

FABIO G. ANGELINI

Professore associato di diritto amministrativo e pubblico nell'Università UniNettuno di Roma
fabiogiuseppe.angelini@uninettunouniversity.net

**LA REGOLAZIONE DEGLI ATTORI DIGITALI TRA
CONFORMAZIONE AI DIRITTI FONDAMENTALI E
PRESERVAZIONE DELLA STRUTTURA
CONCORRENZIALE DEI MERCATI**

**REGULATION OF DIGITAL ACTORS BETWEEN COMPLIANCE
WITH FUNDAMENTAL RIGHTS AND PRESERVATION OF THE
COMPETITIVE STRUCTURE OF MARKETS**

SINTESI

L'approccio *rights-driven* seguito dal legislatore europeo nella regolazione dell'economia digitale, avallando alcune letture degli artt. 41-47 Cost. proposte dalla dottrina, si caratterizza per porsi in funzione di garanzia rispetto al godimento dei diritti fondamentali della persona, operando in termini di conformazione a tali pretese della libera iniziativa economica che si svolge (anche) sui (o attraverso i) mercati digitali, ponendo dunque un limite esterno. Trattasi di un'attività di regolazione posta in essere dai pubblici poteri alla luce della riconosciuta inadeguatezza e dei pericoli insiti nell'autoregolazione da parte degli stessi attori digitali che, tuttavia, più che nell'esercizio di una funzione amministrativa di regolazione (dei mercati), si traduce in una attività (dai confini ben più ampi) di conformazione di determinate attività svolte attraverso le nuove tecnologie al fine di raggiungere obiettivi sociali che, in sua assenza, non verrebbero raggiunti. La regola(menta)zione del fenomeno digitale risulta perciò difficilmente circoscrivibile esclusivamente all'interno del perimetro di una funzione amministrativa di regolazione, qualificandosi più propriamente come un'attività di normazione, talvolta supportata da un'attività attuativo-esecutiva in sede amministrativa dai confini variabili e una di *enforcement* posta in essere da autorità amministrative (centrali o periferiche) dotate di specifici poteri sanzionatori, ovvero, aventi come scopo quello di conformare determinate attività economiche, realizzate mediante gli strumenti tecnologici o attraverso l'accesso ai mercati digitali, ai diritti fondamentali della persona alla luce del complessivo

quadro di garanzie costituzionali emergenti dall'ordinamento eurounitario. La posizione che si intende sostenere in questo lavoro è che un discorso a parte meriterebbe, invece, il Digital Market Act. Esso sembra infatti operare pur sempre in funzione di conformazione delle attività economiche private, incidendo però sul diverso piano della struttura organizzativa dei mercati digitali, ponendo in essere un'attività di regolazione amministrativa dei mercati avente come scopo quello di preservare l'operatività (all'interno di essi) del principio concorrenziale in funzione, non della ricerca dell'efficienza in senso economico bensì, della tutela di un assetto economico e sociale pluralistico da intendersi quale necessario presupposto del nostro assetto democratico-costituzionale fondato sul principio di sovranità popolare.

ABSTRACT

The rights-driven approach followed by the European legislator in regulating the digital economy, endorsing some interpretations of Articles 41-47 of the Constitution proposed by the doctrine, is characterized by acting as a guarantee with respect to the enjoyment of fundamental rights of the person, operating in terms of conformity to such claims of the free economic initiative that takes place (also) on (or through) digital markets, thus placing an external limit. This is a regulatory activity carried out by public authorities in light of the recognized inadequacy and dangers inherent in self-regulation by the digital actors themselves which, however, rather than in the exercise of an administrative function of regulation (of the markets), translates into an activity (with much broader boundaries) of conformity of certain activities carried out through new technologies in order to achieve social objectives that, in its absence, would not be achieved. The regulation of the digital phenomenon is therefore difficult to limit exclusively within the scope of an administrative regulatory function, qualifying more properly as a standardization activity, sometimes supported by an administrative implementation-executive activity with variable boundaries and an enforcement activity carried out by administrative authorities (central or peripheral) with specific sanctioning powers, or, having as their aim that of conforming certain economic activities, carried out through technological tools or through access to digital markets, to the fundamental rights of the person in light of the overall framework of constitutional guaran-

tees emerging from the European Union system. The position that this work intends to support is that the Digital Market Act, instead, deserves a separate discussion. In fact, it seems to still operate in order to shape private economic activities, but it impacts on the different level of the organizational structure of digital markets, by implementing an administrative regulation of the markets with the aim of preserving the operation (within them) of the competitive principle in order not to seek efficiency in an economic sense but rather to protect a pluralistic economic and social structure to be understood as a necessary prerequisite of our democratic-constitutional structure founded on the principle of popular sovereignty.

PAROLE CHIAVE: Mercati digitali; Regolamentazione; Diritti fondamentali; UE; Concorrenza; Economia digitale; Big Data; Potere.

KEYWORDS: Digital Markets; Regulation; Fundamental Rights; UE; Competition; Digital Economy; Big Data; Power.

INDICE: 1. Premessa. – 2. La regolazione dei mercati tra potere (pubblico e privato) e diritti fondamentali. – 2.1. Il sistema tracciato dagli articoli 41 e 43 della Costituzione e la “regolazione” come concetto plurisenso. – 2.2. La regolazione dell’economia come attività propriamente amministrativa e le sue diverse gradazioni con riferimento dall’art. 41 Cost. – 2.3. Gli indizi sulla fondatezza dell’interpretazione rights-driven della costituzione economica alla luce della regolazione europea del fenomeno digitale. – 3. La multidimensionalità dei (nuovi) poteri digitali e le caratteristiche della “regolazione” europea della privacy, dei servizi digitali e dell’intelligenza artificiale. – 3.1. Il GDPR. – 3.2. Il Digital Services Act, il Data Governance Act e il Data Act. – 3.3. L’AI Act. – 3.4. La regola(menta)zione rights-driven come attività di conformazione dell’economia digitale ai diritti fondamentali e lo spazio a geometria variabile dell’autonomia privata. – 4. Il DMA e l’approccio rights-driven alla regolazione dei gatekeeper sui mercati digitali. – 4.1. La regolazione dei mercati digitali come attività propriamente amministrativa che si colloca al confine tra autonomia privata e soggettività pubblica. – 4.2. I gatekeeper come «amministrazioni per fini privati a rilevanza pubblica» ascrivibili alla categoria della auto-organizzazioni espressione di sussidiarietà. – 4.3. La preservazione del principio organizzativo concorrenziale dei mercati digitali quale fondamento costituzionale della funzione amministrativa di regolazione dei mercati. – 5. Riassumendo.

1. Premessa

Prendendo spunto da alcune delle suggestioni che emergono dalla lettura di un recente lavoro di Luca R. Perfetti¹ pubblicato su questa rivista, il presente contributo – seppur in via di prima approssimazione – intende provare a seguirne l’impostazione teorica con l’obiettivo di proporre una possibile chiave interpretativa delle diverse forme di “regolazione” che l’ordinamento europeo ha adottato in risposta alle sfide poste dall’economia digitale.

Ripercorrendo la lettura della struttura dei diritti fondamentali e della sua relazione con il potere in tale sede proposta da Perfetti², questo contributo

1 L.R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2, 2023, 45 ss.

2 *Ibidem*, 76-94.

intende perciò sottoporre all'attenzione del lettore un'analisi della regolazione europea del fenomeno digitale incentrata sulla distinzione tra ciò che attiene più propriamente alla attività di conformazione normativa dei poteri digitali e ciò che invece attiene più propriamente alla funzione amministrativa di regolazione dei mercati, evidenziando come l'approccio *rights-driven*³ seguito dal legislatore europeo sembri trovare, sul piano dell'ordinamento interno, la propria base costituzionale nell' "utilità sociale" di cui all'art. 41, c. 2 Cost. e, più in generale, nella prospettiva che qui si intende suggerire, negli artt. 1 e 2 Cost. che delineano la struttura necessariamente pluralistica del nostro assetto economico, sociale ed istituzionale, funzionale all'effettivo esercizio della sovranità popolare⁴.

Come è stato opportunamente rimarcato dalla letteratura internazionale, la regolazione europea dell'economia digitale si pone in funzione di garanzia rispetto al godimento dei diritti fondamentali della persona⁵, operando in termini di conformazione a tali pretese della libera iniziativa economica che si svolge (anche) sui (o attraverso i) mercati digitali, ponendo dunque un limite esterno. Trattasi dunque di un'attività di regolazione posta in essere dai pubblici poteri alla luce della riconosciuta inadeguatezza e dei pericoli insiti nell'autoregolazione⁶ da parte degli stessi attori digitali. Essa, tuttavia, più che nell'esercizio di

³ In questo senso, A. BRADFORD, *Digital Empires. The Global Battle to Regulate Technology*, New York, Oxford University Press, 2023; F.G. Angelini, *L'approccio rights-driven nella regolazione dei mercati digitali come precipitato della circolarità tra verità, cultura e costituzione*, in *Rivista Politica.eu*, 2, 2024, 11 ss. Parlano a questo proposito, non a caso, di "costituzionalismo digitale" G. DE GREGORIO, *The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 19, 2021, n. 1, 41 ss.; O. POLLICINO, *Data Protection and Freedom of Expression Beyond EU Borders: EU Judicial Perspective*, in *Data Protection Beyond Borders*, F. Fabbrini, E. Celeste, J. Quinn, London, Bloomsbury, 2021; M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Dir. Pubbl.*, 2021, 3, 739-760.

⁴ cfr. L.R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, 101, secondo cui "la relazione tra diritti fondamentali e sovranità deve (a mio avviso) esser ricercata nella relazione tra l'art. 2 e l'art. 1 Costituzione". Sul punto si segnala anche L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2013, 1 ss.

⁵ A. BRADFORD, *cit.*, 9-10. Secondo tale approccio la regolazione dell'economia digitale dovrebbe essere funzionale a sostenere i diritti fondamentali degli individui, preservare le strutture democratiche della società e garantire un'equa distribuzione dei benefici della transizione digitale; la tecnologia deve essere sfruttata per l'emancipazione umana e con l'obiettivo di salvaguardare l'autonomia politica dei cittadini digitali.

⁶ E.C. RAFFIOTTA, *Dalla self-regulation alla over-regulation in ambito digitale: come (e perché) di un necessario cambio di prospettiva*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2023, 245 ss. Come evidenziato da L. Torchia, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione*

una funzione amministrativa di regolazione (dei mercati), si traduce in una attività (dai confini ben più ampi) di conformazione di determinate attività svolte attraverso le nuove tecnologie al fine di raggiungere obiettivi sociali che, in sua assenza, non verrebbero raggiunti.

La regola(menta)zione del fenomeno digitale risulterebbe perciò difficilmente circoscrivibile esclusivamente all'interno del perimetro di una funzione amministrativa di regolazione, qualificandosi più propriamente come un'attività di normazione, talvolta supportata da un'attività attuativo-esecutiva in sede amministrativa dai confini variabili e una di *enforcement* posta in essere da autorità amministrative (centrali o periferiche⁷) dotate di specifici poteri sanzionatori, ovvero, aventi come scopo quello di conformare determinate attività economiche, realizzate mediante gli strumenti tecnologici o attraverso l'accesso ai mercati digitali, ai diritti fondamentali della persona alla luce del complessivo quadro di garanzie costituzionali emergenti dall'ordinamento eurounitario.

La posizione che qui si intende sostenere è che un discorso a parte meriterebbe, invece, il Digital Market Act. Esso sembra invece operare pur sempre in funzione di conformazione delle attività economiche private, incidendo però sul diverso piano della struttura organizzativa dei mercati digitali, ponendo in essere un'attività di regolazione amministrativa dei mercati⁸ avente come scopo quello di preservare l'operatività (all'interno di essi) del principio concorrenziale in funzione, non della ricerca dell'efficienza in senso economico bensì, della tutela di un assetto economico e sociale pluralistico da intendersi quale necessario presupposto del nostro assetto democratico-costituzionale.

Diversamente da altre forme di regolazione dei poteri digitali, per le quali

digitale, in Riv. Trim. dir. pubbl., 4, 2022, 1101 ss., da un lato, “è apparsa subito evidente l'insufficienza delle misure adottate per controllare la diffusione di contenuti violenti o osceni, offensivi della dignità umana, di contenuti illeciti secondo le regole dell'ordinamento generale, di contenuti volti a influenzare o a manipolare l'opinione pubblica” e, dall'altro, “le piattaforme tendono ad assumere, così, i tratti tipici di un ordinamento giuridico, autonomo dall'ordinamento generale, con il rischio che siano proprio le piattaforme, dopo aver invocato la libertà di espressione come giustificazione per l'assenza di eteroregolazione, ad assumere misure che possono incidere significativamente sulle libertà, senza che siano previsti rimedi o correttivi idonei”.

⁷ Sul punto v. B. MARCHETTI, *L'esecuzione della regolazione digitale dell'Unione Europea e il ruolo della Commissione*, in Riv. trim. dir. pubbl., 4, 2024, 1096 ss.; G. DI COSIMO, *Regolazione e paradigma centro-periferia*, in Osservatorio sulle fonti, 1, 2024, 271-284.

⁸ Nel senso suggerito da A. ZITO, *Regolazione (dei mercati)*, Enc. Dir., Annali, 2010, 805-816. Cfr. tuttavia, in senso più restrittivo, M. RAMAJOLI, *Concorrenza (tutela della)*, in B.G. Mattarella, M. Ramajoli (diretto da), Enc. Dir., Funzioni Amministrative, Milano, 2022, 292 ss.

sarebbe per la verità più corretto parlare di regolamentazione, a parere di chi scrive, il DMA delinea quindi una funzione amministrativa di regolazione dei mercati digitali, integrativa rispetto a quella tipicamente *ex post* svolta dalle autorità amministrative in presenza degli illeciti antitrust⁹, tesa ad operare quale limite interno (anziché esterno) ai mercati digitali al fine di preservarne – alla luce delle forti spinte oligopolistiche/monopolistiche che caratterizzano il funzionamento dell'economia digitale¹⁰ – la struttura concorrenziale e, dunque, quell'assetto pluralistico dell'economia e della società funzionale (anche) al corretto funzionamento dei processi democratico-sociali e alla piena attuazione del paradigma costituzionale emergente dagli artt. 1 e 2 Cost.

2. La regolazione economica tra potere (pubblico e privato) e diritti fondamentali

Gli attori dell'economia digitale, il cui operato non si limita solo ai contesti tecnologici, estendendosi ai mercati tradizionali al punto da modificarne le dinamiche di funzionamento, sono i protagonisti di un processo di cambiamento che tocca in profondità l'assetto delle libertà e dei diritti fondamentali alla base dei nostri ordinamenti democratico-costituzionali. Come è stato opportunamente evidenziato¹¹, gli attori del capitalismo digitale (Facebook, WhatsApp, Instagram, Google, YouTube, Amazon, X, OpenAI, Alibaba, TikTok, per fare alcuni esempi) hanno conosciuto un periodo di grande espansione potendo in gran parte beneficiare di un sistema di sostanziale esenzione rispetto a talune fondamentali (almeno per quella che è la nostra tradizione democratica)

9 Come evidenziato da C. FRANCHINI, *La disciplina pubblica dell'economia tra diritto nazionale diritto europeo e diritto globale*, Napoli, 2020, 122-123, la denominazione tradizionale di disciplina "antitrust" trae origine dal fatto che la prima legislazione in materia, lo Sherman Act statunitense (1890), nel vietare cartelli e monopolizzazioni, mirava ad evitare l'uso dello strumento del trust per aggirare le disposizioni impeditive alle società per azioni di essere azioniste di altre società e quindi vietava non tanto il trust, quanto il suo uso contrario alle norme.

10 cfr. M. BOTTA, P.L. PORCU, *Concorrenza e regolazione nei mercati digitali. Note introduttive*, in *Concorrenza e mercato*, 1, 2022, 3 ss.; G. COLANGELO, *Regolazione dei mercati digitali e neutralità dei gatekeepers: il tramonto dell'antitrust? Il caso della dottrina dell'essential facility e della dipendenza economica*, in *Annali AIDA* (2023), Milano, 2024, 3-14; V. FALCE, N.M.F. FARAONE, *Il controllo delle operazioni di concentrazione dei mercati digitali: spunti di analisi*, in *Annali AIDA* (2023), Milano, 2024, 116-150.

11 L. TORCHIA, *cit.*; per un'analisi approfondita del fenomeno si rinvia a E. Cremona, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, Napoli, 2023.

garanzie costituzionali¹², che ha trovato giustificazione, a seconda degli ordinamenti giuridici interessati, nell'esaltazione della libertà di espressione (il cosiddetto "*free speech*"), elevata al rango di valore supremo al fine di supportare lo sviluppo della rete, ovvero, nel sostanziale controllo su tali soggetti esercitato direttamente o indirettamente dallo Stato e, dunque, nella loro funzionalità rispetto al perseguimento dei fini stabiliti da quest'ultimo.

La crescita delle dimensioni di tali soggetti e la loro operatività ben al di fuori dai confini nazionali o geografici ha dato però luogo a un'enorme concentrazione di potere che, alla luce delle sue peculiari caratteristiche, ha progressivamente sensibilizzato le istituzioni europee sull'esigenza di approntare strumenti in grado di tutelare i numerosi diritti e interessi individuali, collettivi e pubblici¹³, ivi inclusa la stessa libertà d'impresa e la libertà di espressione, ponendo limiti e regole a un potere digitale – che può assumere, indifferentemente e con esiti non meno allarmanti, carattere privato o anche pubblico – dotato di un altissimo grado di autonomia e di indipendenza rispetto al paradigma costituzionale della sovranità rovesciata¹⁴ rinvenibile negli artt. 1 e 2 della nostra Costituzione e che sembra rievocata proprio dalla Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale, laddove pone la persona al cen-

12 Rileva in proposito G. DI COSIMO (*Co-regolazione e paradigma centro-periferia*, Osservatorio delle fonti, n. 1/2024, 272) "*All'inizio dell'era digitale si riteneva che un carattere distintivo del cyberspazio fosse costituito dal principio dell'end-to-end, che impedisce il controllo da parte di chi occupa il centro del sistema su chi si trova alla periferia. Lessing parla di "un'architettura che ha disabilitato chiunque fosse al centro per controllare il modo in cui interagiva chi era agli estremi". Questa concezione, secondo cui sarebbe precluso il controllo centrale, rimanda a una lettura in chiave libertaria del paradigma centro-periferia. Tuttavia, ormai sappiamo che le cose sono andate diversamente, perché il mercato è dominato da poche tech companies (collocate al centro) potenzialmente in grado di limitare la libertà dei clienti (posti alla periferia)*".

13 E. CREMONA, *cit.*, 75 ss; P. STANZIONE, *Introduzione*, in P. Stanzione (a cura di), I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy, Torino, 2022, 1.

14 G. BERTI, *Sovranità*, in Jus, 54, n. 2-3, 2007, 267-296 e Id., *Perennità della Costituzione*, ora in Scritti scelti, Napoli, 2018, I, 117. La sovranità per Berti è il necessario complemento di una comunità di individui retta dal principio di uguaglianza, che a sua volta non rappresenterebbe un aggregato amorfo, bensì un sistema di esperienze e di coscienze individuali che con-tribuiscono alla differenziazione della società, nella quale accanto alla sfera del politico convivono tante altre sfere (economica, religiosa, artistica, e così via) di eguale dignità, ugualmente portatrici di un particolare tipo di bene comune. L'Autore (in *Amministrazione e Costituzione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, atti del XXXIX Convegno di scienza dell'amministrazione, Milano, 1996, 16) sottolinea il fatto che «*la Costituzione non ha pensato all'amministrazione come ad un potere dello Stato e ha, al contrario, inteso l'amministrazione come dovesse vedersi collegata immediatamente alla società*». Ne deriva, pertanto, che laddove si riconosca la sua funzionalità all'attuazione dei diritti fondamentali e dei doveri inderogabili l'amministrazione non pare più rappresentabile «*come un'immagine dello stato*», bensì, come «*forma della società*».

tro della relazione tra potere pubblico e potere privato e, dunque, entrambi in funzione della sua piena realizzazione.

