

**COSTITUZIONALISMO E SOCIETÀ ALGORITMICA.
RIFLESSIONI A MARGINE DELL'OPERA DI
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN,
LA COSTITUZIONE DELL'ALGORITMO,
LE MONNIER UNIVERSITÀ, 2023**

Antonella Sciortino*

SOMMARIO: I. COSTITUZIONALISMO MODERNO E COSTITUZIONALISMO DIGITALE: MUTAMENTI DEI PARADIGMI CULTURALI – II. LA *SOCIETÀ ALGORITMICA* E LE SFIDE AL COSTITUZIONALISMO ODIERNO – III. LE *ROTTURE COSTITUZIONALI* NELL'ERA DIGITALE SECONDO L'ELABORAZIONE DI BALAGUER

* Professoressa ordinaria di diritto costituzionale, Università degli studi di Palermo.

I. COSTITUZIONALISMO MODERNO E COSTITUZIONALISMO DIGITALE: MUTAMENTI DEI PARADIGMI CULTURALI

Oggi il costituzionalismo sta conoscendo profonde trasformazioni, la stessa grammatica su cui affondava le sue radici sembra richiedere regole, nuove e diverse, più aderenti alle mutate esigenze attuali¹.

Il costituzionalismo moderno nato più di duecento anni fa è in fondo la storia delle limitazioni all'esercizio dei pubblici poteri e della garanzia dei diritti fondamentali contenuti nelle costituzioni del '900 a cui si aggiungeva la legittimazione democratica delle istituzioni politiche. Tutto ciò esprimeva anche l'indissolubile connessione tra l'aspetto dichiarativo e quello istituzionale della loro tutela, per cui la garanzia dei diritti non era pensabile senza una strutturazione del potere statale che la rendesse cogente attuabile. Questa grammatica costituzionale sembra oggi cambiata a cominciare dalla legittimazione dello stesso potere politico. Alla tripartizione di weberiana memoria, nella società dell'algoritmo, oggi Francisco Balaguer nel suo ultimo libro, dal titolo *La costituzione dell'algoritmo*², suggerisce di aggiungere proprio l'algoritmo in grado di condizionare anche la formazione del consenso popolare e la scelta dell'elettore. Il costituzionalismo moderno sotto questo profilo riflette un mondo che non esiste più. In questo senso Balaguer afferma che è finita un'età dell'oro, in cui si è assistito all'esaltazione del costituzionalismo come strumento di limitazione del potere e alla retrocessione della Costituzione rispetto ai processi globali perché tutti gli elementi che lo popolavano sono mutati a cominciare dagli attori e dallo stesso soggetto (o soggetti) il cui potere si deve regolare e limitare. Non si tratta più di un potere pubblico, quello statale, ma di potere privati, quelli delle piattaforme digitali la cui enorme forza è costituita dalla sconfinata mole di dati che posseggono e gestiscono e che le rende i *gatekeepers* dell'informazione. E già questo –il cambiamento della natura del potere– è in grado di far cambiare gli stessi termini della questione. Cambiano, in primo luogo, le due fondamentali variabili del tempo e dello spazio con cui l'uomo misura le sue azioni. Ci sono due fenomeni che convergono nelle rotture che si sono generate nell'era digitale: l'accelerazione del tempo storico e l'espansione dello spazio pubblico. Queste due trasformazioni essenziali delle variabili tempo e spazio hanno portato allo sviluppo di nuovi paradigmi, soprattutto nei processi comunicativi, che esprimono una

1 *Ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Palermo
Sul punto v. anche F. Balaguer Callejon, *Il futuro del costituzionalismo in un mondo (ri)globalizzato: mediazioni negative nella globalizzazione frammentata*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3/2023, pg. 9; ID., *Prospettive del costituzionalismo e dell'Europa. La Costituzione dell'algoritmo e la crisi decisiva del processo di integrazione europea*, *ivi*, 2/2022.

2 F. Balaguer Callejon, *La Costituzione dell'algoritmo*, Le Monnier Università, 2023.

profonda trasformazione dei modelli culturali. La globalizzazione non ha solo accelerato lo sviluppo tecnologico, ma ha anche cambiato il rapporto degli esseri umani con le dimensioni precedentemente conosciute dello spazio e del tempo. Il progressivo ampliamento dello spazio su scala globale ha prodotto una correlativa accelerazione del tempo. Stiamo parlando, quindi, dei parametri essenziali in cui si sono sviluppati i movimenti, le attività e le istituzioni sociali, che ora si trovano in un contesto molto diverso da quello in cui sono nati.

