



2025 FASCICOLO II

Paolo Piluso

**Poteri privati, diritti fondamentali e interessi legittimi
nell'era delle piattaforme. Costituzionalismo digitale e
"amministrativizzazione" del potere privato**

14 luglio 2025



Paolo Piluso

Poteri privati, diritti fondamentali e interessi legittimi: costituzionalismo digitale e “amministrativizzazione” del potere privato* **

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il “potere digitale”: le piattaforme come poteri privati. – 3. Poteri privati, diritti soggettivi ed interessi legittimi di diritto privato: un inquadramento dommatico. – 4. Poteri privati, diritti soggettivi ed interessi legittimi di diritto privato: alcuni esempi nell’era del costituzionalismo digitale “procedurale”. – 5. Questioni aperte e prospettive: per un costituzionalismo “preso sul serio”.

ABSTRACT: The essay aims to apply the dogmatic category of private power to digital platforms, reflecting on the status of subjective legal situations in light of the growing “proceduralization” and “administrativization” of digital constitutionalism.

The “proceduralization” of the exercise of private power, in fact, seems to represent an interesting signal for a tendency towards “administrativization” of the private sector, so that it may be useful to recover in the legal reflection – both for the needs of dogmatic coherence and for guarantee purposes – the notion of the “legitimate interest of private law” (as an interest in the achievement or maintenance of a good of life depending on the exercise of a power, in this case a private power): a conceptualisation, on which the Italian civil doctrine has often made important reflections, that also draws the attention of public law experts, because, in light of the letter of the art. 24 of the Italian Constitution, it does not seem necessary to limit the field of action of “legitimate interest” to the sphere of the relations between private individuals and public administrations.

This theoretical proposal, as it will be showed, seems to correspond to certain tendencies of positive law (and, in particular, EU law), especially with regard to the “right to be forgotten” and to the procedural guarantees of the freedom of expression provided by the Digital Services Act.



* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

Paolo Piluso è Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale nell’Università degli Studi di Salerno.

** Il testo riprende e sviluppa la relazione tenuta in occasione del Seminario di studi sul tema “*El constitucionalismo digital*”, svoltosi il 20 febbraio 2025 presso l’Università degli Studi di Granada, su invito del Prof. Francisco Balaguer Callejón, destinata alla pubblicazione, nella sua versione originaria in lingua spagnola, sulla *Revista de Derecho Constitucional Europeo*.



1. Premessa

È da circa un trentennio che, innanzi alla forza dirompente della globalizzazione dell'economia e all'emersione di una dimensione eminentemente trans-nazionale dei fenomeni sociali (più ancora che, semplicemente, inter-nazionale), la dottrina giuspubblicistica va interrogandosi intorno alla crisi della forza ordinante delle costituzioni¹.

E ciò sembra valere, oggi più che mai, con particolare riguardo alla *tecnica scatenata*² e alle trasformazioni del mondo digitale, che, lungi dal rappresentare il vettore di un nuovo “*Nomos della Terra*” tale da consentire l'affermazione dell'individuo-sovrano (come suggeriva Sergio Ortino in una reinterpretazione libertaria del par. 247 dei *Grundlinien* hegeliani³), si è rivelato il potente mezzo di una metamorfosi dei sistemi economici verso un “tecnofeudalesimo”⁴ il quale sembra spingere il capitalismo medesimo al di là di se stesso⁵: “i mercati, lo strumento del capitalismo, sono stati rimpiazzati da piattaforme di trading digitale che assomigliano ai mercati, ma non lo sono, e sono meglio intesi come feudi. E il profitto, il motore del capitalismo, è stato rimpiazzato dal suo predecessore feudale: la rendita (...), che viene pagata per accedere a queste piattaforme e al cloud in senso più ampio”⁶.

¹ Su tutti, v. lo storico contributo di M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, 124 ss.

² Su cui restano attuali le dense pagine di C. SCHMITT, *Dialogo sul nuovo spazio* (1958), trad. it. in *ID., Terra e mare*, a cura di A. Bolaffi, Milano 1986, 87 ss.; sui pericoli della “tecnica scatenata” per il costituzionalismo, v. la lucida disamina di G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000, cap. 8 (al punto che l'A. intitolava il paragrafo finale “*Il declino della Costituzione come fondamento della convivenza sociale*”); più recentemente, v. F. PIZZOLATO, *Il costituzionalismo alla prova della tecnica: libertà, uguaglianza e sicurezza*, in F. PIZZOLATO—P. COSTA, *Sicurezza e tecnologia*, Milano, 2017, 27 ss. e N. MACCABIANI, *L'inversione “tecnica” delle finalità del costituzionalismo democratico: quale consapevolezza?*, in *Rivista AIC*, 2/2024, 197 ss.

³ S. ORTINO, *Il nuovo Nomos della Terra. Profili storici e sistematici dei nessi tra innovazioni tecnologiche, ordinamento spaziale, forma politica*, Bologna, 1999, in particolare 105 ss.: chiaro il riferimento, sin dal titolo, alle categorie del classico di C. SCHMITT, *Il Nomos della Terra nel diritto internazionale dello “jus publicum europaeum”* (1950), trad. it. Milano, 1991.

⁴ C. DURAND, *Techno-feodalisme: critique de l'économie numérique*, Parigi, 2020.

⁵ Si è parlato, non a caso, di un paradossale “capitalismo senza capitale”: cfr. J. HASKEL, S. WESTLAKE, *Capitalism without Capital. The Rise of Intangible Economy*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2018, *passim*. In argomento, v. almeno le considerazioni di E. CREMONA, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, Napoli, 2023, 28-29: “l'utente fruisce di un servizio e in cambio autorizza il trattamento dei dati personali, che iniziano ad essere oggetto di sfruttamento economico, arricchendo la piattaforma, che può a sua volta predire i comportamenti dei propri utenti, implementare i servizi per gli inserzionisti pubblicitari e raccogliere sempre maggiori dati. Questa, in brevissimo, la ‘spirale’ dell'economia dei dati personali, che descrive (...) una forma di capitalismo senza capitale”. Di “colonialismo digitale” parla, invece, F. BALAGUER CALLEJÓN, *La costituzione dell'algoritmo* (2022), trad. it., Firenze, 2023, spec. cap. 5.

⁶ Y. VAROUFAKIS, *Tecnofeudalesimo. Cosa ha ucciso il capitalismo* (2023), trad. it. Milano, 2023, 14. Ma v. già l'analisi di B. LYNN, *Cornered. The New Monopoly Capitalism and the Economics of Destruction*, Hoboken, 2010,



La nuova epoca cibernetica non solo sembra confermare, per certi versi, la preoccupazione forsthoffiana sulla naturale opposizione della tecnica alla ideologia delle libertà⁷ – sol se si consideri la peculiare natura dell’oggetto economico-virtuale della nuova appropriazione (post-)capitalistica, cioè il patrimonio dei dati personali⁸, da parte delle piattaforme –, ma è altresì vero che l’utilizzo degli algoritmi e dell’intelligenza artificiale nella sfera pubblica parrebbe dare adito al sogno tecnocratico di una “macchina per governare” – come scriveva Dominique Dubarle in un profetico articolo del 1948⁹ –, realizzando un Leviatano tecno-amministrativo che governi la società attraverso automatismi algoritmici, così autolegittimando oggettivamente il proprio stesso potere. Notevole paradosso: come il sogno marxista dell’“amministrazione di cose” e dell’estinzione dello Stato ha prodotto la dittatura del proletariato e la pianificazione globale, così il sogno libertario della tecnica (e, in particolare, del cyberspazio come dimensione autonoma naturalmente transnazionale) sganciata dalla politicità degli Stati è suscettibile di generare l’intensificazione del potere governamentale¹⁰ al massimo grado¹¹.

