



## Le piattaforme digitali come “poteri privati” e la censura online

Ottavio Grandinetti

Sempre più spesso gli studiosi europei ed americani qualificano le piattaforme digitali gestite dalle Big Tech come “poteri privati” e, per quel che riguarda la libertà di espressione e di informazione, come “censori privati”. Il saggio, dopo aver richiamato le più recenti teorie antitrust sulle piattaforme online negli USA e in Europa, si focalizza sulle conseguenze costituzionali di questa qualificazione (potere privato) sulla disciplina della censura online, arrivando alla conclusione che, secondo il diritto costituzionale italiano ed europeo (perlomeno dell'Europa continentale), mentre gli utenti delle piattaforme sono garantiti dalla libertà di espressione e di informazione, le piattaforme online esercitano solo la loro libertà di impresa. Di conseguenza, le piattaforme digitali possono essere sottoposte a limiti a tutela della libertà di espressione e di informazione anche più penetranti dei media tradizionali, che esercitano pur sempre la loro libertà di informazione. E, sulla base dell'art. 10 CEDU e della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, gli Stati hanno l'obbligo “positivo” di garantire la libertà di espressione ed il pluralismo dell'informazione. Infine, alla luce di queste considerazioni generali, il saggio analizza criticamente le proposte di Regolamento UE sui servizi (*Digital Services Act*) e sui mercati digitali (*Digital Markets Act*).

Piattaforme digitali – Poteri privati – Censura online – Internet – Standard della Community

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. I più recenti approcci antitrust alle piattaforme online – 2.1. Dalla scuola di Chicago alla Hipster Antitrust – 2.2. Recenti analisi negli USA – 2.3. Analisi nell'UE ed in alcuni Paesi – 3. Inquadramento costituzionale e ricadute normative – 3.1. Le piattaforme come “poteri privati” – 3.2. Le libertà di espressione (e di informazione) e la censura online – 4. Le proposte di Digital Markets Act (DMA) e Digital Services Act (DSA) – 5. Considerazioni finali

### 1. Premessa

In un numero monografico dedicato alla governance di Internet, il tema delle piattaforme digitali e della loro qualificazione giuridica è senz'altro centrale. Infatti, negli ultimi anni «dal tema della governance in senso stretto, legato alla possibilità per attori statali di predicare l'applicazione e la giustiziabilità delle proprie regole, il fulcro si è spostato alla tutela dei diritti di fronte all'affermazione di un nuovo spazio pubblico digitale, in cui un ruolo di cruciale rilievo è

affidato ai fornitori di servizi che agiscono come intermediari di natura privata»<sup>1</sup>.

Sebbene il presente lavoro si focalizzi soprattutto sul problematico ruolo assunto dagli intermediari di Internet riguardo alla tutela delle libertà di espressione e di informazione, prima di affrontare questi profili si procederà ad un ricostruzione delle più recenti analisi antitrust delle piattaforme digitali (§ 2). Ciò per varie ragioni: anzitutto, perché l'analisi economica dei mercati è tutt'altro che slegata dalle valutazioni funzionali alla tutela del pluralismo infor-

O. Grandinetti è professore a contratto di Diritto dell'informazione presso l'Università degli Studi di Napoli Suor Orsola Benincasa e avvocato.

Questo contributo fa parte del numero speciale “La Internet governance e le sfide della trasformazione digitale” curato da Laura Abba, Adriana Lazzaroni e Marina Pietrangelo.



mattivo, al punto che un'efficace disciplina antitrust è da sempre considerata una condizione necessaria, benché non sufficiente, per una sua effettiva tutela<sup>2</sup>; in secondo luogo, perché per molti studiosi la disciplina antitrust rappresenta uno strumento che concorre a contrastare i poteri privati<sup>3</sup>; in terzo luogo, perché le più recenti analisi antitrust (benché tradizionalmente avverse all'adozione di misure *ex ante*) tendono sempre più a convergere sulla necessità di adottare un'analoga tipologia di rimedi per fronteggiare le nuove sfide derivanti dal potere assunto dalle *big tech*, cioè misure tipiche della normativa a tutela del pluralismo, così ancor più confermandone la necessità in questo campo.

Dopo tale inquadramento, si affronterà il tema della qualificazione delle piattaforme online a livello costituzionale e delle conseguenti ricadute sulla censura privata (§ 3) e poi si esamineranno i più recenti progetti di disciplina in materia a livello UE (§ 4), per trarne alcune considerazioni finali (§ 5).

## 2. I più recenti approcci antitrust alle piattaforme online

### 2.1. Dalla scuola di Chicago alla Hipster Antitrust

Nell'ambito di una crescente<sup>4</sup>, ma non incontrastata<sup>5</sup>, insoddisfazione degli studiosi per le impostazioni ispirate alla c.d. scuola di Chicago, gli Stati Uniti, l'UE ed anche singoli Paesi si sono via via interrogati sull'efficacia dell'attuale impostazione antitrust nel contrastare lo strapotente potere di mercato delle piattaforme digitali.

Muovendo dagli Stati Uniti, in cui le *big tech* hanno i loro quartieri generali, tra gli studiosi è sembrato emergere con evidenza – non solo per quanto riguarda le piattaforme digitali, ma più in generale rispetto alla concentrazione dei mercati in numerosi settori economici<sup>6</sup> – l'insufficienza di un approccio basato sui capisaldi della “moderna” teoria antitrust (ossia quella sviluppatasi tra gli anni '70/'80 del Novecento ed assolutamente predominante sino ai primissimi anni del nuovo millennio): cioè, il binomio del “benessere del consumatore”<sup>7</sup> e dell’“efficienza economica”<sup>8</sup>.

All'approccio c.d. strutturalista predominante sino agli anni '60 (in cui l'assetto monopolistico o anche solo oligopolistico dei mercati veniva visto in sé come un rischio per lo sviluppo di una sana concorrenza<sup>9</sup>) si sostituisce infatti, prima nell'applicazione giurisprudenziale della Corte Suprema<sup>10</sup> e poi nella prassi del Dipartimento di Giustizia (*DoJ*),

l'approccio ispirato alla scuola di Chicago, secondo la quale – sintetizzando un discorso ben più complesso – è la dinamica dei prezzi nel breve termine a rappresentare il vero criterio per discriminare tra operazioni/condotte anticompetitive e non: ove i prezzi al consumo si riducano e non vi siano restrizioni nella produzione, il benessere del consumatore sarebbe soddisfatto, grazie ad una migliore efficienza allocativa.

Tuttavia, negli ultimi anni a questo approccio si contrappongono sempre più spesso altre scuole di pensiero – variamente denominate, talvolta con sottintesa ironia<sup>11</sup>, *hipster*, *Woodstock* o *newbrandeisian*<sup>12</sup> antitrust – che però, almeno nelle loro più elaborate prospettazioni, non propongono un mero ritorno allo “strutturalismo” del passato, bensì un deciso ridimensionamento dell'applicazione del criterio basato sulla dinamica dei prezzi nel breve termine e, per contro, la valorizzazione di criteri correlati ad elementi strutturali dei mercati ed alle loro dinamiche competitive, come: l'esistenza di barriere all'entrata; i conflitti di interesse che possono sorgere ove uno stesso soggetto dominante in un dato mercato estenda la sua presenza in mercati collegati; il sorgere di “colli di bottiglia” o di *gatekeeper*<sup>13</sup>; la dinamica del potere di contrattazione; il controllo e l'utilizzo dei dati<sup>14</sup>.

Sebbene, come detto, le critiche non riguardano solo i nuovi mercati digitali, non v'è dubbio che l'approccio della scuola di Chicago si è rivelato maggiormente inadatto proprio con riferimento alle dinamiche concorrenziali dei mercati digitali, in relazione ai quali il criterio della dinamica dei prezzi entra in crisi innanzitutto a causa dell'assenza di un corrispettivo monetario dei servizi offerti dalle *big tech*, data la loro remunerazione attraverso l'uso dei dati degli utenti. In particolare, secondo i critici della scuola di Chicago, sarebbe stata proprio l'inadeguatezza dei criteri unicamente valorizzati da questa dottrina ad aver impedito un efficace contrasto alla crescita abnorme delle maggiori *tech company*, note con l'acronimo GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft)<sup>15</sup>.

I sostenitori delle nuove teorie contestano anzitutto che il “benessere del consumatore” sia l'unico interesse perseguito dalla normativa antitrust e, richiamandosi allo spirito dei padri dello Sherman Act e del Clayton Act, rivendicano che la legislazione contro i monopoli sia volta a perseguire anche altre finalità, come: la tutela contro la concentrazione e l'abuso del potere economico; la difesa contro la possibilità per le grandi imprese di realizzare profitti monopolistici, dannosi per la generalità; la tutela delle libertà economiche e la libertà dell'iniziativa economica privata,



da realizzarsi soprattutto lasciando aperti i mercati; la garanzia delle libertà dei singoli<sup>16</sup>.

## 2.2. Recenti analisi negli USA

Ai fini del presente lavoro, è peraltro sufficiente prendere atto che le istituzioni USA, a fronte del crescente allarme per il potere accumulato dalle piattaforme digitali, sembrano da ultimo aver sposato le teorie più recenti.

Nell'ottobre del 2020 il rapporto di maggioranza redatto all'esito di un'inchiesta della Camera dei rappresentanti ha affermato, dopo un'approfondita e molto documentata indagine sulla concorrenza nei mercati digitali, che il potere di mercato delle maggiori piattaforme rischia di compromettere *non solo le libertà economiche ma anche quelle politiche*<sup>17</sup>.

