad ampio raggio, anche sulla pubblicità *online* e sugli algoritmi utilizzati per consigliare i contenuti agli utenti; nuovi poteri per esaminare il funzionamento delle piattaforme, anche facilitando l'accesso ai dati chiave della piattaforma; nuove regole sulla tracciabilità degli utenti nei mercati *online*, per aiutare a rintracciare i venditori di beni o servizi illegali; un processo di cooperazione tra le autorità pubbliche per garantire un'applicazione efficace in tutto il mercato unico.

¹³⁸ Cfr. anche il considerando n. 37 della *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts* del 21 aprile 2021, disponibile al seguente link: digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence-artificial-intelligence.

¹³⁹ Cfr. F. BAGNI, *Usa degli algoritmi nel mercato del credito: dimensione nazionale ed europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, speciale su *Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche*, 909 ss.

razziale o etnica, alle disabilità, all'età o all'orientamento sessuale, o dar vita a nuove forme di effetti discriminatori”.

Si tratta di una novità importante perché rappresenta forse il primo sintomo di una considerazione quasi-pubblicistica (sorta di *regulatory taking*) di queste grandi piattaforme, che potrebbe aprire il varco all'applicazione di ulteriori garanzie, come la trasparenza, la motivazione, la sindacabilità degli atti (privati) sotto il profilo della ragionevolezza e in funzione della tutela dei diritti¹⁴⁰.

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

5.2. Indietro non tornare: un nuovo rapporto tra pubblico e privato

È stato osservato che la prospettiva delle “costituzioni civili”¹⁴¹ per l'era digitale “segnerebbe la definitiva vittoria dei soggetti economici attualmente dominanti, sottomettendo ad essi la tutela dei diritti fondamentali e delle libertà degli utenti. Almeno in tutti i casi in cui tali diritti e libertà non siano incorporati entro una logica di mercato. È una prospettiva auspicabile? È un esito inevitabile? Si può affidare a Google il futuro dei diritti politici, civili e sociali nel modo virtuale del cyberspazio?”¹⁴².

Effettivamente, come si è cercato di dimostrare sopra, queste regole private definiscono i confini del *Cyber-spazio*, atteggiandosi alla stregua di norme fondamentali, costituzionali in senso teubneriano¹⁴³, che gli utenti della rete non possono che accettare, incondizionatamente.

Le origini della *self-regulation* dei protagonisti della rete risalgono

¹⁴⁰ Si affermano teorie che vedono nel *Global Administrative Law* lo strumento principe della regolazione su scala globale delle grandi piattaforme digitali. Pare interessante, in una logica di superamento della dicotomia pubblico-privato, la proposta di applicare alcuni principi tipici del diritto pubblico (trasparenza, motivazione, imparzialità *et alia*) agli *Online Giants*, avanzata da O. Fischman-Afori, *Taking Global Administrative Law One Step Ahead: Online Giants and the Digital Democratic Sphere*, in corso di pubblicazione su *International Journal of Constitutional Law* (ICON), 2021, e attualmente disponibile in anteprima su SSRN: ssrn.com/abstract=3874915. Cfr. anche E. Cremona, *La responsabilità sociale delle grandi piattaforme digitali*, in A. Pajno, L. Violante (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale, Vol. III – Pandemia e tecnologie. L'impatto su processi, scuola e medicina*, Bologna, 2021, 77-82.

¹⁴¹ Nel pensiero di Gunther Teubner, infatti, questi processi di auto-regolazione accoppiano strutturalmente il diritto globale con la strutturazione dei sotto-sistemi sociali determinando l'insorgenza di costituzioni civili (o societarie). Non è però in termini di indifferenza giuridica, sorta di costituzionalismo c.d. “irenico”, che si declina il pensiero dell'Autore. Cfr. R. Prandini, G. Teubner, *Costituzioni societarie: politica e diritto oltre lo Stato*, Milano, 2011, *passim*.

¹⁴² G. Azzariti, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2011, 3.

¹⁴³ In senso appunto teubneriano. Cfr. R. Prandini, *La “costituzione” del diritto nell'epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell'opera di Gunther Teubner*, disponibile al seguente link: www.jura.uni-frankfurt.de/42829426/prandini.pdf.

sostanzialmente alle origini stesse di Internet, ma le dimensioni erano diverse: si trattava davvero di piccole comunità digitali di soggetti, principalmente istituzioni pubbliche, che disponevano della possibilità di accedere ad internet. Era la cosiddetta *netiquette*: regole di comportamento formatesi in via di prassi che furono pian piano avvertite come standard obbligatori e la cui mancata osservanza poteva essere sanzionata tramite l'esclusione dal gruppo¹⁴⁴. Si è poi attraversata una fase nella quale si è ritenuto di poter *embeddare*¹⁴⁵ le regole della navigazione nell'architettura stessa di Internet (si ricordi per tutti il *Code as law* di Lawrence Lessig)¹⁴⁶.