La delicata relazione che intercorre tra potere pubblico e potere privato rappresenta uno dei problemi centrali dello stato costituzionale – inteso quale forma giuridica della democrazia pluralistica il cui fondamento è rinvenibile nel riconoscimento giuridico delle libertà fondamentali e nella limitazione del potere – laddove la risposta a questo problema chiama direttamente in causa la specifica funzione che l'ordinamento costituzionale svolge a garanzia del principio pluralistico, quale presupposto necessario ai fini del raggiungimento di un equilibrio tra potere pubblico e privato tale da preservare l'effettività dei diritti fondamentali.

La questione, richiamando l'insegnamento di Giuliano Amato¹⁵, riguarda tanto l'esigenza quanto le modalità attraverso cui limitare il potere economico privato che è esso stesso espressione di una libertà fondamentale dell'individuo e, sul fronte opposto, il potere politico. Se, da un lato, il potere privato risulta essere privo di legittimazione e, nonostante ciò, capace di influenzare i processi decisionali pubblici in ragione della sua forza prevaricatrice e delle sempre possibili collusioni con il potere politico; dall'altro, il potere pubblico, che al contrario è dotato di legittimazione in virtù della sua attribuzione da parte dell'ordinamento a determinati soggetti in vista del perseguimento dell'interesse pubblico, non è comunque immune da possibili disfunzioni. Per usare le parole di Amato, il dilemma della democrazia liberale consisterebbe perciò, da un lato, nell'impedire che il potere privato diventi una minaccia per le libertà degli altri e, dall'altro, nell'impedire che, a sua volta, il potere politico assuma caratteristiche e forme tali da comprimere quelle stesse libertà e diritti fondamentali che quest'ultimo dovrebbe proteggere¹⁶, determinando così la fuoriuscita da quel modello democratico-sociale che caratterizza le cosiddette democrazie stabilizzate.

La possibile risposta a tale dilemma è stata storicamente rinvenuta nell'esigenza di ancorare lo sviluppo della democrazia liberale entro binari de-

¹⁵ Il riferimento è a G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna. 1998.

¹⁶ *Ibidem*, 8-10.

terminati¹⁷, il primo dei quali è rappresentato dalla sussistenza delle condizioni di legittimazione del potere privato (specie quello relativo all'esercizio delle libertà economiche) e, il secondo, da quella linea di demarcazione superata la quale deve ritenersi illegittimo il (legittimo) potere politico-amministrativo. All'interno di questi confini, che spetta all'ordinamento costituzionale delineare, trattandosi tuttavia di confini sempre contingenti, di opzioni opinabili e suscettibili di variazione a seconda del contesto culturale, economico e sociale di riferimento, le culture politiche hanno da sempre offerto un contributo essenziale allo sviluppo della dialettica democratica tra chi teme più il potere privato e perciò è propenso a combatterlo dando più spazio a quello pubblico e chi, all'opposto, teme più l'espandersi di quello pubblico ed è per questo maggiormente propenso a tollerare quello privato¹⁸.

La nostra Costituzione economica, così come integrata dall'ordinamento eurounitario, risponde a tale dilemma rendendo operativi due principi procedurali. Si tratta di due criteri ordinatori dei processi di scambio che si svolgono all'interno dell'ordinamento democratico, rispettivamente sulla sfera privata e sulla sfera pubblica, la cui funzione è quella di determinare un equilibrio (sempre dinamico) tra ordine politico e ordine economico. Essi sono la concorrenza e la stabilità finanziaria, laddove tali beni pubblici vengono tutelati non quali valori in sé bensì in quanto strumentali alla preservazione di un determinato assetto democratico fondato sul riconoscimento dei diritti fondamentali¹⁹.

Soffermandoci in questa sede solo sul primo dei suddetti principi procedurali, alla luce delle premesse teoriche alla base del presente contributo, lo sviluppo di questa prospettiva sul terreno della regolazione dei mercati digitali sembra proprio confermare che l'operatività del principio concorrenziale e la sua concretizzazione attraverso la funzione amministrativa, lungi dal realizzare

17 Per una lettura della concorrenza e sulla stabilità finanziaria come binari di natura costituzionale entro cui, nell'ordinamento eurounitario, è chiamata a svilupparsi la dinamica democratica e quella capitalistica sia consentito il rinvio a F.G. ANGELINI, *La democrazia costituzionale tra potere economico e sovranità popolare*, Napoli, 2020; ID., *L'intervento pubblico tra diritti fondamentali e razionalità economica. Disfunzioni democratiche e funzioni amministrative come esercizio della sovranità popolare*, Milano-Padova, 2020.

18 G. AMATO, *cit.*, 9.

19 F.G. ANGELINI, *La democrazia costituzionale tra potere economico e sovranità popolare*, *cit.*, 233 ss.; con particolare riferimento alla stabilità finanziaria v. ID., *L'intervento pubblico tra diritti fondamentali e razionalità economica. Disfunzioni democratiche e funzioni amministrative come esercizio della sovranità popolare*, *cit.*

una funzionalizzazione dei pubblici poteri (esclusivamente) alla ricerca dell'efficienza degli scambi di mercato, tragga il proprio fondamento nell'ordinamento costituzionale²⁰, rispondendo all'esigenza di massimizzazione dei diritti fondamentali della persona²¹ che emerge da quest'ultimo, sia ponendosi in termini strumentali rispetto all'esercizio della sovranità popolare e, dunque, dei diritti fondamentali della persona, sia operando sul piano della preservazione di un certo pluralismo²² economico e sociale da intendersi quale presupposto di funzionamento stesso delle nostre democrazie liberali.

Una volta posta in questi termini la questione, è allora certamente più agevole cogliere quella che circolarità tra disciplina della concorrenza e Costituzione²³ o, detto in altri termini, la stretta strumentalità esistente tra l'assetto democratico-costituzionale, la disciplina dell'economia e l'esercizio dei poteri pubblici con riferimento al sistema economico in funzione dell'effettiva attuazione dell'assetto democratico-costituzionale prescelto²⁴.

2.1. Il sistema tracciato dagli articoli 41 e 43 della Costituzione e la "regolazione" come concetto plurisenso

Il sistema tracciato dagli artt. 41 e 43 della Costituzione riconosce la li-

20 G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in M. Aines, G. Pitruzzella (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, 2019, 597-614.

21 v. L.R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, cit., secondo cui "se solo ci si pone nella prospettiva della sovranità [...] si dovrà affermare che il compito (costituzionale) dell'organizzazione e del potere pubblico è solo quello di massimizzare il godimento dei diritti fondamentali della persona, assicurando l'uguaglianza sostanziale quanto alle condizioni del pieno sviluppo della persona umana" (ivi, 126). Cfr. anche F.G. ANGELINI, *Amministrazione per fini pubblici, vincoli finanziari e organizzazione*, P.A. Persona e Amministrazione, 1, 2021, laddove è stato evidenziato come "il modello dell'amministrazione per fini pubblici – chiamata a garantire i diritti fondamentali della persona e, in tal modo, a divenire essa stessa mezzo di realizzazione dell'ordine giuridico della società – si pone perciò come l'esito necessario di questo dialogo razionale funzionale al massimo godimento possibile dei diritti fondamentali della persona. Una dialettica che, condizionando il potere di organizzazione sul duplice piano della tutela dei diritti costituzionali e dell'efficiente allocazione delle risorse, coinvolge tutti gli attori della sfera pubblica, siano questi enti pubblici o soggetti privati, secondo la più ampia prospettiva offerta dagli artt. 114 e 118 cost. che collocano l'organizzazione pubblica, secondo una logica poliarchica e sussidiaria, in parte all'interno del perimetro dell'autorità e in parte al di fuori di esso, e cioè nella comunità" (ivi, 316-317).

22 Con riferimento al nostro ordinamento costituzionale, v. F. RIMOLI, *Pluralismo*, in Enc. Giur. Trecc., XXIII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1997, 5.

23 G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, cit., 597-614.

24 F.G. ANGELINI, *Dalla neutralità alla circolarità tra diritto dell'economia e Costituzione. Spunti per un ripensamento del paradigma economico-costituzionale nel contesto dell'economia digitale e post pandemico*, in *Power and Democracy*, 2, 2022, 138 ss.

bertà di iniziativa economica ponendola all'interno di una relazionalità²⁵ che emerge dalla trama costituzionale delineata dai primi tre articoli della Costituzione²⁶ ed in funzione della quale è sottoposta a diversi gradi di limitazione, dovendosi necessariamente relazionare con l'esistenza di altri diritti fondamentali, con l'utilità sociale, con i fini sociali, con i fini di interesse generale e con la previsione di più o meno ampi poteri di intervento pubblico²⁷.

Il richiamo all'utilità sociale è, dunque, perciò da un lato esemplificativo di quella relazionalità a cui si è fatto cenno e che corrisponde alla necessità di garantire che l'iniziativa economica sia svolta senza pregiudizio dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, attraverso la mera conformazione dell'attività privata alle norme poste dall'ordinamento; dall'altro differisce però in modo significativo rispetto ai fini sociali di cui al terzo comma dell'art. 41 Cost. che rinviano invece a pretese concernenti i diritti fondamentali che possono essere soddisfatte solo a fronte di un intervento pubblico (attraverso l'esercizio di poteri di indirizzo e coordinamento nel rispetto del principio di legalità) che, pur senza modificare la natura privata dell'attività, ne altera sia i fini (privati) sia le dinamiche funzionali alla loro realizzazione (per esempio istituendo contesti organizzativi di "quasi-mercato" come nel caso del Servizio Sanitario Nazionale o accompagnando la transizione da assetti monopolistici verso regimi di libero mercato come avvenuto nel settore dell'energia elettrica o delle telecomunicazione mediante l'esercizio di pervasivi poteri di regolazione settoriale).

Nella prospettiva del secondo comma dell'art. 41 Cost., diversamente da

25 In tema v. M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Dir. e soc.*, 2011, 635 ss.; ID., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, 67, il quale nega però la qualificabilità dell'iniziativa economica come diritto fondamentale, visto che possiede la caratteristica dell'irriducibilità, al pari dei diritti fondamentali, ma non condivide con questi ultimi la capacità di aprioristica valutazione di corrispondenza al bene comune; M. LIBERTINI, *Sulla nozione di libertà economica*, in *Contr. e impresa*, 2019, 1255 ss.

26 In questo senso v. L.R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, cit., 101-102.

27 Come è stato opportunamente evidenziato da Perfetti (cit., 87) "le norme costituzionali e quelle comunitarie sono tra loro coerenti perché i limiti negativi contenuti nel II comma dell'art. 41 non devono essere confusi con le misure di cui al III ed i fini sociali che in esso sono richiamati. L'iniziativa economica si può svolgere solo a patto di non violare i limiti negativi che nel II comma sono previsti perché essi sono riassuntivi del regime delle pretese immediatamente fruibili dei diritti fondamentali (ai quali utilità sociale, libertà, sicurezza e dignità umana nemmeno troppo implicitamente alludono)".

quanto avviene con riferimento al terzo comma della medesima disposizione, il massimo godimento dei diritti fondamentali non dipende pertanto dalla capacità dell'organizzazione amministrativa di mettere a disposizione dei loro titolari quegli interventi (in forma di prestazioni materiali o di esercizio di poteri amministrativi) necessari a garantirne la piena soddisfazione, quanto invece dalla capacità della società stessa di cooperare efficacemente entro contesti organizzativi e decisionali pienamente radicati nella società (siano essi di mercato o altri ambiti di sussidiarietà orizzontale) e, perciò, funzionali alla loro immediata soddisfazione.

La regolazione – quale concetto plurisenso²⁸ che rinvia all'esercizio di pubblici poteri aventi caratteristiche anche molto diverse tra loro, a seconda dei casi ascrivibili alla mera conformazione normativa, all'amministrazione attiva o allo svolgimento di funzioni paragiurisdizionali in ragione del diverso contesto di intervento nel quale tali poteri vengono esercitati, sia esso esterno o interno alle dinamiche degli scambi economici, sia esso riconducibile al perimetro della società (mercato) oppure a quello della soggettività/oggettività pubblica (servizio pubblico, “quasi-mercato” o monopolio) – si inserisce all'interno della circolarità tra Costituzione e diritto dell'economia²⁹ assumendo di volta in volta caratteristiche (anche profondamente) differenti, sebbene pur sempre in funzione strumentale rispetto alla realizzazione delle finalità costituzionali.

Si è soliti intendere la funzione di regolazione pubblica delle attività economiche³⁰ – con specifico riferimento al modello di intervento pubblico

28 Per una disamina articolata cfr. F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, *Il diritto dell'economia*, 3, 2018, 697 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019; N. RANGONE, v. *Regolazione*, in S. Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, vol V. Milano, 2006, 5057 – 5070. In relazione alle emergenti tecniche di regolazione v. M. GIUSTI, *Tecniche alternative di regolazione: stato dell'arte e prospettive*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2024, 857 ss.

29 Tale prospettiva presuppone una visione di tale disciplina che, rifiutando sia la concezione “totalitaria” che quella “riduzionista”, guarda al diritto dell'economia – come suggerito da G. DI GASPARE, *Oggetto e metodo del diritto dell'economia*, in S. Andriani, G. Calabrò (a cura di), *Pensiero giuridico e riflessione sociale. Liber amicorum Andrea Bixio*, Torino, 2017, 426-427 – “quale diritto delle istituzioni rilevanti per il sistema economico. Un diritto di secondo livello, dunque, che va oltre la ricostruzione positiva degli istituti, e che ha a proprio oggetto lo studio delle relazioni che intervengono tra le istituzioni rilevanti per l'economia. [...] e dei rapporti istituzionali intesi questi ultimi come rapporti tra le istituzioni e gli individui. Tali rapporti danno luogo alle posizioni giuridiche fondamentali degli stessi individui nei confronti delle diverse istituzioni con le quali si relazionano giuridicamente”.

30 Con specifico riferimento al connesso modello delle autorità amministrative indipendenti sia consentito il rinvio agli autorevoli contributi di C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative*

nell'economia tipico dello "Stato regolatore"³¹ – come un'attività di produzione di regole compiuta da soggetti di natura pubblica e per fini di interesse generale con «l'intento di modificare il contesto di azione di altri soggetti perché evidentemente se lasciato a sé stesso, alle sue dinamiche perverrebbe ad un assetto considerato non ottimale»³². Tale funzione, da un lato, si inquadra nel passaggio dal modello di intervento pubblico nell'economia tipico dello Stato imprenditore o gestore a quello dello Stato regolatore e, dall'altro, si connota per la sua strumentalità rispetto ai complessi processi di liberalizzazione e apertura alla concorrenza che hanno interessato diversi settori economici in funzione dell'espansione del ruolo del mercato e della contestuale riconfigurazione delle modalità di tutela dell'interesse pubblico.

Come è stato evidenziato³³ l'affermazione del paradigma dello Stato regolatore si è tradotta nella rinuncia dei pubblici poteri alla pretesa di orientare i

indipendenti, in Riv. trim. dir. pubbl., 1988, 549 ss.; M. MAINETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Padova, 1994; S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1997, 647 ss.; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, 1997; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. Predieri (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, 145 ss.; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; F. MERUSI, M. PASSARO, v. *Autorità indipendenti*, in Enc. Dir., Agg. VI, 2002, 143 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2002; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2004; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, (in particolare) 97 ss.; F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto interno e diritto comunitario*, in Dir. un. eur., 2006, 27 ss.; G. GRASSO, *Le autorità indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006; M. Cuniberti, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano 2007; G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi*, Bologna, 2009; M. PIERRI, *Autorità indipendenti e dinamiche democratiche*, Padova, 2009; M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010; S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2018, in particolare 964 ss., M. RAMAJOLI, *Consolidamento e matabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età dell'incertezza*, in Riv. della regolazione dei mercati, 2, 2018, 1 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, cit.

³¹ Sul passaggio, dagli anni '90 in poi, dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore si rinvia, in particolare, a A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000. Si v. anche R. MICCÙ, *Lo Stato regolatore e la nuova Costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. Chirulli, R. Miccù (a cura di), *Il modello europeo di regolazione*, Napoli, 2011.

³² F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, cit., 702.

³³ In questo senso, G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, 11 ss.; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, 2, 265 ss.; cfr. anche G. MAJONE, *The rise of the Regulatory State in Europe*, in *West European Politics*, 1994, 78 ss.

processi economici verso fini predefiniti a fronte dell'assunzione di una diversa funzione – esercitata attraverso il modello delle autorità amministrative indipendenti – concernente la definizione delle regole e delle condizioni ritenute necessarie per un efficiente svolgimento dei processi economici. L'attribuzione della funzione di regolazione in favore di tali nuove autorità di regolazione ha posto però sin da subito diversi problemi in ordine sia alla loro natura propriamente amministrativa che al regime giuridico applicabile ai loro atti e alle modalità di controllo giurisdizionale, ponendo altresì numerosi interrogativi circa la compatibilità di tale modello di amministrazione con il principio democratico e della responsabilità politica secondo il modello di cui all'art. 95 Cost. e con il principio della sovranità popolare.

A tali questioni di carattere generale la dottrina non ha sin qui offerto risposte univoche³⁴. Per di più, per quanto di interesse in questa sede, esse non sembrano fornire una base interpretativa sufficiente per cogliere fino in fondo le peculiari caratteristiche della regolazione dei mercati digitali che si presenta come non strettamente funzionale all'applicazione di logiche di efficienza economica, più interessata alla configurazione dei mercati piuttosto che alla repressione degli illeciti antitrust e, infine, solo in parte riconducibile al fenomeno delle autorità amministrative indipendenti.

Volendo passare in rassegna solo alcune delle posizioni espresse dalla dottrina, secondo una parte autorevole di essa, l'indipendenza dalla politica delle autorità di regolazione, così come pure l'ampiezza dei poteri normativi e provvedimentali attribuiti a queste ultime, troverebbe la propria ragion d'essere nel modello di intervento nell'economia tipica dello Stato regolatore che – per effetto della Costituzione economica europea – ha accompagnato i processi di liberalizzazione e apertura alla concorrenza di ampi settori economici, laddove lo scopo dei pubblici poteri si risolve nel contrastare i fallimenti del mercato e, dunque, nel permettere il loro efficiente funzionamento, tutelando e promuovendo la parità delle armi tra i soggetti del mercato e la concorrenza tra gli operatori³⁵. Ciò in quanto «la crisi degli anni '30, e l'attenta analisi delle vicende storiche dei vari mercati, hanno dimostrato che, per mantenere un mercato

³⁴ In questo senso, G. DELLA CANANEA, *Autorità indipendenti?*, in Dir. amm. e soc. civ., I, Studi introduttivi, Bologna, 2018, 199; E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati, Tecnica, politica e democrazia*, cit., 16 ss.

concorrenziale, non ci si può fidare dell'autonomia privata e delle normazioni codicistiche. I concorrenti, lasciati a sé stessi, tendono a distruggere la concorrenza, a creare monopoli e oligopoli, a stabilire intese anticoncorrenziali, ad approfittare delle diversità e di dimensioni e delle asimmetrie informative per non concorrere ad armi pari. La stessa concorrenza, quando scompare, bisogna ricrearla e, quando non c'è, bisogna inventarla artificialmente con strumenti giuridici³⁶. Sul piano della natura dei poteri esercitati ne discende altresì che «l'attività di regolazione e di aggiudicazione, quella tipica delle autorità indipendenti, investa sempre un potenziale conflitto tra un interesse pubblico (libertà di sciopero, concorrenza, tutela del risparmio) ed altri interessi pubblici (vita, salute, libertà di circolazione) o privati (quelli propri degli operatori economici, dei consumatori, degli utenti), la cui soluzione o mediazione, in via regolatoria o decisoria, implica necessariamente quella ponderazione comparativa tra gli interessi coinvolti che costituisce il connotato precipuo della discrezionalità amministrativa»³⁷. Pertanto, secondo tale orientamento, se da un lato l'indipendenza dalla politica rappresenterebbe un elemento imprescindibile del modello delle autorità di regolazione indipendenti, dall'altro, ai poteri ad esse assegnati andrebbe riconosciuta natura propriamente discrezionale, ponendo tuttavia non pochi problemi in ordine all'assenza di una legittimazione democratica delle scelte politiche operate da tali soggetti³⁸.