Ancor più chiaramente, nell'*Executive Order* sulla promozione della concorrenza nell'economia americana, adottato il 9 luglio 2021 dal presidente Biden, si afferma che la normativa antitrust (dallo Sherman Act in poi) ha avuto come *ratio* non soltanto la tutela degli interessi economici, ma "al contempo la realizzazione di un ambiente favorevole al *mantenimento delle ... istituzioni democratiche, sociali e politiche*"<sup>18</sup>. Come ivi affermato, la concentrazione in atto nell'economia americana verificatasi negli ultimi decenni ha provocato un indebolimento della concorrenza negando agli americani i benefici di un'economia aperta<sup>19</sup> ed allargando le disegualianze. Per quel che più specificamente riguarda il nostro tema, il maggior pericolo viene individuato nel consolidarsi, in capo ad un piccolo numero di *big tech*, del potere di inibire l'ingresso nei relativi mercati a nuovi entranti, di conseguire profitti monopolistici, di raccogliere i più intimi dati personali per sfruttarli a proprio vantaggio, di svolgere il ruolo di *gatekeeper* per molte piccole e medie aziende la cui sopravvivenza dipende dall'accesso a queste piattaforme, nonché di provocare, a causa della dominanza nel mercato della pubblicità (indispensabile fonte di finanziamento per i media tradizionali), la chiusura o il ridimensionamento di molti giornali. Cosicché il contrasto al potere delle piattaforme digitali rappresenta una priorità dell'Amministrazione Biden, con particolare riferimento alle *killer acquisition* (ancorché verificatesi anni addietro<sup>20</sup>), alla raccolta di dati, alla connessa sorveglianza degli utenti, alla concorrenza sleale sul mercato dell'attenzione ed alle esternalità di rete (c.d. *network effect*).

Nel contesto americano, per ciascuna delle piattaforme dominanti sono state individuate le principali distorsioni nei mercati digitali.

In estrema sintesi<sup>21</sup>, per quanto riguarda Facebook (FB), essa detiene una quota di mercato sostanzialmente monopolistica nei servizi di social networking e tale posizione appare difficilmente contendibile a causa delle barriere all'ingresso rappresentate dai *network effect*<sup>22</sup> e dai costi di transizione (c.d. *switching cost*) che gli utenti devono affrontare, non tanto in termini di spesa economica, quanto di tempo<sup>23</sup> per ricreare il proprio gruppo di contatti e la propria immagine sul nuovo social, derivanti anche dalla mancanza di interoperabilità di FB con gli altri social. Un altro punto di forza di FB, che finisce col creare un'ulteriore barriera all'entrata, è la grande mole di dati a disposizione, utilizzata non solo per offrire ai propri utenti servizi sempre più personalizzati (con il risultato di attrarre così sempre più utenti), ma anche per inviare loro pubblicità targettizzata, così rafforzando la dominanza di FB anche sull'altro versante del mercato della piattaforma, vale a dire quello degli inserzionisti pubblicitari. FB gioca inoltre un indubbio ruolo di *gatekeeper* nel consentire o meno ad altre imprese l'accesso a detti dati. Anche grazie ai dati derivanti da questo accesso da parte di imprese terze per offrire i loro servizi, FB ha poi potuto mettere a punto una strategia volta ad identificare potenziali concorrenti e a duplicare i loro servizi, emarginarli (anche privilegiando sulla piattaforma i propri prodotti) ovvero acquistarli, come nel caso di Instagram e WhatsApp. Queste due ultime acquisizioni hanno infatti ulteriormente ampliato la dominanza di FB, tra l'altro, estendendola al mercato degli utilizzatori di smartphone, così come l'acquisizione di Oculus (la società di realtà aumentata a base degli ultimissimi sviluppi di FB in Meta) proietta la dominanza di FB anche nel prossimo futuro.

Per quanto riguarda Google, essa offre il notissimo social medium YouTube ed una serie di servizi online che costituiscono il c.d. ecosistema Google, come il browser Chrome, il motore di ricerca Google Search, i servizi Gmail, Google Maps, Google Photos, Google Drive, Google Play Store. In particolare, Google detiene una quota di mercato sostanzialmente monopolistica nei servizi dei motori di ricerca generici (cioè non specializzati in determinati settori) e nella c.d. *search advertising* (cioè la pubblicità mostrata in occasione di query su un motore di ricerca), anche mediante la progressiva attenuazione della differenza grafica tra risultati sponsorizzati e non. Si tratta anche qui di posizioni di dominanza difficilmente contendibili per la presenza di notevoli barriere all'ingresso, rappresentate dalle economie di scala nell'attività di indicizzazione delle pagine web e nella raccolta dei dati relativi alle ricerche (*click-and-query data*). Grazie alla titolarità di Android (il



sistema operativo per dispositivi mobili più diffuso al mondo) Google ha potuto ottenere dai produttori di hardware la preinstallazione dei propri servizi e persino il divieto di installazione di servizi concorrenziali con i propri, talvolta assumendo condotte ritorsive sui servizi prestati a terzi nel proprio ecosistema, dei quali anche i concorrenti non possono far a meno (si pensi all'intermediazione della pubblicità tra fornitori di contenuti ed inserzionisti, rispetto ai quali Google assume il ruolo di *gatekeeper*, con il crearsi di notevoli conflitti di interesse). Il contestuale controllo di tanti e tali servizi, da un lato, incentiva la società a riservare nell'ecosistema Google un trattamento preferenziale ai propri prodotti (*self-preferencing*), dall'altro produce in via sinergica un'enorme mole di dati personali, attraverso i quali Google può tracciare le condotte dei propri utenti (a partire dall'uso del browser in avanti) e influire sugli altri operatori, decidendo se farli o meno accedere a detti dati. Con l'assistente virtuale Google Assistant, ma soprattutto con il Google Cloud, la società sta anche estendendo la propria influenza alla c.d. *Internet of Things* (IoT) e, con accordi con i produttori di dispositivi, alle ricerche effettuate da smartphone attraverso query vocali.

Per quanto riguarda Amazon, essa da un lato è titolare della famosissima omonima piattaforma di commercio elettronico (rivestendo il ruolo di *gatekeeper* per far incontrare la domanda dei consumatori e l'offerta di aziende terze), dall'altro lato produce e vende sulla stessa piattaforma prodotti propri, con l'inevitabile insorgere di conflitti di interesse e del rischio del *self-preferencing* in un numero crescente di settori merceologici. Ad es., Amazon detiene una posizione sostanzialmente monopolistica, nel commercio dei libri ed ancor di più degli e-book, ma è altresì un importante editore. A ciò si aggiunge il ruolo di produttore di audiovisivi e di hardware, di titolare di un'estesissima rete di logistica e trasporto, di un sistema di pagamento elettronico e di leader mondiale nei servizi cloud. Si tratta, anche in questo caso, di una dominanza difficilmente contendibile a causa di barriere all'ingresso, tra cui i *network effect* (maggiori compratori attirano maggiori venditori in un circuito autoalimentantesi), l'esistenza di costi di transizione (rafforzato dall'utilizzo di programmi di fidelizzazione come Amazon Prime, per giunta offerto in perdita) e gli altissimi costi per duplicare un sistema di logistica molto ampio e capillare. Il doppio ruolo giocato da Amazon (di gestore della piattaforma e di concorrente dei venditori terzi) le consente altresì di sfruttare i dati sulle vendite dei prodotti terzi per trarne vantaggio. A questi dati si aggiungono poi quelli derivanti dall'enorme mole di transazioni realizzate sulla piattaforma e, da ultimo, i dati

derivanti da dispositivi di domotica e di assistenza virtuale (Alexa), attraverso i quali Amazon ha acquisito una notevole forza di mercato nell'IoT, grazie anche al suo servizio cloud. Dati attraverso i quali Amazon può offrire ai propri utenti beni e servizi sempre più ritagliati sui loro gusti e preferenze.

Infine, per quanto riguarda Apple, essa, sebbene abbia sinora tratto gran parte dei suoi ricavi dalla vendita di dispositivi (come iPhone, iPad, Apple TV, ecc.) e dei loro accessori, ha acquisito un notevole potere di mercato nei sistemi operativi su dispositivi mobili (Apple è titolare del sistema iOS<sup>24</sup>) ed un potere monopolistico nella vendita (attraverso il suo canale esclusivo App Store) di tutte le applicazioni basate su iOS, anche se sviluppate da terze parti, controllando l'accesso a milioni di iPhone e di iPad (anche mediante la preinstallazione delle sue app) e creando un ecosistema da essa interamente dominato. La perfetta conoscenza dei dati di commercializzazione delle app terze consente ad Apple di proporre sul mercato applicazioni concorrenziali basate sulle stesse funzionalità di quelle di maggior successo. Con il suo assistente virtuale (Siri), la società ha persino rafforzato questa sua posizione anche nella disponibilità di dati, benché Apple offra in media ai propri utenti maggiori garanzie sul piano della privacy rispetto agli altri operatori. Apple ha poi acquisito, con Apple Music, un notevole potere di mercato anche nella commercializzazione di brani musicali ed è ben presente nell'audiovisivo attraverso Apple TV+.

Ebbene, per fronteggiare queste problematiche situazioni competitive, negli USA vengono ora proposti vari rimedi che vanno dall'introduzione di una presunzione di anticoncorrenzialità in ordine a nuove acquisizioni di imprese da parte delle piattaforme dominanti, a divieti per le *big tech* di tenere condotte discriminatorie (compreso il *self-preferencing*), sino all'imposizione di separazioni strutturali e divieti di operare in mercati contigui a quelli in cui le maggiori piattaforme sono già presenti<sup>25</sup>, ovvero di obblighi propri dei gestori di servizi essenziali (*common carrier*)<sup>26</sup>. Rimedi, come si può notare, di marcato stampo regolatorio (specialmente gli ultimi indicati).

### 2.3. Analisi nell'UE ed in alcuni Paesi

Non sorprendentemente (visto che i mercati digitali sono globali) anche l'UE e singoli Paesi, non solo europei, hanno manifestato una generale insoddisfazione per i tradizionali rimedi antitrust ed individuato analoghe criticità in capo alle stesse piattaforme, pure per quel che riguarda il loro problematico rapporto con le libertà dei singoli<sup>27</sup>.



Per gli aspetti antitrust, la Commissione europea ha avviato un progetto di riforma finalizzato ad identificare nuovi rimedi (*New Competition Tool* - NCT) idonei a risolvere i problemi strutturali riscontrati in alcuni mercati nel corso dei casi esaminati negli ultimi anni ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE<sup>28</sup>. Sebbene tali problemi strutturali si riscontrino anche in mercati tradizionali<sup>29</sup>, è proprio nei nuovi mercati digitali (in cui i titolari delle piattaforme assumono, appunto, il ruolo di *gatekeeper* e posseggono per questo una completa conoscenza dei mercati) che c'è il rischio di una riduzione del grado complessivo di concorrenza e della possibilità – per le imprese *dominanti* in un mercato – di adottare strategie distorsive della concorrenza nei mercati adiacenti e – per le imprese persino *non dominanti*, ma dotate comunque di potere di mercato – di adottare nel loro stesso mercato strategie non contrastabili attraverso i tradizionali rimedi antitrust. La presenza nei mercati digitali di estreme economie di scala e di scopo nonché di forti esternalità di rete (che portano facilmente al *lock-in* degli utenti, anche per scarso ricorso al *multi-homing*<sup>30</sup>), assieme ad un alto grado di concentrazione dei mercati ed all'esistenza di barriere all'entrata, anche dovute al c.d. *zero pricing* ed alla centralità dei dati, sono tutti fattori che favoriscono il rischio di un'improvvisa caduta della concorrenza una volta che un'impresa abbia raggiunto in quel mercato una determinata soglia critica (c.d. *tipping market*).