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

Alla crescente complessità dei problemi non risponde un ordinamento, ma *più* ordinamenti¹⁴⁷, spontanei¹⁴⁸, spesso autoreferenziali e poco inclini ad una effettiva subordinazione alla legalità¹⁴⁹. Lo scenario di sostanziale particolarismo giuridico descrive oggi un'altra "legalità", quella delle piattaforme stesse (*Law of the Platform*¹⁵⁰): ogni piattaforma si dà regole proprie, che gli utenti debbono osservare, pena la rinuncia al servizio.

E allora come combinare la tutela dei diritti fondamentali con la produzione privata del diritto nell'era digitale diventa una delle domande più

¹⁴⁴ A. Quarta, *Mercati senza scambi...*, cit., 47.

¹⁴⁵ Nel linguaggio informatico, il termine descrive l'incorporazione di un codice all'interno di una pagina *web*.

¹⁴⁶ D.R. Johnson, D.G. Post, *Law and Borders. The Rise of Law of Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 1996, 48, 1367 ss.; S. Sassen, *On the Internet and Sovereignty*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1998, 5, 545 ss.; T. Wu, J. Goldsmith, *Who Controls Internet*, Oxford University Press, 2006; L. Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, in *Harvard Law Review*, 1999, 113, 501 ss.; Id., *Code and other laws of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999, riproposto nel successivo *Code. Version 2.0*, Basic Books, New York, 2006.

¹⁴⁷ T.E. Frosini, *Internet come ordinamento giuridico*, in *Percorsi costituzionali*, 2014, 1, 13 ss. Per alcuni addirittura dotato di un proprio territorio: "Cyberspace is a distinct "place" for purposes of legal analysis by recognizing a legally significant border between Cyberspace and the "real world", D.R. Johnson- D.G. Post, *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 1996, Vol. 48, 1378.

¹⁴⁸ R. Bifulco, *Intelligenza artificiale, internet e ordine spontaneo*, in F. Pizzetti, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 393 ss.

¹⁴⁹ Sul tema, G. Teubner, *Il trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in *Politica del diritto*, 1987, n. 1, 100 ss, il quale avverte che "i confini della regolazione sono quindi definiti dai tre limiti dell'auto-produzione. La regolazione è efficace solo nella misura in cui conserva, nei sistemi regolati del diritto e della politica, le interazioni auto-riproduttive interne al sistema sociale regolato. Questa triplice relazione di compatibilità può essere chiamata "collegamento strutturale". Analogamente, a questo punto, possiamo formulare il *trilemma* regolativo: se la regolazione non rispetta le condizioni del collegamento strutturale fra diritto, politica e società, il risultato sarà necessariamente il *gap* regolativo".

¹⁵⁰ O. Lobel, *The Law of the Platform*, in *Minnesota Law Review*, 2016, 101, e spec. par. IV, *From Code as Law to Platform as Regulation*, 142 ss.

urgenti – e complesse – cui i giuspubblicisti sono oggi chiamati a rispondere¹⁵¹.

In linea teorica generale, le opzioni sul piatto sarebbero tre: quella della *de-* o *self-regulation*¹⁵², sostenuta in ambienti turbo-liberisti da chi afferma che Internet sarebbe il più grande successo della deregolazione di tutti i tempi¹⁵³, quella della regolazione classica (o etero-regolazione), nostalgica di un tempo in cui gli Stati nazionali riuscivano a tenere in mano le redini dell'economia, e quella infine della *co-regulation*, nella quale strumenti e interessi pubblici e privati trovano composizione¹⁵⁴.

Quanto alla prima opzione, la varietà e il tenore dei diritti coinvolti dall'economia digitale (non occorre qui ripassarli) impedisce di tenere ulteriormente in considerazione una soluzione in termini di indifferenza giuridica. Su questo c'è ormai ampio consenso a livello globale¹⁵⁵.