Un diverso e altrettanto autorevole orientamento³⁹ ha invece sostenuto il

35 Tale linea di pensiero è ascrivibile a Fabio Merusi. Si v. in particolare F. MERUSI, *Democrazia e amministrazioni indipendenti*, cit.; F. MERUSI, M. PASSARO, v. *Autorità indipendenti*, cit.; nello stesso senso M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, cit.; E. CARDI, *La Consob come istituzione comunitaria*, in F. Bassi, F. Merusi, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 99 ss.

36 F. MERUSI, *Democrazia e amministrazioni indipendenti*, cit., 16.

37 F. MERUSI, M. PASSARO, v. *Autorità indipendenti*, cit., 179.

38 In senso critico, M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, 1994, 95 ss.

39 Tra i sostenitori di tale indirizzo, con particolare riferimento alla tesi che sostiene il carattere condizionale della funzione di regolazione svolta dalle autorità indipendenti, si segnalano in particolare SABINO CASSESE (*Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione del mercato*, in AA.VV., *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Milano, 1987, 47 ss.; ID., *Stato e mercato dopo le privatizzazioni e deregulation*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1991, 378 ss.; ID., *La trasformazione dei servizi pubblici*, in Econ. pubbl., 5, 1995, 5 ss.; ID., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit.), CLAUDIO FRANCHINI (*Le autorità amministrative indipendenti*, cit.), LUISA TORCHIA (*Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992; *Gli interessi affidati alle cure delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, cit.), GIULIO VESPERINI (*Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in Dir. banca e mercato finanziario, I, 1990, 415 ss.), MARCELLO CLARICH (*Per uno studio sui*

carattere neutrale della funzione regolatoria negando (almeno in linea di principio⁴⁰) la natura discrezionale dei poteri delle autorità di regolazione che, alla luce della posizione di neutralità e terzietà che queste ultime assumerebbero rispetto agli interessi in gioco⁴¹, andrebbe invece ricostruita in termini paragiurisdizionali⁴². Per quanto di interesse ai fini della nostra analisi vale la pena sottolineare come tale orientamento, nell'offrire una risposta al problema dell'assenza di legittimazione democratica di tali autorità che discende dal riconoscimento della natura pienamente discrezionale dei relativi poteri, si fonda sull'assunto secondo cui l'esercizio di questi ultimi non implicherebbe affatto l'adozione di scelte politiche in quanto «l'assetto degli interessi rilevanti è definito direttamente dalle legge ed è definito piuttosto come un valore che non come un ordine di priorità»⁴³. Essendo volta a definire le regole e le condizioni per lo svolgimento dell'attività privata, la regolazione condizionale non sarebbe infatti tesa a soddisfare un interesse pubblico bensì «alla garanzia di situazioni soggettive

poter dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in F. Bassi, F. Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit.; *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit.; ID., *L'autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, in www.federalismi.it, 14/2018) e GIULIO NAPOLITANO (*Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005).

40 Le tesi ascrivibili a tale filone sono estremamente articolate e variegate. Tuttavia, proprio la concezione in termini restrittivi della discrezionalità amministrativa in senso proprio nell'ambito della regolazione indipendente pare rappresentare un carattere comune. Nel senso di non escludere completamente la natura discrezionale di taluni poteri delle autorità di regolazione v. L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alle cure delle autorità indipendenti*, cit., 55 ss.; G. VESPERINI, *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 419.

41 Si veda al riguardo C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 34, secondo cui le autorità di regolazione operano in «una posizione di estraneità e di indifferenza rispetto agli interessi coinvolti». Nello stesso senso S. FREDO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, cit., 135 ss.; G. AMATO, *Le autorità indipendenti*, cit., 306 ss.; A. Massera, *"Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 135 ss.

42 In questo senso M. CLARICH, *Per uno studio dei poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, 77 ss. *Contra* v. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 31; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. Predieri (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, 180 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, 95 ss. In virtù del riconoscimento della natura paragiurisdizionale dei poteri attribuiti alle autorità indipendenti c'è chi si è chiesto «perché mai, una volta ravvisata la necessità di ricorrere ad un nuovo soggetto di tutela altamente specializzato e circondato da speciali garanzie di indipendenza, non si sia percorso fino in fondo questo itinerario innovativo, sostituendo pienamente, per così dire in primo grado, il Garante agli organismi giurisdizionali» (M. MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di mezzi di tutela e di riparto di giurisdizione nelle attività di trattamento dei dati personali*, in *Foro It.*, V, 1998, 51).

43 L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alle cure delle autorità indipendenti*, cit., 60.

private», controllando che l'equilibrio tra tali situazioni giuridiche soggettive fissato dalle norme «sia raggiunto e mantenuto». ⁴⁴ Ne consegue, pertanto, che l'attività di regolazione dei mercati svolta dalle autorità indipendenti implicherebbe – salvo che nei casi in cui sia la stessa norma attributiva del potere ad assegnare ad esse la possibilità di specificare e applicare regolazioni di carattere finalistico o prudenziale, operando scelte politiche sulla base di parametri tecnici – solo accertamenti e valutazioni di carattere tecnico, non potendo tradursi in «un apprezzamento discrezionale per gli interessi in gioco. Tale apprezzamento e l'assetto che ne consegue sono per intero determinati dalla legge: all'autorità indipendente spetta di agire per mantenere e garantire tale assetto» ⁴⁵.

Un terzo filone interpretativo ⁴⁶ del fenomeno in esame è, infine, quello che negando il carattere neutrale della funzione di regolazione ne afferma invece il carattere pienamente politico-discrezionale ⁴⁷, sottolineando come l'esercizio dei relativi poteri implichi sempre e comunque – in quanto necessitato dall'ordinamento costituzionale a garanzia dei diritti protetti da quest'ultimo – la ponderazione di interessi pubblici, e non necessariamente solo sulla base di parametri tecnici. Tale tesi, tuttavia, nel riconoscere la natura discrezionale dei poteri delle autorità di regolazione in ragione dell'imprescindibilità della ponderazione di interessi pubblici nell'ambito delle relative scelte amministrative ⁴⁸, finisce per portare alle estreme conseguenze il problema del *deficit* di legittimazione democratica di tali amministrazioni, la cui soluzione si spinge fino a ritenere l'esistenza di una riserva generale di indirizzo e di controllo del Parlamento e del Governo sull'attività di queste ultime, tale da dar luogo a significative contraddizioni rispetto al modello dello Stato regolatore.

A parere di chi scrive sia il primo che il secondo orientamento elaborato dalla dottrina colgono aspetti senz'altro condivisibili – come la ricostruzione del fenomeno in esame in termini di adattamento della nostra Costituzione

⁴⁴ *Ibidem*, 61.

⁴⁵ *Ibidem*, 63.

⁴⁶ In tale filone interpretativo sono riconducibili le tesi di MICHELA MANETTI (*Poteri neutrali e Costituzione*, cit.; *Le autorità indipendenti*, Bari, 2007).

⁴⁷ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., 157 ss.

⁴⁸ Secondo Manetti le funzioni esercitate dalle autorità di regolazione avrebbero natura propriamente politico-discrezionale non solo in virtù di quanto previsto dalla norma attributiva del potere ma in ragione del fatto che la tutela degli interessi pubblici costituzionalmente garantiti imporrebbe in ogni caso una ponderazione al fine di evitare il sacrificio di questi ultimi.

economica e delle forme di intervento pubblico nell'economia alla Costituzione economica europea o il carattere di neutralità rispetto agli interessi in gioco che connota senz'altro alcuni aspetti dell'attività di regolazione dei mercati – senza tuttavia giungere ad una spiegazione compiuta e unificante del fenomeno in esame dal punto di vista della natura dei poteri di regolazione e delle situazioni giuridiche coinvolte nell'esercizio di questi ultimi.

Del resto, a tale risultano non sembra possibile pervenire proprio alla luce della natura pluriforme del fenomeno in esame e dell'impossibilità di sviluppare un'analisi delle attività di regolazione in termini meramente astratti, senza tener conto della profonda diversità delle forme attraverso cui il potere di regolazione si manifesta in concreto. Perciò, con riferimento ai più modesti obiettivi del presente lavoro, le considerazioni poc'anzi esposte portano a ritenere necessario adottare un approccio che guardi in modo specifico ai mercati digitali e che, pur lasciando come sfondo le ricostruzioni del fenomeno proposte dalla letteratura, si sforzi di coglierne i tratti distintivi ritenuti utili ai fini di una rilettura unitaria del fenomeno.

In ogni caso, a prescindere da tale articolato dibattito, i confini della funzione regolatoria, dato il carattere sussidiario di quest'ultima⁴⁹, chiamata ad intervenire in chiave preventiva o risolutiva dei fallimenti del mercato al fine di assicurare il massimo godimento possibili dei diritti fondamentali, inteso quale finalità principale dell'ordinamento democratico-costituzionale, sembrerebbero potersi rintracciare all'interno di due polarità: da un lato la legge e, dall'altro, l'atto amministrativo il quale potrà essere, a seconda dei casi, a contenuto generale o puntuale, assumere carattere discrezionale o vincolato, a seconda del potere amministrativo (esplicito o implicito, come avviene nel caso della *nudge regulation*⁵⁰) di volta in volta esercitato in forza della base legislativa che lo legittima. Si tratta, pertanto, di uno spazio istituzionale⁵¹ particolarmente ampio e variegato, all'interno del quale convivono atti di diritto privato che si radicano all'interno di un contesto decisionale definito dalla regola(menta)zione pubbli-

49 cfr. A.I. OGUS, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 1994, 46 ss.

50 A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, Napoli, 2021.

51 In termini più restrittivi, P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuti e regole*, in *Diritto amministrativo*, n. 2/2018, 372 ss. che parla invece di “spazio (interpretativo) che si pone tra la legge e i provvedimenti di vigilanza e sanzione”.

ca⁵², atti amministrativi generali chiamati a dare attuazione sul piano tecnico-discrezionale a disposizioni di legge, atti di indirizzo, atti gestori e, infine, provvedimenti amministrativi a contenuto puntuale aventi, a seconda delle caratteristiche del potere esercitato, natura vincolata o discrezionale. Essa, pertanto, spazia dall'attività di conformazione delle attività economiche ai diritti fondamentali, mediante la legislazione e l'esercizio del potere normativo fino alla regolazione settoriale in virtù della quale alle autorità, nell'esercizio di un potere amministrativo a contenuto discrezionale, è consentito imporre ai destinatari azioni e comportamenti che si traducono in specifici costi e svantaggi, come tali pienamente inquadrabili nel paradigma autorità-libertà su cui si regge la tradizionale funzione amministrativa.

Incidendo sulla struttura organizzativa e sul contesto decisionale all'interno del quale si sviluppano le dinamiche dell'economia digitale e, dunque, influenzando le scelte, i comportamenti e le relazioni che si instaurano tra i vari attori che vi operano, la regolazione dei mercati digitali sembrerebbe posizionarsi proprio nel mezzo di tale ampio spazio – radicandosi nell'art. 41, comma 2, al confine con l'art. 41, comma 3 della Costituzione – in modo non dissimile, rispetto alla *nudge regulation*⁵³ e, sebbene con caratteristiche differenti, alla tradizionale funzione di tutela della concorrenza. Essa, oltretutto, operando all'interno dei mercati digitali e non solo in funzione di limite esterno, si differenzerebbe dall'attività di conformazione ai diritti fondamentali delle attività economiche digitali, ma anche dagli strumenti tradizionali di tutela della concorrenza *ex post*, senza però assumere le sembianze di una regolazione settoriale e, d'altro canto, senza determinare lo scivolamento dei mercati digitali dal terreno dell'organizzazione sociale a quello dell'organizzazione pubblica.

2.2. La regolazione dell'economia come attività propriamente amministrativa e le sue diverse gradazioni con riferimento dall'art. 41 Cost.

La regolazione dei mercati, intesa quale attività propriamente ammini-

⁵² È il caso della *privacy by design* e della co-regolazione a geometria variabile prevista nell'ambito del DSA e del AI Act.

⁵³ La *nudge regulation* e, dunque, “*l'agire amministrativo attraverso il nudge*”, consisterebbe nella “predisposizione di un determinato contesto decisionale” al fine di influenzare i comportamenti e le scelte delle persone: “ogni volta che vi è influenza, sia pure non cogente, un tale fenomeno evoca immediatamente un fatto riconducibile al potere” (A. ZITO, *La nudge regulation* ..., cit., 89)

strativa diversa dalla mera attività di normazione, che si inquadra nella dialettica autorità-libertà che caratterizza il rapporto tra il pubblico potere e i soggetti privati, si pone in modo sostanzialmente differente a seconda che ci si trovi nell'ambito del comma 2 o del comma 3 dell'art. 41 della Costituzione.

Essa, con riferimento all'utilità sociale di cui al secondo comma dell'art. 41 Cost. può porsi sia come mera attività di conformazione, fungendo da limite esterno rispetto alla libertà di iniziativa economica, intervenendo nella fase attuativo-esecutiva del precetto normativo o in sede di esercizio delle funzioni di vigilanza e del potere sanzionatorio; sia, con specifico riferimento ai processi di scambio che si svolgono sui mercati, come attività volta a preservare la struttura organizzativa concorrenziale di questi ultimi, intesa quale condizione essenziale tanto per il loro corretto funzionamento, quanto per la preservazione della struttura pluralistica della società.

Quest'ultimo sembra essere proprio il caso della regolazione concorrenziale dei mercati, laddove l'esercizio del potere amministrativo non traducendosi semplicemente in una mera attività di conformazione ai diritti fondamentali dell'attività privata opera non quale limite esterno quanto piuttosto come limite interno, incidendo cioè sui processi di scambio posti in essere dagli attori del mercato nell'esercizio dei propri poteri privati, al fine di preservare un assetto organizzativo dei mercati funzionale alla cooperazione tra tali attori, siano essi imprese o consumatori, assicurando modalità di interazione tali da garantire la libertà di scelta (e dunque la sovranità della persona) secondo il principio di razionalità economica.

La preservazione del principio organizzativo concorrenziale all'interno dei mercati rappresenta perciò una specifica forma di regolazione amministrativa che non si riduce però in un'attività di conformazione dell'attività privata ai diritti fondamentali, laddove invece il massimo godimento dei diritti fondamentali viene perseguito da tale funzione solo indirettamente, attraverso un esercizio del pubblico potere teso a regolare all'interno delle dinamiche dei mercati, le sfere di autonomia e di libertà dei vari attori coinvolti nei processi di scambio, con l'«obiettivo di reimmettere il mercato, quale istituzione fondamentale in cui si incardina gran parte dell'azione economica che si svolge nelle società contemporanee, dentro la complessa costellazione di valori che caratterizzano

un ordinamento giuridico democratico, il quale ben difficilmente può tollerare la presenza al proprio interno di poteri privati di fatto in grado di ledere o limitare le sfere di eguale autonomia e libertà riconosciute agli attori economici anche nei loro rapporti reciproci»⁵⁴.

In questa prospettiva ben si comprende allora come tale funzione di regolazione, pur operando pienamente all'interno del perimetro della società, secondo l'interpretazione del comma 2 dell'art. 41 Cost. che si è assunta come base di partenza del ragionamento, sia da un lato pienamente inquadrabile come attività amministrativa avente caratteristiche specifiche, non riconducibili alla mera attività di conformazione; e, dall'altro, come essa risulti pienamente compatibile con la disciplina *antitrust*, tanto nella sua versione più tradizionale⁵⁵ quanto, come si dirà meglio in seguito con riferimento al Digital Market Act, in relazione alle nuove forme di regolazione della concorrenza *ex ante* che sembrano farsi strada quale risposta al capitalismo digitale⁵⁶.

Con riferimento invece ai fini sociali di cui al terzo comma dell'art. 41 Cost., anche quando assume caratteri regolatori, l'intervento pubblico presenta caratteristiche del tutto diverse. In questi casi l'iniziativa economica non cessa di essere privata ma i suoi fini e le modalità attraverso cui essa viene concretamente svolta risultano alterati dall'esercizio di poteri di amministrazione attiva tesi ad imprimere un indirizzo e coordinamento sull'attività privata, nel rispetto della riserva di legge, funzionale al conseguimento di fini sociali che, integrandoli, si sovrappongono a quelli privati⁵⁷. Con la conseguenza che laddove l'esercizio di tali poteri regolatori non sia in grado di conseguire i fini sociali in modo adeguato, a "fini di utilità generale" connessi alla natura di "interesse generale" dell'attività economica privata ritenuta necessaria alla soddisfazione dei di-

⁵⁴ A. ZITO, *Regolazione (dei mercati)*, cit., 812.

⁵⁵ Sulle diverse concezioni di concorrenza v. M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust*, 2010, Torino, 97 ss., 108.

⁵⁶ Per una panoramica generale si rinvia ai pregevoli contributi pubblicati sul numero speciale (n. 29/2022) della Rivista concorrenza e mercato con particolare riferimento a A.P. MASSARO, *The Rising Market Power Issue and the Need to Regulate Competition: a Comparative Perspective between the European Union, Germany, and Italy*, 13 ss. e C. PONCIBÒ, L. ZOBOLI, *Il diritto della concorrenza nei mercati digitali fra eccessi di regolamentazione ed esperimenti normativi: il caso delle Regulatory Sandboxes*, 43 ss.

⁵⁷ È il caso dell'organizzazione economica privata di interesse pubblico (cfr. R. CADERAZZI, *L'organizzazione economica privata di interesse pubblico*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1, 2021, 379-393).

ritti fondamentali, non resterà che riservare o trasferire l'attività economica a soggetti pubblici ai sensi dell'art. 43 Cost., determinando così la sottrazione di una data attività di preminente interesse generale, nel rispetto della riserva di legge assoluta, alla libera iniziativa economica e, dunque, una contrazione degli spazi di autonomia della società sebbene pur sempre in funzione del massimo godimento possibile dei diritti fondamentali.