Del resto, a conclusioni del tutto convergenti sono giunte anche le analisi economiche svolte in singoli Paesi<sup>31</sup>, com'è avvenuto ad es. in Francia<sup>32</sup>, in Germania<sup>33</sup>, in Italia<sup>34</sup>, nel Regno Unito<sup>35</sup> ed in Australia<sup>36</sup>.

Va peraltro sottolineato che gli NCT non vengono proposti come unico rimedio al dominio delle piattaforme, come dimostra la presentazione da parte della Commissione di due proposte di regolamenti (il *Digital Services Act* (DSA)<sup>37</sup> e il *Digital Markets Act* (DMA)<sup>38</sup>) volti ad introdurre una regolazione *ex ante* e *platform-specific* (proposte che, per gli aspetti di rilievo per il presente lavoro, verranno esaminate nel § 5).

### 3. Inquadramento costituzionale e ricadute normative

#### 3.1. Le piattaforme come “poteri privati”

In considerazione di quanto osservato sopra, non dovrebbero sussistere dubbi sulla posizione di dominanza economica rivestita dalle maggiori piattaforme, peraltro – come si è visto – foriera di conseguenze sul piano dei diritti di libertà non solo in campo econo-

mico. E, per quanto qui più rileva, è ormai comunemente condiviso l'assunto che le maggiori piattaforme svolgono un ruolo di *gatekeeper* anche nel campo delle libertà di espressione e di informazione, atteso che le piattaforme incidono *direttamente* sulla diffusione delle notizie e in generale delle idee<sup>39</sup>. Al riguardo, basti pensare alle attività di moderazione<sup>40</sup> e raccomandazione<sup>41</sup> dei contenuti svolte da quasi tutte le piattaforme (ivi comprese le attività di prioritarizzazione dei risultati e di completamento automatico delle query) nonché alla selezione algoritmica delle sole notizie rispondenti alle preferenze degli utenti individuate mediante la loro profilazione. Si pensi, ancora: per Facebook *almeno* al suo notissimo servizio di *newsfeed*; per Google *almeno* a Google News; per Amazon *almeno* alla sua attività di editore e venditore di libri<sup>42</sup> nonché a Prime Video; per Apple *almeno* ad Apple News e ad Apple TV+. Si consideri infine l'influenza *indiretta* esercitata mediante il controllo sulla pubblicità, che rappresenta la maggiore fonte di finanziamento dei media tradizionali.

Nelle più recenti analisi giuridiche, è ormai invalsa la qualificazione delle piattaforme come “poteri privati”: cioè, soggetti che agiscono nelle forme del diritto privato, ma che, per la loro posizione di forza economica e/o sociale, sono capaci di incidere sull'esercizio delle libertà fondamentali dei singoli<sup>43</sup>. È, difatti, attraverso la mera predisposizione unilaterale di condizioni generali di contratto (CGC) variamente denominate<sup>44</sup> che vengono individuati i contenuti diffondibili (e non), nonostante si tratti di c.d. contratti *click wrap*, le cui condizioni vengono accettate dagli utenti senza neanche leggerle<sup>45</sup>.

Come detto, la definizione di “poteri privati” è ampiamente utilizzata dai giuristi sia negli USA che da noi: sembra peraltro opportuno distinguere le diverse ragioni del suo utilizzo nei due contesti. Oltre oceano il tema viene evocato poiché, di norma, è esclusa l'efficacia delle previsioni costituzionali nei rapporti interprivati<sup>46</sup>, salvo che un soggetto privato rivesta nei fatti un ruolo assimilabile a quello svolto da un soggetto pubblico (*state actor*) esercitando nei confronti di altri privati poteri assimilabili a quelli pubblici (si tratta delle nota e risalente *state action doctrine*<sup>47</sup>). Peraltro, le rigorose condizioni richieste per superare il test per la qualificazione come *state actor* rendono difficile trarre da questa sola qualifica (potere privato) conseguenze giuridiche nell'ordinamento statunitense.

In Europa ed in Italia, la tradizione dell'efficacia diretta delle disposizioni costituzionali (nota come *Drittwirkung*) invece consente di ricollegare a quella qualifica alcune conseguenze giuridiche ed apre, quantomeno per la giurisprudenza maggioritaria<sup>48</sup>,



all'introduzione del rispetto delle libertà costituzionali tra i parametri per valutare i limiti all'autonomia contrattuale delle parti, anche relativamente alle CGC delle piattaforme digitali<sup>49</sup>.

Un altro elemento che distingue, per quel che qui rileva, il contesto americano dal nostro è che negli USA, data l'ampia portata riconosciuta al *free speech*, le piattaforme possono richiamarsi al Primo Emendamento, nonostante la loro attività per legge non possa essere equiparata a quella di un editore<sup>50</sup>. Al contrario, un corretto inquadramento dell'attività delle piattaforme in un contesto europeo (ed italiano) dovrebbe ricollegarla alla (sola) libertà di iniziativa economica privata<sup>51</sup>. Di conseguenza, per quel che concerne la nostra Costituzione, l'attività delle piattaforme ben può essere limitata per tutelare sicurezza, libertà e dignità umana nonché per evitare che essa si svolga in contrasto con l'"utilità sociale"<sup>52</sup>.

Al riguardo è significativo, per un verso, che nelle controversie presentatesi dinanzi ai giudici nazionali, le piattaforme non abbiano invocato, a sostegno delle loro tesi, l'art. 21 Cost. (anche solo sotto il profilo del rispetto della libertà dei media, restando in ciò fedeli all'impostazione in forza della quale esse non rispondono dei contenuti caricati dagli utenti) e, per altro verso, che nelle CGC l'enfasi venga posta sull'impegno a permettere agli utenti l'esercizio della loro libertà di espressione (e non delle piattaforme)<sup>53</sup>. Risulta perciò poco persuasivo il paragone, talvolta effettuato, tra la posizione delle piattaforme e quella degli editori e segnatamente delle imprese televisive, cercando di trarne conseguenze in merito alla (il)legittimità dell'imposizione alle piattaforme di limiti volti ad assicurare le libertà di espressione e di informazione nella moderazione dei contenuti<sup>54</sup>.

Concludendo sul punto, quando si parla di potere privato va pertanto tenuto ben presente che si tratta di "potere d'impresa" *ex* art. 41 Cost., come avrebbe detto Stefano Rodotà<sup>55</sup>.

### 3.2. Le libertà di espressione (e di informazione) e la censura online

Il fatto che, nella ricostruzione proposta, l'art. 21 Cost. non venga in considerazione per definire lo "statuto costituzionale delle piattaforme digitali"<sup>56</sup> non vuol ovviamente dire che esso non entri in gioco, sia sotto il profilo della libertà *individuale* di espressione degli utenti, sia sotto quello dell'interesse *generale* ad un'informazione pluralista. Significa piuttosto che, nel bilanciamento tra la libertà degli utenti e quella delle piattaforme, non ci si trova dinanzi all'arduo compito di dover contemperare – così come avviene, ad es., nella disciplina sulla *par condicio* –

posizioni di privati che, *entrambi*, godono della tutela di cui all'art. 21 Cost. (nel caso dei media, quantomeno *sub specie* di libertà a darsi una propria linea editoriale). Ne consegue che i limiti ritenuti legittimamente imponibili ai media sono senz'altro riproponibili a carico delle piattaforme e che queste ultime sono, anzi, suscettibili di essere sottoposte a discipline anche più stringenti, al fine (e nei limiti) di garantire che l'attività economica da esse svolta non violi le libertà dei singoli.

Ciò ha una diretta ricaduta sui distinti (ma connessi) temi degli obblighi imponibili alle piattaforme e della c.d. censura privata da loro esercitata online.

Quanto alla censura privata (questione che ovviamente si poneva anche prima dell'avvento dei social network), va peraltro detto che la posizione della giurisprudenza costituzionale è, oltre che molto risalente, anche perplessa su alcuni aspetti di fondo. Se in una sentenza del 1970 la Corte affermava, infatti, con risolutezza che «non è lecito dubitare che la libertà di manifestare il proprio pensiero debba imporsi al *rispetto di tutti, delle pubbliche autorità come dei consociati*, e che nessuno possa recarvi attentato senza violare un bene assistito da rigorosa tutela costituzionale»<sup>57</sup>, in due sentenze di poco successive la Consulta ha invece sostenuto che la censura vietata dal secondo comma dell'art. 21 debba identificarsi solo con l'«istituto tipico del diritto pubblico, secondo cui gli organi dello Stato (...) esercitano autoritativamente un controllo preventivo sulla stampa, adottato con provvedimento contenente un giudizio sulla manifestazione del pensiero rimesso alla Pubblica amministrazione»<sup>58</sup>.

In dottrina, nonostante sia ampiamente condivisa l'opinione secondo cui l'art. 21 Cost. opera anche nei rapporti interprivati<sup>59</sup>, il tema della censura privata non sembra essere stato particolarmente investigato, salvo che con riferimento alle decisioni del direttore responsabile nell'ambito dei media tradizionali ed agli edicolanti per la responsabilità nell'esposizione di stampati pornografici. In particolare, quando il tema della censura privata è stato affrontato *all'interno* dei media tradizionali, il bilanciamento tra le contrapposte situazioni (tutte riferibili all'art. 21 Cost.) è stato risolto facendo prevalere, per un verso, il soggetto (cor)responsabile per i contenuti che l'altro soggetto pretendesse di diffondere (esemplare è l'ipotesi del direttore responsabile, *ex* art. 57 c.p.<sup>60</sup>) e, per altro verso, l'editore del medium, il quale, oltre ad essere civilmente corresponsabile per quei contenuti, sopporta un rischio di impresa *strettamente correlato* all'indirizzo editoriale che ha diritto di imprimere al medium, anche in forza del riconoscimento della libertà di espressione pure in capo alle persone



giuridiche private (si pensi al contrasto sul mutamento dell'indirizzo della testata tra la società editoriale ed il singolo redattore, che può soltanto dimettersi a condizioni per lui meno sfavorevoli, invocando la c.d. clausola di coscienza<sup>61</sup>).