Quanto alla seconda, quella di una regolazione interamente pubblicistica, è da tempo conclamata la crisi della legge come strumento (esclusivo ed escludente) di normazione¹⁵⁶. Si è dato conto sopra di come nell'ambiente digitale siano, di fatto, osservate più regole private che pubbliche e di come la "validità" di queste norme sia derivata proprio dall'osservanza e dalla media applicazione, mentre interi settori normativi (come la protezione dei dati o la tutela del diritto d'autore) rimangono in molti casi solo *law on the books*. In più, dimensione globale, tecnicità e velocità del fenomeno digitale paiono difficilmente conciliabili con le forme classiche della produzione normativa pubblica, di promanazione parlamentare, governativa o anche amministrativa¹⁵⁷.

La nuova *lex informatica*¹⁵⁸ non potrà che declinarsi nelle forme di una

¹⁵¹ Sul fronte della produzione 'pubblica' del diritto, si veda A. Cardone, "Decisione algoritmica" vs decisione politica. *A.I., Legge, Democrazia*, Napoli, 2021.

¹⁵² Ampiamente sul tema G. De Minico, *Regole. Comando e consenso*, cit., cap. IV; Id., *Internet e le sue fonti*, cit., 5-6; Id., *Antiche libertà e nuova frontiera digitale*, Torino, 2016, 196.

¹⁵³ Ne dà conto F. Soro, *Regolazione e Governance del mondo digitale. Profili del diritto della rete in USA, UE e Italia*, Torino, 2019, 44.

¹⁵⁴ Sul tema dei rapporti tra regolazione pubblica e privata si rinvia per tutti agli scritti di Fabrizio Cafaggi, tra cui in particolare *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, in *Politica del diritto*, 2, 2004, 205 ss.

¹⁵⁵ Cfr. M. Poiarés Maduro, F. de Abreu Duarte, *Regulating Big Tech will take pluralism and institutions*, in *euronews.eu*, 7 ottobre 2021.

¹⁵⁶ E. Longo, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017; A. Ruggeri, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021. Disponibile in: www.osservatoriosullefonti.it; M. Ainis, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 1997.

¹⁵⁷ Cfr. specie sul tema della regolamentazione della tecnica G. Mobilio, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una "disruption" della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 411-415.

¹⁵⁸ T.E. Frosini, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Consulta online*, Liber amicorum per Pasquale Costanzo, 12; E. Maestri, *Lex informatica. Diritto, persona e potere nell'età del*

co-regulation, in cui le fonti pubbliche si vengano a integrare con quelle private dei protagonisti della rete, secondo una logica di sussidiarietà¹⁵⁹.

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

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

A ben vedere, infatti, comparando le caratteristiche della fonte 'pubblica' con quelle della fonte 'privata', se ne ricava che la differenza sta "solo" nel coefficiente di democraticità dell'istituzione – in senso laico, romaniano – che ha posto la norma¹⁶⁰. Più nel dettaglio, atteso che entrambi i tipi di fonti attingono la propria legittimazione dal consenso (*ex ante* l'una, *ex post* l'altra), quel che l'istituzione privata non può (non vuole, *rectius*) garantire è la subordinazione ad esso *nel futuro*: mentre il rinnovamento degli organi legislatori pubblici è doveroso, altrettanto non accade per i grandi regolatori privati, giacché sono gli azionisti (*shareholders*) e non gli utenti (*stakeholders*) a decidere chi assume il governo societario¹⁶¹. Con la conseguenza che una volta che l'impresa abbia ottenuto il consenso (del

cyberspazio, Napoli, 2015, 144 ss.; G.L. Conti, *La lex informatica*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021, 318 ss.

¹⁵⁹ Cfr. G. De Minico, *Internet e le sue fonti*, cit.

¹⁶⁰ Cfr. R. Tarchi, *Diritto transnazionale o diritti transnazionali? Il carattere enigmatico di una categoria giuridica debole ancora alla ricerca di un proprio statuto*, in *Osservatorio sulle fonti*, editoriale, 1, 2021, 15, laddove afferma: "se ricorriamo alle categorie che distinguono le fonti sulla base della loro legittimazione (diritto politico, giurisprudenziale, consuetudinario, convenzionale e rivelativo) dobbiamo ribadire che la natura eterogenea degli ordinamenti transnazionali si riverbera sul tipo di regole prodotte; che possono quindi appartenere a tutte le categorie indicate, con la sola eccezione delle fonti politiche e di quelle rivelative, difettando, negli ordinamenti transnazionali qui considerati, autorità che possiedono una legittimazione elettorale-rappresentativa o trascendente".