La scienza del diritto costituzionale si trova, così, a dover riflettere su una (nuova) realtà¹², nella quale tornano in auge – quasi fossimo innanzi ad una *revanche* del pre-moderno – considerevoli “poteri privati”, talora amorfi e sfuggenti, ma che incidono – di fatto e, non di

spec. 56 ss., il quale avvertiva: “la prossima volta che udite la parola *prezzo*, immaginate non un sistema bene oliato di domanda e offerta che è regolato dai mercati (...); immaginate non una negoziazione aperta ma un atto di sotterfugio e coercizione, di adescamento e di commutazione, di furto perfettamente personalizzato”. Non a caso, a conferma del carattere monopolistico dei mercati digitali, S. MANNONI – G. STAZI, *Sovranità.com. Potere pubblico e privato ai tempi del cyberspazio*, Napoli, 2021, 62, evidenziano, più in generale, che “il tripudio di concentrazioni, benedetto dalle autorità, si è tradotto non in una diminuzione, bensì in un aumento dei prezzi di almeno il 4.3% lungo lo spettro dell’industria nordamericana”. Ricorre alla categoria di “neofeudalesimo” A. VENANZONI, *Neofeudalesimo digitale: Internet e l’emersione degli Stati privati*, in [MediaLaws](#), 3/2020, 178 ss.

⁷ E. FORSTHOFF, *Lo Stato della società industriale*, trad. it. Milano, 2011, spec. 33.

⁸ V. almeno, tra i tanti, F. BALAGUER CALLEJÓN, *La costituzione dell’algoritmo e le trasformazioni culturali nella società digitale*, in [Lceonline](#), 3/2024, 1-13.

⁹ D. DUBARLE, articolo su *Le Monde*, 28 dicembre 1948: “possiamo sognare (...) un’epoca in cui la macchina per governare verrebbe a supplire, chi sa se per il bene o per il male, l’insufficienza oggi manifesta delle teste e dei tradizionali apparati della politica”.

¹⁰ Secondo la nota categoria di M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica* (1979), trad. it. Milano, 2005, *passim*. Lo stesso A. aveva ben compreso che, nello scenario della società neoliberale (ma in realtà post-liberale e post-democratica), il “successo” (cioè il risultato efficientistico) avrebbe preso il posto della legittimazione (secondo le forme giuridiche): sul punto, v. anche le lucide osservazioni di R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, *passim*.

¹¹ Per questi spunti, sia consentito il rinvio a P. PILUSO, *Tecnica, politica, economia nell’epoca post-democratica dello “Stato della società industriale”*, in [Nomos](#), 1/2024, 1-23 e spec. 21 ss.

¹² Di una nuova “grande trasformazione”, evocando categorie polanyiane, discorre A. LAMBERTI, *Libertà di informazione, poteri privati e tutela dei dati personali nell’era digitale*, in [Dirittifondamentali.it](#), 3/2023, 22 ss.; in argomento, v. già P. COSTANZO, [Il fattore tecnologico e le sue conseguenze](#), Relazione al Convegno AIC di Salerno, 23-24 novembre 2012.



rado, anche di diritto – sulle situazioni giuridiche soggettive – e, segnatamente, sugli stessi diritti fondamentali – dando vita ad una (nuova?) dialettica autorità-libertà¹³.

Obiettivo di queste pagine, in particolare, è quello di riflettere sulla configurazione delle piattaforme digitali come poteri privati, non solo sul piano descrittivo ma anche dal punto di vista squisitamente dommatico, saggiando la possibilità di un inquadramento complessivo delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nel nuovo assetto dei rapporti giuridici digitali, specie alla luce della più frequente introduzione, nella legislazione nazionale e soprattutto nella normativa euro-unitaria, di garanzie di carattere “procedurale” in favore dell’utente.

La “procedimentalizzazione” dell’esercizio del potere privato, in effetti – sullo sfondo di una più decisa affermazione del paradigma del c.d. costituzionalismo digitale europeo –, sembra rappresentare un segnale interessante per una tendenziale “amministrativizzazione” del privato¹⁴, sicché può essere utile recuperare nella riflessione giuridica – tanto per esigenze di coerenza dommatica, quanto per finalità garantistiche – la nozione dell’interesse legittimo di diritto privato¹⁵: una concettualizzazione, questa, sulla quale la dottrina civilistica ha operato

¹³ Sul punto, M. MANETTI, *L’ordinamento giuridico fondato dalle piattaforme*, in M. Ladu, N. Maccabiani (a cura di), *L’individuo e la realtà digitale. Una questione costituzionale e democratica oltre la virtualità*, Napoli, 2023, 15, parla, non a caso, della rete come di un “sistema giuridico gerarchizzato nel quale si scontrano autorità e libertà”. In prospettiva più generale, v. gli ammonimenti di P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, *Lectio doctoralis* all’Università di Bologna, 24 ottobre 2005, in *Rassegna forense*, 2006, spec. 55, per il quale non può essere sottovalutato il rischio, nella “estrema mobilità giuridica che stiamo vivendo”, che alla vecchia arroganza del potere pubblico (politico) subentri “l’arroganza non meno soffocante di quei poteri economici che sono i protagonisti del fenomeno globalizzatorio”.

¹⁴ La stessa giurisprudenza americana, altrimenti assai reticente in tal senso, ha dovuto ammettere la funzione ormai “para-pubblic(istic)a” delle piattaforme digitali. V., per es., la *concurring opinion* del giudice Thomas in Corte Suprema federale degli Stati Uniti d’America, [Biden vs. Knight First Amendment Institute at Columbia University](#), 5 aprile 2021, 593 U.S.: “The similarities between some digital platforms and common carriers or places of public accommodation may give legislators strong arguments for similarly regulating digital platforms. It stands to reason that if Congress may demand that telephone companies operate as common carriers, it can ask the same of digital platforms”.

¹⁵ Si accoglie, così, l’invito di M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, in *Diritto pubblico*, 3/2021, 893 ss. e spec. 912: “i tempi sono maturi per la configurazione di un principio generale di sindacabilità giuridica degli atti di esercizio del potere economico privato. Sul piano costituzionale non sembra più accettabile l’assunto secondo cui qualsiasi interesse legittimo inciso da un potere pubblico debba trovare tutela giurisdizionale – come sancisce l’art. 113 Cost. – mentre la stessa situazione di legittimo interesse, se incisa da un potere privato (...), possa trovare tutela solo nei casi e nei modi espressamente previsti dalla legge. O che, nella tutela degli interessi legittimi di diritto privato, possa venir meno quella piena tutela, invalidativa e risarcitoria, che ormai è acquisita, nel diritto vivente, per gli interessi legittimi di diritto pubblico. Il diritto di difesa dell’art. 24 Cost. dovrebbe dunque intendersi come comprensivo degli interessi legittimi di diritto privato, riproponendo una categoria concettuale che è stata tradizionalmente osteggiata dal mito della purezza privatistica, che vorrebbe espungere dalla realtà i fenomeni di potere privato e ridurre la realtà a un mondo di pari, portatori di diritti soggettivi, che contrattano liberamente fra loro”.



non di rado importanti riflessioni¹⁶, ma che si impone anche all’attenzione dei giuspubblicisti, non soltanto perché, alla luce della lettera dell’art. 24 Cost., non sembra doversi necessariamente limitare il campo d’azione dell’interesse legittimo alla sfera dei rapporti tra privato e pubbliche amministrazioni – sicché tale strada sembra corrispondere anche all’esigenza di un “diritto privato migliore”¹⁷, costituzionalmente orientato e in grado di fornire

Ciononostante, rileva G. VETTORI, *Sui poteri privati. Interazioni e contaminazioni*, in *Diritto pubblico*, 3/2022, 829 ss. e spec. 835, si evocerebbe, in tal modo, “una figura ambigua e controversa abbandonata per ragioni molto diverse da quelle indicate. Ciò che occorre non è ‘l’invenzione’ di un nuovo interesse rilevante, ma la revisione attenta di tutte le situazioni soggettive in un sistema di fonti che ribalta l’ordine del passato”.