Solo poche, pur autorevoli, voci hanno posto l'attenzione sul problema della censura privata operata dal "monopolista di un mezzo di diffusione" che assuma "veste di censore", per concludere peraltro che «una censura esercitata da privati nei confronti di privati ... è qualcosa di ben peggio» rispetto alla censura esercitata dai pubblici poteri<sup>62</sup>.

Ora, tornando su queste basi al tema della censura privata online, la cui esclusa invocabilità dell'art. 21 Cost. da parte delle piattaforme trova conferma nel fatto che l'intervento censorio non potrebbe essere giustificato dalla titolarità in capo alla piattaforma della libertà di espressione e/o dal suo diritto di imprimere al social una determinata linea editoriale. E ad un risultato del tutto analogo dovrebbe pervenirsi anche applicando il sopra richiamato "criterio della responsabilità", considerata la ben nota esenzione di responsabilità disposta a favore delle piattaforme per i contenuti caricati dagli utenti<sup>63</sup>.

Sul piano costituzionale dovrebbe perciò escludersi che la censura privata delle piattaforme possa prevalere sulla libertà di manifestazione dei singoli<sup>64</sup>, salvo che essa non si risolva nel reprimere espressioni già considerate illecite dall'ordinamento giuridico (compresa ovviamente la Costituzione<sup>65</sup>).

È pur vero che spesso sono proprio gli Stati a "delegare"<sup>66</sup> alle piattaforme quell'attività di censura che essi non effettuano per ragioni legate ad asserite difficoltà tecniche o economiche. Ma anche "uno Stato che miri ad essere minimo" dovrebbe considerare "irrinunciabile" il compito di decidere cosa possa essere pubblicamente diffuso in rete<sup>67</sup>, quantomeno limitandosi ad attribuire ai titolari dei social una delega solo "funzionale"<sup>68</sup>. In ogni caso, uno Stato non dovrebbe rinunciare a regolare l'esercizio di questi poteri privati, prevedendo idonee garanzie a tutela delle libertà dei suoi cittadini, visto che ragioni di ordine costituzionale non soltanto lo consentono, ma addirittura lo impongono, come si dirà subito.

Passando infatti al tema degli obblighi imponibili alle piattaforme per garantire le libertà di espressione e di informazione, tanto che si ritenga che le piattaforme decidano *tout court* cosa vediamo o leggiamo<sup>69</sup>, quanto che si ritenga invece che esse si "limitino" ad organizzare l'informazione mondiale<sup>70</sup> o persino che vengano paragonate solo a dei distributori o alle edicole<sup>71</sup>, non può disconoscersi il ruolo comunque determinante da loro giocato nell'ambito informativo.

Di conseguenza, così come non si è, ad es., mai dubitato – quantomeno da noi – della legittimità dell'obbligo di parità di trattamento imposto ai distributori di giornali o alle edicole<sup>72</sup>, proprio per tutelare il diritto all'informazione, non dovrebbe neppure dubitarsi della legittimità di un'eventuale imposizione di siffatti obblighi a carico delle piattaforme. Alla stessa stregua, sembra *a fortiori* legittima l'imposizione a carico delle piattaforme degli obblighi già imposti ai media al fine di tutelare il pluralismo informativo, tanto più che la Corte europea dei diritti dell'uomo (CtEDU) ha in più occasioni affermato che, in forza dell'art. 10 CEDU, sugli Stati incombe l'*obbligo positivo* di predisporre un quadro legislativo e amministrativo idoneo ad assicurare un pluralismo effettivo dell'informazione, di cui lo Stato dev'essere l'*ultimate guarantor*<sup>73</sup>.

Il ruolo monopolistico o quasi-monopolistico assunto da alcune piattaforme nei rispettivi mercati dovrebbe inoltre rendere ancor più giustificato un intervento<sup>74</sup> e, forse, superare possibili critiche (dogmaticamente liberali) volte a contestare in radice la pretesa di trattare e disciplinare il "potere sociale" delle piattaforme alla stregua di un "potere giuridico"<sup>75</sup>. La presenza di posizioni dominanti dovrebbe, infatti, suscitare minori perplessità in chi ritiene che siano contrarie anche ai principi liberali le «attività gestite in situazioni di monopolio o in posizioni del tutto "dominanti"»<sup>76,77</sup>.

A queste osservazioni non varrebbe obiettare che le sfide poste dalle piattaforme sono senza precedenti nella storia dell'informazione e che non va compiuto l'errore di guardare ad esse utilizzando vecchi schemi (più o meno come si fece considerando le auto "carrozze senza cavalli"<sup>78</sup>) ed ancora che oggi non sono più i media ad essere gli *intermediari*<sup>79</sup>, venendo invece essi *intermediati* dalle piattaforme<sup>80</sup>. Infatti, qui non si vuole affatto proporre di applicare acriticamente le stesse regole ai nuovi intermediari, quanto piuttosto di prendere atto che, ferma restando la necessità di applicare strumenti di tutela adatti ai nuovi attori, alcuni problemi di fondo sollevati dalle piattaforme possono trovare un buon punto di partenza nella pluridecennale elaborazione sui media<sup>81</sup>, tanto più che l'inapplicabilità ad esse dell'art. 21 Cost. consente un più ampio intervento sulle piattaforme.

Neppure varrebbe obiettare che l'esclusione dai social non comporta in sé l'impossibilità per un soggetto di esercitare la propria libertà di espressione con altri mezzi, poiché una simile obiezione avrebbe potuto muoversi, ad es., anche alla disciplina sulla *par condicio* (visto che sarebbero sicuramente rimasti fruibili media diversi dalla radio e dalla televisio-



ne) e che, in teoria, persino nel caso dei tradizionali servizi pubblici potrebbe predicarsi la non indispensabilità degli stessi per esercitare i propri diritti<sup>82</sup>.

È peraltro vero che, per pervenire ad una disciplina a tutela dell'informazione che sia efficace ma al contempo proporzionata ai problemi da affrontare, bisogna utilizzare un set di criteri adatti ai fenomeni che si vogliono regolare: quindi se, ad es., per un motore di ricerca potrebbe esser lecito guardare alla quota di mercato (in mancanza di altri dati più pertinenti), nel caso dei social network potrebbe risultare più appropriato tener presente il numero degli utenti (una sorta di audience, almeno potenziale) della piattaforma<sup>83</sup>. E, considerato l'ambito ancora prevalentemente nazionale del pluralismo informativo (dovuto anche al fattore linguistico ed al livello nazionale della gran parte delle consultazioni elettorali e referendarie), a tal fine bisognerebbe guardare alle quote di mercato ed agli utenti di *ciascun* Paese<sup>84</sup>.

Inoltre, la previsione di questi criteri, da un lato, eviterebbe di trattare situazioni diverse in modo eguale (si pensi a social network assolutamente nascenti o irrilevanti ai fini del pluralismo informativo dato il loro ridotto numero di utenti), dall'altro promuoverebbe l'ingresso nel mercato di nuovi player (i quali altrimenti non potrebbero paradossalmente giovare dei vantaggi sin qui goduti dalle piattaforme ora dominanti).

#### 4. Le proposte di *Digital Markets Act* (DMA) e *Digital Services Act* (DSA)

Alla luce delle considerazioni sopra svolte è possibile esaminare il primo tentativo, ancora *in fieri*, di regolare il potere privato delle piattaforme digitali, cioè la presentazione delle *proposte* di DSA e DMA, evidenziandone luci ed ombre, limitatamente ai temi qui di interesse.

Va detto in premessa che, sebbene le due coeve proposte debbano essere valutate in connessione tra loro<sup>85</sup> (anche in considerazione dell'utilizzo promiscuo delle piattaforme per fini informativi e commerciali), il DMA ha ad oggetto solo gli squilibri *economici* e le pratiche *commerciali* sleali delle piattaforme digitali (collocandosi perciò in un rapporto di più diretta complementarità con la normativa antitrust e con le proposte sui NCT), laddove il DSA intende introdurre, con portata *orizzontale*<sup>86</sup>, norme relative a tutte le attività degli intermediari online – quindi anche non economiche – ed alle responsabilità di questi ultimi. Questa diversità di ambiti ha un suo riscontro, oltre che nel contenuto delle due proposte, anche sul piano lessicale, poiché nel DMA i soggetti sottoposti agli specifici obblighi ivi previsti vengono

definiti “*gatekeeper*”<sup>87</sup>, mentre nel DSA i differenti obblighi ivi previsti si applicano ai “prestatori di servizi intermediari” (*mere conduit, caching e hosting*<sup>88</sup>) ed alle “piattaforme online”<sup>89</sup>, discostandosi così le proposte dall'uso comune dei tre sintagmi. Peraltro, alcune tipologie di operatori (ad es., social media e mercati online) ben possono soddisfare i requisiti di tutte le definizioni<sup>90</sup>, così riconfermandosi l'obiettivo correlazione tra le due proposte normative.

In particolare, il DSA ha come obiettivo dichiarato quello di assicurare che i cittadini UE possano esercitare liberamente i propri diritti fondamentali, in particolare la libertà di espressione e di informazione, imponendo anche a tal fine obblighi asimmetrici ai prestatori di servizi intermediari in funzione della loro natura e dimensione<sup>91</sup>.

Il DSA prevede, infatti, una disciplina “a cerchi concentrici”. *Nel primo cerchio* (il più ampio) rientrano *tutti* i prestatori di servizi intermediari, nei confronti dei quali, per un verso, sono ribadite le regole di (esenzione da) responsabilità già contenute nella direttiva sul commercio elettronico, per altro verso vengono però introdotti nuovi obblighi di diligenza. *Nel secondo cerchio* rientrano i soli prestatori di servizi di hosting – appunto, le “piattaforme online” – assoggettati ad obblighi più puntuali. *Nel terzo cerchio* (il più ristretto) vengono introdotti obblighi ancor più rigorosi per le sole “piattaforme di dimensioni molto grandi” (in prosieguo “grandi piattaforme”), cioè quelle che prestano i loro servizi a un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio di almeno 45 milioni nell'UE, pari al 10% della popolazione europea.