¹⁶¹ Il tema è un classico del diritto societario. Nella vastissima letteratura, cfr. K.J. Arrow, *The Limits of Organization*, New York, 1974; S.M. Bainbridge, *Director primacy: the means and ends of Corporate governance*, in *Northwestern University Law Review*, 2002, Vol. 97, no. 2, 548; L. Bebchur, *Letting Shareholders set the rules*, in *Harvard Law Review*, 2006, 1784 – 1813; U. Tombari, *"Potere" e "interessi" nella grande impresa azionaria*, cit.

mercato) e raggiunto la posizione di dominanza è molto difficile che gli utenti possano *nuovamente* esprimersi con libere scelte di consumo¹⁶². In maniera più semplice: mentre i diritti politici nei sistemi democratici sono esercitati *periodicamente*, le libertà economiche (e non solo) in mercati scarsamente concorrenziali rischiano di essere esercitate *una volta per tutte*.

La più autorevole dottrina rileva che l'effetto di tutto ciò è l'appropriazione da parte di questi poteri privati di porzioni di sovranità, che finisce per distribuirsi in maniera non uniforme tra soggetti pubblici e privati, sulla base di un criterio non più territoriale ma funzionale¹⁶³.

Negli anni Settanta, di fronte all'emergere di altri 'poteri privati' vi fu chi suggerì la tesi della "politicizzazione" degli stessi, ovvero della riproposizione dei meccanismi democratici di rinnovo degli organi delle organizzazioni private come correttivo alla cristallizzazione delle posizioni di potere¹⁶⁴. Nello scenario attuale, non pare neppure pensabile, ad esempio, l'elezione del CEO di Facebook o Google da parte degli utenti. Eppure, soluzioni al problema del *deficit* democratico nella regolazione privata della tecnologia dovranno essere sperimentate: già oggi, i paradigmi di *corporate governance* delle grandi imprese incoraggiano un cambiamento nel senso della sempre maggiore considerazione del ruolo degli *stakeholders*; mentre si moltiplicano occasioni nelle quali la regolazione pubblica è chiamata a sperimentare inedite forme di interazione e coordinamento con la produzione privata del diritto, specie se tecnica. Gli strumenti sono vari¹⁶⁵: dal

¹⁶² Abbiamo rilevato altrove come il diritto antitrust non sia riuscito, per molteplici variegati fattori, ad impedire la formazione di veri e propri monopolisti del mercato digitale. Cfr. E. Cremona, *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in corso di pubblicazione su *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, speciale. Si veda anche F. Ducci, *Natural Monopolies in Digital Platform Markets*, Cambridge University Press, 2020, 24 ss., e il saggio della attuale, giovanissima, presidente della *Federal Trade Commission* L.M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, in *The Yale Law Journal*, 2017, 710 ss.

¹⁶³ "My answer focused on the identity and aspirations of major digital firms. They are no longer market participants. Rather, in their fields, they are market makers, able to exert regulatory control over the terms on which others can sell goods and services. Moreover, they aspire to displace more government roles over time, replacing the logic of territorial sovereignty with functional sovereignty. In functional arenas from room-letting to transportation to commerce, persons will be increasingly subject to corporate, rather than democratic, control". Così F. Pasquale, *From territorial to functional sovereignty: the case of Amazon*, in *OpenDemocracy*, 5 gennaio 2018, disponibile al seguente link: www.opendemocracy.net/en/digitaliberties/from-territorial-to-functional-sovereignty-case-of-amazon/.

¹⁶⁴ M. Nigro, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Politica del diritto*, 1975, 579 ss.

¹⁶⁵ In una letteratura vastissima; K. Yeung, *Algorithmic Regulation: A Critical Interrogation*, in *Regulation & Governance*, 12, 2018, 507; F. Sarpi, *La regolazione di domani. Come adeguare il processo normativo alle sfide dell'innovazione*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 3, 2018, 439; R. Brownsword, *Law, Technology and Society. Re-Imagining the Regulatory Environment*, New York, 2019, 37 ss.; cfr. anche, più risalenti, S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2, 2002, 226 ss.; R. Baldwin, C. McCrudden, *Regulation and Public Law*, Londra, 1987.

potenziamento delle capacità – anche tecniche – di *oversight* da parte dei soggetti pubblici (come le *regulatory sandboxes*), alla fissazione di standard e alla previsione di meccanismi partecipativi ai processi decisionali pubblici¹⁶⁶, dalla “sussunzione legislativa” di regole private¹⁶⁷ ai meccanismi di delega tramite codici di condotta e di autodisciplina¹⁶⁸.