¹⁶ Nondimeno, il tema dei poteri privati resta tradizionalmente estraneo alla dottrina civilistica italiana, come rilevava già M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986, 1; v. anche A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 395, il quale evidenzia che “l’aspetto riguardante il controllo dei poteri privati è generalmente trascurato nel diritto privato”. Ad ogni modo, non sono mancati contributi critici, rivolti a “de-costruire” l’autonarrazione della scienza giusprivatistica: già, per esempio, la figura del “regolamento aziendale”, promanante unilateralmente dalla volontà del datore di lavoro e solo raramente comunicato al lavoratore al momento dell’assunzione, aveva destato non pochi interrogativi nel dibattito giuridico, onde conciliare la formale bilateralità dell’accordo con la sostanziale unilateralità del programma regolamentare che avrebbe disciplinato la vita quotidiana sul luogo di lavoro: v., sul punto, G. RESTA, *Poteri privati e regolazione* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, I Tematici, *Potere e Costituzione*, a cura di M. Cartabia e M. Ruotolo, Milano, V, 2023, 1015. La storia stessa del diritto del lavoro, ancora, può essere ricostruita alla stregua della vicenda accidentata del graduale “disciplinamento” del potere privato del datore, mera proiezione di quel potere sociale sostanziale derivante dalla proprietà privata dei mezzi di produzione (secondo la lezione di H. SINZHEIMER, *La democratizzazione del rapporto di lavoro*, trad. it. in *Giornale di diritto del lavoro*, 2/1979, 217 ss.).

Particolare enfasi sul potere privato era stata, invero, già posta dalla scuola ordoliberalista, in particolare da Franz Böhm, sin da un saggio del ‘28: per l’A., la trasformazione in senso monopolistico od oligopolistico del capitalismo poneva delle sfide alle categorie giuridiche tradizionali di tale portata da richiedere un superamento non soltanto dei tradizionali confini disciplinari tra diritto ed economia – necessitata essendo la conoscenza della seconda per individuare strumenti giuridici concretamente idonei ad affrontare, in termini di politica del diritto, le problematiche della concorrenza imperfetta –, ma anche della stessa barriera concettuale tra diritto privato e diritto pubblico (v., soprattutto, F. BÖHM, *Wettbewerb und Monopolkampf*, Berlino, 1933). Böhm ha di mira, quindi, i poteri privati, quali attori del capitalismo monopolistico e padroni dello “Stato debole” di schmittiana memoria, invocando una soluzione giuridica dal contenuto inequivocabilmente prescrittivo: la concorrenza “non avrebbe costituito un processo naturale, di per sé evidente se considerato entro i propri confini, bensì il principio d’ordine primario della vita economica, in base al quale l’individuale libertà di movimento di tutti i membri di una comunità giuridicamente regolata, il loro esercizio economico, avrebbero rappresentato il prerequisito indispensabile, un bene giuridico degno di protezione” (così A. ZANINI, *Ordoliberalismo. Costituzione e critica dei concetti*, Bologna, 2022, 196). In altri termini, per il giurista ordoliberalista, la concorrenza, al pari della proprietà, avrebbe dovuto essere configurata alla stregua di un istituto non solo di diritto privato, ma anzitutto di diritto pubblico, in virtù di una *Wirtschaftsverfassung* espressione di una “decisione totale circa la specie e la forma del processo di cooperazione economico-sociale nel medesimo senso in cui Carl Schmitt designa la costituzione come decisione totale sulla specie e la forma dell’unità politica” (F. BÖHM, *Wettbewerb und Monopolkampf*, cit., 120).

¹⁷ È, questo, l’invito di P. FEMIA, *La sfera e il triangolo. Partecipazione pubblica e diritti fondamentali informativi nel pensiero di Jack M. Balkin*, Introduzione a J. M. BALKIN, *Il triangolo della libertà di espressione digitale*, trad. it. Napoli, 2023, spec. XV, il quale, muovendo dalle suggestioni promananti dai saggi del giurista



risposte dommatiche efficaci di fronte alle sfide della società digitale –, ma anche giacché, più in generale, la stessa delimitazione classica tra “diritto privato” e “diritto pubblico” (già messa in crisi tanto dalla necessaria concezione di unitarietà dell’ordinamento che discenderebbe dalla presenza stessa delle Costituzioni lunghe e rigide del Secondo Dopoguerra quanto dagli speculari fenomeni di “statalizzazione della società” e di “socializzazione dello Stato”¹⁸), pare subire uno “scacco” decisivo proprio nell’era digitale.

2. Il “potere digitale”: le piattaforme come poteri privati

Volendo avviare la riflessione con alcune considerazioni sull’attuale assetto del digitale, vale la pena evocare quanto è stato sostenuto nella recente voce dell’Enciclopedia del Diritto dedicata al “*Potere digitale*”: “la discontinuità e quindi la rilevanza del potere privato nel nuovo contesto digitale sono (...) date da due ordini di ragioni. La prima è di ordine quantitativo: la pervasività del processo di digitalizzazione, i meccanismi di automazione algoritmica e l’enorme quantità di dati a disposizione per definire processi di profilazione e anche di anticipazione delle preferenze degli utenti hanno portato le grandi multinazionali operanti nel settore digitale ad una capacità di influenza di natura globale che non ha precedenti. La seconda novità è d’ordine, se si può chiamare così, qualitativo, ed incide sull’ampiezza, il pluralismo e la libertà del dibattito pubblico (...). Non si è infatti mai assistito in passato a ciò che sta avvenendo oggi nel contesto digitale. Vale a dire che soggetti privati con una dominanza così significativa su un mercato assai particolare, come quello delle idee (...), siano in grado di condizionare in modo così efficace il dibattito pubblico”¹⁹.

statunitense, osserva: “solo il genio della tradizione del pragmatismo americano (...) può condurci con sicurezza a non restare vittima di dogmatismi consolidati, del genere: basta la libera concorrenza (non basta: tutte le imprese hanno un modello di business costruito sulla sorveglianza, continueranno a sorvegliare e ad estrarre profitto), occorre più Stato (ma dove, se si tratta di imprese globali che operano in un diritto privato transnazionale), occorre più Europa, più Comunità Internazionale (ma cosa, se gli Stati non governano più lo spazio comunicativo?). Occorre un diritto privato migliore, consapevole della propria vocazione collettiva, non chiuso nella sua ottusa celebrata perniciosa matematica patrimoniale, affrancato dalla coazione a farsi protettore di qualsiasi interesse appropriativo industriale, da qualsiasi gelosa fissazione a proteggere il profitto ammantandolo di diritti soggettivi individualistici e pronto a scaricare sulla collettività impoverita il generico costo sociale e fiscale della regolazione pubblica di tutte le scorie comunicative, tutti i disastri umani, tutta l’ineducazione di massa prodotta dalla ricerca del profitto e dalla restrizione dei tempi di attenzione di un popolo individualizzato di aspiranti sedotti e seduttori”.