Di conseguenza, per tutti i prestatori dei servizi intermediari sono previsti obblighi: di istituire un punto di contatto unico cui gli Stati, la Commissione e gli altri organismi pubblici possano rivolgersi ai fini dell'applicazione del regolamento (art. 10); di designare, qualora non siano stabiliti in alcuno Stato membro, un rappresentante legale in uno degli Stati in cui offrono i propri servizi (art. 11); di inserire nelle CGC informazioni sulle politiche di moderazione dei contenuti (art. 12); di pubblicare annualmente una relazione sulle misure adottate nella moderazione dei contenuti (art. 13); altri obblighi contenuti nei piani di crisi (per affrontare circostanze straordinarie che incidano sulla sicurezza o sulla salute pubbliche) e negli strumenti di auto(e co)regolamentazione anche nel campo della pubblicità online (artt. 34-37).

Per i prestatori di servizi di hosting, sono previsti anche obblighi di dotarsi di un sistema per la notifica di contenuti illegali da parte degli utenti e per l'intervento sugli stessi contenuti da parte dell'*hoster* (c.d. *notice and action*: art. 14) nonché di fornire



una motivazione per la rimozione o la disabilitazione dell'accesso per contenuti illegali o contrari alle CGC (art. 15).

Per le piattaforme online (escluse le piccole e le micro imprese) sono previsti ulteriori obblighi: dotarsi di un sistema efficace di gestione dei reclami (art. 17); consentire agli utenti di rivolgersi ad un organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie di loro scelta (art. 18); dotarsi di sistemi che consentano agli utenti di conoscere la natura pubblicitaria delle informazioni, il loro committente ed i parametri in base ai quali all'utente viene mostrata quella pubblicità (art. 24).

Infine, per le grandi piattaforme, sono altresì previsti – sempre per quel che qui rileva – i seguenti ulteriori obblighi: valutare annualmente i rischi sistemici, quali la diffusione di contenuti illegali, gli effetti negativi sui diritti fondamentali per l'esercizio dei diritti fondamentali (comprese le libertà di espressione e di informazione), la manipolazione del servizio, con ripercussioni negative tra l'altro sul dibattito civico o i processi elettorali, e gli effetti prodotti dai sistemi di moderazione e raccomandazione dei contenuti nonché di visualizzazione della pubblicità (art. 26), adottando misure di attenuazione dei suddetti rischi (art. 27); informare gli utenti dei principali parametri dei sistemi di raccomandazione, offrendo loro almeno un'opzione di fruizione dei servizi non basata sulla profilazione (art. 29); tenere e rendere accessibile pubblicamente un registro relativo al contenuto delle pubblicità, ai committenti, al periodo di diffusione, a quali gruppi di utenti fosse destinata ed in base a quali parametri, al numero dei destinatari raggiunti (art. 30).

Passando allora ad una valutazione di questo apparato di previsioni, va senz'altro ascritto a merito degli organismi UE il fatto stesso di aver prefigurato un articolato *corpus* normativo dotato di apparato sanzionatorio e volto ad affrontare i temi qui analizzati, dando per giunta giusto rilievo al criterio del numero degli utenti raggiunti, per qualificare le piattaforme come "grandi" e per assoggettarle ad obblighi più stringenti anche a garanzia delle libertà di espressione ed informazione (cons. 94), in linea con quanto sopra evidenziato (§ 3). Di tale scelta si ha significativa conferma anche nelle previsioni secondo cui, per un verso, persino piccole o micro imprese possono essere qualificate come grandi piattaforme ove raggiungano le previste soglie di utenti (cons. 43) e, per altro verso, alti fatturati o elevate valorizzazioni di mercato costituiscono (solo) un elemento a favore di tale qualificazione (cons. 55).

L'individuazione di un criterio basato sugli utenti *soltanto a livello UE* sembra, tuttavia, un punto

critico della proposta, vista la già rilevata dimensione eminentemente nazionale dei fenomeni da regolare (§ 3.2): meglio sarebbe integrare questo requisito con una soglia di utenti *per singolo Stato membro*, analogamente a quanto fatto nel DMA per individuare i *gatekeeper* (ancorché in quel caso si faccia riferimento all'offerta del servizio in almeno *tre* Stati).

Entrando ancor più nello specifico, sembra possibile individuare nel DSA due tipi di regole: quelle "sostanziali" e quelle "procedimentali".

Le prime individuano anzitutto i contenuti illegali (cioè quelli contrari al diritto UE o degli Stati membri<sup>92</sup>) e quelli contrari alle CGC, che – rispettivamente – devono e possono essere rimossi o limitati nell'accesso in conseguenza dell'attività di moderazione svolta dalle piattaforme. Peraltro, a questo riguardo si rileva un'equiparazione del tutto impropria tra le due categorie di contenuti, in tal modo finendo col lasciare mano libera alle piattaforme nel rimuovere anche contenuti giuridicamente del tutto *leciti*, così fallendo nel rimediare a quella violazione delle libertà degli utenti che deriva appunto dalla censura privata<sup>93</sup>. Non a caso i partecipanti alla fase di consultazione pubblica avevano concordato sul fatto che «i contenuti "dannosi" (ma non illegali ...)<sup>94</sup> non ... dovrebbero essere soggetti a rimozione, giacché si tratta di una questione delicata con gravi implicazioni per la libertà di espressione»<sup>95</sup>.

Possono farsi rientrare tra le regole sostanziali anche quelle relative alla pubblicità, assolutamente opportune, ma che sollevano una criticità in quanto potrebbero essere di ostacolo all'introduzione, in materia di pubblicità politico-elettorale, di divieti da parte dei singoli Stati membri. E, in proposito, la recente proposta di regolamento della pubblicità politica<sup>96</sup> appare confermare queste perplessità, là dove sembrerebbe far salva solo la possibilità che gli Stati membri possano prevedere «periodi di silenzio che precedono le elezioni o i referendum»<sup>97</sup>, ma non divieti *tout court* di pubblicità politico-elettorale online.

Si tratta di aspetti problematici che non possono essere superati dalle ben più ampie regole procedurali previste a favore degli utenti<sup>98</sup>, le quali – sebbene anch'esse estremamente opportune – contengono un'altra criticità là dove, nel caso di decisioni relative alla rimozione/limitazione di contenuti caricati da utenti, prevedono un coinvolgimento di questi ultimi *solo dopo o, al più, al momento dell'esecuzione della decisione*<sup>99</sup>, mentre per non sacrificare del tutto le libertà dei fornitori di contenuti andrebbe previsto perlomeno un loro coinvolgimento *anteriore* all'esecuzione della decisione.

Le proposte, pur rappresentando un buon punto di partenza, potrebbero perciò essere migliorate.



## 5. Considerazioni finali

All'esito dell'*excursus* svolto, si può tentare di trarre qualche conclusione.

Per ciò che concerne il potere privato esercitato dalle piattaforme, sembra evidente che – come sottolineato in altra occasione<sup>100</sup> – il cittadino, soprattutto in attesa dell'approvazione di una disciplina *ad hoc*, possa trovare tutela solo mediante un insieme, per così dire, olistico di misure che spaziano dall'applicazione rigorosa della disciplina antitrust e della privacy<sup>101</sup> sino all'applicazione della normativa codicistica sui limiti all'autonomia contrattuale derivanti da una *Drittwirkung* almeno "mediata" dalle clausole dell'ordine pubblico e del buon costume<sup>102</sup>, nonché sulla tutela del contraente debole e, ancor di più, sulla disciplina consumeristica<sup>103</sup>, per finire con la normativa elettorale, ivi compresa la *par condicio*. In effetti, in un moderno Stato costituzionale, a fronte del crescere di poteri privati è proprio lo Stato che può e deve ergersi a garante delle libertà dei singoli.

Quanto alla censura privata online ed alla connessa tutela delle libertà di espressione ed informazione, occorre constatare che, per ora, il legislatore (anche UE) tende ad introdurre misure di carattere soprattutto procedimentale (peraltro indispensabili), lasciando in sostanza mano libera alle piattaforme, quantomeno in prima battuta, nel decidere quali contenuti possano circolare o meno, come può evincersi dalla scelta di equiparare contenuti illeciti e contenuti potenzialmente "dannosi" (ma leciti) e dal potere attribuito alle stesse piattaforme, in entrambi i casi, di rimuovere/limitare i contenuti, senza neppure dover passare attraverso l'intervento dell'autorità giurisdizionale al fine di effettuare un bilanciamento con i diritti fondamentali dei cittadini: passaggio invece paradossalmente imposto alle autorità pubbliche quando adottano provvedimenti aventi effetti del tutto analoghi<sup>104</sup>. Quasi che gli stessi legislatori fossero sempre più incerti in ordine al *carattere prioritario* della tutela delle libertà di espressione e di informazione e, in ogni caso, desiderassero che le piattaforme continuino a fare "pulizia", limitandosi i poteri pubblici ad intervenire solo nei casi più eclatanti e controversi, tuttavia lasciando così maggiormente indifesi proprio quelle idee e quei soggetti minoritari nella società, cioè proprio quel che nel costituzionalismo occidentale le suddette libertà mirano invece a proteggere.

### Note

<sup>1</sup>M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, Aracne, 2019, p. 76.

<sup>2</sup>Il concetto è acquisito da lungo tempo: cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Pluralism and media concentration in the internal market*, Libro verde, 13 gennaio 1993, p. 82 e, da ultimo, la direttiva (UE) 2018/1808 che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche, dell'11 dicembre 2018.

<sup>3</sup>In questo senso, per la dottrina italiana v. R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, CEDAM, 1994; M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in "Quaderni costituzionali", 2019, n. 2, pp. 315-332; con specifico riferimento alle piattaforme digitali, M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in "La Rivista Gruppo di Pisa", 2021, n. 2, p. 187. Per la dottrina americana si rinvia al § 2.

<sup>4</sup>Per una completa panoramica R. PARDOLESI, *Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: back to the future?*, in "Mercato Concorrenza Regole", 2019, n. 1, pp. 81-94.

<sup>5</sup>Per la letteratura americana, si v., tra gli altri, J.D. WRIGHT, E. DORSEY, J. KLINK, J.M. RYBNICEK, *Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust*, in "Arizona State Law Journal", vol. 51, 2019, n. 1, p. 293-369; T.J. MURIS, J.E. NUCHESTERLEIN, *Chicago and Its Discontents*, in "The University Chicago Law Review", vol. 87, 2020, n. 2, p. 495-521; S.B. SACHER, J.M. YUN, *Twelve Fallacies of the «Neo-Antitrust» Movement*, in "George Mason Law Review", vol. 26, 2019, n. 5, p. 1491-1530.