Per contestualizzare il tema affrontato nel libro il punto di partenza è rappresentato dalla constatazione dei cambiamenti epocali che la rivoluzione tecnologica (assieme alla globalizzazione, alla crisi economica determinata dalla pandemia) ha prodotto, sta producendo e continua a produrre sul costituzionalismo, sulle sue conquiste che, con le dovute evoluzioni, rappresentano la cifra assiologica delle costituzioni nazionali.

Può essere osservato che ad ogni cambiamento epocale del paradigma tecnologico (pensiamo al passaggio dalla centralità dello sfruttamento della terra all'utilizzo delle prime macchine industriali e alla centralità del carbone come fonte di produzione energetica ieri e oggi alla rivoluzione digitale) determini un altrettanto epocale mutamento economico, politico e sociale.

Per quanto riguarda lo spazio, il costituzionalismo moderno è storicamente legato allo Stato: la realtà fisica è una realtà statale e soggetta al diritto pubblico. La realtà fisica soggetta al diritto pubblico e quella virtuale rispondono a logiche diverse e sono ispirate da principi diversi a cominciare dal destinatario finale dell'attività delle piattaforme, il consumatore, che è anche “parte del prodotto”³ a cui si rivolge in primo luogo la vendita dei prodotti e la pubblicità. Di contro la realtà digitale è una realtà globale e soggetta al diritto privato. Il progressivo ampliamento dello spazio su scala globale ha poi prodotto una correlativa accelerazione del tempo producendo una trasformazione dei processi comunicativi e in generale dei modelli culturali.

Se da un lato lo sviluppo tecnologico porta con sé indiscutibili vantaggi in numerosissimi settori, dall'altro uno scollamento rispetto alle garanzie dei diritti fondamentali contenuti nella Costituzione è un pericolo da non sottovalutare.

Nella società algoritmica tra l'individuo e il decisore pubblico si frappone un corpo intermedio rappresentato dalle società multinazionali proprietarie delle piattaforme digitali in grado di incidere nella vita dei cittadini non meno dei pubblici poteri

3 V. F. Balaguer, *La Costituzione dell'algoritmo*, cit., pg. 64.

senza tuttavia quel corredo di garanzie e limitazioni giuridiche che perimetrano l'azione di questi ultimi. Le tecnologie hanno sempre offerto opportunità, sollevando al contempo sfide che richiedono alle autorità di regolamentazione di trovare un equilibrio tra promozione dell'innovazione e dello sviluppo da un lato, e dall'altro della tutela dei diritti fondamentali e della mitigazione dei rischi.

L'algoritmo, e dunque lo sviluppo tecnologico in tutte le sue vesti, ha modificato irreversibilmente la realtà sociale a cui la Costituzione rivolge le sue garanzie ed è per questo che l'Autore ritiene necessaria la "costituzione dell'algoritmo" con cui analizzare la realtà digitale dal punto di vista delle "rottture" costituzionali che sta generando e che hanno una dimensione costituzionale, oltre a «proporre soluzioni che permettano di mitigare tali rottture e che facilitino una risposta costituzionale».