2.3. Gli indizi sulla fondatezza dell'interpretazione rights-driven della Costituzione economica alla luce della regolazione europea del fenomeno digitale

Una volta riportata la questione dell'equilibrio tra poteri pubblici e privati sui binari della circolarità tra diritti fondamentali, Costituzione economica e regolazione amministrativa, il tentativo di parte della dottrina di proporre un'interpretazione (per così dire) “rights-driven” degli artt. 41 e 43 Cost., in funzione cioè del regime costituzionale, interno ed eurounitario, dei diritti fondamentali, superando così l'idea secondo cui la garanzia delle pretese concernenti i diritti fondamentali dipenderebbe sempre da «una scelta della maggioranza politica attraverso la legge o l'organizzazione amministrativa, in base ad essa e nei limiti delle sue risorse organizzative e finanziarie, nonché delle sue valutazioni discrezionali ovvero (d)alla sola regolazione nell'interesse del mercato»⁵⁸, appare estremamente sensato specie laddove si guardi alla portata problematica della relazione tra capitalismo digitale e democrazia liberale che è alla base dell'attivismo dell'UE sul fronte della regolazione dei poteri digitali.

Ed è infatti proprio su questo specifico campo che sembrerebbe possibile trarre qualche indizio circa la fondatezza di tale ricostruzione alla luce di tre caratteristiche rinvenibili dall'osservazione della regolazione dei poteri digitali di matrice eurounitaria. La prima riguarda il fatto che tale regola(menta)zione trae il proprio fondamento nella necessità di conformare le attività poste in essere dai poteri digitali ai diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, sul presupposto dell'insufficienza a tal fine dei soli strumenti di autoregolamentazione⁵⁹ a disposizione di tali attori. Il secondo riguarda il fatto che, trattandosi

58 L.R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, cit.

59 Sul rapporto tra regolazione e autoregolamentazione v. A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, 225-227. secondo il quale inquadra tale fenomeno nell'ambito dell'autonomia

appunto di una attività di conformazione, sul piano dell'ordinamento interno tale attività si inquadra pienamente nel modello di cui al comma 2 dell'art. 41 Cost. Essa pone infatti limiti esterni all'autonomia di tali attori economici al fine di preservare la compatibilità delle relative attività con l'utilità sociale e, dunque, senza realizzare alcuna compressione degli spazi di autonomia della società mediante l'esercizio del potere amministrativo, eccezion fatta per quello normativo, di vigilanza, sanzionatorio e di influenza tipico della *nudge regulation*. Il terzo riguarda, infine, la specifica natura e funzione che i nuovi strumenti di regolazione *ex ante* della concorrenza – integrando l'approccio tradizionalmente *ex post* della disciplina antitrust – svolgono sui mercati digitali, con particolare riferimento all'attività delle piattaforme.

L'evidenziata specificità del DMA nell'ambito della regolazione europea dei poteri digitali non nega il suo carattere *rights-driven*, né la sua riconducibilità all'interno del paradigma dell'utilità sociale di cui all'art. 41, comma 2 Cost. Il DMA non dà perciò luogo ad alcuno scivolamento della tutela della concorrenza sul terreno della regolazione settoriale, confermando invece la natura pienamente amministrativa della tutela della concorrenza e la sua collocazione all'interno della funzione di regolazione dei mercati, intesa non come semplice attività di conformazione delle attività economiche private ai diritti fondamentali, né come attività di regolazione settoriale riconducibile al modello dell'art. 41, comma 3 Cost.

Ciò che caratterizza tale funzione è il fatto che essa, sia quando opera *ex ante* sia quando *ex post*, implica il dispiegamento del potere amministrativo en-

privata collettiva, distinguendo quella libera da quella legittimata (sulla base di una fonte legale). In entrambi i casi, rileva l'Autore, “siamo in presenza di norme poste in essere dagli stessi soggetti destinatari, ma solo nel secondo la produzione avviene in base alla legge, perché nel primo caso la normazione è espressione di una volontaria iniziativa dei privati, non specificatamente autorizzata dalla legge. [...] in base al principio di libera iniziativa economica, fondamento costituzionale dell'autonomia privata (art. 41 cost.), esiste una presunzione di liceità per qualsiasi fenomeno giuridico che si svolge nella sfera dei privati. Ne consegue, altresì, che l'autonomia privata *hors de la loi* (fuori di una specifica autorizzazione legale) non può essere comunque *contra legem*. È possibile, altresì, che l'autonomia privata libera si svolga in ambiti disciplinati da fonti legali: qui si verifica una concorrenza di fonti private e fonti pubbliche. Così, ancora, può accadere che attività collettiva libera li legittimata *ex post* dall'ordinamento giuridico statale” (ivi, 226). Per un'analisi della *self-regulation* dal punto di vista del sistema delle fonti, con particolare riferimento ai codici di condotta, v. S. SILEONI, *Autori delle proprie regole. I codici di condotta per il trattamento dei dati personali e il sistema delle fonti*, Padova, 2011 e H. SIMONETTI, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, 2009.

tro il perimetro dei mercati digitali al fine di preservare l'operatività al suo interno del principio organizzativo concorrenziale inteso quale derivazione sul terreno degli scambi di mercato del principio costituzionale pluralistico, necessario presupposto ai fini della realizzazione dei diritti fondamentali della persona. L'esercizio di tale potere è dunque volto a preservare certe caratteristiche strutturarli dei mercati in funzione di garanzia rispetto al conseguimento dei presupposti organizzativi necessari ai fini del pieno spiegarsi delle libertà e dei diritti fondamentali nell'ambito dei contesti di mercato a pieno titolo ascrivibili entro il perimetro dell'organizzazione sociale. Le sue caratteristiche, perciò, non determinano affatto una riduzione degli spazi di autodeterminazione della società, contribuendo piuttosto alla conformazione del contesto organizzativo in cui si sviluppa l'attività economica privata ai diritti fondamentali e, dunque, al *market design* piuttosto che alla più tradizionale *market protection*.

3. La multidimensionalità dei (nuovi) poteri digitali e le caratteristiche della “regolazione” europea della privacy, dei servizi digitali e dell'intelligenza artificiale

Delineato lo sfondo all'interno del quale si intende collocare l'analisi della regolazione dei mercati digitali, con riferimento al crescente potere degli attori economici digitali e dei soggetti che fanno massivo ricorso ai sistemi algoritmici risulta ormai evidente come la risposta al dilemma della democrazia liberale a cui si è fatto riferimento richieda una rinnovata consapevolezza sulla portata costituzionale delle questioni⁶⁰, oltre che strumenti di intervento adeguati alle sfide.

Le sfide poste dalla digitalizzazione dell'economia e dalle caratteristiche dei suoi nuovi attori possono essere ricondotte sostanzialmente a tre questioni di fondo. La prima, come si è già rilevato, riguarda il superamento dell'idea stessa di poter collocare l'azione (non solo economica) dei poteri digitali al di fuori della trama costituzionale, ovvero, di poter sacrificare in nome della libertà di espressione altri valori fondamentali, anch'essi costitutivi delle nostre democrazie liberali. La seconda riguarda la possibilità, una volta riconosciuta l'esi-

⁶⁰ Come già diffusamente argomentato in F.G. ANGELINI, *Dalla neutralità alla circolarità tra diritto dell'economia e Costituzione. Spunti per un ripensamento del paradigma economico-costituzionale nel contesto dell'economia digitale e post pandemico*, cit.

genza di stabilire regole e porre limiti ai poteri digitali, di rimettere l'adozione di tali misure alla sola sfera privata, attraverso gli strumenti di *self-regulation*, piuttosto che a quella pubblica dell'eteroregolazione, nella consapevolezza della sua maggiore rigidità, minore flessibilità e incapacità di seguire il passo dell'evoluzione tecnologica. La terza, infine, riguarda la possibilità di delineare forme di co-regolazione in grado di tenere insieme la regola(menta)zione pubblica a fini della conformazione delle attività economiche poste in essere attraverso le nuove tecnologie o all'interno dei contesti digitali con l'autoregolazione, al fine di conseguire tale conformazione anziché mediante l'esercizio diretto dell'autorità, attraverso la (più efficiente sul piano allocativo) spontanea adesione dei destinatari, intervenendo cioè sulla definizione del contesto decisionale (anziché sulla decisione in sé) all'interno del quale gli attori digitali sono chiamati ad esercitare la propria libertà di scelta e, solo in via sussidiaria, mediante il ricorso al potere autoritativo.

Quanto alla prima sfida, guardando più specificatamente al diritto dell'economia e alle sue evoluzioni con riferimento al contesto digitale, ciò rinvia all'esigenza di rifocalizzare l'attenzione sulle sue radici costituzionali al fine di allargare consapevolmente lo spettro degli obiettivi politico-costituzionali alla base della regolazione della *digital economy*, adeguando gli strumenti a disposizione dei pubblici poteri alla varietà dei diritti fondamentali potenzialmente interessati dal fenomeno, alla diversa struttura dei mercati digitali, alla multidimensionalità dei poteri privati che agiscono nel contesto digitale e alle diverse dinamiche che si svolgono sui mercati, sempre nell'ottica di preservare un equilibrio dinamico tra poteri privati e poteri pubblici, funzionale alla tenuta del sistema liberal-democratico.

Nei contesti digitali, del resto, è la stessa dicotomia tra pubblico e privato ad essere destinata ad assumere una portata differente⁶¹ rispetto al passato in ragione della difficoltà di ascrivere i nuovi attori dell'economia digitale, nell'uno o nell'altro campo. La regolazione di tali attori economici in funzione del raggiungimento di quell'equilibrio su cui si è storicamente ancorato il rapporto tra capitalismo democratico e democrazia liberale è infatti resa complicata dalla

⁶¹ cfr. A. SIMONCINI, E. CREMONA, *La AI fra pubblico e privato*, DPCE Online, 51, 1, 2022, 253 ss.

difficoltà di applicare, con riferimento alla natura dei soggetti e delle attività svolte da questi ultimi, le categorie giuridiche tradizionali che si fondano proprio sulla dicotomia privato-pubblico. Al netto di tale complicazione di non poco conto, pare però difficile negare il fatto che, pur senza voler mettere in discussione la natura formalmente privata di tali attori e, dunque, il loro radicamento al di fuori della soggettività pubblica, l'attività svolta da tali organizzazioni, sebbene abbia ad oggetto (almeno in via diretta) l'amministrazione di interessi privati – specie alla luce dell'introduzione dei sistemi algoritmici, come l'Intelligenza Artificiale, in grado di generare «contenuti, previsioni, raccomandazioni e decisioni» (art. 3, par. 1, n. 1, AI Act) e, in tal modo, di superare di fatto il monopolio della persona quale unico soggetto agente⁶² –, sia tale da lambire (almeno indirettamente) interessi pubblici finendo, talvolta, anche per concorrere (in positivo così come in negativo) al perseguimento di fini pubblici o all'esercizio delle funzioni amministrative ovvero di attingere a risorse (es. dati) che, sebbene private, in funzione dell'utilizzo che se ne fa possono acquisire uno specifico interesse pubblico. Ciò significa, in altre parole, riconoscere che l'esercizio del potere digitale non afferisce solo alla dimensione squisitamente imprenditoriale, rilevando invece sul piano dell'interesse pubblico e del corretto assetto dei rapporti tra i vari interessi in gioco in funzione dell'attuazione delle finalità dell'ordinamento costituzionale.

La multidimensionalità dei poteri digitali e le implicazioni del paradigma tecnologico sul governo dei flussi informativi comportano anche che il capitalismo digitale sia solo in parte sovrapponibile a quello che abbiamo conosciuto come capitalismo democratico⁶³. Ciò significa che la possibilità che il capitali-

62 D. ANTISERI, *L'individualismo metodologico. Una difesa*, in D. Antiseri, L. Pellicani, *L'individualismo metodologico una polemica sul mestiere dello scienziato sociale*, Milano, 1992, 39 ss.; Y.N. HARARI, *Nexus. A Brief History of Information Networks from the Stone Age to AI*, (trad. It.) Nexus. Breve storia delle reti di informazione dall'età della pietra all'AI, Bompiani, Firenze-Roma, 2024, 21.

63 Con l'espressione capitalismo democratico, riprendendo l'insegnamento di MICHAEL NOVAK (*Lo spirito del capitalismo democratico e il cristianesimo*, Studium, Roma, 1982), si vuole intendere il connubio tra “tre sistemi dinamici e convergenti che funzionano come un tutt'uno”, alimentandosi reciprocamente, e cioè: un'economia prevalentemente di mercato, una forma di governo rispettosa dei diritti della persona alla vita, alla libertà e alla felicità e un sistema di istituzioni culturali animate da ideali di libertà e giustizia per tutto, laddove il pluralismo rappresenta il vero elemento di novità di tale sistema economico rispetto ad ogni altra forma di economia politica. Secondo Novak, il capitalismo democratico non è infatti soltanto un sistema di libera iniziativa: “esso è incastonato in una struttura pluralistica, ove è previsto che esso sia controllato da un sistema politico e da un sistema etico-culturale” (ivi, 63). Per poter funzionare correttamente, “il suo

smo digitale risulti compatibile con la democrazia liberale, con il pluralismo e con il regime della verità su cui si regge lo stato costituzionale rappresenta solo un'eventualità⁶⁴ laddove spetta pertanto proprio alla regolazione il compito di porre il capitalismo digitale sui binari delle democrazie liberali, orientandone le caratteristiche in funzione del pluralismo e della promozione della dignità umana. In questo senso, la Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale, approvata nel dicembre 2022 dal Parlamento Europeo, dal Consiglio e della Commissione Europea, esprime perciò un impegno diretto da parte dell'Unione Europea verso l'obiettivo di «promuovere un modello europeo per la trasformazione digitale, che metta al centro le persone, sia basato sui valori europei e sui diritti fondamentali dell'UE, riaffermi i diritti umani universali e apporti benefici a tutte le persone, alle imprese e alla società nel suo complesso».

Alla luce di tali considerazioni, con riferimento alla seconda sfida, occorre poi sottolineare come – pur non essendo esente da criticità e rischi – solo l'etero-normazione/regolazione pubblica sembra in grado di fornire una risposta credibile rispetto all'esigenza di tutelare le libertà e i diritti fondamentali e, con essi, la tenuta stessa dei nostri ordinamenti democratici contro i rischi di influenza e manipolazione⁶⁵ dei processi politico-amministrativi.

Tra gli elementi che sembrano avvalorare tale tesi, riprendendo quanto mirabilmente evidenziato da Luisa Torchia, sarebbero da annoverare, da un lato, l'insufficienza degli strumenti sin qui messi in campo dalle piattaforme digitali per controllare la diffusione di contenuti violenti, osceni, offensivi della dignità umana o semplicemente illeciti secondo le regole generali dell'ordinamen-

sistema politico deve svolgere molto ruoli legittimi nella vita economica, da quello di proteggere la solidità della valuta a quello di regolare il commercio internazionale e la concorrenza interna. Anche il suo sistema etico-culturale deve svolgere molti ruoli legittimi e indispensabili alla vita economica, da quello di incoraggiare l'autocontrollo, l'impegno nel lavoro, disciplina e sacrificio in vista del futuro, a quello di insistere su generosità, compassione, integrità e interesse per il bene comune (ivi, 64).

⁶⁴ Allo sviluppo del tema sul piano della circolarità tra verità, cultura e costituzione e dell'impatto del capitalismo digitale è dedicato il lavoro di ricerca promosso dall'Istituto di Studi Politici San Pio V che sarà pubblicato sul numero in uscita della rivista *Power and Democracy* (F.G. ANGELINI, *I poteri digitali nelle democrazie liberali: prospettive economico-costituzionali*, in *Power and Democracy*, in corso di pubblicazione).

⁶⁵ Sul punto si rinvia a L. FABIANO, *Le potenzialità manipolati e della democrazia digitale fra interessi pubblici e poteri privati*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 4/2023, 597 ss., la quale dopo aver evidenziato le implicazioni delle odierne ICT sui sistemi democratici, sottolinea “la necessità di superare l'iniziale, forse oramai ingenuo, approccio liberista e prendere atto che anche nell'eco sistema digitale la teoria della mano invisibile può rivelarsi del tutto fallimentare”.

to; dall'altro, il rischio stesso che la *self-regulation*, stante l'ampiezza del fenomeno digitale e della sua trasversalità, possa alimentare l'idea di una "sovranità digitale" in capo alle piattaforme tale da rafforzare ulteriormente il potere privato di cui sono detentrici, fino al punto da giungere ad una configurazione dei sistemi di autoregolazione adottati da tali soggetti come veri e propri ordinamenti giuridici in grado di incidere, per le loro caratteristiche, significativamente sulle libertà fondamentali, senza che sia possibile prevedere idonei rimedi o correttivi⁶⁶.

Un approccio consapevole sul piano democratico-costituzionale alla regolazione digitale ha perciò indotto il legislatore europeo a preferire l'etero-normazione/regolazione alla *self-regulation* delineando quello che, non a caso, è stato definito da Anu Bradford un *rights-driven regulatory model*⁶⁷ nel quale proprio la tutela dei diritti fondamentali e la promozione di un mercato concorrenziale rappresentano le linee di fondo⁶⁸.

Esso, con riferimento alla terza sfida, se da un lato testimonia la consapevolezza del legislatore europeo circa le ricadute costituzionali dei problemi posti dall'economia digitale, dall'altro, è però consapevole del ruolo sempre più cruciale dei destinatari della regola(menta)zione pubblica ai fini della sua effettività

66 Il rischio è infatti che la *self-regulation* "finisca per essere una sorta mera devoluzione di potestà normative ai nuovi "poteri privati"; una sorta di rinuncia alla funzione ordinante propria delle organizzazioni pubbliche statali (o sovra-statali) o di acquiescenza generalizzata alla forza dei fatti e alla potenza pratica della *self-rule*, che così torna ad essere al fondo, espressione di sovranità piuttosto che autonomia" (così, A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in Riv. trim. dir. pubbl., 4, 2022, 1031 ss.; in questi termini anche L. TORCHIA, *cit.*)

67 A. BRADFORD, *cit.*, 9-10. Il modello UE, rileva Bradford, da un lato, cerca di bilanciare il *right to free speech* con una serie di altri diritti fondamentali, tra cui la dignità umana e il diritto alla *privacy*; dall'altro, è orientato a migliorare e non a limitare i diritti dei cittadini nei confronti sia delle aziende tecnologiche che dello Stato. Tale modello rimarca il fatto che la transizione digitale debba essere saldamente ancorata allo stato di diritto e alla dinamica democratica e, per questo, mostra preoccupazione rispetto al fatto che gli attori dell'economia digitale non comprendano i pilastri della democrazia costituzionale o non rispettino di diritti fondamentali degli utenti, mostrando propensione a che il governo guidi l'economia digitale in funzione della piena attuazione di quei diritti ritenuti fondamentali per una società democratica liberale.

68 Il modello *rights-driven*, secondo Bradford, si sviluppa nei seguenti campi: (i) della salvaguardia dei diritti fondamentali (con particolare riferimento al settore della *privacy*, alle applicazioni dell'intelligenza artificiale potenzialmente sul piano dei diritti della persona e alla protezione della libertà di espressione); (ii) della preservazione e del rafforzamento dei presupposti della democrazia (con particolare riferimento al contrasto alle fake news e agli hate speech e alla preservazione del pluralismo nel settore dei media); (iii) della promozione dell'equità sociale e della solidarietà (con particolare riferimento alla tutela della concorrenza tanto nei mercati digitali quanto in quelli tradizionali interessati dalla transizione digitale, alla tassazione dei giganti della rete e, infine, alla tutela dei lavoratori delle piattaforme digitali).

e, dunque, della necessità di preservare uno spazio più o meno ampio di collaborazione all'interno del processo di normazione/regolazione. Ciò si traduce in una peculiare modalità di regolazione che, pur integrando il passaggio dall'autoregolazione all'eteroregolazione dei poteri digitali⁶⁹, è però in grado di porsi su una linea di confine tra di esse, prevedendo che la conformazione dell'attività economica digitale ai diritti fondamentali si realizzi, nella fase attuativo-esecutiva della regola(menta)zione pubblica, (anche) attraverso il coinvolgimento dei destinatari, con intensità e modalità diverse a seconda del settore di intervento, del grado di rischio e degli interessi di volta in volta in gioco.

