



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2023 FASC. III

(ESTRATTO)

MARINA PIETRANGELO

SPAZIO DIGITALE E MODELLI DI REGOLAZIONE

24 OTTOBRE 2023

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Marina Pietrangelo Spazio digitale e modelli di regolazione*

ABSTRACT: *The paper reflects on the relationship between the Internet and its rules, with particular attention to the evolution of the models used over time. The objective is to understand what the role of regulatory states and of private entities in the future that should be.*

SOMMARIO: 1. Quale regolazione per Internet – 2. La regolazione pubblica: dalla regolazione dell’“opportunità” alla regolazione “difensiva” – 3. I sistemi regolatori alternativi: un nuovo ordine giuridico per lo spazio digitale? – 4. Il nuovo corso regolatorio e le prospettive future: Internet tra sicurezza e controllo.

1. Quale regolazione per Internet


Lo sviluppo della rete Internet con le sue poliedriche applicazioni ha impresso una forte accelerazione anche al rinnovamento di alcune categorie tradizionalmente impiegate per osservare e comprendere gli accadimenti collettivi¹.

In questo contesto evolutivo, anche gli strumenti classici del giurista sono risultati in parte inadatti, non tanto nella loro capacità di accogliere e filtrare le novità, quanto nell’efficacia sotto il profilo spazio-temporale. I numerosi e diversi fronti aperti dalla penetrazione sociale delle applicazioni digitali hanno, infatti, messo in crisi anche i tradizionali modelli regolatori.

Questo è apparso chiaro al principio, quando la prima Rete s’imponesse e si consolidava nella sua natura quasi libertaria e anarchica: un ordine naturale, fatto di bit, che non aveva bisogno di leggi, perché reputato in grado di autoregolarsi ed autogovernarsi. Le leggi positive (dietro le quali c’è la politica, che persegue il bene collettivo) avrebbero solo potuto accrescerne valore e potenzialità, riconoscendovi una nuova risorsa sociale, prima ancora che economica.

La Rete è in definitiva una costruzione storica, la cui direzione originaria nel tempo è mutata così come il contesto socioeconomico entro cui essa insiste. In questo senso, Internet, come oggi lo conosciamo, è il risultato di un lungo e articolato confronto, talvolta scontro, tra vari soggetti e interessi diversi. Laddove, in un contesto del tutto differente rispetto alle origini, proprio la richiesta e (oramai) l’eccesso di regolazione disvelano tutta l’inadeguatezza dei modelli già sperimentati; e fanno appello a soluzioni alternative per la nostra (oramai irrinunciabile) convivenza con la “nuova” Rete.

Senza ignorare il tempo attuale, e, dunque, ponendo attenzione alle modificazioni socioeconomiche che la Rete ha determinato e all’efficacia dei modelli regolatori mediante cui sono state prodotte le attuali regole (come norme di comportamento individuale o collettivo, per la gran parte destinate alla protezione delle persone *che stanno sulla Rete* e alla limitazione di fenomeni distorsivi del libero mercato²), potrebbe forse valere la pena, da un lato, di recuperarne il tratto etico originario e lo spirito collaborativo³ che sono stati alla base di internet⁴; e, dall’altro, riorientare lo spazio, il tempo e i soggetti della regolazione, innovando i modelli sino ad oggi impiegati per accogliere e guidare le modificazioni sociali emergenti, entro un quadro condiviso di principi

*  Lo scritto costituisce una rielaborazione, riveduta e aggiornata, della relazione svolta alla Conferenza Icon-s Italia, Panel “La fine di Internet? Vulnerabilità della democrazia e regolazione delle piattaforme”, Università di Bologna, 16-17 settembre 2022.

¹ Per un quadro complessivo della digitalizzazione nei Paesi UE, cfr. COMMISSIONE EUROPEA, [Digital Economy and Society Index \(DESI\) 2022](#).

² Per uno sguardo d’insieme sullo scenario orientale, v. G. GREENLEAF, *Asian Data Privacy Laws. Trade & Human Rights Perspectives*, Oxford University Press, 2017.