¹⁸ Su cui rifletteva, proprio in tema di potere privato, M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Politica del diritto*, 1975, 579 ss. e spec. 595-596.

¹⁹ O. POLLICINO, *Potere digitale* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, I Tematici, *Potere e Costituzione*, cit., 411-412. Il tema del potere privato, più in generale, è oggetto della riflessione costituzionalistica almeno da G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970; v. anche M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell’autonomia*



Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, che attiene all'incidenza delle piattaforme sull'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, non si possono sottacere due evidenze²⁰: da una parte, dal punto di vista del pluralismo esterno, risulta che il sistema di scambio delle informazioni è sempre più strutturato in senso oligopolistico (minando alla radice l'idea del *free marketplace of ideas*); dall'altra, dal punto di vista del pluralismo interno, nemmeno gli utenti, invero, avranno a disposizione un ventaglio completo di informazioni, sulla cui base poter formare la propria libera opinione, dal momento che le stesse piattaforme, attraverso meccanismi algoritmici di dubbia trasparenza, selezionano e filtrano la grande massa dei dati presenti sulla rete, offrendo informazioni riconducibili a categorie individuate a monte e analoghe a quelle oggetto di precedenti ricerche²¹, alimentando quei fenomeni di *filter bubble*²² ormai comuni sia ai *social network* che ai motori di ricerca.

Proprio in relazione alla libertà di manifestazione del pensiero, d'altronde, Jack M. Balkin ha notoriamente proposto un modello analitico e descrittivo particolarmente efficace, basato sull'evocativa immagine del "triangolo", tale per cui alla tradizionale dialettica dualista tra potere pubblico e individui si sostituisce una struttura ternaria nella quale si inseriscono i poteri privati²³.

privata, Padova, 2003, 6, nota 11, secondo il quale si definiscono poteri privati "soggetti che agiscono nelle forme del diritto privato ma che, per la loro particolare posizione di forza economica e/o sociale, sono capaci (in senso, si vorrebbe dire, tecnico) di porre in essere atti sostanzialmente autoritativi. In tal caso, il rapporto giuridico, pur tra parti private, acquista una colorazione pubblicistica e consente persino di ragionare delle libertà in termini di diritti di difesa". Nella dottrina civilistica, v. C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, che, posta l'identificazione del fenomeno delle autorità private nel "potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni" (ivi, 4), si interrogava anche sull'ammissibilità delle medesime rispetto a quel principio di eguaglianza che dovrebbe regolare l'esercizio dell'autonomia privata: "la questione di fondo è anzitutto quella della stessa ammissibilità di autorità private in un sistema che vuole essenzialmente caratterizzarsi in termini di eguaglianza dei soggetti (...). L'esigenza alla quale risponde l'eguaglianza come parità reciproca è quella della pari autonomia dei privati ossia del non assoggettamento all'altrui potere autoritario" (ivi, 4-5). Tra le riflessioni più recenti v. F. COSTAMAGNA, *Diritti fondamentali e rapporti tra privati nell'ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2022.

²⁰ Sul punto, cfr. M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell'era digitale fra intermediari online, moderazione dei contenuti e regolazione*, Torino, 2023, XVI-XVII.

²¹ Il primo filtro "a monte", difatti, è determinato sulla base della raccolta dei dati degli utenti, attraverso quelle attività di profilazione operate mediante meccanismi algoritmici che consentono, in tal modo, di "predire" i comportamenti individuali e collettivi degli utenti. Sulla "società della sorveglianza", v. già Z. BAUMAN – D. LYON, *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, Roma-Bari, 2014, *passim*; sul "nudging" come tecnica sociale per condizionare ed influenzare decisioni altrui mediante "spinte" apparentemente leggere, immediatamente non percepibili, ma non per questo meno efficaci, v. il noto volume di R. H. THALER – C. R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, 2008.

²² L'espressione è stata resa nota da E. PALISIER, *Il filtro. Quello che internet ci nasconde*, trad. it. Milano, 2012.

²³ J. M. BALKIN, *La libertà di parola è un triangolo* (2011), trad. it. in ID., *Il triangolo della libertà di espressione digitale*, cit., 3 ss. e spec. 3-4, ove l'A. rileva, in premessa, che "il XX secolo è stato caratterizzato da un modello diacodico o dualista di regolazione del linguaggio, con due tipi di attori fondamentali: i governi territoriali da un lato e i parlanti dall'altro. Il modello del XXI secolo è pluralista, con molteplici attori. È più facile da comprendere se si



Più in generale, poi, nella nuova società algoritmica, non è affatto raro constatare che le grandi corporation private transnazionali “esercitano sempre più *de facto* funzioni pubblicistiche attraverso il ‘governo’ degli spazi digitali”²⁴.

Basti pensare che il Rapporto 2019 della *Internet Society Key Features of the Consolidation of the Internet Economy* ha impiegato l’espressione “*total service environments*”²⁵, proprio a voler designare la tendenza delle piattaforme ad espandersi verso plurime direzioni, non limitandosi più a mediare l’acquisizione di beni e la fruizione di servizi che coprono ormai l’intero raggio della vita quotidiana delle persone, ma governando l’accesso alla conoscenza e alle informazioni, padroneggiando un patrimonio esorbitante di dati, esercitando poteri di selezione e moderazione dei contenuti²⁶ e determinando un proprio *corpus* di regole²⁷.

Le piattaforme digitali, in altri termini, non rappresentano meri attori di mercato, ma, in qualche modo, finiscono esse stesse col sostituire i mercati esistenti, dettando “le condizioni tecnologiche e giuridiche che presiedono allo svolgimento degli scambi”²⁸ e dando origine ad un modello organizzativo caratterizzato da un controllo centralizzato dei dati (che sfugge al

pensa ad un triangolo. Su di un vertice si collocano gli Stati nazionali e l’Unione Europea. Al secondo vertice le grandi compagnie private di infrastrutture Internet, tra le quali i social media, i motori di ricerca, i fornitori di banda larga e i sistemi di pagamento elettronico. Al terzo vertice, infine, variegata tipologie di parlanti, media tradizionali, organizzazioni della società civile, hacker e troll (...). Questa configurazione crea tre problemi. In primo luogo, gli Stati nazionali cercano di fare pressione sulle imprese digitali, attraverso una ‘nuova scuola’ di regolazione del discorso, creando problemi di censura collaterale (...) e di restrizione preventiva digitale. In secondo luogo, le imprese di social media creano sistemi complessi di governance e burocrazie private che dirigono gli utenti finali in modo arbitrario e senza le garanzie di giusto processo (due process) e trasparenza. In terzo luogo, gli utenti finali sono vulnerabili alla sorveglianza e alla manipolazione digitale”.

²⁴ O. POLLICINO, *Potere digitale* (voce), cit., 414.

²⁵ Sul punto, v. F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Napoli, 2022, X-XI. In argomento, v. anche L. BALISTRERI, *Le piattaforme mondo. L’egemonia dei nuovi signori dei media*, Roma, 2022, *passim*.