Del resto, è un dato di fatto che la distinzione tra pubblico e privato si è ormai “oggettivata”, resa dipendente “dalla oggettiva natura delle attività, resa indipendente dalla natura dei soggetti e dalla natura degli interessi in gioco”¹⁶⁹. Ora “il diritto privato fa irruzione nel diritto pubblico”, mentre “il diritto pubblico si de-differenzia, perde di identità, diventa sempre più misto”¹⁷⁰. Con l’ulteriore conseguenza che “l’alternativa fra autoregolazione ed eteronormazione non riflette nettamente la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico”¹⁷¹.

Si compie così la profezia di Portalis secondo cui “*tout devient droit public*”¹⁷², ma per una strada diversa da quella che egli aveva prospettato: non il potere pubblico è riuscito ad intrufolarsi in ogni piega della vita civile e sociale dei cittadini, ma i poteri privati lo hanno fatto, tramite il cosiddetto “capitalismo della sorveglianza”¹⁷³, e facendolo sono giunti a produrre un diritto effettivo, fattuale, osservato.

E se da tempo gli studiosi hanno rilevato lo scostamento dai tradizionali modelli di *government*, basati su strutture ‘verticali’ esclusivamente pubbliche e politiche di governo, e l’approdo a modelli di

¹⁶⁶ C. Scott, *Standard-Setting in Regulatory Regimes*, in M.Cave, R. Baldwin, M.Lodge (a cura di), *The Oxford Hand-book on Regulation*, Oxford, 2010, 104.

¹⁶⁷ D. Siclari, *Contributo allo studio della sussunzione legislativa...*, cit.

¹⁶⁸ Cfr. L. Ammannati, *I ‘signori’ nell’era dell’algoritmo*, in *Diritto pubblico*, 2, 2021, 401. Sono dibattute – specie nella corrente di pensiero riconducibile sotto la formula del *Global Administrative Law* – alcune soluzioni, come la previsione di meccanismi partecipativi nel processo di formazione delle decisioni delle grandi imprese digitali multinazionali. Di nuovo in questo senso cfr. O. Fischman-Afori, *Taking Global Administrative Law One Step Ahead: Online Giants and the Digital Democratic Sphere*, cit.; cfr. per la diversa scuola del c.d. *digital constitutionalism*, O. Pollicino, G. De Gregorio, *Constitutional Democracy in the Age of Algorithms: The Implications of Digital Private Powers on the Rule of Law in Times of Pandemics*, in *MediaLaws*, 11 novembre 2020.

¹⁶⁹ F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010, 205.

¹⁷⁰ S. Cassese, *Il mondo nuovo del diritto pubblico*, Bologna, 2008, 5 ss.; C. Pinelli, *Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato. Qualche riflessione per i giuristi*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 179, che evidenzia la “inadeguatezza delle impostazioni correnti” nella lettura della attuale e blanda dicotomia fra pubblico e privato.

¹⁷¹ D. Siclari, *Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Napoli, 2010, par. 3.

¹⁷² “*On ne s’occupe plus des relations privées des hommes entre eux: on ne voit que l’objet politique et général; on cherche des confédérés plutôt que des citoyens. Tout devient droit public*”. J.-E.M. Portalis, F.-D. Tronchet, F.-J.-J. Bigot de Préameneu, J. de Maléville, *Discours préliminaire présenté le 1er pluviôse an IX par la Commission nommée par le gouvernement consulaire* del 28 gennaio 1801.

¹⁷³ S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell’umanità nell’era dei nuovi poteri*, trad. it. P. Bassotti, Roma, 2019.

*governance*¹⁷⁴, caratterizzati da un sempre maggior ruolo degli attori privati, oggi il problema centrale consiste nel recuperare al circuito della democrazia quelle regole e discipline che sono *già date* in determinati settori 'privati', come quello della tecnologia, di centrale interesse pubblico. È la sfida che la tecnica lancia al diritto, e il diritto alla democrazia.

Elia Cremona
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Siena
eliacremona@gmail.com

¹⁷⁴ Così R. Mayntz, *La teoria della governance: sfide e prospettive*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 1, 1999, 3, cit. in G. Mobilio, *Cipe e costituzione. Governare attraverso i comitati ministeriali*, Napoli, 2018, 296-297. Cfr. M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010.