II. LA SOCIETÀ ALGORITMICA E LE SFIDE AL COSTITUZIONALISMO ODIERNO

Quella che Balkin chiamava *Algorithmic Society*⁴ pone sfide formidabili al costituzionalismo odierno: lo sviluppo tecnologico fortemente stimolato dall'avvento e dalla diffusione dei *Personal Computer* già a partire dagli anni '80, ha compiuto dei giganteschi passi in avanti e anche grazie alla diffusione di tecnologie quali quelle legate all'Intelligenza Artificiale (IA) si è inserito in modo pervasivo nella vita di tutti. Attraverso le tecniche di profilazione algoritmica lo sviluppo tecnologico è quindi in grado di condizionare una gamma infinita di scelte da quelle dei consumatori a quelle degli elettori. Tale contesto ha consentito lo sviluppo di una enorme molteplicità di algoritmi che, utilizzando le tecnologie e la potenza computazionale a disposizione, consentono di valorizzare dati prima non disponibili e/o non analizzabili, aprendo la strada ad applicazioni fino a poco tempo addietro considerate fantascientifiche o inimmaginabili. La società dell'algoritmo di cui parla Balkin non si limita ad aprire scenari nuovi allo sviluppo dell'umanità, ma pone anche molteplici sfide alla società stessa che attengono non solo alla dimensione tecnologica o a quella economica, ma anche a quella sociale e regolatoria atteso che l'impiego delle moderne tecnologie interagisce profondamente con temi quali le libertà individuali, la *privacy*, la sicurezza, la democrazia stessa.

Gli algoritmi e le tecnologie sopra citati, infatti, sono in grado di condizionare e determinare, in modo sempre più rilevante e pervasivo, i meccanismi che regolano

4 rr V.J.M. Balkin, *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in *Faculty Scholarship Series*, 2017, 1219, che la definisce «a society organized around social and economic decision-making by algorithms, robots, and AI agents, who not only make the decisions but also, in some cases, carry them out».

la vita sociale e non solo, consentendo sia di elaborare decisioni in modo automatico e “intelligente”, sulla base di elementi dati, sia di dare attuazione a tali decisioni. L’IA è un prodotto naturale della società algoritmica, rappresentandone una delle manifestazioni più evolute e dalle maggiori ricadute nella vita di ogni giorno, con formidabili applicazioni in numerosissimi settori quali la medicina, i trasporti, la logistica, la giustizia ecc. A fronte dei tanti vantaggi che presenta e degli scenari inediti ai quali dischiude le porte, l’IA conosce però anche usi impropri, in numero crescente con la sua diffusione, che l’ordinamento giuridico ha il dovere di prevenire e/o contrastare a tutela non solo dei singoli soggetti di volta in volta interessati, ma anche dei diritti fondamentali. Accade, infatti, che tutta una messe di regole implementate in codice informatico finisce per avere molteplici ricadute anche su dimensioni fondamentali della giuridicità⁵. Come governare i processi algoritmici e controllare che non producano violazioni dei diritti fondamentali è una sfida del costituzionalismo odierno che Balaguer affronta cominciando da un’analisi della realtà digitale attraverso cui mettere a fuoco quelle che l’A. definisce le “rottture costituzionali” prodotte in un contesto, quello digitale, che sembra sfuggire alle regole poste alla base del costituzionalismo⁶ e proporre possibili soluzioni che tengano conto del mutato contesto di riferimento. Già nelle prime pagine del libro l’A. anticipa la tesi che svilupperà nel prosieguo della trattazione lasciando un po’ spiazzato il lettore proponendo di *costituzionalizzare l’algoritmo* nel senso di promuovere una maggiore coerenza degli algoritmi con i principi e i valori costituzionali, ma anche per *digitalizzare la costituzione*, aggiornandola e adattandola alle nuove condizioni dell’era digitale”⁷. A fronte, infatti, di una così nitida esposizione, il percorso prospettato contiene profili di rara complessità che possono essere colti in ogni parte del testo, ma che non alimentano logiche di rinuncia.

Ripensare il costituzionalismo alla luce delle trasformazioni epocali che l’ambiente digitale presenta non è affatto facile perché si tratta di elaborare forme e modalità di protezione dei diritti fondamentali “nuove” come nuova è la società algoritmica in cui si inseriscono. Quando *internet* è entrato a far parte delle nostre vite l’UE ha adottato le prime regolamentazioni in una prospettiva liberale volta alla protezione dello sviluppo del mercato interno (commercio elettronico e protezione dati).

5 A. Sciortino, *Fake news e post-verità nella società dell’algoritmo*, in *Diritti fondamentali*, 2/2021.

6 Sul punto la letteratura è vastissima. In questa sede è sufficiente rinviare a Luigi Ferrajoli, *Il costituzionalismo oltre lo Stato*, Bologna, Mucchi Editore, 2017; A. Baldassarre, *Il costituzionalismo e lo Stato costituzionale. Una teoria alternativa al positivismo giuridico e al giusnaturalismo*, Bologna, Mucchi Editore, 2020; M. Fioravanti, *Il cerchio e l’ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Bari-Roma, Editori Laterza, 2020; Maurizio Fioravanti, *Costituzionalismo: la storia, le teorie, i testi*, Carrocci Editore, Roma, 2018.