<sup>6</sup>Ad es., il tema delle c.d. *killer acquisition* è stato esplorato anche con riferimento all'industria farmaceutica: C. CUNNINGHAM, F. EDERER, S. MA, *Killer Acquisitions*, in "Journal of Political Economy", vol. 129, 2021, n. 3, p. 649-702. Con riferimento alle piattaforme digitali si v. C. SCOTT HEMPHILL, T. WU, *Nascent Competitors*, in "University of Pennsylvania Law Review", vol. 168, 2020, n. 7, p. 1879-1910.

<sup>7</sup>*Rectius*, dal benessere complessivo della società, indipendentemente da preoccupazioni relative agli aspetti distributivi di tale benessere tra imprese e consumatori.

<sup>8</sup>Tra i primi sostenitori di questo "nuovo" corso della dottrina antitrust negli USA vengono citati in genere i lavori di R.H. BORK, *The Antitrust Paradox: a Policy at War With Itself*, Basic Books, 1978, e R.H. BORK, W.S. BOWMAN JR., *The Crisis in Antitrust*, in "Columbia Law Review", vol. 65, 1965, n. 3, p. 363-376. Più esattamente, alla scuola di Chicago si affianca, nella critica dell'originario approccio antitrust, il movimento c.d. revisionista, che riconduce l'efficienza del sistema al problema dei costi di transazione: in proposito, per tutti F. DENOZZA, *Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust*, in "Giurisprudenza commerciale", 1988, n. 1, pp. 5-34.

<sup>9</sup>L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in "The Yale Law Journal", vol. 126, 2017, n. 3, p. 710 ss., che sin dal titolo si pone in rapporto critico con la scuola di Chicago, così sintetizza i punti chiave dell'approccio precedente: «(1) monopolistic and oligopolistic market structures enable dominant actors to coordinate with greater ease and subtlety, facilitating conduct like price-fixing, market division, and tacit collusion; (2) monopolistic and oligopolistic firms can use their existing dominance to block new entrants; and (3) monopolistic and oligopolistic firms have greater bargaining power against consumers, suppliers, and workers, which enables them to hike prices and degrade service and quality while maintaining profits» (p. 718). L'A. è l'attuale presidente della *Federal Trade Commission* (FTC).

<sup>10</sup>Tra le altre, *U.S. v. General Dynamics*, 415 U.S. 486 (1974), *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1985).

<sup>11</sup>Peraltro ingiustificata, vista l'autorevolezza di alcuni sostenitori ed il fatto che queste tendenze possono vantare un diretto collegamento con la c.d. scuola di Harvard, su cui v. R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, cit., p. 64.



<sup>12</sup>Dal nome del noto giurista progressista ed influente membro della Corte Suprema Louis Brandeis, autore tra l'altro nel 1934 del libro *The Curse of Bigness*, titolo non a caso riproposto per una sua recente opera da uno dei più autorevoli sostenitori della neo-brandeisiana agenda T. Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, Columbia Global Reports, 2018.

<sup>13</sup>Si segnala che, nel presente lavoro (salvo che nel § 4), l'espressione *gatekeeper* (controllore dell'accesso), così come quella di "piattaforme online", vengono utilizzate in senso generico e non nella specifica accezione utilizzata dalla Commissione europea nelle proposte di regolamento per i mercati ed i servizi digitali esaminati nel § 4.

<sup>14</sup>Per maggiori riferimenti si rinvia a L.M. KHAN, *op. cit.*, p. 746 ss.

<sup>15</sup>Si v. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, Luiss University Press, 2019, p. 37 ss., e in termini più divulgativi R. FOROQAR, *Don't Be Evil*, Penguin, 2019, p. 23 ss.

<sup>16</sup>Al riguardo L.M. KHAN, *op. cit.*, p. 740 (nota 158) richiama la definizione dello Sherman Act fornita dallo stesso senatore John Sherman nei termini di "a bill of rights, a chart of liberty" (51 CONG. REC. 13,231 (1914): *statement of Sen. Reed*). Per una puntuale ricostruzione delle finalità originarie dello Sherman Act, si rinvia a R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, cit., p. 22 ss. e p. 44 ss.

<sup>17</sup>U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, *Investigation of Competition in Digital Markets. Majority Staff Report and Recommendations*, p. 18.

<sup>18</sup>*Executive Order on Promoting Competition in the American Economy*, Sec. 2 (b), citando *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 4 (1958).

<sup>19</sup>Producendo un aumento dei prezzi, una riduzione della qualità di beni e servizi, riducendo l'innovazione e la scelta a disposizione dei consumatori.

<sup>20</sup>Significativamente, il 13 gennaio 2021, il DoJ ha avviato un'azione contro Facebook, in cui ha tra l'altro contestato il fine anticoncorrenziale delle acquisizioni di Instagram e di WhatsApp (avvenute rispettivamente nel 2012 e nel 2014 senza rilievi sia nel primo caso, che nel secondo), chiedendo al giudice di ordinare a FB la dismissione delle due piattaforme.

<sup>21</sup>Per i dettagli si rinvia a U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, *op. cit.*

<sup>22</sup>Gli utenti di un social network come FB vogliono condividere le loro idee ed esperienze con i propri familiari ed amici e quindi molto difficilmente sono disposti a cambiare social, una volta che hanno stabilito il proprio centro di relazioni; alla stessa maniera nei servizi di messaggistica come WhatsApp la diffusione di un'applicazione, una volta raggiunta una certa massa critica, tende ad affermarsi come piattaforma assolutamente dominante. Il che, trattandosi di un fenomeno che si autoalimenta, fa sì che in questi mercati viga il principio *the winner takes all*.

<sup>23</sup>Non da ultimo, il tempo da spendere per imparare ad usare la nuova app e trasferirvi i vecchi file: cfr. *United States v. Microsoft Corp.* (1999).

<sup>24</sup>Che si spartisce con Android di Google l'intero mercato mondiale dei sistemi operativi mobili.

<sup>25</sup>V. U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, *op. cit.*

<sup>26</sup>L.M. KHAN, *op. cit.* Con *common carrier* si individuano di solito i gestori di servizi essenziali, assoggettati ad una serie di obblighi nel pubblico interesse, primo fra tutti l'obbligo di contrarre con tutti i richiedenti, talvolta accompagnato dal riconoscimento di esenzioni da certe responsabilità o di altre condizioni di favore: per approfondimenti, T. Wu, *Is filtering Censorship? The Second Free Speech Tradition*, Governance Studies at Brookings, 2010; da ultimo v. la *concurring opinion* del giudice conservatore Clarence Thomas nel caso *Joseph R.*

*Biden et al. v. Knight First Amendment Institute at Columbia University*, 5 aprile 2021 (*opinion* resa in occasione della dichiarazione di improcedibilità, per la sopravvenuta elezione di Biden, del caso originariamente riguardante Trump).

<sup>27</sup>Su quest'ultimo punto, COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione sul piano d'azione per la democrazia in Europa*, COM(2020) 790 final, del 3 dicembre 2020.

<sup>28</sup>In via riassuntiva, *Inception Impact Assessment*, 2020; per approfondimenti v. J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition policy for the digital era*, European Commission, 2019; A. FLETCHER, *Market Investigations for Digital Platforms: Panacea or Complement?*, 2020; G.S. CRAWFORD, P. REY, M. SCHNITZER, *An Economic Evaluation of the EC's Proposed "New Competition Tool"*, Publications Office of the European Union, 2020; M. MOTTA, M. PEITZ, *Intervention triggers and underlying theories of harm*, Publications Office of the European Union, 2020; R. WHISH, *New Competition Tool*, Publications Office of the European Union, 2020.

<sup>29</sup>Dall'energia all'agricoltura, dai farmaci ai media, alcuni dei quali sono già digitalizzati o sono comunque destinati a divenirlo.

<sup>30</sup>Vale a dire, in questo contesto, l'utilizzo da parte dell'utente di più servizi con analoghe funzionalità (ad es., più social network).

<sup>31</sup>Per maggiori approfondimenti, si v. F. PETROCELLI, *Nuovi approdi e proposte di regolazione contro gli abusi di dominanza nei mercati digitali: una analisi comparativa*, in "Federalismi.it", 2021, n. 15.

<sup>32</sup>AUTHORITÉ DE LA CONCURRENCE – BUNDESKARTELLAMT, *Competition Law and Data*, 2016.

<sup>33</sup>V. il Bundeskartellamt in Prov. 6 febbraio 2019, B6-22/16.

<sup>34</sup>V. AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Indagine sui Big Data*, 2020.

<sup>35</sup>V. COMPETITION AND MARKET AUTHORITY, *Online Platforms and digital advertising, Market Study, Final Report*, July 2020, p. 54.

<sup>36</sup>AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION – ACCC, *Digital Platforms Inquiry, Final Report*, June 2019.

<sup>37</sup>Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE COM(2020) 845 final del 15 dicembre 2020.

<sup>38</sup>Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali) COM(2020) 842 final del 15 dicembre 2020.

<sup>39</sup>Cfr., ad es., la *Relazione di accompagnamento al DMA*, nota 2, nonché per tutti J. ROSEN, *The Deciders: The Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google*, in "Fordham Law Review", vol. 80, 2012, n. 4, p. 1536 ss.

<sup>40</sup>In base all'art. 3 del DSA, per "moderazione dei contenuti" si intendono le attività svolte dai prestatori di servizi intermediari al fine di individuare, identificare e contrastare contenuti illegali e informazioni incompatibili con le loro condizioni generali, forniti dai destinatari del servizio, comprese le misure adottate che incidono sulla disponibilità, sulla visibilità e sull'accessibilità di tali contenuti illegali o di dette informazioni, quali la loro retrocessione o rimozione o la disabilitazione dell'accesso agli stessi, o sulla capacità dei destinatari di fornire tali informazioni, quali la cessazione o la sospensione dell'account di un destinatario del servizio.

<sup>41</sup>In base all'art. 2 del DSA, per "sistema di raccomandazione" si intende un sistema interamente o parzialmente automatizzato che una piattaforma online utilizza per suggerire



ai destinatari del servizio informazioni specifiche tramite la propria interfaccia online, anche in base ad una ricerca avviata dal destinatario o determinando in altro modo l'ordine relativo o l'importanza delle informazioni visualizzate.