²⁶ In argomento, *ex multis*, v. M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà di espressione e i nuovi censori dell’agorà digitale*, in [Rivista italiana di informatica e diritto](#), 1/2019, 35 ss.; M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 1/2021, 194 ss.; O. GRANDINETTI, *Le piattaforme digitali come “poteri privati” e la censura online*, in [Rivista italiana di informatica e diritto](#), 1/2022, 175 ss.; accanto al primo filtro “a monte” (v. *supra*), quindi, vi è un secondo filtro “a valle”, rappresentato dalla moderazione dei contenuti e dalle regole che la presiedono. Si tratta, cioè, del “meccanismo di governance che struttura la partecipazione dei singoli in una community per facilitare la cooperazione e prevenire gli abusi” (J. GRIMMELMANN, *The Virtues of Moderation*, in [Yale Journal of Law and Technology](#), 17. 2015, 47), ovvero, in altri termini, “la rimozione dei contenuti contrari alle condizioni d’uso del servizio” e “l’imposizione di sanzioni (ad esempio, la sospensione o cancellazione del profilo) a carico di chi li abbia postati” (P. DUNN, *Moderazione automatizzata e discriminazione algoritmica: il caso dello hate speech*, in [Rivista italiana di informatica e diritto](#), 1/2022, 134).

²⁷ Sulla dimensione ordinamentale delle piattaforme, v., in particolare, G.L. CONTI, *Contratto sociale e grundnorm al tempo degli unicorni*, in [Rivista italiana di informatica e diritto](#), 1/2022, 77 ss.

²⁸ G. RESTA, *Poteri privati e regolazione* (voce), cit., 1026-1027.



controllo conformativo del diritto, “poiché dove finisce la tutela legale inizia il monopolio di fatto assicurato dal controllo tecnologico”²⁹), nel quale le condizioni negoziali sono unilateralmente determinate e, per giunta, sempre più personalizzate per singolo utente.

Non sfugge, così, l’attualità della lezione di Giorgio Lombardi, che, in tempi – per così dire – non sospetti, ebbe ad interrogarsi sulla natura di quel “*potere che è privato* per quanto concerne la sua fonte (per lo più esso è collegabile ad un rapporto geneticamente riconducibile agli schemi contrattuali) e i soggetti cui spetta, ma che, proprio all’atto del suo esercizio si realizza con quelle forme di cogenza e di autorità avvicinati sostanzialmente alle categorie amministrativistiche in senso lato che sono proprie dei *poteri di diritto pubblico*”³⁰.

Piattaforme digitali come poteri privati “di fatto”, dunque – o, se si vuole, riecheggiando Bianca, “autorità di fatto”³¹ –, ma in realtà sempre più riconosciute come tali anche dal diritto³², che in (ormai) frequenti occasioni attribuisce a tali soggetti il potere giuridico di imporre ad altri le proprie decisioni, non già arrendendosi, però, al *fatto*, ma provando a conformarlo delineando forme e modalità “procedimentalizzate” di esercizio di quel medesimo potere.

Siamo “oltre”, per così dire, la *soft law*, espressione dell’autoregolazione delle piattaforme: certo, rimane evidente che essa mantiene uno spazio estremamente importante, se non altro perché i colossi digitali continuano ad essere i soli soggetti “in grado di dettare norme davvero su larga scala sui più svariati aspetti del web e in grado anche di farle rispettare”³³, almeno in fatto, nonostante la loro natura di *soft law*, avendo il controllo delle proprie piattaforme, anche attraverso forme di giustizia privata. Ma, l’approdo verso una prospettiva di co-regolazione, se da un lato mostra la capacità del diritto di non arrendersi al mero fatto (e all’ideologia dello

²⁹ Ivi, 1027.

³⁰ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., 87.

³¹ C. M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., *passim*.

³² Cfr. P. STANZIONE, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *I “poteri privati” delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, 2022, 2, il quale, riprendendo, per l’appunto, la concettualizzazione di Bianca, rileva che “potremmo qualificare i poteri privati come autorità di fatto che tuttavia proprio in questa fase, la più recente legislazione europea (approvata o in corso di approvazione) sta tentando di disciplinare come autorità, almeno, in parte, ‘di diritto’”.

³³ A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Le regole di Internet tra poteri pubblici e privati. Tutela dei diritti e ruolo dell’antitrust in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2023, 45. L’A. evidenzia (ivi, 48-49) che “è vero che, generalmente, la *soft law* non s’impone sui destinatari, ma alcune fattispecie di *soft law* 2.0 assumono finanche valore vincolante, come nel caso delle regole che germinano dai colossi del web: queste ultime divengono di fatto obbligatorie per gli utenti delle piattaforme Internet, pena il mancato utilizzo della piattaforma stessa. In questo senso, le norme di *soft law*, cui gli utenti aderiscono volontariamente al momento dell’iscrizione sulle varie piattaforme digitali, si fanno poi cogenti, non volendo (e in taluni casi non potendo) l’utente rinunciare ad esprimere la propria personalità e il proprio pensiero nelle agorà virtuali del nostro tempo. Tale meccanismo di coercizione indiretta funziona a livello globale sulla generalità degli utenti ed è molto efficace, dando vita a una vincolatività di fatto della *soft law* prodotta da poteri privati digitali”.



spontaneismo che lo accompagna³⁴), dall'altro segnala che il potere regolatore delle stesse piattaforme è riconosciuto anche *de iure*, quantunque si tenti di imbrigliarlo attraverso la

³⁴ Si è sovente assistito, cioè, a fronte del libero corso dello sviluppo digitale, alle prospettive di autoregolazione da parte delle piattaforme digitali (protagoniste di quel nuovo “capitalismo della sorveglianza” descritto da S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, trad. it. Roma, 2019), legittimate sul piano teorico da quelle dottrine che, travisando l'autentica missione del diritto costituzionale come scienza della fondazione e della limitazione del potere legittimo, hanno discettato di costituzioni civili transnazionali, frutto dello spontaneismo di autonomi sottosistemi di una società civile che travalica i confini statuali. Simili orizzonti teorici (cfr. G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, trad. it. Roma, 2005) finiscono, di fatto, col “superare la logica politica degli Stati per imporre nella sostanza il dominio dei regimi privati globali, vale a dire di quel diritto prodotto esclusivamente dagli stessi portatori degli interessi settoriali del mercato” (F. GALLO, *Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e le nuove forme di partecipazione*, in [Gnosis-INT](#), 2/2014, 66), così abdicando ad una visione prescrittiva del costituzionalismo per abbandonarsi ad un descrittivismo sociologico – non a caso sensibile al funzionalismo luhmanniano – che conduce inevitabilmente – come già ammoniva Stefano Rodotà – ad una forma di “neomedievalismo istituzionale” (così S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet*, in *Politica del diritto*, 3/2010, 337 ss.). Sui rischi di ritorno al pre-moderno nell'età globale, v. già D. D'ANDREA, *Oltre la sovranità. Lo spazio politico europeo tra postmodernità e nuovo medioevo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002, 77 ss.