3.1. Il GDPR

Il Regolamento (UE) 2016/679, noto come GDPR, in vigore dal 24 maggio 2016 e applicato dal 25 maggio 2018 in sostituzione della Direttiva 95/46/CE sulla protezione dei dati, è stato il primo rilevante intervento regolatorio europeo destinato ad incidere in modo significativo, pur non avendo direttamente ad oggetto le tecnologie digitali, sulle attività economiche svolte nel contesto digitale. Tale *corpus* normativo risulta poi integrato dalla Direttiva sull'applicazione della legge sulla protezione dei dati (Direttiva n. 680/2016), in vigore dal 5 maggio 2016, e dal Regolamento (UE) n. 2018/1725, in vigore dall'11 dicembre 2018, ove sono definiti i doveri e i poteri del Garante europeo della protezione dei dati.

Il GDPR, codificando molte delle posizioni in precedenza già espresse dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE⁷⁰, mira a proteggere «i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali» (art. 1, comma 2), abbandonando la connotazione

69 Rileva in proposito L. TORCHIA, *cit.* come sebbene le piattaforme abbiano tentato di “dimostrare l'inutilità di una regolazione pubblica [orientandosi verso l'adozione di] misure di autoregolazione, sulla base dell'approccio prevalente dell'ordinamento americano, secondo il quale l'autoregolazione è sempre preferibile all'eteroregolazione, anche in ragione della flessibilità della prima rispetto alla rigidità della seconda”, la constatazione dell'enorme concentrazione di potere accumulato da tali soggetti, unitamente ad altri fattori, ha favorito il passaggio dall'autoregolazione all'eteroregolazione alla luce “sia la necessità di tutelare numerosi diritti e interessi individuali, collettivi e pubblici, anche rispetto alla libertà di impresa e alla libertà di espressione, sia l'opportunità di stabilire regole e limiti rispetto ad un potere privato dotato di un altissimo grado di autonomia e di indipendenza rispetto a qualsiasi potere pubblico”.

70 O. POLLICINO, *Potere digitale*, in *Potere e Costituzione. Enciclopedia del diritto: i tematici*, Milano, 2023, 434-438.

economicamente orientata propria della precedente Direttiva ed assumendo invece una posizione coerente con l'inserimento della *privacy* all'interno della Carta dei diritti fondamentali, tanto nella sua connotazione statica (art. 7)⁷¹ quanto in quella dinamica (art. 8)⁷². Coerentemente con tale riconfigurazione sul piano costituzionale del diritto alla *privacy*, il GDPR ha perciò un ambito di applicazione più ampio rispetto alla normativa precedente e introduce un approccio nuovo alla protezione dei dati: da un lato, esso amplia i diritti riconosciuti in capo ai singoli ai fini del controllo sul modo le loro informazioni personali vengono raccolte e trattate; dall'altro, pone in capo ai soggetti titolari del trattamento di tali dati un maggior numero di obblighi, ampliando le responsabilità in capo a tali soggetti in materia di trattamento e protezione dei dati.

Con il GDPR la tutela dei dati personali assume perciò rilievo in funzione della difesa del singolo rispetto alla raccolta e al trattamento illegittimo dei suoi dati personali che – ove trattati in violazione dei principi di liceità, correttezza, trasparenza, minimizzazione, esattezza, limitazione delle finalità e dei tempi di conservazione, responsabilizzazione del titolare, *privacy by design* e *privacy by default* – potrebbero provocare gravi rischi per i diritti e le libertà degli interessati, quali discriminazioni, pregiudizio alla reputazione, privazione dei diritti e delle libertà, perdita di controllo sui propri dati, trattamento di dati sensibili, creazione e uso malevolo di profili e valutazioni di aspetti personali. Tale funzione di tutela si sviluppa perciò sia sul fronte dell'esclusione degli altri dalla propria sfera privata (diritto di escludere), sia su quello del controllo sulla circolazione dei propri dati (diritto di controllare e di autodeterminazione informativa)⁷³, incidendo così in modo significativo anche sulle attività economiche svolte in ambito digitale i cui *business model* si fondano quasi del tutto proprio sul trattamento dei dati personali.

Per quanto di interesse ai nostri fini, oltre all'introduzione di regole più

71 Tale dimensione rinvia al rispetto della vita privata e della vita familiare (V.G. MARTINICO, *art. 7*, in Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a cura di R. Mastroianni e altri, Milano, 2017, 116 ss.)

72 Tale dimensione rinvia invece alla protezione dei dati di carattere personale (O. POLLICINO, M. BASSINI, *art. 8*, in Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a cura di R. Mastroianni e altri, Milano, 2017, 134 ss.)

73 G. CERRINA FERONI, *I dati personali come oggetto di un diritto fondamentale*, in P. Stanzione, I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy, cit., 70.

rigorose per la selezione e la nomina del responsabile del trattamento e di eventuali sub-responsabili, all'ampliamento dei diritti degli interessati e all'introduzione di criteri più stringenti per il trasferimento dei dati al di fuori dell'UE, il GDPR introduce il concetto di "*privacy by design*" e di *accountability* del titolare del trattamento dei dati, nonché un approccio *risk-based* in base al quale spetta a quest'ultimo fornire idonee garanzie sull'adeguatezza delle misure di sicurezza adottate alla luce dell'obbligatoria valutazione d'impatto. L'attuazione degli obblighi previsti dal GDPR avviene tuttavia anche attraverso l'adozione di codici di condotta⁷⁴, rispetto ai quali le autorità preposte svolgono una funzione sia di promozione che di controllo.

In particolare, nel modello di regolazione adottato dal GDPR le autorità di preposte esercitano i poteri di cui sono dotate ai fini del controllo sui requisiti soggettivi e oggettivi e, laddove valutata l'adeguatezza dei codici di condotta⁷⁵, della successiva registrazione e pubblicazione. Come è stato evidenziato, si tratta di un modello di regolazione che, pur lasciando alcuni spazi all'autonomia privata, presenta una connotazione marcatamente pubblicistica⁷⁶ in quanto incentrato sul ruolo delle autorità indipendenti, rispetto al quale i soggetti privati non sono liberi di adottare i codici di condotta senza la loro preventiva approvazione.

3.2. Il Digital Services Act, il Data Governance Act e il Data Act

Il Regolamento (EU) 2022/2065, denominato Digital Services Act, contiene una disciplina dei servizi digitali innovativa rispetto alla precedente direttiva sul commercio elettronico (Direttiva 2000/31/CE) che, pur non intervenendo in una prospettiva concorrenziale, coerentemente con la sua base giuridica, rinvenibile nell'art. 114 del TFUE, contribuisce a definire una regola(men-

⁷⁴ "Gli Stati membri, le autorità di controllo, il comitato e la Commissione incoraggiano l'elaborazione di codici di condotta destinati a contribuire alla corretta applicazione del presente regolamento, in funzione delle specificità dei vari settori di trattamento e delle esigenze specifiche delle micro, piccole e medie imprese" (art. 40, par. 1).

⁷⁵ "Le associazioni e gli altri organismi di cui al paragrafo 2 del presente articolo che intendono elaborare un codice di condotta o modificare o prorogare un codice esistente sottopongono il progetto di codice, la modifica o la proroga all'autorità di controllo competente ai sensi dell'articolo 55. L'autorità di controllo esprime un parere sulla conformità al presente regolamento del progetto di codice, della modifica o della proroga e approva tale progetto, modifica o proroga, se ritiene che offra in misura sufficiente garanzie adeguate" (art. 40, par. 5).

⁷⁶ A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in Riv. trim. dir. pubbl., 4, 2022, 1031 ss.

ta)zione dei mercati digitali particolarmente stringente in funzione del «corretto funzionamento del mercato interno dei servizi intermediari stabilendo norme armonizzate per un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile che faciliti l'innovazione e in cui i diritti fondamentali sanciti dalla Carta, compreso il principio della protezione dei consumatori, siano tutelati in modo effettivo»⁷⁷.

Come si legge nella relazione introduttiva al DSA, tale aggiornamento della normativa sul commercio elettronico si è resa necessaria per effetto della velocità con cui i mercati digitali sono cambiati sia del crescente potere accumulato dalle piattaforme digitali, laddove i mercati digitali hanno profondamente mutato le abitudini di vita delle persone e i servizi digitali hanno offerto grandi innovazioni sul piano tecnologico, tali da determinare una sostanziale trasformazione delle attività economiche, determinando tuttavia nuovi rischi che interessano la società nel suo insieme, i singoli individui e le imprese stesse. Il DSA si pone perciò sia come strumento d'innalzamento dei livelli di salvaguardia e valorizzazione di diritti, libertà, interessi meritevoli dell'ordinamento europeo, sia come elemento di limitazione di altri diritti, libertà e interessi, tra cui – nella prospettiva che rileva ai fini della nostra indagine – la libertà d'impresa.

Non potendoci soffermare in questa sede sull'analisi delle singole disposizioni del DSA⁷⁸, ciò che vale la pena mettere in evidenza è il fatto che il perseguimento di tali obiettivi, sul terreno specifico del contrasto ai contenuti illegali e della moderazione del discorso pubblico⁷⁹, avviene attraverso l'introduzione di un complesso sistema di controllo dello spazio digitale che implica l'introduzione di una serie di obblighi differenziati e asimmetrici in capo alle piattaforme digitali e, con un approccio differente rispetto al GDPR, la cooperazione tra queste ultime e le autorità amministrative preposte alla fase *enforcement*. Si tratta di misure diversificate, bilanciate e proporzionate alle responsabilità e ai doveri

⁷⁷ DSA, art. 1.

⁷⁸ Per una disamina più approfondita sia consentito il rinvio ai diversi contributi presenti nei volumi L. BOLOGNINI, E. PELINO, M. SCIALDONE (a cura di), *Digital Services Act e Digital Market Act. Definizioni e prime applicazioni dei nuovi regolamenti europei*, Milano, 2023; F. PIZZETTI, M. OROFINO, E. LONGO, A. IANNUZZI, S. CALZOLAIO, *La regolazione europea della società digitale*, f1Torino, 2024.

⁷⁹ A. TURILLAZZI, M. TADDEO, L. FLORIDI, F. Casolari, *The digital services act: an analysis of its ethical, legal, and social implications*, f1Law, Innovation and Technology, f15(1), 2023, 83–106.

di diligenza in capo ai diversi prestatori di servizi digitali che presuppongono però lo svolgimento da parte di questi ultimi di un'attività di *risk assessment*⁸⁰ tesa a identificare, con cadenza annuale, i rischi sistemici connessi ai servizi prestati, con particolare riferimento ai contenuti illegali diffusi o alla violazione dei diritti fondamentali.

L'approccio del DSA è dunque differente rispetto a quella del GDPR⁸¹, caratterizzandosi per il fatto di definire un quadro di responsabilità e di obblighi a carico dei prestatori di servizi digitali (siano essi fornitori di servizi di mezzo trasporto, di servizi di memorizzazione temporanea o di hosting, piattaforme digitali o social media) che, da un lato, risulta fortemente differenziato a seconda della dimensione dei destinatari, distinguendo tra "piattaforme online", destinatarie delle norme di applicazione generale, e "piattaforme online di grandi dimensioni" nei confronti delle quali, prestando servizi a un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio pari o superiore a quarantacinque milioni, trovano applicazione norme specifiche; e, dall'altro, introduce un modello di co-regolazione significativamente differente rispetto a quello – a maggiore connotazione pubblicistica – adottato dal GDPR e incentrato sullo strumento dei codici di condotta per l'attuazione degli obblighi previsti in ambito *data protection*, soggetti a forme di controllo preventivo da parte delle autorità preposte.

Nel caso del DSA si tratta invece di un modello di co-regolazione che, sebbene anch'esso inquadrabile quale attività di conformazione ai diritti fondamentali in funzione attuativo-esecutiva dei precetti normativi, prevede il coinvolgimento dei privati e l'assegnazione alle amministrazioni preposte non solo di poteri di controllo e sanzionatori in funzione di *enforcement*, ma anche poteri di amministrazione attiva in capo alla Commissione, esercitabili nell'ambito di quello spazio di dialogo previsto ai fini dell'adozione dei codici di condotta da parte delle piattaforme online di grandi dimensioni che presentino elevati rischi sistemici.

Il Regolamento (UE) n. 2022/868, denominato Data Governance Act,

⁸⁰ DSA, art. 34

⁸¹ Al riguardo O. POLLICINO, *Potere digitale*, cit., 439 ha opportunamente evidenziato come il passaggio dal GDPR al DSA/DMA segni l'avvio di una seconda stagione di costituzionalismo digitale segnata dal diverso approccio seguito dal legislatore europeo, passando da un approccio assiologico-sostanziale a uno procedurale.

in vigore dal 23 giugno 2022 e in applicazione dal 24 settembre 2023, modifica il precedente Regolamento (UE) n. 2018/1724 stabilendo le condizioni per il riutilizzo⁸², all'interno dell'UE, di determinate categorie di dati detenuti da enti pubblici e introducendo un quadro di notifica e controllo per la fornitura di servizi di intermediazione di dati. Anche tale regolamentazione, definendo una serie di obblighi per i fornitori di servizi di intermediazione dei dati, volti a garantire l'affidabilità della condivisione e della messa in comune dei dati all'interno del mercato unico, contribuisce a plasmare i confini della libera iniziativa economica sui mercati digitali prevedendo un modello alternativo alle pratiche di gestione dei dati delle piattaforme con l'obiettivo di contrastare la concentrazione di ingenti quantità di dati tali da generare gravi asimmetrie informative suscettibili alterare il funzionamento dei mercati digitali e tradizionali.

Il Regolamento (UE) n. 2023/2854, denominato Data Act, entrato in vigore l'11 gennaio 2024 e applicabile dal settembre 2025, interessa invece le *value chains* dell'economia digitale con l'obiettivo di garantire la migliore allocazione del valore delle informazioni tra i diversi attori economici che operano in tale filiera e di tutelare la sovranità degli Stati membri attraverso la riduzione della quantità di dati che, una volta fuoriusciti dal territorio europeo, possono costituire una risorsa preziosa per le autorità e le imprese extra-europee⁸³.

In particolare, il Data Act introduce garanzie rigorose contro l'uso improprio dei dati con l'obiettivo di proteggere i segreti commerciali, la sicurezza informatica, la salute, la sicurezza e la vita privata, consentendo a cittadini e imprese di esercitare un maggior potere di controllo su tutti quei dati che vengono generati giornalmente nei contesti digitali. Da un lato, esso rafforza il diritto alla portabilità dei dati già previsto dall'art. 20 del GDPR; dall'altro, introduce il divieto per utenti e terze parti di condividere i dati con soggetti qualificati come gatekeeper ai sensi del DMA e, per questi ultimi, di costringere gli utenti a

⁸² Sia consentito il rinvio a uno dei primi lavori in tema del riutilizzo dei dati pubblici v. F.G. ANGELINI, *Pubblica Amministrazione digitale*, in L. Bolognini, D. Fulco, P. Paganini (a cura di), *Next Privacy. Il futuro dei nostri dati nell'era digitale*, Milano, 249 ss. Si v. anche F. GASPARI, *L'agenda digitale europea e il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico. Il riutilizzo dei dati ipotecari e catastali*, Torino, 2016.

⁸³ Così S. TORREGGIANI, *Il Data Act: una versione europea del Data Nationalism?*, in Riv. it. Inf. e dir., 2, 2023, 139.

condividere o ricevere i dati.

Se il DSA introduce un modello di co-regolazione che lascia maggior spazio alla collaborazione dei destinatari privati nella fase attuativo-esecutiva degli obblighi in esso contenuti, differenziandosi rispetto al modello regolatorio adottato dal GDPR, occorre altresì evidenziare come esso, unitamente al Data Governance Act e al Data Act, contribuisce a delineare un quadro regolamentare volto a porre limiti esterni alle attività economiche digitali, inquadrabile come attività volta alla conformazione di queste ultime ai diritti fondamentali e, come tale, pienamente ascrivibile sul piano costituzionale interno all'utilità sociale di cui all'art. 41 Cost.

3.3. L'AI Act

Nella medesima prospettiva poc'anzi richiamata si pone anche l'AI Act: il Regolamento (UE) n. 2024/1689 del 12 luglio 2024 che sarà applicabile a partire dal 2026. Tale intervento normativo, traendo la propria base legislativa sia nell'art. 114 che nell'art. 16, par. 2 del TFUE, ha come obiettivo quello di affrontare i rischi legati all'utilizzo dell'intelligenza artificiale mediante la previsione di quattro diversi livelli di rischio: inaccettabile, elevato, limitato e minimo.

Non essendo questa la sede per analizzare nel dettaglio le previsioni dell'AI Act⁸⁴, ai più limitati fini del presente lavoro basti evidenziare come anche in questo caso l'approccio seguito dal legislatore europeo è stato quello di introdurre disposizioni generali volte a delineare un quadro complessivo nel quale opereranno i sistemi di intelligenza artificiale ritenuto compatibile con i diritti fondamentali.

Coerentemente con il modello di gestione del rischio articolato su quattro livelli, l'AI Act prevede che i sistemi che presentano un rischio inaccettabile,

⁸⁴ Per una più ampia disamina si rinvia a N. RANGONE, *Regolare con intelligenza. Artificiale?*, in A. Lalli (a cura di), *La regolazione pubblica delle tecnologie digitali e dell'intelligenza artificiale*. Torino, 2024, 179 – 204; G. FINOCCHIARO, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in Riv. trim. dir. pubbl., 4, 2022, 1085 ss.; B. MARCHETTI, *La regolazione del mercato dell'intelligenza artificiale*, in Riv. della regolazione dei mercati, 1, 2024, J. PONCE SOLE, *Il regolamento dell'Unione Europea sull'intelligenza artificiale, la discrezionalità amministrativa e la riserva di umanità*, in Riv. trim. dir. pubbl., 3, 2024, 825 ss.; in chiave comparata v. E. CHITI, B. MARCHETTI, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, in Riv. della regolazione dei mercati, 2020, 1, 29; B. MARCHETTI, L. PARONA, *La regolazione dell'intelligenza artificiale. Stati Uniti e Unione europea alla ricerca di un equilibrio*, in DPCE online, 1, 2022, 237-252.

quali i sistemi di *social scoring* e i sistemi di identificazione biometrica remota in tempo reale, siano vietati. Le disposizioni sull'AI vietata, così come pure quelle relative ai sistemi AI ad alto rischio, sono dunque cogenti e il loro rispetto suscettibile di *enforcement* da parte della autorità competenti. Nel caso dei sistemi AI ad alto rischio per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali delle persone fisiche, il regolamento prevede poi che essi siano soggetti a una procedura di valutazione di conformità *ex ante* che si conclude con l'apposizione della marcatura CE.

Al contrario, per i sistemi AI a basso rischio vengono invece previsti obblighi di trasparenza e incoraggiata l'adozione dei codici di condotta. Il regolamento prevede pertanto l'applicazione di tali obblighi su base volontaria e differita, affidata all'auto/co-regolazione secondo quanto previsto dall'art. 69 dell'AI Act, il quale lascia ampio spazio all'autonomia privata, assegnando alle autorità preposte esclusivamente una funzione di promozione tesa ad incentivare l'applicazione volontaria dei requisiti di cui al Titolo III, capo 2.