³ Sul punto, v. Y. BAI ET AL., *Constitutional AI: Harmlessness from AI Feedback*, in [arXiv](#) (15/12/2022); L. BRENNAN, *AI Ethical Compliance is Undecidable*, in [Hastings Science and Technology Law Journal](#), 14, 2023, 311 ss.

⁴ In tal senso, V. CERF, *Sulla governance di Internet*, in L. Abba, A. Lazzaroni, M. Pietrangelo (a cura di), *La Internet Governance e le sfide della trasformazione digitale*, ESI, Napoli, 2022, 17 ss.

democratici⁵. La questione della protezione dei diritti fondamentali delle persone (almeno) nei sistemi democratici s'impone oramai trasversalmente per i sistemi e le applicazioni ICT per i quali l'approccio *ethics by design* equivale anche al *fundamental right oriented*. Si tratta, tuttavia, di un modello necessario ma non sufficiente, perché segna la primazia delle Carte dei diritti come parametro di regolazione e controllo, ma sembra non fare i conti fino in fondo con le applicazioni sempre più evolute “messe” sul mercato.

2. La regolazione pubblica: dalla regolazione della “opportunità” alla regolazione “difensiva”

A distanza di molti decenni dalla comparsa e dalla diffusione delle prime applicazioni di ICT, le forme della regolazione – benché valide sotto il profilo formale – appaiono, dunque, inadeguate.

Una lettura attenta della nostra regolazione multilivello, con uno sguardo speciale per il contesto eurounitario, mostra oggi la fragilità e il disorientamento dei legislatori europei dinnanzi alle modificazioni repentine delle applicazioni tecniche e alla loro penetrazione sociale, peraltro ancora molto disomogenea tra i gruppi sociali e sui territori.

Di qui, sul piano formale, l'opzione, in tempi recenti, sia per una maggiore omogeneità della regolazione (ad es., preferendosi i regolamenti alle direttive, sia per forma di coregolazione, attraverso il confronto con tutti i soggetti attivi nello spazio digitale⁶.

Sul piano sostanziale, anche il quadro è notevolmente mutato da quando la regolazione veniva richiesta per sostenere e indirizzare la digitalizzazione, pubblica e privata, e per garantire l'accesso ai nuovi strumenti ICT, mediante più ampie o nuove forme di tutela (“regolazione dell'opportunità”). È stata quella la stagione delle rivendicazioni di nuovi diritti di accesso alle Rete⁷. A questa è andata affiancandosi e sovrapponendosi una “regolazione difensiva” avente ad oggetto misure di protezione delle persone dagli usi deviati, potenziali o reali, della Rete medesima e delle sue applicazioni da parte di singoli o di operatori commerciali. Proprio in questa seconda fase, i sistemi giuridici democratici con le loro procedure poste a garanzia degli equilibri tra i poteri e dei diritti fondamentali della persona hanno mostrato tutta la loro fragilità, emarginati talvolta da veri e propri sistemi regolatori alternativi riconducibili a privati operatori del mercato.

Tale mutamento di prospettiva è stato favorito in gran parte dalla scarsa capacità di visione dei nostri regolatori dinnanzi alla pervasività e mutevolezza dell'oggetto “regolato”, per tacere di una certa arrendevolezza al cospetto dei maggiori operatori di mercato, ai quali di fatto è stato permesso di cogliere le opportunità offerte dalle applicazioni digitali, orientandole al profitto, a scapito, peraltro, di tutele già approntate dagli ordinamenti nazionali o sovranazionali, risultate però inefficaci