7 Così, F. Balaguer Callejon, *La Costituzione dell’algoritmo*, Milano, Le Monnier Università, 2023, XI.

L'ambiente *online* era considerato al di fuori del raggio di azione dei pubblici poteri, totalmente indipendente dal luogo fisico e per stabilire le regole del *cyberspazio* era preferibile un'autoregolamentazione vale a dire che ogni comunità digitale avrebbe posto in essere regole del "proprio" mondo digitale. Ciò era anche il portato della consapevolezza che quando la regolamentazione cala dall'alto (i pubblici poteri) gli utenti la eludono con facilità. Il "liberalismo digitale" ha rappresentato l'approccio iniziale con cui l'UE ha affrontato le politiche digitali più preoccupata dello sviluppo delle tecnologie che non della tutela dei diritti fondamentali avendo intuito la portata della rivoluzione che si apprestava a nascere. Forse inizialmente non si intravedevano neppure i rischi, ma solo le enormi potenzialità. Esempio paradigmatico di regolamentazione di stampo liberistico è quella del commercio elettronico che stabiliva un regime di responsabilità per i fornitori di servizi *Internet* che si limitano ad ospitare i contenuti, che hanno in sostanza un ruolo meramente passivo non contribuendo a creare i contenuti di cui quindi non sono tenuti a rispondere. Proprio per favorire la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione la direttiva sull'i-commerce stabilisce un divieto di monitoraggio generale vale a dire che gli intermediari *online* non sono tenuti a monitorare le informazioni trasmesse dagli utenti e i fornitori di servizi di *hosting* non sono responsabili delle informazioni e dei contenuti memorizzati a meno che la loro natura illecita venga in evidenza e di conseguenza saranno tenuti a rimuovere i relativi contenuti. Da ciò emerge che gli intermediari *online* sono stati ritenuti esenti da responsabilità per i contenuti trasmessi o ospitati (*safe harbor*) nella considerazione che le piattaforme ospitanti non conoscono i contenuti pubblicati nelle proprie stanze digitali. Finché il loro ruolo è stato "passivo", limitato ad "aprire casa" ciò stato tollerato, ma quando hanno tratto profitto dalla gestione dei contenuti ospitati attraverso l'IA le cose sono cominciate a cambiare. Nella rimozione dei contenuti illeciti le piattaforme possono tuttavia decidere in modo autonomo cosa rimuovere e cosa no, in altre parole hanno un immenso potere. Lo fanno in base al rischio di essere ritenuti responsabili: saranno quindi tenuti a "minimizzare" il rischio per evitare di essere sanzionati. Tutto ciò ha delle ricadute importantissime sui diritti fondamentali: le piattaforme tutelano in primo luogo se stesse "moderando" i contenuti per evitare di incorrere in responsabilità. La loro libertà economica si è tradotta in un potere immenso e questo pone una sfida formidabile al costituzionalismo odierno. Con la protezione dei dati l'UE ha intrapreso un approccio, una regolamentazione *bottom-up* ma molto stringente e con un apparato sanzionatorio di notevole intensità. L'enorme mole di dati immessi nella rete ha reso non più sufficiente la tutela della sola dimensione negativa del diritto alla *privacy*, ma tutta una serie di requisiti in termini di trasparenza e responsabilità nel trattamento dei dati. Quando gli intermediari *online* hanno modificato la loro attività, non più limitata ad offrire "ospitalità"

ai contenuti degli utenti, assumendo un ruolo attivo moderando i contenuti e trattando i dati personali per profilare gli utenti, la storia cambia. Le piattaforme ricorrono a procedure decisionali automatizzate per adeguare i contenuti ai dati acquisiti attraverso la profilazione degli utenti. Il ricorso all'IA da parte delle piattaforme per elaborare dati, trarne informazioni e profili ha prodotto un radicale cambiamento che ha reso opaco il processo decisionale di queste ultime facendo sorgere questioni di trasparenza e responsabilità.