<sup>42</sup>V. gli esempi fatti al riguardo nella *concurring opinion* di Justice Thomas, cit., p. 8.

<sup>43</sup>Su cui, per la letteratura italiana, v. G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, 1970; C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, 1977; nonché più di recente M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, CEDAM, 2003; ed a quarant'anni dalla pubblicazione del volume di Bianca, P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *Poteri privati e diritto della regolazione*, Roma/IE-Press, 2018.

<sup>44</sup>Condizioni d'uso, Standard della Community, ecc.

<sup>45</sup>Sul tema M.A. LEMLEY, *Terms of Use*, in "Minnesota Law Review", vol. 91, 2006, p. 459-483; T.J. MARONICK, *Do Consumers read Terms of Service when installing Software? A Two-Study Empirical Analysis*, in "International Journal of Business and Social Research", vol. 4, 2014, n. 6, p. 137-145; per la sottolineatura dell'asimmetria anche tecnologica che rende questi rapporti contrattuali ancor più sperequati G. DE GREGORIO, *From Constitutional Freedoms to Power: The Law of the Platforms. Protecting Fundamental Rights Online in the Algorithmic Society*, in "European Journal of Legal Studies", vol. 11, 2019, n. 2, p. 65-103.

<sup>46</sup>Sul tema si v. O. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in "MediaLaws", 2018, n. 3, p. 138-163.

<sup>47</sup>Su cui, per riferimenti relativi al tema del potere esercitato dalle piattaforme sul *free speech*, v. M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, cit., p. 189 ss. e, da ultimo, ID., *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in questa Rivista, 2021, n. 2.

<sup>48</sup>V., ad es., i provvedimenti cautelari concessi nel giudizio *CasaPound c. FB*, commentati in O. GRANDINETTI, *Facebook v. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali*, in "MediaLaws", 2021, n. 1 ed ivi alcune considerazioni su tale giurisprudenza.

<sup>49</sup>Sul punto sia consentito rinviare per brevità a O. GRANDINETTI, *Facebook v. CasaPound e Forza Nuova*, cit.

<sup>50</sup>Il punto è ben sottolineato nella *concurring opinion* di Justice Thomas, cit., che richiama anche la ben nota sec. 230 del *Communications Decency Act* (CDA).

<sup>51</sup>Per l'inquadramento dell'attività dei social network nell'ambito dell'art. 41 Cost. v. M. BETZU, *Regolare Internet*, Giappichelli, 2012, pp. 42-43 e p. 149; M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Giappichelli, 2014, p. 19; M. CUNIBERTI, *Potere e libertà nella rete*, in "MediaLaws", 2018, n. 3; e, se si vuole, O. GRANDINETTI, *Facebook v. CasaPound e Forza Nuova*, cit. Per la differenza di inquadramento tra USA ed UE, G. DE GREGORIO, *op. cit.*

<sup>52</sup>Non sembrano invece persuasive le posizioni dottrinali che qualificano come "formazioni sociali" ex art. 2 Cost., alternativamente, l'intera rete Internet (P. PASSAGLIA, *Le formazioni sociali e Internet*, in T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (a cura di), "Diritti e libertà in Internet", Mondadori Education, 2017) o i soli social network (M.R. ALLEGRI, *Ubi Social, Ibi Ius*, Franco Angeli, 2018). Sebbene anche queste ricostruzioni siano mosse dal lodevole intento di arginare il potere delle piattaforme digitali (visto che l'art. 2 Cost. garantisce i diritti inviolabili dell'uomo anche "nelle formazioni sociali"), esse sembrano in realtà seguire un itinerario giuridico tortuoso e forse persino pericoloso (in proposito si rinvia

a M. CUNIBERTI, *op. cit.*). Del resto, appare inverosimile che l'elemento "psicologico" (rappresentato dall'interesse comune, diverso e superiore rispetto a quello dei singoli componenti: E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, CEDAM, 1988, p. 152) possa sussistere in una comunità che verrebbe ad instaurarsi, ad es., tra i tre miliardi di utenti di FB, costituiti da soggetti animati dai più vari interessi (da quello puramente "sociale" a quello invece esclusivamente "commerciale") e da sentimenti anche di radicale reciproca ostilità (si pensi che su FB vi sono comunità che aspirano persino alla loro reciproca eliminazione fisica, come nel caso degli estremisti palestinesi e sionisti, sciiti e così via): in realtà, l'unico interesse omogeneo e "superiore" è quello egoistico e imprenditoriale del gestore del social. In secondo luogo, in accordo con le più recenti ed approfondite analisi antitrust, ciò che distingue i "social network" dai "social media" è proprio la circostanza che gli utenti dei primi sono mossi dal desiderio di interagire con "persone che già conoscono" (in tal senso, il *Bundeskartellamt*: «It can be assumed that there is a specific demand for social networks, which is fundamentally different from the demand for other social media. The key purpose of social networks is finding and networking with people the users already know, and to exchange on a daily basis experiences, opinions and contents among specific contacts which the users define based on identity», Prov. 6 febbraio 2019, B6-22/16, § 249; giudizio condiviso dalla CMA inglese nell'indagine *Online Platforms and digital advertising, Market Study, Final Report*, July 2020, p. 54, e dall'indagine della Camera dei rappresentanti USA, U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, *op. cit.*, p. 91), sicché la qualifica di formazioni sociali si attaglia semmai alle comunità che si creano sui social e non a questi ultimi. Del resto, ciò trova conferma, quantomeno per FB, nelle stesse dichiarazioni del suo CEO che afferma pubblicamente di offrire «un'intera gamma di prodotti per la costruzione di gruppi e di comunità, che contribuiranno ad una società più informata, alla sicurezza delle nostre comunità» (Facebook CEO Mark Zuckerberg's keynote at F8 2017 Conferenza): il che, da un lato, conferma che FB si limita a svolgere un'attività di carattere spiccatamente commerciale, senza alcuna pretesa di creare un'unica comunità che persegua interessi comuni, e che dall'altro lato sono semmai gli utenti a creare comunità attraverso FB. Le tesi in esame sembrano in realtà farsi fuorviare dalla retorica con cui le stesse piattaforme fanno insistito riferimento alle *community*, trascurando tuttavia che oggigiorno nella regolazione di Internet agli originari modelli *community-based* si sono sostituiti quelli *platform-based* (G. DE GREGORIO, *op. cit.*).

<sup>53</sup>V. ad es. gli Standard della Community: sul punto sia consentito rinviare a O. GRANDINETTI, *Facebook v. CasaPound e Forza Nuova*, cit. Per una linea argomentativa del tutto sovrapponibile v. ora la *concurring opinion* di Justice Thomas, cit.

<sup>54</sup>In questo senso invece P. DE SENA, M. CASTELLANETA, *La libertà di espressione e le norme internazionali ed europee prese sul serio: sempre su CasaPound c. Facebook*, in "SIDIBlog", 20 gennaio 2020; P. ZICCHITTO, *I movimenti "antisistema" nell'agorà digitale: alcune tendenze recenti*, in "Liber Amicorum per Pasquale Costanzo", Collana di studi di Consulta Online, 2020; C. MELZI D'ERIL, G.E. VIGEVANI, *Facebook vs. Casapound: un social network è davvero un servizio pubblico?*, in "Il Sole 24Ore", 15 dicembre 2019. *Contra* O. GRANDINETTI, *Facebook v. CasaPound e Forza Nuova*, cit.; cui *adde* la *concurring opinion* di Justice Thomas, cit., il quale nota come «unlike newspapers, digital platforms hold themselves out as organizations that focus on distributing the speech of the broader public».

<sup>55</sup>Citato da E. ROSSI, *op. cit.*, p. 125, nota 30. Del resto, anche gli AA. cui si ispirano le tesi esaminate nella nota 52 sot-



to lineano come, da un lato, dalla nozione di formazioni sociali ex art. 2 Cost. dovrebbero essere escluse quantomeno le "grandi imprese" (in relazione alle quali possono al più ipotizzarsi formazioni sociali costituite *al loro interno*, come nel caso di associazioni ricreative aziendali: E. ROSSI, *op. cit.*, p. 150) e, dall'altro lato, la grande impresa (ove pure la si volesse qualificare come formazione sociale) rientri sempre nell'ambito di applicazione dell'art. 41 Cost. ogniqualvolta entri in rapporto con le libertà dei terzi (G. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 131).

<sup>56</sup>L'espressione è utilizzata da M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network*, cit., il quale ricorda come da tale preliminare inquadramento dipenda il tipo di disciplina cui è legittimo assoggettare le piattaforme digitali.

<sup>57</sup>C. cost. 9 luglio 1970, n. 122.

<sup>58</sup>C. cost. 18 novembre 1970, n. 159 (conf. 18 maggio 1972, n. 93), in tema di responsabilità degli edicolanti nella esposizione di stampati ritenuti pornografici; sentenza peraltro aspramente criticata, tra gli altri, da E. BETTINELLI, *Controllo sul contenuto delle pubblicazioni da parte dei rivenditori di giornali in relazione all'art. 725 c.p. e libertà di manifestazione del pensiero attraverso la stampa*, in "Giurisprudenza costituzionale", 1970, p. 2010 ss., e da P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in "Enciclopedia del diritto", vol. XXIV, 1974, p. 465 ss.

<sup>59</sup>C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, 1958, p. 29, nota 61; A. PACE, M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in "Commentario della Costituzione Branca", Zanichelli, 2006, p. 37, cui si rinvia anche per altre citazioni dottrinali.

<sup>60</sup>Si pensi anche all'art. 8 della l. 8 febbraio 1948, n. 47 che, nel caso in cui la rettifica abbia un contenuto che possa dar luogo a responsabilità penale, esenta dal pubblicarla il soggetto obbligato: ipotesi richiamata da P. BARILE, *op. cit.* Per uno spunto in merito alla correlazione tra responsabilità e prevalenza nel bilanciamento v. anche M. BETZU, *Regolare Internet*, cit., p. 152.

<sup>61</sup>Su tutti questi temi v. A. PACE, M. MANETTI, *op. cit.*, p. 542 ss. Come nota oltreoceano T. WU, *op. cit.*, «When a newspaper or magazine includes some stories and rejects others ... it can also be described as an act of speech: the selection itself is an act of self-expression».