⁵ L'affermazione, d'altro canto, di nuovi modelli regolatori, non di rado al limite del quadro democratico è già sotto i nostri occhi: su iniziativa di soggetti privati, attivi e capaci, è il rapporto pubblico-privato, Stato-non Stato è già profondamente mutato. Sul punto, esemplificativo è il lavoro di J. E. GRAY, *Google Rules. The History and Future of Copyright Under the Influence of Google*, Oxford University Press, 2020, mostra l'impatto che Google ha avuto sulle regole in materia di diritto d'autore, riuscendo nei fatti a modificarle in funzione delle proprie scelte politico-economiche. La questione della protezione dei diritti fondamentali delle persone (almeno) nei sistemi democratici s'impone oramai trasversalmente per i sistemi e le applicazioni ICT per i quali l'approccio *ethics by design* equivale anche al *fundamental right oriented*. Si tratta tuttavia di un modello che di per sé non pare risolutivo, perché segna la primazia delle Carte dei diritti e dello Stato regolatore, ma non fa i conti fino in fondo con le applicazioni sempre più evolute messe sul mercato. Sul punto, v. Y. BAI ET AL., *Constitutional AI: Harmlessness from AI Feedback*, cit.; L. BRENNAN, *AI Ethical Compliance is Undecidable*, in *Hastings Science and Technology Law Journal*, cit.

⁶ Si vedano per tutti il recente Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali)

⁷ Volendo, v. M. Pietrangeli (a cura di), *Il diritto di accesso a Internet*, Napoli, ESI, 2011.

3. I sistemi regolatori alternativi: un nuovo ordine giuridico per lo spazio digitale?

Le grandi piattaforme digitali nascono e crescono sul mercato. Esse non soltanto non hanno mai offerto servizi gratuiti, ma all'opposto hanno rafforzato la propria posizione commerciale anche grazie a condizioni vessatorie imposte surrettiziamente agli utenti ignari o non in grado di (od interessati a) comprendere che la gratuità dell'accesso al servizio (mal)celasse invece un costo elevato e sproporzionato. Un quadro che, sin dal principio, ha escluso che questi nuovi e affollati spazi virtuali potessero di per sé soli allargare lo spazio del dibattito pubblico, vivificando gli ordinamenti democratici o contribuendo ad indebolire quelli non democratici, ma che per i numeri di presenza online e penetrazione sociale diffusa di fatto ha imposto di riconsiderare il fenomeno che tale quadro rappresentava e di farlo nella sua complessità⁸.

È vero che alcune delle applicazioni oggi più diffuse tra la popolazione mondiale, i cd. *social media*, sono state dapprima impiegate a fini esclusivamente comunicativi, favorendo le relazioni interpersonali apparentemente cresciute in quantità e qualità, ma la situazione ha presto assunto contenuti differenti, attraverso forme "evolutive" del progetto commerciale originario. Ciò è potuto accadere, perché quel nuovo mercato delle idee ha consentito di raccogliere ed elaborare dati in gran parte personali, sulla base dei quali aziende hanno ridefinito e riorientato la propria posizione sul mercato, accrescendo in modo esponenziale i propri profitti. In tal modo, però, non è stata messa a rischio solo la libertà di concorrenza, ma anche il quadro democratico nel suo complesso, considerato il carattere "sensibile" delle attività svolte online, tutte riconducibili all'esercizio di libertà fondamentali (espressione, informazione, tutela della riservatezza dei dati personali, ecc.)

In definitiva, sistemi di regolazione autonomi e chiusi, che superano e amministrano di fatto il confine dello spazio privato (ma pubblico allo stesso tempo, visto il numero elevatissimo di persone che lo frequentano), peraltro ontologicamente aperto e interrelato col resto dello spazio digitale, si sono posti come alternativi o supplenti rispetto al quadro regolatorio costituito.

In tal senso, le grandi piattaforme sociali, per esempio, esprimerebbero addirittura un "diritto negativo", cioè un diritto nuovo, presente e insistente nella società, riconducibile tuttavia a un sistema di regole che parrebbe sovrapporsi al diritto positivo.

Ora, una simile coesistenza di sistemi regolatori diversi (positivo e negativo) si è già verificata nel corso della storia moderna, inducendo una rimeditazione dell'esercizio di certe libertà, se non configurandone nuove (si pensi, nel nostro caso, all'accesso ad Internet⁹), ma proprio le piattaforme sociali sembrano aver sortito l'effetto opposto, mutilando lo spazio di esercizio di libertà esistenti.