Si tratta dunque di un modello di regola(menta)zione ad applicazione graduale, che prevede uno spazio a geometria variabile dell'autonomia privata in funzione della conformazione e, per quanto riguarda i sistemi AI ad alto rischio, un'attività di conformazione di matrice chiaramente pubblicistica in funzione di limite esterno.

3.4. La regola(menta)zione rights-driven come attività di conformazione dell'economia digitale ai diritti fondamentali e lo spazio a geometria variabile dell'autonomia privata

La sommaria ricostruzione degli interventi regolatori sin qui passati brevemente in rassegna sembrano dunque confermare il loro ipotizzato carattere di regola(menta)zione *rights-driven* volta alla conformazione ai diritti fondamentali delle attività economiche a vario titolo interessate dal fenomeno digitale.

Esse trovano la propria giustificazione sul piano dell'ordinamento costituzionale interno nell'art. 41, comma 2 e, dunque, nella clausola generale dell'utilità sociale in funzione di limite alla libertà di iniziativa economica. Esse, operando in un contesto di libero mercato e di autonomia privata, definendone i confini e conformandola ai diritti fondamentali costituzionalmente garantiti,

non pongono in essere regolamentazioni settoriali né configurano contesti organizzativi riconducibili alla sfera pubblica.

I vincoli posti dalla regola(menta)zione europea sono infatti funzionali a garantire che l'iniziativa economica si svolga in funzione della massimizzazione dei diritti fondamentali della persona sulla sfera privata, delineando un equilibrio rispetto al raggiungimento del quale concorre sia il potere amministrativo che, a seconda dei casi, come avviene nel caso della co-regolazione, la stessa autonomia privata, secondo il principio di sussidiarietà.

Pertanto, riconosciuta l'insufficienza degli strumenti di autoregolazione ai fini della conformazione dell'economia digitale ai diritti fondamentali, è possibile ritenere che il legislatore europeo abbia introdotto forme di regola(menta)zione pubblica che, come è stato evidenziato⁸⁵, presentano un perimetro a geometria variabile nel quale l'autonomia privata è chiamata a relazionarsi in chiave giuridico-argomentativa con il potere amministrativo in fase attuativo-esecutiva dei precetti normativi. Tale cooperazione, come si è detto, si atteggia in modo differente a seconda della natura degli interessi coinvolti, del grado di rischio insito in talune attività economiche con riferimento alle loro implicazioni sui diritti fondamentali e dell'approccio verticale o orizzontale seguito dal legislatore per risolvere specifici problemi o colmare determinate lacune dell'ordinamento con riferimento al fenomeno digitale.

Ai fini che qui interessano, segnando una differenza sostanziale rispetto al DMA, vale la pena rimarcare il fatto che gli interventi regolatori sin qui analizzati, anche quando prevedono l'esercizio del potere amministrativo, lo fanno in chiave per lo più di *enforcement* e, solo in limitati casi, di amministrazione attiva, potendo incidere direttamente sui contenuti dei codici di condotta nell'ambito della procedura di co-regolazione prevista dal DSA. Essi seguono perciò un approccio diretto alla tutela dei diritti fondamentali che si concretizza attraverso l'apposizione di limiti esterni alla libera iniziativa economica secondo modalità che, a seconda dei casi, possono risultare più o meno eteronome e prevedere l'esercizio del potere amministrativa in fase *ex ante* o *ex post* con finalità pur sempre attuativo-esecutiva della normazione.

⁸⁵ O. POLLICINO, *Potere digitale*, cit., 439 ss. A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, cit.

Come vedremo nelle pagine che seguono, pur senza negare il comune carattere *rights-driven* del *corpus* normativo che si è soliti identificare come regolazione europea dei mercati digitali, il DMA sembra invece distinguersi dalle discipline richiamate nelle pagine precedenti per il fatto di seguire una traiettoria parzialmente diversa che guarda, non direttamente alla conformazione delle attività economiche digitali ai diritti fondamentali, quanto al contesto organizzativo nell'ambito del quale esse si svolgono, laddove la conformazione di quest'ultimo ai diritti fondamentali richiede un'attività di regolazione propriamente amministrativa che è chiamata ad operare all'interno (e non all'esterno) dei mercati digitali, al fine di creare le condizioni di organizzative funzionali alla massimizzazione dei diritti fondamentali all'interno dei confini della società, intesa quale interesse pubblico⁸⁶ tutelato dall'ordinamento costituzionale.

4. Il DMA e l'approccio *rights-driven* alla regolazione dei gatekeeper sui mercati digitali

Pur dovendone rimarcare le peculiarità rispetto al GDPR, al DSA e all'AI Act, un altro pilastro importante della regolazione europea dei mercati digitali è rappresentato, come si è già accennato, dal Digital Market Act (DMA)⁸⁷, adottato dal Parlamento Europeo con un'ampissima maggioranza, a conferma di una piena adesione anche sul piano politico-culturale nei confronti di tale disciplina. L'obiettivo di tale regolamento, come si legge nelle sue premesse, è migliorare la concorrenza di mercato limitando talune pratiche commerciali poste in essere dai «gatekeeper» digitali e ritenute anticoncorrenziali, sebbene non direttamente sanzionabili sulla base dei tradizionali strumenti di tutela della concorrenza.

Sul piano della disciplina della concorrenza, l'approccio *rights-driven* introdotto dal DMA si traduce perciò: (i) nella necessità di uscire dalle maglie strette

⁸⁶ È agevole cogliere il riferimento a L.R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, cit., 126 secondo il quale “il compito (costituzionale) dell'organizzazione e del potere pubblico è solo quello di massimizzare il godimento dei diritti fondamentali della persona, assicurando l'uguaglianza sostanziale quanto alle condizioni del pieno sviluppo della persona”.

⁸⁷ 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.

del *more economic approach*⁸⁸ (spesso usato a giustificazione della non interferenza nei mercati, anche digitali) e, dunque, di adottare strumenti di intervento aventi maggiore flessibilità nell'interpretazione e nell'applicazione delle regole poste a tutela della concorrenza al fine di adattarsi alle mutevoli circostanze economiche e sociali del contesto digitale; (ii) in una riscoperta delle sue basi costituzionali, che impone di guardare anche al di fuori della regolazione della concorrenza e, dunque, a interventi di vera e propria politica industriale⁸⁹ al fine di non integrare quel paradosso del diritto antitrust evidenziato da Robert Bork⁹⁰; (iii) nel ricorso a nuove modalità di intervento regolatorio in chiave giuridico-argomentativo (e dunque *ex ante* non solo *ex post*) che trovano la loro giustificazione nell'incapacità dei meccanismi consolidati del diritto antitrust (che regolano principalmente *ex post* gli accordi anticoncorrenziali e gli abusi unilaterali di posizione dominante) di garantire alla concorrenza nei mercati digitali

⁸⁸ Tale approccio considera il benessere del consumatore il fine ultimo del diritto della concorrenza, ponendo quest'ultimo quale paradigma per l'interpretazione e l'applicazione della disciplina della concorrenza, qualificando di conseguenza come condotte vietate solo quelle che ne pregiudichino la realizzazione. Tale approccio si fonda sull'applicazione alla disciplina della concorrenza della teoria dell'economia del benessere che risulta fortemente influenzata dalla filosofia utilitaristica di Jeremy Bentham. Il benessere del consumatore si realizza laddove, per effetto del gioco concorrenziale, le imprese sono spinte a ottimizzare la propria struttura dei costi e dei profitti fino al punto in cui il costo marginale eguaglia il profitto marginale. In questa condizione, anche detta di sovranità del consumatore, tutto il *surplus* generato dallo scambio di mercato risulta allocato nella sfera del consumatore finale (H.N. BUTLER, J. SHEPHERD, J.C. COOPER, *Economic Analysis for Lawyer*, Carolina Academic Press, Durham NC, 2014, 73). Per un approfondimento sulla prospettiva espressa dalla Scuola di Chicago v. R.A. POSNER, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, Shughart, W.F. II, 1976. Per una critica del *more economic approach* v. J.B. BAKER, *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*, Harvard University Press, Cambridge, 2019 e G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, cit.

⁸⁹ Sui rapporti tra tutela della concorrenza, regolazione economica e politica industriale v. L. TORCHIA, *I mercati e la loro disciplina: il bilancio di un decennio*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2024, 315 ss. la quale evidenzia come “le frontiere fra concorrenza, regolazione economica e politica industriale sono dunque mobili e dipendono prima di tutto dalla storia e dal contesto. [...] L'approccio americano che vede la regolazione come un ostacolo alla innovazione ha consentito alle start up tecnologiche di trasformarsi in campioni globali: ma il successo di quella scelta di De regolazione richiede oggi idi ambiare approccio e di andare verso una regolazione forse anche più stringente rispetto ad altri settori, in ragione delle dimensioni e della concentrazione di potere che caratterizzano le Big Tech.[...] Che si tratti di tutela della concorrenza, di politica industriale o di regolazione economica, a venire in rilievo è sempre un'attività di esercizio di potere pubblico che porta con sé la necessità di assicurare le dovute garanzie. Queste garanzie non possono però essere assicurate secondo moduli uniformi, perché mentre la legittimazione della regolazione indipendente – sia per la tutela della concorrenza sia per la regolazione economica – è di tipo tecnico e procedurale, quella della politica industriale è di tipo sostanziale” (321-322).

⁹⁰ R. BORK, *The Antitrust Paradox. A Policy at war with itself*, Basic Books, New York, 1978.

un'efficace protezione ma anche promozione⁹¹; nonché, (iv) nell'introduzione di nuovi concetti indeterminati, non strettamente ancorati ad una applicazione secondo logiche matematiche, a cui solo le dinamiche dialogico-procedurali che si svilupperanno in sede di applicazione pratica potranno dare un esatto contenuto.

Come è stato evidenziato⁹² si tratta di una ricalibrazione del diritto della concorrenza sui suoi fondamenti normativi, giustificata dalla rilevata natura multidimensionale dei nuovi poteri digitali e che conduce perciò a un cambiamento profondo nel paradigma di tutela della concorrenza il quale non può, tuttavia, oltrepassare quei limiti del potere pubblico imposti dalla Costituzione stessa che darebbero luogo ad ulteriori problemi sul piano degli equilibri tra poteri privati e poteri pubblici.

La regolazione concorrenziale dell'economia digitale, così come pare delinearsi alla luce del DMA, combina perciò gli strumenti tradizionali del diritto della concorrenza con quelli della regolazione settoriale, senza però nello stesso tempo uscire dai binari dello stato di diritto. Ciò si giustifica, come evidenziato nel Considerando n. 11 del DMA, in virtù del diverso interesse giuridico protetto da tale disciplina, in chiave complementare rispetto quello protetto dagli artt. 101 e 102 TFUE e dalle corrispondenti norme nazionali. Non solo «protezione della concorrenza non falsata dal mercato» (e dunque ambito di applicazione della disciplina antitrust limitato ai comportamenti anticoncorrenziali unilaterali e multilaterali e al controllo delle concentrazioni) ma «contribuire al corretto funzionamento del mercato interno stabilendo norme volte a garantire la contendibilità e l'equità per i mercati nel settore digitale» (Considerando n. 7).

Sono tre, in particolare, le caratteristiche di fondo di questo nuovo paradigma regolatorio. Esso, pur emergendo dal DMA (e dunque con riferimento al ruolo svolto dai gatekeeper nell'ambito dei mercati nel settore digitale), segna

⁹¹ Ciò in quanto se la possibilità di intervento nei processi di mercato risulta completamente dipendente dall'accertamento di un'infrazione (*ex ante*), la tutela della concorrenza sarà in grado di porre rimedio alle imperfezioni dei mercati digitali solo sporadicamente, in modo frammentario e spesso quando il danno derivante dall'uscita di potenziali concorrenti e, dunque, sulla struttura pluralistica dei mercati, non potrà più essere riparato.

⁹² O. ANDRIYCHUK, *EU Digital Competition Law: The Socio-legal Foundations*, in Cambridge Yearbook of European Legal Studies. Cambridge University Press. Published online 2023, 1-24.

un punto di svolta nei rapporti tra disciplina della concorrenza e diritto costituzionale, che ben può essere rappresentato nei termini di un recupero della consapevolezza circa il contributo del diritto dell'economia alla stabilizzazione democratica e, dunque, rispetto alla circolarità tra diritto dell'economia e Costituzione.

La prima caratteristica concerne l'individuazione dei gatekeeper e dei servizi di piattaforme di base rilevanti ai fini del regolamento, laddove si riscontra un approccio asimmetrico nella definizione dell'ambito di applicazione della regolazione della concorrenza dei mercati digitali. Il DMA trova applicazione solo nei confronti delle imprese più grandi il cui potere economico, incanalando la concorrenza sia a valle che orizzontalmente, viene trattato alla stregua di una «*essential facility*» in virtù delle caratteristiche dei servizi di piattaforma di base di porsi come punti di accesso per le imprese al fine di raggiungere gli utenti finali (es. servizi di intermediazione online, motori di ricerca, sistemi operativi, social network, servizi per la condivisione di video, servizi di comunicazione interpersonale, servizi di cloud computing, assistenti virtuali, browser web, servizi pubblicitari online e di intermediazione pubblicitaria). A queste imprese – sulla base di parametri fissati normativamente ma con ampia discrezionalità valutativa e applicativa in capo alla Commissione – viene attribuito lo status di «gatekeeper» e dunque assoggettate a una serie di obblighi e divieti il cui scopo è quello di evitare pratiche commerciali scorrette, squilibri in termini di potere contrattuale e condizioni di mercato inique e, nei termini più generali sin qui affrontati, di limitare il potere digitale alla stregua di quello pubblico, funzionalizzandolo.

Il DMA (art. 3) – prescindendo completamente dall'accertamento di una posizione dominante – prevede che debba essere designato come gatekeeper il fornitore di servizi di piattaforma di base che:

1. ha un impatto significativo sul mercato interno:
 - a. se l'impresa a cui appartiene raggiunge un fatturato annuo nello spazio economico europeo pari o superiore a 7,5 miliardi di euro negli ultimi tre esercizi finanziari o
 - b. se la capitalizzazione di mercato media o il valore equo di mercato equivalente dell'impresa cui appartiene era quanto meno pari a 75 miliardi

di euro nell'ultimo esercizio finanziario

2. gestisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (gateway) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali:

a. se l'impresa fornisce un servizio di piattaforma di base che annovera nell'ultimo esercizio finanziario più di 45 milioni di utenti finali attivi mensilmente, stabiliti o situati nell'UE, e oltre 10 mila utenti commerciali attivi annualmente stabiliti nell'unione

3. detiene una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro:

a. se le soglie di cui sopra sono state raggiunte in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari

Si tratta di parametri di tipo qualitativo (articolo 3, paragrafo 1, lettera a), lettera b), lettera c), e di indicatori tipo quantitativo (ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, lettere a), b) e c), che sono integrati da importanti poteri discrezionali in capo alla Commissione. Gli indicatori di tipo quantitativo, infatti, hanno solo carattere presuntivo e, in quanto tali, possono essere modificati dalla Commissione senza modifiche formali del regolamento (art. 3, par. 7).

La Commissione gode altresì di poteri discrezionali anche con riferimento alla possibilità di escludere la designazione come gatekeeper di soggetti che, pur raggiungendo le soglie quantitative, offrono servizi di piattaforma di base che non soddisfano i parametri di tipo qualitativo (art. 3, par. 4). La stessa Commissione ha poi il potere di designare come gatekeeper qualsiasi impresa che fornisce servizi di piattaforma di base che soddisfa ciascuno dei parametri qualitativi, pur non raggiungendo le soglie di cui agli indicatori quantitativi (art. 3, par. 8).

Spetta infine alla Commissione elencare, in relazione a ciascuna impresa designata come gatekeeper i servizi di piattaforma di base che costituiscono un punto di accesso importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali.

Il medesimo approccio asimmetrico lo si riscontra anche con riferimento alla definizione degli obblighi e dei divieti ai quali è assoggettato il gatekeeper.

Il DMA li suddivide in due gruppi distinti (art. 5, 6 e 7): quelli elencati all'art. 5 non richiedono ulteriore specificazione da parte della Commissione; e quelli elencati agli artt. 6 e 7, per i quali – pur essendo immediatamente esecutivi – si prevede che possano richiedere una ulteriore specificazione da parte della Commissione in funzione del tipo di servizi di piattaforma di base prestato dal singolo gatekeeper, ovvero del tipo di mercato o di mercati nell'ambito dei quali esso opera.

La specificazione degli obblighi imposti ai gatekeeper da parte della Commissione avviene sulla base di un procedimento disciplinato dall'art. 8, che può essere avviato sia su iniziativa della Commissione stessa, sia del gatekeeper.

La Commissione, su richiesta del gatekeeper, può altresì sospendere temporaneamente l'applicazione di uno o più obblighi di cui agli artt. 5, 6 e 7 quando tali da comportare la compromissione della redditività economica del gatekeeper nell'UE.

La Commissione, d'ufficio o su istanza del gatekeeper, può altresì esentare un gatekeeper da uno o alcuno degli obblighi previsti dagli artt. 5, 6 e 7 in presenza di ragioni di sicurezza pubblica o di salute pubblica.

Di notevole importanza è infine il potere della Commissione, previsto all'art. 12, di integrare l'elenco degli obblighi previsti in capo ai gatekeeper attraverso l'adozione di atti delegati sulla base di un'indagine di mercato ed in ragione della necessità di aggiornare tali obblighi per contrastare pratiche che limitino la contendibilità dei servizi di piattaforma di base o che possano essere ritenute sleali (art. 12, par. 5): (i) ostacolando l'innovazione o limitando la scelta degli utenti commerciali e degli utenti finali (es. barriere all'ingresso per altre imprese, espansione come fornitore di un servizio di base o di altri servizi nel settore digitale); o (ii) in presenza di uno squilibrio tra i diritti e gli obblighi degli utenti commerciali, in forza del quale il gatekeeper trae un vantaggio dagli utenti commerciali che non è proporzionato al servizio fornito dal gatekeeper.

La seconda caratteristica riguarda il ricorso a concetti indeterminati e dal contenuto più vago: «equo», «contendibile», «proporzionato», «ragionevole», «non discriminatorio» e così via, che offrono un spazio interpretativo/argomentativo decisamente più ampio nell'ambito dell'esercizio della funzione amministrativa di tutela della concorrenza. Si tratta di un approccio che, unitamente

all'approccio asimmetrico di cui si è già detto, contribuisce a delineare in senso particolarmente ampio i contorni del potere discrezionale della Commissione nell'ambito del nuovo paradigma della regolazione della concorrenza. Questa importante caratteristica integra l'approccio asimmetrico alla selezione dei destinatari della regolazione con il carattere interpretativo e aperto degli obblighi, la cui portata concreta dovrà essere calibrata nell'ambito di una dinamica giuridico-argomentativa che vede coinvolta la Commissione e i gatekeeper.

Tale dinamica procedurale (o, per meglio dire, giuridico-argomentativa) presenta peraltro alcune caratteristiche peculiari che si evincono dal regime giuridico concernente la responsabilità del gatekeeper in presenza dell'inosservanza degli obblighi di cui agli artt. 5, 6 e 7 del DMA. Sebbene la violazione degli obblighi integri un'ipotesi di responsabilità per il gatekeeper dal momento della designazione dell'impresa come gatekeeper (*ex tunc*), nel caso in cui, su richiesta del gatekeeper, il procedimento avviato dalla Commissione ai sensi dell'art. 8, par. 2 e 3 si concluda con esito positivo, la violazione rileverà solo per il futuro (*ex nunc*). L'esito della dinamica giuridico-argomentativa a cui la stessa Commissione partecipa impatta pertanto sul momento in cui iniziano a decorrere gli obblighi e sulle relative responsabilità dei gatekeeper per violazione degli stessi.