<sup>62</sup>P. BARILE, *op. cit.*, p. 467 ss. (il quale cita anche F. PIETRANDREI, *Radio, televisione e Costituzione*, in "Raccolta di scritti in onore di A. C. Jemolo", vol. III, Giuffrè, 1963), con riferimento al limite esplicito del buon costume, ma proprio per questo *a fortiori* estensibile a tutti i tipi di limiti.

<sup>63</sup>Per gli USA si v. la sec. 230 del DCA, per l'UE gli artt. 12-15 della direttiva 2000/31/CE, cui dovrebbe aggiungersi l'introduzione della c.d. *Good Samaritan Clause*, ad opera dell'art. 6 del DSA.

<sup>64</sup>Nello stesso senso, R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione: note ricostruttive*, in "Osservatorio sulle fonti", 2021, n. 3.

<sup>65</sup>In questa ottica sembrano andare anche le osservazioni di M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in "Forum di Quaderni costituzionali", 2021, n. 1.

<sup>66</sup>Sulla distinzione tra "censura privata funzionale", cioè quella imposta alle piattaforme dallo Stato a seguito di un provvedimento giudiziale/amministrativo, e "censura privata sostanziale", in cui invece «il bilanciamento fra libertà di espressione ed altri beni giuridici viene delegato dallo Stato direttamente alle piattaforme digitali», v. M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà di espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in questa Rivista, 2019, n. 1, p. 39 ss.

<sup>67</sup>In questo senso v. M. Manetti, *Regolare Internet*, in "MediaLaws", 2020, n. 2, p. 48.

<sup>68</sup>V. la precedente nota 66.

<sup>69</sup>In tal senso, ad es., E. BELL, *The Unintentional Press*, in L.C. Bollinger, G.R. Stone (eds.), "The Free Speech Century", Oxford University Press, 2019, p. 235 ss., che propende per qualificare i social come veri e propri media.

<sup>70</sup>Come dichiarato dalla stessa Google alla BBC il 13 settembre 2017, per escludere il suo ruolo di *publisher*.

<sup>71</sup>Questo il famoso paragone di *Cubby Inc. v. CompuServe Inc.*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991).

<sup>72</sup>Cfr. rispettivamente Part. 16 della l. 5 agosto 1981, n. 416 e l'art. 4 del d.lgs. 24 aprile 2001, n. 170.

<sup>73</sup>Sulle *positive obligation* si v. ad es. CEDU, Grande Camera, sent. 7 giugno 2012, *Centro Europa 7 e Di Stefano c. Italia* (ric. n. 38433/09), § 156; nonché in dottrina R. MASTROIANNI, *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo*, Giappichelli, 2004; A. LAMBERTI, *Violazione del diritto alla libertà di comunicare informazioni e idee*, in A. Di Stasi (a cura di), "Cedu e ordinamento italiano", CEDAM, 2016. Per un analogo ordine di idee v. oltreoceano Z. CHAFEE, *Government and Mass Communications: a Report from the Commission on Freedom of the Press*, 1947: «If we think of the role of news and opinions as the flow of intellectual traffic Government can also try to widen the channels and keep traffic moving smoothly» (IX), citato da T. WU, *Is filtering Censorship? The Second Free Speech Tradition*, cit.

<sup>74</sup>Sul punto si v. anche la *concurring opinion* di Justice Thomas, cit., peraltro in riferimento all'applicabilità della disciplina del *common carrier*.

<sup>75</sup>V. ad es. la posizione assunta riguardo ai media da S. FOIS, *Informazione: potere o libertà?*, in P. Barile, R. Zaccaria (a cura di), "Rapporto '93 sui problemi della radiotelevisione in Italia", Giappichelli, 1994, p. 401 ss.

<sup>76</sup>S. FOIS, *op. cit.*, il quale però ritiene, coerentemente alla sua impostazione di fondo, che tali posizioni dominanti dovrebbero essere ridimensionate solo mediante le tradizionali misure a tutela della concorrenza.

<sup>77</sup>Sul punto della rilevanza del potere di mercato di FB con riferimento alla cancellazione di una pagina di un partito di estrema destra sul social, v. l'ord. 22 maggio 2019 del *Bundesverfassungsgericht*, citata da M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network*, cit.; nonché in modo molto puntuale, COMMISSIONE PER LA CULTURA E L'ISTRUZIONE DEL PARLAMENTO EUROPEO, *Parere sull'atto sui servizi digitali e le questioni sollevate in materia di diritti fondamentali (2020/2022(INI))*, 20 luglio 2020, § 2.

<sup>78</sup>Su ciò insiste, ad es., S. ZUBOFF, *op. cit.*

<sup>79</sup>Sui media tradizionali quali intermediari del XX secolo, v. T. WU, *Is filtering Censorship? The Second Free Speech Tradition*, cit., ancorché per giungere a conclusioni in parte diverse da quelle del testo, trattandosi del resto di uno scritto del 2010.

<sup>80</sup>V. per tutti J.M. BALKIN, *Free speech is a triangle*, in "Columbia Law Review", vol. 118, 2018, n. 7, p. 2011 ss.

<sup>81</sup>Nello stesso senso sembrerebbe orientarsi R. BORRELLO, *Arte e rete digitale: i Social Networks e le policies sulla nudità*, in "Nomos", 2020, n. 3, lavoro contenente anche altre acute osservazioni sui temi qui affrontati.

<sup>82</sup>Sul punto, nella sua *concurring opinion* Justice Thomas osserva ironicamente come «A person always could choose to avoid toll bridge or train and instead swim the Charles River or hike the Oregon trail».

<sup>83</sup>Il criterio è stato già adottato dalla legge francese n. 2018-1202, pubblicata a dicembre 2018, e da quella tedesca, la c.d. *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, approvata nel giugno 2017; per la più ampia applicazione di questo criterio, O. GRANDINETTI, *Facebook v. CasaPound e Forza Nuova*, cit., p. 190.

<sup>84</sup>Si pensi ad es. a Twitter che, pur avendo un fatturato relativamente contenuto rispetto a FB ed un numero di utenti



di molto inferiore a livello globale, potrebbe assumere importanza a fini informativi per numero elevato di utenti in un determinato Paese; viceversa il motore di ricerca Bing, pur facendo capo ad una *big tech* come Microsoft, non sembra idoneo ad incidere significativamente sull'informazione a causa della sua bassa quota di mercato.

<sup>85</sup>A cui potrebbe aggiungersi almeno il Regolamento (UE) 2019/1150, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online.

<sup>86</sup>Come del resto quelle della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico: v. la *Relazione di accompagnamento al DMA*, p. 3.

<sup>87</sup>Cioè, in base all'art. 3 del DMA, i fornitori di servizi di piattaforma di base (ossia: servizi di intermediazione online; motori di ricerca; social network; piattaforme per la condivisione di video; servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero; sistemi operativi; servizi di cloud; servizi di pubblicità erogati da uno dei precedenti operatori) che: hanno un impatto significativo sul mercato interno; gestiscono un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (gateway) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; detengono una posizione consolidata e duratura o è prevedibile che l'acquisiscano, in base ad ulteriori criteri dettagliati nello stesso art. 3.

<sup>88</sup>Secondo le definizioni della direttiva sul commercio elettronico.

<sup>89</sup>Cioè, in base all'art. 2 del DSA: i prestatori di servizi intermediari di hosting che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizzano e diffondono al pubblico informazioni, tranne qualora tale attività sia una funzione minore e puramente accessoria di un altro servizio.

<sup>90</sup>Cfr. la *Relazione al DSA*, p. 2.

<sup>91</sup>*Ivi*, pp. 7 e 13.

<sup>92</sup>*Ivi*, p. 4; per un elenco v. cons. 12.

<sup>93</sup>Rischio certamente non scongiurato dal vago richiamo all'obbligo di "tenere conto" in tali attività dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta: art. 12 DSA.

<sup>94</sup>Tra cui rientra anche la gran parte dei casi di disinformazione.

<sup>95</sup>*Relazione DSA*, p. 10.

<sup>96</sup>*Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica* del 25 novembre 2021.

<sup>97</sup>*Ivi*, cons. 13.

<sup>98</sup>In tal senso M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit. (che svolge anche altre osservazioni condivisibili) e G. DE MINICO, *Fundamental Rights, European digital regulation and algorithmic challenge*, in "MediaLaws", 2021, n. 1.

<sup>99</sup>Cfr. artt. 2, lett. n), e p. 15 DSA.

<sup>100</sup>O. GRANDINETTI, *La par condicio al tempo dei social, tra problemi "vecchi" e "nuovi", ma per ora tutti attuali*, in "MediaLaws", 2021, n. 1.

<sup>101</sup>Alla quale qui, per ragioni di spazio, si sono fatti solo alcuni fugaci riferimenti.

<sup>102</sup>Per indicazioni sulla distinzione tra *unmittelbare* e *mittelbare Drittwirkung*, M. GIORGIANNI, *La Corte di giustizia e l'efficacia diretta della Carta dei diritti fondamentali nell'Unione Europea nei rapporti fra privati*, in "Le nuove leggi civili commentate", speciale 2016, p. 194 ss.

<sup>103</sup>Su cui dal punto di vista costituzionale v. M. ESPOSITO, *op. cit.*

<sup>104</sup>Art. 41.3, lett. b), DSA.

\* \* \*

## Digital Platforms as "Private Powers" and Online Censorship

**Abstract:** American and European scholars are increasingly defining the digital platforms owned by Big Tech as "private powers" and, as far as freedom of expression and information is concerned, as "private censors". The essay, after recalling the most recent antitrust theories on online platforms in the US and Europe, focuses on the constitutional consequences of this qualification (private power) on the discipline of online censorship, reaching the conclusion that, according to Italian and European constitutional law (at least in continental Europe), while platform users exercise their freedom of expression and information, digital platforms only exercise their freedom of enterprise. As a consequence, digital platforms may be subject to even more penetrating limits to protect freedom of expression and information than traditional media, which still exercise their freedom of information. According to Article 10 ECHR and the caselaw thereof, the State has a "positive obligation" to protect the freedom of expression and information. In the light of those general findings, the essay critically analyzes the proposals of EU Regulations about, respectively, digital services and markets (Digital Services Act and Digital Markets Act).

**Keywords:** Digital platforms – Private power – Online censorship – Internet – Standard of Community