Come s'intuisce, il diritto positivo allude al diritto dello Stato che sorregge e dirige la società civile, si esprime attraverso istituzioni pubbliche e perdura fintanto che i suoi membri sentono di appartenervi. Il diritto negativo è invece il diritto altro, estraneo di fatto e assiologicamente alla realtà statale, ma altrettanto suscettibile d'esser percepito dai componenti della comunità come produttivo di relazioni interpersonali e di valori.

Se, dunque nella nascente società tecnologica il diritto "negativo" valeva a segnalare nuovi comportamenti o nuovi diritti che avrebbero potuto integrare il diritto positivo, perché espressione della società e rappresentazione di nuove fattispecie giuridiche prima sconosciute¹⁰, con i *social media* esso invece sembra farsi ostile. Muta, cioè, la natura della negazione, che perde il carattere di collante tra l'esperienza sociale e l'esperienza giuridica, tendendo invece ad annichilire la sponda dialettica, facendosi tiranno, prevaricando sul diritto positivo e specialmente sui diritti della persona.

Con l'obiettivo di rimettere "la persona al centro", una reazione parrebbe arrivare dal contesto eurounitario, che ha adottato una serie di misure per provare a ridurre e ad arginare le posizioni di

⁸ V. P. COSTANZO, *La «democrazia digitale» (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto pubblico*, 2019, 71 ss.

⁹ Su cui, v. i contributi in M. Pietrangelo (a cura di), *Il diritto di accesso a Internet*, cit.

¹⁰ Per un approfondimento, cfr. V. FROSINI, *Il diritto nella società tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1981, *passim*.

potere economico degli oligopolisti della Rete¹¹.

Agendo sul fronte, ad essa peculiare, della libertà di concorrenza, l'Unione è, infatti, intervenuta col regolamento sui mercati digitali, che dovrebbe, appunto, limitare il potere commerciale delle poche grandi imprese, fornitori di punti di accesso, che hanno la capacità di connettere molti utenti commerciali con molti utenti finali attraverso i loro servizi, e di accedere a grandi quantità di dati in molteplici settori di attività¹².

I cd. *gatekeeper* non sono solo soggetti propensi a pratiche di dubbia lealtà concorrenziale nel mercato interno, ma, con l'imporre le proprie regole sull'economia digitale e sulla società digitalizzata, assumono la veste di legislatori di interi ecosistemi in cui operano a titolo personale o professionale milioni di persone fisiche e giuridiche.

A ben vedere, infatti, questa capacità ha interessato capillarmente i servizi che il nuovo regolamento sussume nella nuova definizione di "servizi di piattaforma di base"¹³, per poter monitorare il controllo del mercato da parte degli oligopolisti, particolarmente, come meglio si vedrà appresso, mediante i criteri del fatturato rilevante e della presenza dei servizi di piattaforma di base in almeno tre Stati dell'Unione¹⁴.

Come si diceva, nell'ultimo decennio, la regolazione pubblica per lo spazio digitale è cresciuta notevolmente, ma orientandosi non più tanto, come alle origini della Rete, ad organizzare i nuovi "spazi di libertà", quanto soprattutto piuttosto nell'arginare, contrastare o inibire fenomeni compressivi delle libertà personali, come la raccolta abusiva dei dati personali e non personali che transitano sulle grandi piattaforme e la proliferazione di contenuti ostili, violenti o nocivi nei confronti dei minori.

Di fronte ad una simile fenomenologia, ai legislatori è, dunque, toccato di accomodare il diritto positivo vigente, nel senso di fronteggiare i colpi inferti a un sistema di regole riconosciute sempre più fragilizzato, che di fatto pareva arretrare dinanzi a un *altro* sistema di regole (il diritto privato delle cosiddette *big tech*) che si andava imponendo.