Per una critica alla teoria teubneriana, v. anche G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, 43-46; ID., *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-Bari, 2021, 23-29. Una critica a Teubner, sul terreno della *governance* di Internet, mossa dalla prospettiva del costituzionalismo digitale, è formulata anche da A. LAMBERTI, *Libertà di informazione e democrazia ai tempi della società digitale: problemi e prospettive*, in questa *Rivista, Studi*, 2022/II, spec. 896 ss.; da ultimo, v. C. CIPOLLONI, *Persona, poteri privati e Stato nella rivoluzione internetiana*, Torino, 2024, 42-45, la quale evidenzia criticamente che la teoria teubneriana perorano un'asserita “ma indimostrata autosufficienza della costituzione digitale”, arrendendosi ad una realtà transnazionale indeterminata e ingovernabile ma contribuendo a cristallizzare un'inaspettata “concentrazione di potere informatico” nelle mani delle grandi *corporations*, ed esponendo perciò la rete ad “un'involuzione neocorporativa ed egoistica” (l'A. richiama, sul punto, G. DE MINICO, *Diritti regole Internet*, in [Costituzionalismo.it](#), 2/2011, 13).

Sul piano della *Begriffsgeschichte*, preme ricordare che la teoria teubneriana del *societal constitutionalism* non è immune agli influssi dell'elaborazione hayekiana sull'ordine spontaneo (*kosmos*); lo rileva, in particolare, J. PRIBAN, *Imaginary of the imperium of prosperity and economic constitutionalism in the EU: A socio-legal perspective of spontaneity of the common market and its limits*, in A. Skordas, G. Halmaj, L. Mardikian (a cura di), *Economic Constitutionalism in a Turbulent World*, Chaltenham-Northampton, 2023, spec. 47-48; una suggestiva ricostruzione proprio dello spazio digitale attraverso la categoria hayekiana dell'ordine spontaneo è stata offerta da R. BIFULCO, *Intelligenza artificiale, internet e ordine spontaneo*, in F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, spec. 394 ss.

Per una critica dell'autoregolazione, v. anche E. BRUTI LIBERATI, *Poteri privati e nuova regolazione pubblica*, in *Diritto pubblico*, 1/2023, 285 ss. e spec. 288, secondo il quale “insistere ora con ricette imperniate sulla *self-regulation* – come molti fanno, *in primis* nel mondo anglosassone e con riferimento al digitale – non sembra ragionevole, quanto meno per chi voglia operare seriamente per ridurre quegli squilibri. È chiaro che la normazione privata può svolgere in molti ambiti un ruolo utile a taluni fini, ma appare da escludere che ad essa possa essere affidata in via principale la realizzazione di obiettivi pubblici, quale quello di ridimensionare i grandi poteri privati. D'altra parte (...) le recenti esperienze di autoregolamentazione da parte delle piattaforme digitali hanno fatto emergere in modo evidente il problema della legittimazione delle stesse a porre limiti rilevanti alla



definizione di una serie di regole, specie sul piano “procedurale/procedimentale”. Proprio il terreno della c.d. censura privata, come si vedrà meglio in seguito, rappresenta – tra gli altri – una delle lenti privilegiate per poter saggiare questa trasformazione del ruolo delle piattaforme, da autorità di fatto (che, sulla base di regole auto-prodotte, operano un duplice filtro, a monte e a valle, sui contenuti online, così incidendo direttamente sull’oggetto della libertà di manifestazione del pensiero dell’utente) ad autorità di diritto, cui lo stesso legislatore nazionale (come nel caso della legge n. 71 del 2017 sul cyberbullismo) o euro-unitario (si pensi alla procedura di *notice and take down* di cui agli artt. 14 e 15 del *Digital Services Act*) “delega” l’esercizio di un potere altrimenti pubblicistico, rendendole *de facto et de iure* i “guardiani dei contenuti e delle informazioni”³⁵.

3. Poteri privati, diritti soggettivi ed interessi legittimi di diritto privato: un inquadramento dommatico

La nuova realtà delle piattaforme digitali richiede una ripresa, un’attualizzazione e uno sviluppo della dommatica delle situazioni giuridiche soggettive, con particolare riferimento al rapporto tra potere privato e diritti fondamentali e alla configurazione degli interessi legittimi di diritto privato. Come si accennava, nella dottrina costituzionalistica italiana fu certamente pionieristica la lezione di Giorgio Lombardi, che per primo ebbe a riflettere in maniera più

sfera dei diritti e degli interessi dei privati che chiedono di accedervi. In assenza di regole pubbliche sufficientemente puntuali, la costruzione di veri e propri «ordinamenti giuridici» privati volti a disciplinare l’utilizzo delle piattaforme si presta, al di là delle apparenze, ad opacità, arbitri e discriminazioni che appaiono non facilmente tollerabili, dato che incidono anche su diritti fondamentali come la libertà di espressione”. Cfr. anche G. DI COSIMO, *La co-regolazione delle tecnologie digitali: il paradigma centro-periferia*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2024, spec. 273, secondo il quale “la *self-regulation* presenta importanti controindicazioni, cominciando dal fatto che la disciplina introdotta per mezzo di questa modalità regolativa impatta potenzialmente sui diritti fondamentali degli utenti. In particolare, le regole delle piattaforme digitali incidono sulla libertà di espressione che le costituzioni liberaldemocratiche garantiscono come caposaldo delle società pluraliste. Il potere delle piattaforme digitali non si limita al mercato ma investe le libertà e i diritti civili, sociali e politici delle persone. Più in generale, l’autoregolazione costituisce una deroga alle procedure democratiche, che finisce con l’introdurre regole che hanno effetti anche rispetto a terzi che non hanno concorso, direttamente o indirettamente, a produrle”.

³⁵ Così le definisce la Commissione UE nella Comunicazione del 2017 *Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online* (COM/2017/0555 final)

V., in argomento, G. DE GREGORIO, *From Constitutional Freedoms to the Power of the Platforms: Protecting Fundamental Rights Online in the Algorithmic Society*, in [European Journal of Legal Studies](#), 2/2019, 69, il quale rileva che “online platforms play a crucial role in addressing the challenges faced by the public enforcement of user rights. The activity of content removal and the enforcement of the right to be forgotten online are only two examples illustrating how public actors have delegated regulatory tasks to private actors in order to ensure the effective implementation of public policies online”.



compiuta sul tema in esame, muovendo dalla consapevolezza che, non soltanto, in primo luogo, nel diritto costituzionale la dimensione dei rapporti Stato/cittadino non è affatto l'unica rilevante (e, perciò, esaustiva), ma anche che la considerazione costituzionale dei rapporti giuridici, "sia nell'ambito dello Stato, sia nel quadro della comunità sociale, impone tutto un discorso di fondo circa la traduzione in termini di situazioni soggettive della relativa tutela"³⁶. Un "discorso di fondo", quindi, per il quale, attesa la natura di una Costituzione lunga – com'è quella repubblicana –, da interpretare *magis ut valeat*, in quanto atto normativo che non può non essere "diretto a disciplinare obbligatoriamente comportamenti pubblici e privati"³⁷, non può essere negata l'attitudine dei diritti di libertà ad operare *ex se* nei rapporti intersubiettivi³⁸ – il che appare particolarmente evidente, non a caso, proprio con riguardo alla libertà di manifestazione del pensiero³⁹ –, di talché può argomentarsi convincentemente in ordine all'efficacia direttamente regolatrice dei rapporti orizzontali tra cittadini (e non soltanto dei rapporti tra Stato e cittadino) delle norme costituzionali sui diritti di libertà⁴⁰.