I sistemi decisionali automatizzati sono elaborati sulla base di istruzioni poste in essere dai programmatori: stabilendo le regole di funzionamento delle tecnologie contribuiscono a definire standard di protezione transnazionali al di fuori dei tradizionali canali di controllo democratico⁸. L'approccio basato sul rischio introdotto dal GDPR delega al responsabile del trattamento il potere di bilanciare gli interessi contrastanti rendendo il responsabile del trattamento "arbitro" della protezione dei dati secondo la logica *bottom-up* assistita da un regime sanzionatorio stringente e dissuasivo.

Le piattaforme hanno acquisito via via il ruolo di *gatekeeper*: attraverso la profilazione controllano lo spazio digitale e decidono "chi" e "con chi" mettere in contatto gli utenti facendo tesoro dei dati acquisiti. Anche se in un contesto completamente diverso, a distanza di secoli, il costituzionalismo si pone dinanzi allo stesso problema: come limitare il potere, da quali garanzie far presidiare il suo esercizio per tutelare i diritti fondamentali, come garantire processi decisionali pluralistici e democratici. Se gli obiettivi sono i medesimi, l'era digitale ha cambiato tuttavia la natura degli attori. Si tratta di poteri privati con una potenza economica paragonabile a quella di alcuni Stati.

Negli ultimi 20 anni l'approccio UE all'ambiente digitale è cambiato: come già evidenziato si è passati dalla prospettiva di stampo liberale al costituzionalismo digitale europeo. Ciò è comprensibile se si pensa che all'inizio dello sviluppo delle tecnologie digitali lo scopo era quello di contribuire con i servizi digitali al mercato interno, ma quando i rischi sui diritti fondamentali ad opera dei poteri delle big tech è divenuto concreto e stigmatizzato anche dalla giurisprudenza della CGUE il passaggio ad una nuova prospettiva si è rivelato necessario. La strategia europea si è concentrata nell'introduzione di garanzie per promuovere la trasparenza e la responsabilità nella moderazione dei contenuti e non in azioni censorie dei contenuti *online*.

8 V. De Gregorio, *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in Algorithmic Society*. Cambridge Studies in European Law and Policy, Cambridge University Press, 2022.

L'algoritmo, e dunque lo sviluppo tecnologico in tutte le sue vesti, ha modificato irreversibilmente la realtà sociale cui la Costituzione rivolge le sue garanzie ed è per questo che l'Autore ritiene necessaria la "costituzione dell'algoritmo" con cui analizzare la realtà digitale dal punto di vista delle "rotture" costituzionali che sta generando e che hanno una dimensione costituzionale», oltre a «proporre soluzioni che permettano di mitigare tali rotture e facilitino una risposta costituzionale». L'implementazione di tecnologie decisionali automatizzate ha costituito una linea di faglia che ha spinto l'UE ad elaborare una strategia nuova nelle politiche digitali. Testimonianza del nuovo modo in cui l'UE si pone di fronte a questi temi sono i recenti interventi normativi in tema di servizi digitali (DSA), di mercato digitale (DMA) e da ultimo il regolamento sull'IA (IA Act). Nella dichiarazione europea sui diritti e principi digitali⁹ la CE ha fatto proprio un approccio antropocentrico nelle politiche digitali. E' l'uomo che stabilisce le regole con cui si sviluppa la tecnologia. E' l'uomo che elabora l'algoritmo e fornisce le informazioni con cui operare. Come emerge dal libro bianco UE, l'IA è un insieme di dati, algoritmi e potenza di calcolo. Tutto quello che si è sviluppato su questi tre elementi è costruito dall'uomo. Il rischio al quale siamo sottoposti è che l'IA, sulla base delle istruzioni ricevute, può operare una sintesi indipendentemente da ciò che l'uomo, che ha elaborato l'algoritmo, possa immaginare. Queste trasformazioni epocali dischiudono scenari in gran parte imprevedibili. Tra questi vi è quello legato alla capacità predittiva: gli algoritmi prevedono il nostro comportamento sulla base dei dati e delle informazioni che abbiamo immesso in rete nelle più svariate occasioni. In ambito giudiziario gli algoritmi possono suggerire al giudice precedenti giurisprudenziali o proporre la dosimetria della pena in relazione alla capacità di ricommettere il reato (capacità predittiva). Ciò può dar luogo a decisioni discriminatorie fondate sulla diversità razziale o altro. Gli algoritmi sulla base del nostro profilo (il risultato dei dati che immettiamo) sanno ciò che preferiamo e quindi sono in grado di prevedere i nostri bisogni, anche quelli non ancora affiorati alla nostra mente. Tutto ciò ha potenzialità enormi, ma anche grandi rischi. E' vero che è l'uomo ad elaborare gli algoritmi, ad analizzare i dati e a selezionarli, però le modalità e i criteri attraverso cui ciò avviene è sconosciuto a tutti noi. L'algoritmo può utilizzare i dati sulla base di pregiudizi, può discriminare perché chi immette i dati, a sua volta, ha dei pregiudizi. Dinanzi a tutto ciò la domanda se nella società algoritmica il modello costituzionale di tutela dei diritti contenuto nella Costituzione abbia ancora una sua tenuta o se il costituzionalismo odierno, quello digitale, necessiti di un altro strumentario appare senz'altro retorica come dimostra Balaguer in questo lavoro avanzando la tesi di *costituzionalizzare l'algoritmo*¹⁰ e di *digitalizzare la Costituzione*.