La terza caratteristica, che deriva dalle prime due e che assume un carattere più generale, riguarda infine la riconfigurazione della tutela della concorrenza in termini non più solo di mera protezione contro comportamenti anti-concorrenziali integranti specifiche fattispecie vietate dalla norma, bensì di vera e propria funzione proattiva di organizzazione dei mercati digitali.

4.1. La regolazione dei mercati digitali come attività propriamente amministrativa che si colloca al confine tra autonomia privata e soggettività pubblica

Questa linea evolutiva della regolazione della concorrenza sui mercati digitali, che potremmo esplicitare nella formula «*from market protection to market design*»⁹³, implica perciò una riconfigurazione in chiave ampiamente discrezionale e proattiva della funzione amministrativa nell'ambito della tutela della concorrenza, quale risposta necessitata proprio dalla volatilità dei mercati digitali e

⁹³ O. ANDRIYCHUK, *cit.*, 16.

dalla velocità dell'evoluzione tecnologica.

Tale riconfigurazione si traduce, sotto un primo profilo, nell'attribuzione di una maggiore flessibilità alle autorità preposte alla tutela della concorrenza tanto con riferimento all'esercizio dei relativi poteri⁹⁴ quanto nell'individuazione e nella dimostrazione della sussistenza dei presupposti legittimanti l'esercizio del potere⁹⁵; sotto un altro profilo, essa implica invece che la tutela della concorrenza sia posta in essere in dimensione più dialogica che assiologica, sottoponendo dunque l'esercizio del potere amministrativo a dinamiche giuridico-argomentative funzionali a realizzare obiettivi di conformazione dei mercati⁹⁶ attraverso il confronto con i destinatari e, dunque, integrando una modalità di azione ispirata al principio della sussidiarietà del diritto⁹⁷, laddove quest'ultima – nella prospettiva tanto della teoria delle fonti quanto dell'agire amministrativo – sta ad indicare che la regolazione si pone come il frutto di un processo produttivo che si identifica con l'organizzarsi della società stessa (e dei mercati in particolare) in funzione della promozione dei diritti fondamentali della persona e non viceversa.

Viene pertanto superata l'idea secondo cui l'ordine concorrenziale sia solo un processo di auto-scoperta⁹⁸ e debba perciò essere solo protetto, mai modellato o promosso in modo proattivo. In base a tale visione, i mercati si auto-

⁹⁴ L'indeterminatezza degli obblighi implica che alle autorità preposte sia concessa una flessibilità senza precedenti tanto nell'individuazione dei gatekeeper quanto nell'individuazione dei servizi di piattaforma di base e degli obblighi imposti al fine di conformarli in funzione della contendibilità ed equità dei mercati digitali.

⁹⁵ L'intervento è sempre preceduto da un'indagine di mercato.

⁹⁶ È attribuita una competenza discrezionale per elaborare obblighi *ad hoc* volti a conseguire un lungo elenco di obiettivi definiti in senso lato, all'elaborazione dei quali è chiamato a contribuire lo stesso gatekeeper.

⁹⁷ L'espressione "sussidiarietà del diritto" sta ad indicare che il diritto positivo dello Stato – e quindi anche lo stesso ordinamento costituzionale – è il frutto di un processo produttivo che si identifica con l'organizzarsi della società in funzione della promozione dei diritti fondamentali della persona e non viceversa, come invece certe visioni tradizionali della sovranità lasciano intendere. Cfr. R. BUTTIGLIONE, *Virtù e torti del diritto nelle società moderne*, in L. Antonini (a cura di), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Soveria Mannelli, 2007, 111.

⁹⁸ Sul mercato come *locus artificialis*, ossia costruito da apposite norme giuridiche, piuttosto che come *locus naturalis*, appoggiato su sé stesso, si rinvia a F. BOHM, W. EUCKEN, H. GROSSMANN-DORTH, (1936), *Il nostro compito. Il Manifesto dell'Ordoliberalismo del 1936*, in F. Forte – F. Felice (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2010, 47 ss.; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze-Antella, 1997, spec. 16-21; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2001, IV ed., 17 ss.; B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in Riv. reg. merc., 2014, 1, 5 ss.; A. BOITANI, *L'illusione liberista*, Roma-Bari, Laterza, 2021; F.L. BLOCK, *Capitalismo. Il futuro di un'illusione*, Bologna, 2021.

correggeranno e miglioreranno sempre, a meno che le imprese cospirino, abusino della loro posizione dominante, realizzino operazioni di concentrazione o ricevano aiuti di Stato. Se per queste fattispecie è per lo più sufficiente l'approccio tradizionale *ex post* o, in presenza di fallimenti sistemici del mercato, il ricorso a strumenti di regolazione settoriale, i nuovi poteri privati che si muovono all'interno dell'economia digitale e le trasformazioni dei mercati tradizionali che discendono dalla crescita esponenziale di quest'ultima, non trovano una risposta adeguata nell'ambito di queste due polarità. Ciò giustifica l'attribuzione ai pubblici poteri del potere di plasmare e promuovere caratteristiche specifiche dei mercati digitali al fine di conformarli all'interesse delle persone, degli attori del sistema economico e di quello politico, con modalità però tali da non trasformare questa funzione di organizzazione dei mercati concorrenziali, da intervento pubblico proattivo (in modo complementare rispetto alla tutela *ex post* e alla regolazione settoriale) in un protezionismo dirigistico.

Pur presentando caratteristiche diverse rispetto alla disciplina *antitrust*, la regolazione dei mercati digitali non andrebbe però confusa né con l'attività di conformazione, che caratterizza invece il GDPR, il DSA e l'AI Act, né con la regolazione settoriale. Quanto all'attività di conformazione si è già sottolineato come tali discipline, realizzando una forma di regolazione a geometria variabile, abbiano proprio l'obiettivo di conformare le attività economiche digitali in chiave *rights-driven*. Tale obiettivo è invece perseguito dal DMA solo indirettamente e, dunque, non ponendo limiti esterni tali da sottrarre all'operatore economico digitale, in tutto o in parte, l'autonomia decisionale, quanto piuttosto nel preservare la struttura concorrenziale dei mercati digitali.

Quanto invece alla regolazione settoriale, essa interviene in situazioni di fallimento del mercato, ovvero, laddove sia necessario accompagnare la transizione di determinate attività economiche verso contesti di mercato. Sia la disciplina *antitrust* che la regolazione dei mercati digitali presuppongono, invece, l'esistenza di un mercato rispetto al quale i poteri esercitati dalle autorità amministrative preposte sono funzionali alla correzione delle eventuali imperfezioni, in entrambi i casi, al fine di porre in essere misure in grado di tutelare o di modellare il funzionamento dei mercati digitali al principio organizzativo concor-

renziale⁹⁹.

Ciò significa che la regolazione dei mercati digitali introdotta dal DMA si differenzia dalla disciplina *antitrust* per quanto riguarda gli strumenti a disposizione e, dunque, per la tipologia di poteri amministrativi esercitati, ma non anche sotto il profilo del suo statuto teorico. Ciò in quanto esse sembrano in realtà poter essere ricondotte alla medesima funzione amministrativa svolta all'interno dei mercati, risultando entrambe parimenti ordinate alla preservazione del principio di organizzazione su base concorrenziale delle relazioni di mercato distinguendosi, perciò, in egual misura tanto rispetto dell'attività di conformazione quanto della regolazione settoriale¹⁰⁰.

Le considerazioni poc'anzi svolte sembrano perciò dover dare pienamente ragione alla tesi di Alberto Zito secondo cui la regolazione della concorrenza, da un lato, troverebbe il suo naturale terreno di elezione nel mercato e nella tutela del suo specifico principio organizzativo, appunto concorrenziale, essendo destinata ad operare in tutti i mercati in cui tale principio regolativo delle relazioni tra gli operatori di mercato deve essere salvaguardato; dall'altro, il suo perimetro non potrebbe che ricomprendere anche la disciplina *antitrust* la quale, pur con modalità specifiche che rinviando all'esercizio di poteri di vigilanza e sanzionatori, condivide il medesimo obiettivo sul piano politico-costituzionale. Obiettivo quest'ultimo che, secondo tale dottrina, sarebbe comunque da tenere nettamente distinto rispetto a quello perseguito dall'attività di conformazione alla luce del fatto che quest'ultima si caratterizza per il fatto di incidere sulle dinamiche dei mercati dall'esterno, in funzione di limite, anziché di operare all'interno di queste ultime, come avviene nel caso della regolazione della concorrenza¹⁰¹.

La regolazione dei mercati digitali, oltre a presentare caratteristiche peculiari rispetto tanto all'attività di mera conformazione delle attività economiche ai diritti fondamentali quanto alla regolazione settoriale, presupponendo l'esistenza stessa di un mercato (seppure imperfetto), si caratterizza altresì per il fat-

99 A. ZITO, *Regolazione (dei mercati)*, cit., 809.

100 *Contra*, nel senso di ritenere il DMA assimilabile alla “*regolamentazione di settore in ambito telecomunicazioni, bancario, oppure energia*”, J. MOSCIANESE, *Il Digital Market Act: oltre l'auto-regolamentazione dei gatekeeper*, in J. Moscianese, O. Pollicino, *Concorrenza e regolamentazione nei mercati digitali*, Torino, 14.

101 A. ZITO, *Regolazione (dei mercati)*, cit., 815.

to di collocarsi all'interno della sfera propria della società e specificatamente sulla linea di confine rinvenibile tra quest'ultima e la sfera pubblica, qualificandosi però, a tutti gli effetti, da un punto di vista oggettivo, come un'attività propriamente amministrativa. Essa, operando all'interno del contesto organizzativo di mercato in funzione della preservazione della struttura concorrenziale di quest'ultimo, realizza un'azione amministrativa a contenuto certamente discrezionale che si fonda sull'esercizio di potere che, in nome di tale specifico interesse pubblico, incide sulle situazioni giuridiche dei destinatari e, dunque sull'autonomia privata, influenzando sui processi decisionali degli attori economici in vista della composizione degli interessi in gioco secondo il principio della razionalità economica, senza tuttavia spingersi fino a imporre un determinato assetto degli interessi in gioco.

La decisione amministrativa assunta nell'esercizio della funzione di regolazione dei mercati digitali, pur incidendo sulla sfera giuridica dei destinatari, a seconda delle caratteristiche di questi ultimi e del loro potenziale impatto sui processi economici che si svolgono nel contesto digitale, è infatti finalizzata a modellare e plasmare un determinato contesto organizzativo e a far sì che tali soggetti assumano comportamenti tali da non mettere a rischio l'operatività del principio concorrenziale, evitando cioè che la neutralizzazione di quest'ultimo possa determinare uno squilibrio tra potere (economico) digitale e potere pubblico a favore del primo e perciò minare l'effettività dei diritti fondamentali costituzionalmente protetti.

4.2. I gatekeeper come «amministrazioni per fini privati a rilevanza pubblica» ascrivibili alla categoria della auto-organizzazioni espressione di sussidiarietà

Il peculiare rapporto che intercorre tra l'attività svolta da tali organizzazioni espressione dei nuovi poteri digitali e l'interesse pubblico sembra essere alla base della svolta che, a partire dal Digital Service Act e dal Digital Market Act, ha segnato il passaggio dall'iniziale approccio assiologico-sostanziale che aveva ispirato il GDPR¹⁰² a uno giuridico-argomentativo (o procedurale), ritenuto dal legislatore eurounitario maggiormente funzionale a contrastare quell'eccessivo accumulo di risorse, dati e informazioni che è tale da dar luogo a

102 O. POLLICINO, *Potere digitale*, cit., 438.

concentrazioni di potere di mercato che, oltre ad essere potenzialmente dannose per il corretto funzionamento dei processi economici e democratici, finiscono per erodere quelle dotazioni culturali che si pongono come parte integrante dell'assetto democratico-costituzionale¹⁰³. Questo nuovo approccio, riscontrabile come abbiamo visto anche nel AI Act, sembra sempre più destinato a consolidarsi, ponendo in tal modo le basi per riflettere sulla possibilità di fornire un inquadramento sistematico delle organizzazioni che esercitano il potere digitale alla stregua (non solo di soggetti imprenditoriali ma) di amministrazioni per fini privati¹⁰⁴ a rilevanza pubblica, astrattamente ascrivibili entro la categoria delle auto-organizzazioni espressione di sussidiarietà, al pari di quelle che, parte della dottrina, ha definito come amministrazioni per fini pubblici estranee al perimetro della soggettività pubblica.

Tale considerazione sembra trovare fondamento alla luce della classificazione proposta dallo stesso Perfetti¹⁰⁵ secondo il quale, nella prospettiva della sovranità popolare, la teoria dell'organizzazione pubblica andrebbe ripensata alla luce di tre elementi portanti. Il primo sarebbe quello della funzionalizzazione dell'organizzazione amministrativa agli scopi del sovrano (il popolo) ed, in particolare, della sua funzionalizzazione al godimento dei diritti fondamentali della persona come elemento essenziale dell'esercizio della sovranità. Il secondo sarebbe invece quello della identificazione dei fini pubblici nella dimensione organizzativa. Il terzo sarebbe quello della distinzione tra organizzazione in senso soggettivo – nella parabola che va dai fini pubblici alla soggettività pubblica lungo la sequenza persona giuridica, organo, funzionario – ed oggettivo – secondo l'arco concettuale che muove sempre dai fini pubblici ma li declina lungo procedimento, competenza e decisione amministrativa. Laddove, ai fini che qui interessano, il primo e il terzo elemento sembrano porsi in perfetta sintonia con l'approccio *human-centric and rights-driven* che emergere nell'ambito della regolazione dei poteri digitali¹⁰⁶.

103 v. G. PITRUZZELLA, *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Bari-Roma, 1997, 16.

104 Per amministrazione, del resto, si intende «qualsiasi soggetto che svolge un'attività rivolta alla soddisfazione di interessi correlati ai fini che il soggetto stesso di propone di perseguire» (E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2023, 3).

105 L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Diritto dell'economia*, 2019, 61-62.

106 A. BRADFORD, *Digital Empires. The Global Battle to Regulate Technology*, cit., 105 ss.

Sulla base di tali tre elementi ricostruttivi, tale dottrina identifica perciò tre forme di organizzazione amministrativa: a) la prima forma di organizzazione sarebbe quella della auto-organizzazione amministrativa della società, indipendentemente dalla presenza di strutture organizzative dello Stato o di enti pubblici. In questa categoria rientrerebbero le amministrazioni per fini pubblici espressione della sussidiarietà orizzontale e, nella prospettiva del presente lavoro, le «amministrazioni per fini privati a rilevanza pubblica»; b) la seconda e più vasta forma di organizzazione amministrativa sarebbe invece quella che si realizza attraverso persone giuridiche pubbliche e/o contesti organizzativi pubblicistici (servizi pubblici, quasi-mercati, industrie regolate) e che, tuttavia, sono diretta articolazione della sovranità popolare e sono rese direttamente funzionali al godimento di diritti fondamentali; c) l'ultima – e più limitata – forma di organizzazione amministrativa sarebbe funzione solo indiretta della società e del suo ordine giuridico, articolandosi lungo il circuito della rappresentanza democratica.

L'inquadramento di taluni attori economici detentori del potere digitale come amministrazioni per fini privati a rilevanza pubblica¹⁰⁷ – e, dunque, come amministrazioni in senso oggettivo per tutto ciò che concerne quelli che potremmo definire gli effetti di *spillover* sul piano pubblicistico dell'esercizio dei poteri digitali, ovvero le ricadute sull'interesse pubblico alla massimizzazione dei diritti fondamentali delle attività per fini privati svolte da tali attori – ha evidenti implicazioni non tanto sul piano descrittivo quanto su quello sostanziale con specifico riferimento alla possibilità di applicare a tali soggetti, limitatamente alle attività (appunto) rilevanti sotto il profilo dell'interesse pubblico e per quanto compatibile con le caratteristiche delle piattaforme digitali e dei sistemi algoritmici, lo statuto giuridico dell'amministrazione pubblica (con particolare riferimento ai principi generali dell'attività amministrativa, agli obblighi di imparzialità e trasparenza, agli obblighi di promozione della concorrenza, al regime di responsabilità verso i terzi, alla tutela dei beni privati di interesse pubblico, agli obblighi di servizio pubblico, alla tutela delle situazioni giuridi-

107 Si pensi, in particolare, alle grandi piattaforme digitali quali attori economici del cyberspazio che, tuttavia, assumendo un ruolo di *gatekeeper*, si configurano come poteri in senso tecnico, spesso esercitando funzioni para-costituzionali (cfr. O. POLLICINO, *Potere digitale*, cit., 413).

che dei privati interessati da decisioni automatizzate e, più in generale, dall'esercizio del potere digitale, passando per i temi della sostenibilità ambientale e sociale), funzionalizzando – sulla base del principio di legalità – l'autonomia privata di cui godono tali soggetti (non, ovviamente, all'attuazione dell'indirizzo politico-amministrativo, bensì) all'attuazione dei diritti fondamentali e dei doveri inderogabili espressione dell'ordinamento costituzionale, secondo il modello di amministrazione riconducibile all'art. 97 Cost.

Una funzionalizzazione che, in ogni caso, pur trovando giustificazione nella sussistenza di interessi pubblici meritevoli di tutela, non potrà comunque tradursi nell'applicazione *sic et simpliciter* a tali soggetti dello statuto giuridico dell'amministrazione pubblica dovendo, quest'ultimo, incontrare un limite invalicabile nell'autonomia privata e, in particolare, nella sua proporzionalità rispetto allo scopo perseguito, volto al ripristino di quelle condizioni concorrenziali necessarie per preservare la struttura organizzativa dei mercati, senza perciò uscire fuori dalla sfera dell'auto-organizzazione della società civile.

4.3. La preservazione del principio organizzativo concorrenziale dei mercati digitali quale fondamento costituzionale della funzione amministrativa di regolazione dei mercati

Nei recenti interventi del legislatore eurounitario concernenti la definizione delle regole dell'ecosistema digitale, soprattutto con riferimento ai problemi posti dalle concentrazioni di potere economico che si riscontrano sui mercati digitali, sembra dunque emergere un paradigma regolatorio differente rispetto a quello, di matrice strettamente utilitaristica, che ha tradizionalmente caratterizzato la tutela della concorrenza, le cui radici paiono doversi rintracciare in una maggiore consapevolezza in ordine alle implicazioni sul piano democratico-costituzionale del capitalismo democratico. Tali segnali, affinché non si disperdano nelle pieghe dell'ordinamento o, peggio, vengano repressi (o distorti) dalle spinte centrifughe della *digital economy* e delle dinamiche geopolitiche attualmente in atto, richiedono uno sforzo sul piano ricostruttivo in grado di ripensare alcune categorie giuridiche tradizionali a partire, come si è visto, dalla possibilità di inquadramento sistematico dei detentori dei poteri digitali (anche) come amministrazioni in senso oggettivo. Tale sforzo presuppone una più profonda comprensione di tali segnali sul piano della matrice culturale e democratico-

costituzionale su cui si muove tale nuovo approccio regolatorio.