Ciò par vero, a maggior ragione, allorché il soggetto sia inserito in una comunità organizzata, per cui i diritti fondamentali si attecchiano alla stregua di un "limite ai poteri di organizzazione e di supremazia che tale diversa dimensione porta con sé"⁴¹: lo suggerisce, in fondo, una lettura attenta dello stesso art. 2 Cost., nella misura in cui la garanzia dei diritti inviolabili è riferita alla persona anche "nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità", il che significa, evidentemente, che tale garanzia si appresta anche "contro" quelle stesse formazioni sociali, che intanto godono di un riconoscimento costituzionale in quanto siano pur sempre funzionali alla persona umana che ne faccia parte. Il combinato

³⁶ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., 26.

G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, cit., 1022, mette in connessione l'opera di Lombardi con la di poco successiva monografia civilistica di Bianca: "entrambe le riflessioni, in coerenza con un itinerario sostanzialmente condiviso da molta parte della dottrina giuridica degli anni '70, appaiono preordinate al contenimento delle posizioni di supremazia, secondo un progetto esplicito di valorizzazione del principio di uguaglianza sostanziale e pari dignità delle persone riflesso nella carta costituzionale. Sotto il primo profilo, c'è piena convergenza nell'individuare come caratteristiche 'strutturali' del concetto di potere privato due elementi fondamentali: a) l'inserimento del soggetto in una collettività (...); b) l'attribuzione a un privato del potere di compiere atti decisionali vincolanti, destinati ad incidere sull'altrui sfera giuridica".

Nella letteratura più recente, riprendono la lezione lombardiana F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, cit., spec. 137-138 e A. LAMBERTI, *Libertà di informazione, poteri privati e tutela dei dati personali nell'era digitale*, cit., 22 ss.

³⁷ V. CRISAFULLI, *Introduzione*, in Id., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 11.

³⁸ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., 33.

³⁹ V. già C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 29, nota 61. Ma v. pure, sul riconoscimento dell'efficacia orizzontale, Corte cost., sentenza n. 122 del 1970, p.to 2 del Considerato in diritto.

⁴⁰ Cfr., per esempio, V. CRISAFULLI, *L'art. 25 della Costituzione e l'equivoco delle norme programmatiche*, in Id., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 107.

⁴¹ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., 37.



disposto dell'art. 2 Cost. – per come qui interpretato – e dell'art. 3, secondo comma, Cost. suggerisce, perciò, un'applicazione diretta delle norme costituzionali ai rapporti interprivati, specie allorquando sia in gioco “la tutela di posizioni economicamente e socialmente deboli”⁴².

L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali⁴³ (la nota *Drittwirkung* della dottrina tedesca⁴⁴) – e quindi la loro diretta applicabilità allo svolgimento dei comuni rapporti giuridici intersubiettivi – prescinderebbe, però, secondo le più avanzate prospettazioni dottrinali, dalle ipotesi in cui viene in rilievo un potere privato nella dimensione organizzata di una formazione sociale nella quale si individuino posizioni para-gerarchiche di supremazia⁴⁵.

Il ragionamento, difatti, attiene ad una *generale* attitudine delle norme costituzionali in esame a dispiegare i propri effetti anche nei rapporti interprivati: una tesi, questa, che può essere giustificata non solo sulla base della natura propria della Costituzione come atto normativo proteso a disciplinare obbligatoriamente comportamenti pubblici e privati, per dirla con Crisafulli, ma anche alla luce di un argomento storico, che attiene al significato originario dei diritti di libertà⁴⁶ (dacché “non ha certamente senso parlare di una garanzia delle libertà” solo contro lo Stato⁴⁷), alle radici dello Stato di diritto⁴⁸ e alla circostanza che lo stesso moto rivoluzionario francese non nasce tanto dall'esigenza di una limitazione dei poteri pubblici, quanto piuttosto in opposizione ai privilegi cetuali d'Antico Regime. In tale prospettiva, non appaiono convincenti né le tesi decisamente contrarie⁴⁹ né quelle tesi che sostengono un'efficacia soltanto “mediata” delle norme costituzionali, tale per cui i diritti fondamentali opererebbero nei rapporti interprivati solo *indirettamente*, mediante le clausole generali

⁴² Ivi, 38.

⁴³ In sede teorica, v., per tutti, R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali* (1985), trad. it. Bologna, 2012, spec. 570-571. Ma v. le puntualizzazioni, da ultimo, di O. POLLICINO, *Potere digitale* (voce), cit., 431: “il problema è che tale assunto, convincente da un punto di vista teorico, passando dall'olimpo' dei filosofi all'arena' dello *ius dicere*, rischia di non superare il test del diritto comparato, in quanto le scelte delle corti costituzionali e supreme possono divergere, su questo aspetto, in base al paradigma costituzionale al quale esse si ispirano che fa da architrave, da *humus* assiologico e culturale”.

⁴⁴ L'espressione, com'è noto, risale a H. P. IPSEN, *Gleichheit*, in F.L. Neumann, H.C. Nipperdey, U. Schener (a cura di), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Berlino, 1954, 143. In argomento, v. almeno M. ZARRO, *L'evoluzione del dibattito sulla Drittwirkung tra Italia e Germania*, in *Rassegna di diritto civile*, 2017, 997 ss.; P. FEMIA (a cura di), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, Napoli, 2018; nella dottrina internazionale, cfr. G. BRÜGGEMEIER, *Constitutionalization of Private Law: The German Perspective*, in T. Barkhuysen, S- Lindbergh (a cura di), *Constitutionalization of Private Law*, Leiden, 2006, 59 ss.; U. PREUSS, *The German Drittwirkung Doctrine and its Socio-Political Background*, in U. Sajò, R. Uitz (a cura di), *The Constitution in Private Relations. Expanding Constitutionalism*, Utrecht, 2005, 23 ss.

⁴⁵ Ne dà conto G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., 52-53.

⁴⁶ W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, Monaco/Berlino, 1960, spec. 7 ss. e 10 ss.

⁴⁷ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., 53.

⁴⁸ V. le riflessioni di R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, *passim*.

⁴⁹ E. FORSTHOFF, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, in *Festschrift für Carl Schmitt*, Berlino, 1959, spec. 54 ss.



dell'ordinamento civilistico (ordine pubblico, buon costume, etc.), le quali si arricchirebbero così di un contenuto precettivo costituzionalmente orientato in base al bene giuridico che venga in rilievo⁵⁰. Al contrario, secondo la lezione di Nipperdey⁵¹ e di Leisner⁵², i diritti fondamentali, oltre che nei confronti dello Stato, “garantirebbero la sfera individuale allo stesso titolo (non quindi, come dire, con efficacia accessoria o secondaria) anche nei confronti degli altri individui come tali, a prescindere sia dal rapporto comunitario che può assoggettarli ad una posizione di supremazia di fatto (...), sia da una situazione di abuso di posizione dominante”⁵³. Detto in altri termini, sempre evocando Lombardi, i diritti fondamentali, “per la loro natura di garanzie normative poste alla base della convivenza politica (...) esplicano, come tali, una efficacia diretta e immediata anche nel campo del diritto privato”: “tale efficacia (...) non sarebbe di carattere complementare, o, ancora, sussidiario, rispetto a quella esplicita nel quadro dei rapporti tra Stato (e pubblici poteri in genere) e cittadini, ma sarebbe una conseguenza – pari ordinata rispetto all’efficacia volta ai rapporti di diritto pubblico – della natura dei diritti fondamentali, indirizzati, come diritti soggettivi pubblici, verso lo Stato, e, al tempo stesso, operanti rispetto ai terzi (...) nel settore dei rapporti privatistici”⁵⁴ (tanto che si tratti di rapporti contrattuali quanto che si abbia a che fare con rapporti extracontrattuali)⁵⁵.