9 COM (2022)17 final.

III. LE ROTTURE COSTITUZIONALI NELL'ERA DIGITALE SECONDO L'ELABORAZIONE DI BALAGUER

La realtà digitale ha provocato delle vere e proprie “rotture costituzionali” che si presentano ontologicamente diverse rispetto a quelle che hanno determinato la strutturazione del costituzionalismo del passato. Il passaggio da regimi totalitari e/o assolutistici avvenuto in modo più o meno traumatico secondo i diversi ordinamenti statali si giocava, infatti, all'interno del potere statale; di contro, le rotture che si consumano nella realtà odierna avvengono ad opera di poteri privati che stanno assumendo una capacità economica che fa concorrenza a quella di alcuni Stati con la differenza che il costituzionalismo del passato aveva trovato la sua ragion d'essere nella limitazione del potere statale individuandone gli appositi strumenti, oggi quegli stessi strumenti sono del tutto inefficaci per arginare lo strapotere delle grandi piattaforme multinazionali che si collocano tra gli Stati nazionali e gli individui.

Nel *panel* delle “rotture costituzionali” proposto dall'Autore la prima è quella che si consuma a danno dell'unità della Costituzione come punto di sintesi della forma di Stato e della forma di governo di un certo ordinamento giuridico statale. Il mondo digitale, per sua natura senza confini formalmente definiti e basata sul diritto privato non rientra in questa unità. Tuttavia, tale potere benché privato è in grado di monopolizzare lo spazio pubblico incidendo sui processi comunicativi, sulla formazione del consenso elettorale alimentando l'illusione di un confronto aperto e potenzialmente senza confini. Tuttavia, le informazioni veicolate in ambienti virtuali selezionano solo quelle di un certo tipo creando delle gabbie invisibili. Si allude alla profilazione di cui l'utente è inconsapevole strumento perché, pur fornendo esso stesso – per rimanere in metafora - i materiali con cui costruire la gabbia (attraverso le sue attività e le sue ricerche sul *web*) la piattaforma digitale che profila fa in modo che l'utente non si accorga della sua condizione di “prigioniero” stando attenta a mantenere l'invisibilità. I motori di ricerca e i *social network* vengono definite “fonti algoritmiche” di informazione nel senso che si avvalgono di algoritmi per selezionare e personalizzare i contenuti informativi ritagliandoli in modo quasi sartoriale sulla base di dati raccolti sugli utenti. Sul piano epistemico le conseguenze più immediate sono l'irrigidimento delle opinioni e il confronto solo con quelle simili alle nostre come esito della profilazione a cui siamo assoggettati¹⁰. Assai lontani quindi da quel “mercato delle idee” cui si allude con la metafora di Oliver Wendell Holmes¹¹: la profilazione non tocca nel cuore quel libero mercato delle idee in cui la concorrenza

10 Sul sapere (non libero) del web v. pure le riflessioni di A. MARTUSCIELLO, *La rete. Manipolazione o pluralismo? Il caos dell'informazione*, Armando editore, Roma, 2019, pg. 17 e ss.