Così il *Digital Services Act* (DSA) interviene sulla rimozione dei contenuti illegali sulle piattaforme online, mediante un sistema di notifiche, l'accesso agli algoritmi e un meccanismo di risposta alle crisi, oltre al divieto totale di *dark pattern* e di pubblicità mirata nei confronti dei minori. Il *Digital Markets Act* (DMA) ha, invece, nel mirino i comportamenti abusivi delle grandi aziende del settore digitale, puntando sulle sanzioni finanziarie: le piattaforme *gatekeeper* saranno multate del 10 per cento del fatturato mondiale se non rispetteranno le regole dell'UE su interoperabilità ed equità delle condizioni di mercato. Si tratta, dunque, del tentativo dell'Unione europea di farsi interlocutrice e garante a un tempo sui temi della digitalizzazione, dal mercato ai diritti¹⁵. Certamente un posto d'elezione è rappresentato poi dal modello della coregolazione, ma parimenti rilevante è la regolazione tecnica, che andrebbe certamente considerata, nella stessa ottica di accettare e condividere lo stato dell'arte dell'attuale ecosistema digitale.

¹¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common framework for media services in the internal market (European Media Freedom Act) and amending Directive 2010/13/EU, su cui v. F. DONATI, *Unione europea, libertà e pluralismo dei mezzi di informazione*, in *MediaLaws*, n. 2/2022.

¹² Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

¹³ Si tratta di un lungo elenco che comprende, tra gli altri, l'accesso ai servizi di intermediazione online, i motori di ricerca online, i sistemi operativi, i social network, i servizi di piattaforma per la condivisione di video, i servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero, i servizi di cloud computing, gli assistenti virtuali, i browser web e i servizi pubblicitari online.

¹⁴ Cfr. l'articolo 3 del Regolamento (UE) 2022/1925 che reca la "Designazione dei gatekeeper"; e il successivo Capo III relativo alle "Pratiche dei gatekeeper che sono sleali o che limitano la contendibilità".

¹⁵ Sulle strategie dell'Unione europea in comparazione con il diverso approccio statunitense, con uno sguardo specialmente alla regolazione delle applicazioni di intelligenza artificiale, v. E. CHITI, B. MARCHETTI, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2020, 29 ss.; G. RESTA, *Cosa c'è di 'europeo' nella Proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale?* in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2022, 323 ss.

5. Il nuovo corso regolatorio e le prospettive future: Internet tra sicurezza e controllo

Occorre, a questo punto, anche sottolineare come gli interventi degli ultimi anni sulla neutralità della Rete abbiano avuto ricadute importanti sul piano democratico globale, prima che su quello meramente commerciale¹⁶.

I modi e i margini dell'esercizio di alcune libertà in Rete oggi paiono riflettere in definitiva una certa debolezza del diritto positivo (delle regole e del ruolo dei nostri regolatori) e forse anche una qualche difficoltà delle istituzioni democratiche contemporanee, strette per l'appunto dalla crescente presenza di altri pseudo-ordinamenti, minori o settoriali. Una debolezza e una fragilità di cui probabilmente il maggior sintomo è costituito dal disordinato, conflittuale e ridondante quadro normativo. Difficile negare l'impotenza di un sistema delle fonti eroso e cedevole; che inevitabilmente finisce per rafforzare proprio quegli altri ordinamenti alternativi. Una regolazione priva di memoria e di manutenzione che incide negativamente sull'attuazione anche delle prime o più antiche "buone norme" poste a garanzia dell'esercizio dei diritti. Norme dimenticate, ma vigenti. Norme inattuate e ingessate semmai dalla stratificazione successiva, che si accompagnano ad un indebolimento, talvolta sino allo scardinamento, anche di poteri e funzioni dell'apparato istituzionale pubblico che governa le attività in Rete.

In prospettiva diacronica, sono mutati i soggetti, si sono avvicendati nelle funzioni, talvolta si sono moltiplicati e sovrapposti, in definitiva perdendo sempre però in autonomia. A dimostrazione di una fragilità complessiva dell'intero nostro sistema giuridico, a livello nazionale e sovranazionale dentro e fuori degli Stati.