Se guardiamo al continente europeo, nell'attuale contesto di fragilità delle democrazie liberali, l'ordinamento giuridico dell'UE è stato sin qui chiamato a svolgere un ruolo di supplenza rispetto al vuoto lasciato dalle culture politiche non solo, come in passato, nel campo della concorrenza e della stabilità finanziaria ma, più recentemente, sul terreno dell'utilizzo delle nuove tecnologie nelle transazioni commerciali e delle loro implicazioni sulle dinamiche di mercato, delineando progressivamente un nuovo contesto regolatorio per gli attori economici digitali teso a dotare il sistema democratico europeo dei necessari anticorpi per contrastare degenerazioni democratiche e tendenze illiberali, spesso alimentate proprio dalle nuove tecnologie di informazione e comunicazione, che mal si conciliano con quello che è ancora oggi il patrimonio culturale e valoriale dell'Unione Europea. E così, seguendo un approccio *rights-driven*, l'UE si è dotata di un framework regolatorio che, alla luce delle sue caratteristiche, integrando il paradigma tradizionale su cui si è storicamente sviluppato il diritto della concorrenza¹⁰⁸, sembra poggiare su basi politico-costituzionali sensibili rispetto al dilemma della democrazia, testimoniando la preoccupazione e la consapevolezza dell'UE sui possibili impatti della transizione digitale e dei nuovi poteri privati sui processi democratici.

Tale framework regolatorio, come è stato evidenziato nelle pagine precedenti, sembra muoversi proprio dal riconoscimento della circolarità tra Costituzione e diritto dell'economia, rappresentando tale doppia circolarità una condizione essenziale affinché democrazia liberale ed economia digitale possano convivere preservando una società libera, scongiurando cioè il pericolo che le eccezionali trasformazioni a cui stiamo assistendo possano minare l'operatività del principio pluralistico, tanto sulla sfera privata quanto su quella pubblica, of-

108 Per una ricostruzione dell'evoluzione della tutela giuridica della concorrenza nell'ordinamento interno e sovranazionale v., oltre a G. AMATO, *cit.*, 1998, M. RAMAJOLI, *cit.*, 292-319; E. FRENI, *Le discipline della concorrenza*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2020, 138 ss.; M. MAINETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in M. Aines, G. Pitruzzella (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma-Bari, 2019, 315-332; M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza nell'Unione Europea*, Milano, 2014; A. LOLLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007; G. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1954, 873 ss.

frendo l'occasione per un ritorno dello Stato con tratti più autoritari e, nello stesso tempo, ancora più esposti che in passato al rischio di collusione con il potere economico.

Il capitalismo democratico¹⁰⁹ si è storicamente radicato sull'alleanza tra mercato e democrazia, sul presupposto che entrambi possano convivere e rafforzarsi a vicenda, nel pieno rispetto delle libertà e dei diritti fondamentali degli individui, dando luogo ad un ordinamento delle libertà ispirato al principio cooperativo del *mutual gains from joint commitment to rules*¹¹⁰. Condizione per una tale alleanza è che la struttura dei mercati sia orientata secondo un ordine concorrenziale (e, sul piano istituzionale, sussidiario) nel quale, secondo una visione normativa¹¹¹ e non meramente utilitaristica della concorrenza¹¹², quest'ultima – rinviando al concetto di libertà di scelta (e, dunque, di sovranità della persona verso gli altri e verso lo Stato) – è chiamata ad assumere la funzione di principio procedurale dell'ordinamento democratico fondato sulla libertà individuale e l'eguaglianza politica. La storia insegna, però, che possono benissimo prosperare economie di mercato in contesti non democratici. Ciò in quanto la tutela della libertà individuale e dell'uguaglianza politica, che sono il fondamento della democrazia liberale, non rappresentano una condizione altrettanto essenziale del benessere materiale (in termini di *total welfare*, *consumer welfare*, *industrial growth*, *market integration*, *innovations*, etc.). La libertà, del resto, non è una categoria

109 Tale forma di capitalismo è caratterizzato dall'esistenza di “*tre sistemi dinamici e convergenti che funzionano come un tutt'uno*” (M. NOVAK, *cit.*, 2). Essi, pur nella loro diversità (e anzi, in virtù di essa), sono chiamati a relazionarsi dinamicamente e a operare congiuntamente, connotando il capitalismo democratico quale specifico sistema economico della democrazia liberale. Quest'ultimo, proponendosi di proteggere tutti contro un potere unitario, trova perciò la propria ragion d'essere nella medesima risposta offerta al problema della verità da parte dello stato costituzionale e, dunque, da un lato sulla concorrenza tra diverse verità soggettive e, dall'altro, sulla capacità degli attori coinvolti di cooperare al bene comune (inteso quale bene, nello stesso tempo, di tutti e di ciascuno) all'interno di un quadro di regole condivise.

110 cfr. V.J. VANBERG, *Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy*, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik, No. 04/10, Albert Ludwigs-Universität Freiburg, Institut für Allgemeine Wirtschaftsforschung, Abteilung für Wirtschaftspolitik, Freiburg i. Br., 2004.

111 In questo senso si esprime O. ANDRIYCHUK, *Rediscovering the spirit of competition: on normative value of the competitive process*, EUI Working Papers, Law, 2011/1. Sulla visione normativa della concorrenza espressa dalla teoria ordoliberal e sulla sua rinvenibilità nel paradigma economico-costituzionale eurounitario si rinvia a F.G. ANGELINI, *Dalla neutralità alla circolarità tra diritto dell'economia e Costituzione. Spunti per un ripensamento del paradigma economico-costituzionale nel contesto dell'economia digitale e post pandemico*, *cit.*, 142 ss.

112 v. G. PITRUZZELLA, *cit.*, 597-614.

utilitaristica come è invece la ricchezza. Vista in chiave normativa, intesa cioè quale processo competitivo che favorisce l'esercizio della libertà di scelta e l'emergere dei valori di fondo dell'ordinamento democratico-sociale, la concorrenza rappresenta perciò una componente essenziale della democrazia liberale. Essa è infatti presente in molte aree dei rapporti pubblici e privati e tocca aspetti rilevanti della sfera politica, culturale ed economica.

L'inscindibilità del legame tra libertà economica e libertà politica fa sì che la prima si ponga come dimensione essenziale della seconda e, dunque, componente essenziale dei diritti e delle libertà fondamentali della persona, nonché, condizione stessa di quella società libera e plurale che è presupposto per il corretto funzionamento dell'ordinamento democratico. Secondo questa sensibilità politico-costituzionale, la concorrenza non dovrebbe quindi essere letta nel contesto dell'ordinamento democratico-costituzionale esclusivamente in funzione degli esiti sociali che essa è in grado di generare. Ciò sul presupposto che relegare la concorrenza entro la sola sfera dell'economia e del mercato, in chiave quindi meramente utilitaristica, negando la sua multidimensionalità (quantomeno sul piano etico-culturale, giuridico-politico e giuridico-economico), rischia di far perdere di vista il suo *ethos* e la sua natura di criterio ordinatore dei processi di scambio che si realizzano sul piano sociale (tanto sul mercato quanto sulla sfera pubblica) e dunque il suo legame costitutivo con la democrazia stessa e che ne giustifica la tutela giuridica.

Una cultura politico-costituzionale che esprima una visione normativa della concorrenza, che la ancori ai valori della libertà e dell'uguaglianza politica piuttosto che in una logica utilitaristica¹¹³, implica il riconoscimento del fatto che la sua tutela giuridica affonda le sue radici non (solo e non) tanto nella ricerca dell'efficienza allocativa nei termini dell'economia del benessere, quanto nel dilemma stesso della democrazia liberale, in relazione alla necessità di garan-

113 Cfr. V.J. VANBERG, *Democracy, Citizen Sovereignty and Constitutional Economics*, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik No. 06/2, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Institut für Allgemeine Wirtschaftsforschung, Abteilung für Wirtschaftspolitik, Freiburg i. Br., 2006; A. ANDRIYCHUK, *The Normative Foundation of European Competition Law: Assessing the Goals of Antitrust through the Lens of Legal Philosophy*, Newcastle University, UK, Edward Elgard, 2017, 121 ss. Nella letteratura italiana, v. M. LIBERTINI, *cit.*, 2014, 41 "il bene giuridico "concorrenza" si può tradurre più nel concetto di efficienza dinamica dei mercati, integrato dalla tutela della effettiva libertà di scelta del consumatore, che non nel concetto di consumer welfare, inteso come entità analiticamente misurabile sul piano statico".

tire la convivenza, all'interno dell'ordinamento giuridico, delle libertà individuali e dei diritti fondamentali della persona con l'esistenza stessa del potere economico (espressione esso stesso della libertà economica) e di quello politico (la cui esistenza è in funzione delle stesse libertà e diritti fondamentali della persona). Una siffatta cultura politico-costituzionale permette di inquadrare la regolazione della concorrenza certamente nel solco dell'art. 41 Cost., andando però oltre il suo fondamento nell'utilità sociale¹¹⁴ diventando essa stessa strumento di tutela dei diritti fondamentali e, indirettamente, una manifestazione della sovranità popolare.

L'approccio regolatorio *rights driven* che emerge dall'analisi della regolazione europea dell'economia digitale pone grande enfasi proprio su questa radice politico-costituzionale della tutela della concorrenza in funzione cioè della promozione, nel nuovo contesto della società digitale, dei diritti e delle libertà costituzionali, muovendosi proprio sul terreno del recupero di quelle dotazioni culturali che, pur essendo iscritte nel patrimonio genetico delle democrazie europee, sembrano maggiormente esposte ai segnalati pericoli connessi alla multidimensionalità dei nuovi poteri digitali. Esso sembra perciò guardare ai problemi posti dai poteri digitali privati da una prospettiva giuspubblicistica, sul terreno cioè dei confini del potere delle imprese come parte della questione più generale del ruolo del diritto all'interno di una società e, dunque, della *governance* dei mercati e dell'equilibrio dei poteri come questione di natura politico-istituzionale.

Questo modo tipicamente europeo di regolamentare l'economia digitale, si caratterizza dunque per il fatto di assegnare ai pubblici poteri un ruolo centrale nel governo dell'economia digitale non solo nella prospettiva della tutela della concorrenza quanto della più generale definizione dell'assetto organizzativo dei mercati digitali, preservando l'informazione come flusso decentrato¹¹⁵, in funzione della tutela dei diritti fondamentali, della preservazione della struttura

114 In questo senso I. DE CESARE, *Concorrenza e utilità sociale*, in *Federalismi*, n. 8, 2020, 55-102. Per una ricostruzione più ampia del dibattito sul fondamento costituzionale della concorrenza si rinvia a F.G. ANGELINI, *Dalla neutralità alla circolarità tra diritto dell'economia e Costituzione. Spunti per un ripensamento del paradigma economico-costituzionale nel contesto dell'economia digitale e post pandemico*, cit., 165-172 e alla bibliografia ivi richiamata.

115 Sul delicato rapporto tra informazione e potere nella prospettiva del sistema democratico si rinvia, in particolare, a Y.N. HARARI, cit., 29-30.

democratica della società e dell'equità nella redistribuzione dei benefici prodotti dall'economia digitale¹¹⁶.

5. Riassumendo

L'analisi sin qui svolta, accogliendo la concezione del pubblico interesse secondo cui quest'ultimo consisterebbe solo ed esclusivamente nella composizione e massimizzazione dei diritti fondamentali delle persone, ha inteso suggerire una lettura della regolazione europea dei mercati digitali che muovesse da tale assunto.

Ciò in quanto, come è stato evidenziato, l'approccio *rights-driven* che emerge dall'analisi di tale *corpus* normativo sembra confermare come, nel nostro ordinamento democratico-costituzionale, tanto il potere pubblico quanto il potere privato siano chiamati a concorrere al raggiungimento delle finalità costituzionali che vedono nella composizione e nella massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali delle persone il loro vertice.

Su queste basi è stato possibile evidenziare come, dal punto di vista dell'ordinamento costituzionale interno, la regolazione europea dell'economia digitale pur atteggiandosi in modo diverso a seconda che si tratti di attività di mera conformazione delle attività digitali ai diritti fondamentali o di preservazione della struttura concorrenziale dei mercati, trovi il proprio fondamento costituzionale nell'art. 41, comma 2 della Costituzione e, in particolare, nella clausola generale dell'utilità sociale che – nella prospettiva teorica da cui muove questo lavoro – rinvia a sua volta agli art. 1 e 2 della Costituzione, in funzione sia della limitazione della libertà di iniziativa economica, sia della tutela dell'assetto pluralistico della società (anche digitale) dal mantenimento del quale dipende il funzionamento stesso delle nostre democrazie liberali.

Al di là delle peculiarità rinvenibili e dei differenti approcci emergenti dai diversi interventi di regolazione posti in essere dal legislatore europeo, dal punto di vista dell'ordinamento interno, l'analisi sin qui svolta ha inteso di porre in evidenza come si tratti pur sempre di forme di intervento pubblico che si radicano all'interno della sfera privata, senza perciò comportare alcuno scivolamento di tali attività economiche nel perimetro soggettivo dell'organizzazione pub-

¹¹⁶ Nei medesimi termini si esprime A. BRADFORD, *cit.*, 105.

blica ovvero, sul piano oggettivo, la sovrapposizione di fini privati con quelli pubblici secondo il modello dell'art. 41, comma 3 Cost.

In via di prima approssimazione, sembra possibile ritenere che l'attività di conformazione ai diritti fondamentali delle attività economiche digitali si realizzi sia mediante l'esercizio del potere normativo, attraverso l'introduzione di obblighi e divieti, *standard* comportamentali o procedure, sia mediante l'esercizio del potere amministrativo in funzione di *enforcement* della normativa o in fase attuativo-esecutiva di quest'ultima, ricorrendo a forme di autoregolazione, come nel caso dei sistemi AI a basso rischio, a forme di co-regolazione, come nel caso del DSA, che presuppongono un esercizio dell'autonomia privata entro i confini definiti dalla regolazione pubblica e, infine, forme di regolazione *ex ante* che rinviino all'esercizio di poteri autoritativi che possano avere, a seconda dei casi, contenuto vincolato o tecnico-discrezionale.

L'attività di regolazione della concorrenza sui mercati digitali, pur presentando caratteristiche diverse rispetto alla tradizionale attività volta alla repressione degli illeciti *antitrust*, si colloca anch'essa all'interno dell'art. 41, comma 2 Cost., segnando tuttavia il passaggio dal *market protection* al *market design*. Il compito di tale regolazione è da rintracciarsi nell'interesse pubblico a modellare e plasmare il contesto organizzativo di mercato facendo sì che gli attori economici digitali assumano comportamenti tali da non mettere a rischio l'operatività del principio concorrenziale, evitando cioè che la neutralizzazione di quest'ultimo possa determinare uno squilibrio tra potere (economico) digitale e potere pubblico a favore del primo e perciò pregiudicare la possibilità di realizzare, sulla sfera privata, quelle finalità costituzionali rispetto alle quali l'interesse pubblico alla composizione e massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali della persona costituisce la più elevata espressione. Pur dovendosi parlare di regolazione della concorrenza per distinguerla dalla tradizionale funzione di tutela della concorrenza, gli strumenti previsti dal DMA – operando all'interno dei mercati digitali in funzione della preservazione al loro interno del principio organizzativo concorrenziale – non andrebbero tuttavia confusi con la regolazione settoriale.

L'approccio *rights-driven* che emerge dall'analisi della regolazione europea dell'economia digitale, pur risultando pienamente coerente con una certa lettu-

ra della nostra Costituzione economica, sembra tuttavia destinato a scontrarsi sul piano geopolitico con approcci ad esso profondamente ostili, come quelli *market-driven*¹¹⁷ incentrati sulla predominanza della libera espressione¹¹⁸ del pensiero e sulla fiducia nelle capacità di autoregolazione del mercato e quelli *state-driven* che guardano invece con favore a una gestione autocratica del mercato in funzione degli interessi del potere politico. Il rischio reale di tale scontro è però che per contrastare le esternalità¹¹⁹ prodotte da tale approccio l'UE possa, a seconda dei casi, scegliere di radicalizzare la propria tendenza all'ipertrofia regolatoria con inevitabili effetti sul piano della competitività dell'economia del continente europeo¹²⁰ o, all'opposto, di cedere alle pressioni dei nuovi attori dell'economia digitale abbracciando la strada della *deregulation* al fine di non perdere terreno sul piano geoeconomico.

Entrambe queste soluzioni produrrebbero tuttavia effetti potenzialmente dannosi rispetto alle garanzie dei diritti fondamentali che costituiscono la base dei nostri ordinamenti democratico-costituzionali. Occorre perciò prestare attenzione alle implicazioni sul piano geopolitico della regolazione dell'economia digitale, perseguendo la strada della sussidiarietà del diritto e utilizzando tutto il peso economico del continente europeo per proseguire il cammino sin qui intrapreso, privilegiando però l'intelligibilità dei testi normativi e un percorso attuativo della regolazione sempre più giuridico-argomentativo e meno burocratico, in grado di favorire l'integrazione virtuosa tra regolazione eteronoma e autoregolazione e la cooperazione tra gli attori coinvolti nei processi economici, concentrando gli sforzi sulla preservazione di quella struttura pluralistica della società (digitale) che rappresenta l'autentico presupposto delle nostre democra-

117 Per una critica a tale approccio v. G. MASSAROTTO, *Regulating Tech Titans: What American Antitrust Can Learn from Europe* (November 11, 2024). U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 24-33, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=5021134>.

118 G. DE GREGORIO, *Il diritto delle piattaforme digitali: un'analisi comparata dell'approccio statunitense ed europeo al governo della libertà di espressione*, in DPCE Online, Numero speciale, 2021, 1455 ss.

119 A. BRADFORD, *The False Choice Between Digital Regulation and Innovation*, Northwestern University Law Review, Vol. 118, Issue 2, October 6, 2024, <https://ssrn.com/abstract=4753107>, nega tuttavia che la regolazione inibisca necessariamente l'innovazione e la crescita economica.

120 Come recentemente evidenziato da Mario Draghi nel suo discorso al Parlamento Europeo del 18 febbraio 2025 sulle novità intervenute dopo la presentazione del suo Rapporto sulla competitività europea del settembre 2024.

zie liberali, in assenza del quale il principio di sovranità popolare – inteso quale possibilità di effettiva soddisfazione dei diritti fondamentali¹²¹ e, dunque, espressione della sovranità delle persone e dei loro diritti anziché dello Stato¹²² – sembra destinato ad essere travolto dalle nuove dinamiche del capitalismo digitale.

121 Come sottolineato da LUIGI FERRAJOLI (*La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016, 44), i diritti fondamentali ricomprendono i diritti politici e i diritti civili, la cui effettività è condizione di legittimità sul piano formale dei processi democratici; nonché i diritti di libertà e i diritti sociali la cui tutela, rientrando essi nell'ambito della sfera del non decidibile, risulta essere condizione di legittimità sostanziale delle stesse decisioni adottate nell'ambito dei processi democratici. In questo senso, Luigi Ferrajoli definisce i diritti fondamentali come frammenti di sovranità di tutti e di ciascun cittadino sul presupposto che “la ‘sovranità’ o ‘volontà popolare’ richiede, per potersi esprimere autenticamente, le garanzie non solo dei diritti politici, ma anche dei diritti di libertà e dei diritti sociali, dalla libera manifestazione del pensiero al diritto all’istruzione”.

122 L.R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, cit., 92 il quale evidenzia che “non ci sono ragioni per assegnare la sussistenza e garanzia dei diritti fondamentali alla sovranità dello Stato ed agli atti di potere che ne discendono; è piuttosto vero il contrario: la sovranità popolare esclude l’attribuzione della sovranità allo Stato che, semmai, sarà legittimato all’esercizio di quei soli poteri (come il sistema degli artt. 41 e 43 Cost. conferma) che siano strettamente funzionali ad assicurare soddisfazione alle pretese che ne sono espressione”. In questo senso v. anche G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., 16.