11 Il riferimento riguarda la notissima *dissenting opinion* sul caso *Abrams v. United States* (1919).

dovrebbe selezionare le migliori? Ammesso che i beni e servizi possano essere trattati alla stregua delle idee o delle opinioni¹² l'informazione, seppur oceanica, che veicola sul *web* subisce una mirata selezione e/o personalizzazione isolando l'utente all'interno di quelle *filter bubbles*¹³ che gli propongono informazioni solo simili ai propri convincimenti vanificando proprio quel libero "mercato delle idee" di cui alla metafora del giudice americano. Tutte questioni che si conoscono bene e di cui il cittadino "digitale" non si sa fino a che punto si renda conto. Si viene così a realizzare il paradosso della "solitudine" dell'uomo interconnesso astrattamente con un numero indefinito di soggetti, ma in concreto "solo" con quelli che hanno opinioni, gusti, preferenze simili alle sue¹⁴. Tutto ciò provoca un'evidente involuzione nel processo democratico nella misura in cui falsa il pluralismo che ne sta a fondamento. A ciò si aggiunge che il modello di democrazia immediata, senza intermediazione della rappresentanza politica, a cui si appellano alcune forze politiche per accreditare l'idea che sia il cittadino a decidere con un *click*, si fonda sull'equivoco concettuale del popolo come unità omogenea, incompatibile con il pluralismo ideologico e con le dinamiche maggioranza-opposizione su cui si fonda la dialettica parlamentare. I meccanismi della democrazia digitale sono solo "illusoriamente" partecipativi perché non consentono la formazione del consenso basato sul confronto, ma pongono il cittadino di fronte ad una scelta fondamentalmente solistica. Peraltro, le *big tech* hanno una marcata tendenza monopolistica e ciò pone problemi anche sotto il profilo del rispetto della disciplina *antitrust*. Infatti, l'applicazione tradizionale del diritto della concorrenza¹⁵ si applica ai mercati oligopolistici dove è efficace un intervento correttivo *una tantum* mediante un ordine di cessazione, di contro nei mercati digitali o dell'energia, che hanno una tendenza monopolistica, l'intervento proattivo potrebbe palesarsi come una necessità. In questi mercati i rimedi reattivi applicati agli oligopoli sono spesso inefficaci. Basti pensare al DMA il cui scopo è, infatti, quello di contenere la posizione dominante delle grandi piattaforme *online* e favorire un sistema economico nel quale anche le imprese europee, di minori

12 Si può scegliere il bene o il servizio migliore quante più sono le informazioni che si raccolgono su questi, ma quando il "prodotto" è l'informazione stessa allora la metafora del "mercato delle idee" non è probabilmente calzante. A questo si aggiunge il fatto che l'utilizzo della profilazione rende, come più volte evidenziato, la concorrenza delle idee falsata.

13 Sul punto v. E. Pariser, *The Filter Bubble. What The Internet Is Hiding From You*, Londra, 2011 (trad. it. Il Filtro. Quello che Internet ci nasconde, Milano, 2012); G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di internet*, in G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *Parole e potere. Libertà di espressione, hate speech e fake news*, Egea editore, 2017, pg. 60.

14 Cfr. A. Nicita, *Il mercato delle verità. Come la disinformazione minaccia la democrazia*, Il Mulino, 2012, pg. 143 e ss.

15 Sul tema concorrenza e pluralismo nel senso che il pluralismo è consustanziale alla democrazia e alla concorrenza v. F. Balaguer, *La Costituzione dell'algoritmo*, cit., pg. 107.

dimensioni e di ridotto potere di mercato, possano partecipare al mercato dei dati. La finalità di questa normativa, in altri termini, è identificabile in quello di creare un sistema nel quale possa prosperare una sorta di sovranità digitale europea¹⁶ (G.M. Ruotolo). Il legislatore europeo mira, infatti, ad anticipare l'effetto delle misure restrittive, predisponendo un'apposita regolamentazione applicabile ex-ante. L'idea di fondo sembra quindi individuabile nella *ratio* di porre taluni obblighi aggiuntivi, in modo di anticipare, per quanto possibile, l'effetto di garantire un mercato aperto e concorrenziale, che l'applicazione *a posteriori* della normativa *antitrust*, per le peculiari caratteristiche di questo settore economico, non era in grado di garantire¹⁷ (Contaldi).