Le novità introdotte di recente dall'Unione europea testimoniano la consapevolezza, a livello istituzionale, dello stallo che si è prodotto anche sotto il profilo regolatorio; e a un tempo dell'urgenza di mutare orientamento anche sul fronte della regolazione medesima. Purtroppo, a mio avviso, resta l'inefficacia del modello adottato, pure se nella forma evoluta o modificata più di recente¹⁷. L'accelerazione che le applicazioni della tecnica impone alla società, più o meno consapevolmente, in positivo come in negativo, richiedono inevitabilmente oramai un nuovo dialogo tra le parti, che muova dallo stato dell'arte attuale. Fino a qualche anno addietro era ancora pensabile un recupero in corsa da parte delle istituzioni democratiche, come tardivamente esse hanno provato a fare, sia sul fronte della libera concorrenza che su quello della tutela dei diritti. Una accelerazione sul cambio di paradigma e quindi più in generale sulla tenuta democratica dei diversi modelli regolatori già sperimentati è stata impressa anche dai profondi mutamenti di carattere economico e finanziario¹⁸.

La compenetrazione tra spazio digitale, diretto da pochi attori, e spazio fisico, unitamente alla richiesta di una sempre maggiore digitalizzazione sia pubblica che privata, invoca probabilmente un nuovo patto sociale, per una trasformazione digitale condivisa e collaborativa. Una prospettiva che pare ben attagliarsi anche ai profili di sicurezza, laddove la richiesta pressante di regole e di interventi

¹⁶ Sul ruolo delle norme tecniche nello "spazio digitale" anche in relazione alla tutela delle libertà fondamentali, v. l'interessante riflessione di G. L. CONTI, *Contratto sociale e grundnorm al tempo degli unicorni*, in L. Abba, A. Lazzaroni, M. Pietrangelo (a cura di), *La Internet Governance e le sfide della trasformazione digitale*, cit., 99 ss.

¹⁷ Cfr. il caso del *Guidance on Strengthening the code of practice on disinformation*, adottata dalla Commissione UE il 26 aprile 2021, su cui v. O. POLLICINO, *I Codici di condotta tra self-regulation e hard law: esiste davvero una terza via per la regolazione digitale? Il caso della strategia europea contro la disinformazione online*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2022, 1050 ss.

¹⁸ Sul modello del "diritto privato regolatorio" (inteso come il diritto privato usato dallo Stato per regolare i mercati, v. le interessanti considerazioni di R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Rivista della regolazione e dei mercati*, 1, 2020, 134 ss., il quale ne esamina le strutture portanti e i punti di crisi. Scrive l'A.: "Nei periodi di transizione, qual è indubbiamente quello in corso, più che in fisionomie definite è facile imbattersi in sistemi ibridi, in cui pezzi di vecchio si mischiano con pezzi di nuovo: così, se da un lato tanti ritengono che, dopo una prima reazione – lo Stato salvatore – dettata da motivazioni contingenti, il ruolo dello Stato regolatore sia uscito addirittura rafforzato dalla crisi, poiché l'ambito geografico di intervento degli organismi regolatori si sarebbe ampliato, estendendosi a livello sovranazionale (...) alcune vicende recenti aprono alla suggestione che anche il diritto privato, come lo Stato, possa assumere in taluni casi i panni del salvatore, rimediando ex post a fallimenti del mercato cui, ex ante, non erano state in grado di porre rimedio le authorities" (145).

per arginare "attacchi informatici" ai singoli e agli Stati andrebbe egualmente ponderata, senza ignorare i rischi di uno sbilanciamento in favore delle esigenze di sicurezza, derivanti anche da una governance verticale, sottratta al controllo democratico degli organi rappresentati e, se possibile, al controllo diffuso della collettività. Su questo occorrerebbe aprire subito una riflessione partecipata, che medi tra le opposte esigenze, e che faccia tesoro degli errori e dei voti dei decenni trascorsi.

Forse solo in tal modo sarà possibile ricondurre nell'alveo delle garanzie democratiche, almeno in quella parte di mondo fisico che è nel nostro orizzonte, tutti i *fenomeni digitali* (compresi i sottosistemi giuridici che di fatto esprimono), in perenne frizione con esso.