In questi contesti i confini del diritto della concorrenza tradizionale vengono decisamente forzati. L'economia delle piattaforme con tutte le molteplici implicazioni (non solo economiche, ma anche politiche) ha messo in discussione le teorie di Bork e della scuola di Chicago che vedano nell'abbassamento dei prezzi un obiettivo ineludibile per il benessere del consumatore.

Da qui la critica nei confronti del rilassamento delle regole *antitrust* è cominciata a crescere anche perché le rendite di posizione indotte da un forte *market power* privo di veri limiti ha prodotto forti diseguaglianze (Stiglitz) e distorsioni del processo democratico sulla base della considerazione che chi detiene un forte potere economico può incidere sul potere politico sulla scorta di argomenti propri dell'ordoliberalismo. Tutto questo trasferito alle *big Tech* ci evidenzia i pericoli che la società odierna corre se non si pongono degli argini alla concentrazione incontrollabile delle *big tech* come risulta plasticamente anche dal libro della Zuboff¹⁸, argini in primo luogo in termini di irrobustimento dell'*enforcement antitrust*.

Tra gli studiosi che invitano ad un ritorno all'*antitrust* delle origini vi è Tim Wu rappresentante del movimento neo-brandesiano che vede nella eccessiva concentrazione di potere delle piattaforme digitali una minaccia non solo sotto il profilo economico, ma anche della libertà di informazione e della stessa democrazia. In questo scenario anche le finalità del diritto della concorrenza si arricchiscono di altri obiettivi mettendone in ombra altri. Lo stesso paradigma del prezzo,

16 V. G. M. Ruotolo, La disciplina europea della responsabilità dei fornitori di servizi online tra regime pregresso, proposte di riforma e un rischio di bis in idem, in G. Caggiano, G. Contaldi, P. Manzini (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, 2021, Bari.

17 G. Contaldi, Il DMA (*Digital markets Act*) tra tutela della concorrenza e protezione dei dati personali, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, pg. 292 e ss.

18 V. S. Zuboff, *Il Capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, 2019.

nell'economia digitale, dove i servizi sono offerti per lo più gratuitamente, è destinato a perdere parte del suo valore.

Si assiste ad un cambio di paradigma del diritto *antitrust* di fronte alle sfide delle *big tech*: dalla filosofia libertaria della *Silicon Valley* contraria a ogni forma di intervento pubblico alla domanda di regolazione¹⁹.

Infatti, negli USA il dibattito relativo al fatto che il paradigma del benessere del consumatore abbia limitato l'*enforcement antitrust* sta valorizzando le posizioni favorevoli a un forte revisionismo degli assunti su cui è basata l'analisi economica e a rintracciare nuovi obiettivi del diritto della concorrenza come la funzionalità della democrazia cui fa riferimento il movimento neo brandesiano i cui echi si fanno sentire anche in Europa²⁰.

Si assiste quindi a un nuovo colonialismo, quello del XXI secolo, con un *habitus* e un modo di operare completamente diversi rispetto a quello (i) del passato dove l'egemonia digitale richiede altri codici di regolazione per evitare che i due pilastri di un sistema democratico: il pluralismo a livello politico e la concorrenza a livello economico²¹ vengano compromessi. Di fronte a questi pericoli per la stessa democrazia e a difesa di tutte le conquiste in termini di diritti e libertà del costituzionalismo del passato, deve essere immaginato un processo in cui, dice l'Autore²², non è sufficiente aggiungere nuove disposizioni alla "costituzione analogica", ma inserirla nello stesso processo per intercettare tutti i cambiamenti che lo sviluppo tecnologico implica.

19 Tim Wu, *La maledizione dei giganti*, Il Mulino, 2021

20 V. G. Pitruzzella, *La tutela della concorrenza nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, Editoriale del 17.04. 2024, in www.federalismi.it) che traccia le nuove linee di tendenza della giurisprudenza della CGUE in tema di applicazione delle regole di concorrenza.

21 F. Balaguer, *op.ult. cit.*, 107.

22 F. Balaguer, *op.ult. cit.* pg. 112.