⁵⁰ Nella dottrina tedesca, v. già G. DÜRIG, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, in AA.VV., *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, Monaco, 1956, 157 ss. ora in trad. it., M. Zarro, in P. Femia (a cura di), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, cit., 75 ss., ove l’A. critica la tesi di Nipperdey e la sentenza del *Bundesarbeitsgericht* del 3 dicembre 1954, prospettando invece l’idea di un’“integrazione dei concetti e delle clausole generali di diritto privato mediante contenuti assiologici plasmati proprio sui diritti fondamentali” (ivi, 97).

⁵¹ V. già H. C. NIPPERDEY, *Koalitionsrecht*, in ID., *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung*, Berlino, 1929, vol. III, 385 ss.; per Nipperdey è più corretto parlare di “efficacia assoluta peculiare dei diritti fondamentali”: “si tratta dell’efficacia normativa diretta di specifiche disposizioni di diritto fondamentale nella loro qualità di diritto costituzionale oggettivo, vincolante, che ha annullato, modificato, integrato o ricreato disposizioni di diritto privato. Questo diritto costituzionale contiene, per ambiti giuridici al di fuori della Costituzione, non soltanto ‘principi guida’ o ‘regole interpretative’, bensì una regolamentazione normativa dell’intero ordinamento giuridico come unità, dalla quale scaturiscono, in via diretta, anche diritti soggettivi privati del singolo. Una violazione di una tale norma fondamentale, efficace anche nel diritto privato, porta di norma alla nullità del negozio giuridico”: così H. C. NIPPERDEY, *Diritti fondamentali e diritto privato* (1962), trad. it. a cura di M. Zarro, in P. Femia (a cura di), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, cit., 62. Continua l’A.: “la vigenza dei diritti fondamentali, quali norme oggettive per il diritto privato, non necessitano di alcun ‘medium’, di alcun ‘punto di rottura’, come devono essere le clausole generali (...). L’efficacia giuridica, invece, è un’efficacia diretta normativa che modifica o ricrea le norme di diritto privato, siano esse cogenti o dispositive, clausole generali o norme giuridiche determinate, siano essi divieti, comandi, diritti soggettivi, leggi di protezione o ragioni giustificative”.

⁵² W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, cit., *passim* e spec. 366 ss.

⁵³ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., 65.

⁵⁴ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., 77.

⁵⁵ Ivi, 79.



Purtuttavia, la dottrina tedesca più avanzata ha condotto per lo più un ragionamento di ordine teorico-generale, senza differenziare “rapporto da rapporto, anche nello stesso settore privatistico”⁵⁶: sul piano dommatico e positivo, però, a venire in rilievo sono, anzitutto, quei rapporti giuridici caratterizzati da una situazione di disparità sostanziale tra le parti, nei quali, cioè, una parte si trova in una posizione dominante a fronte della posizione debole altrui, tale da dare vita all’esercizio “di *potere* che è *privato* per quanto concerne la sua fonte (per lo più esso è collegabile ad un rapporto geneticamente riconducibile agli schemi contrattuali) e i soggetti cui spetta, ma che, proprio all’atto del suo esercizio si realizza con quelle forme di cogenza e di autorità avvicinati sostanzialmente alle categorie amministrativistiche in senso lato che sono proprie dei *poteri di diritto pubblico*”⁵⁷.

Una disparità materiale di posizioni, quindi, di tal natura da ingenerare una situazione di assoggettamento – che può trarre origine tanto da condizioni fattuali quanto da situazioni giuridicamente riconosciute dall’ordinamento (è il caso delle comunità necessarie, come la famiglia) – che acquisisce una connotazione più marcatamente “istituzionale” per la quale la posizione sostanzialmente dominante si caratterizza giuridicamente per la sua capacità di imporre la propria volontà al soggetto in posizione debole, rispetto al quale si avverte, perciò, l’esigenza “di un’autonoma garanzia (...) delle posizioni costituzionali di libertà”⁵⁸. Sicché le caratteristiche del potere privato devono essere tali da consentire di ravvisare in esso un rilievo “pubblicistico”, “di posizione”, che per la sua rilevanza materiale e sociale si connota in termini di supremazia – la quale altera, di fatto e di diritto, “quell’equilibrio di posizioni (che è) tipico presupposto dell’autonomia privata”⁵⁹ – e per il quale si ammetta la possibilità ipotetica che se ne faccia abuso, in mancanza di adeguate garanzie secondo gli strumenti di tutela offerti dal diritto comune.

Tale ricostruzione può essere confermata, sul piano positivo, non soltanto alla luce dell’art. 3, secondo comma, Cost. – che, nel conferire autonomo rilievo giuridico alle diseguaglianze “di fatto”, evidentemente sottintende l’esistenza di poteri anch’essi di fatto, sussistenti nella dimensione economico-sociale, a fronte dei quali si propone l’esigenza costituzionale di una tutela rafforzata del soggetto debole – e dell’art. 2 Cost. – che riconosce e garantisce i diritti inviolabili anche nei confronti delle (e, quindi, *nell’ambito delle e contro le*) formazioni sociali –, ma anche tenuto conto dell’art. 41, secondo comma, Cost., che apre chiaramente “alla presa delle garanzie costituzionali gli atti di autonomia privata a livello di iniziativa economica”⁶⁰ affermando la prevalenza sugli atti di esercizio di quella libertà – che si estrinsecano proprio sul piano dei rapporti interprivati – dei diritti della persona.

⁵⁶ Ivi, 85.

⁵⁷ Ivi, 87.

⁵⁸ Ivi, 88.

⁵⁹ Ivi, 89.

⁶⁰ Ivi, 96.



Ed è proprio lo stretto riferimento alle norme costituzionali che induce Lombardi non solo a rifiutare le tesi contrarie alla *Drittwirkung* così come quelle protese ad affermare l'efficacia orizzontale solo "mediata" dalle clausole generali privatistiche, ma anche a non accogliere le più ambiziose tesi della dottrina tedesca che si spingevano a sostenere una generalizzata, e perciò assoluta e indiscriminata, efficacia interprivata dei diritti fondamentali. Lombardi precisava opportunamente, infatti, sul piano dommatico, che "i diritti fondamentali operano nei confronti dei rapporti di diritto privato, ma non *natura sui* bensì *ope constitutionis*", esplicando un'efficacia diretta non *purchessia*, ma in presenza di norme costituzionali "di collegamento" tra il diritto fondamentale e "la garanzia della stessa posizione di libertà che esso, così, tutela anche nei confronti del potere privato"⁶¹. Norme di collegamento, che si riferiscono, a ben vedere, ora a situazioni di supremazia di fatto (che rilevrebbero alla luce del disposto – e della *ratio* – dell'art. 3, secondo comma, Cost.), ora a poteri privati entro strutture a base associativa. Ciò implica, da una parte, che, per la diretta rilevanza costituzionale, il momento sostanziale della garanzia "può andare oltre alle ipotesi previste dal codice civile" (ai fini, per esempio, "della individuazione delle cause di invalidità o di illiceità di comportamenti privati"), dall'altra che "tale tutela nei confronti dei poteri privati non opera in maniera astrattamente uguale per ogni tipo di diritto e per ogni ambito nel quale il potere privato si esercita", ma "dipende da una duplice circostanza, cioè dal *tipo* di diritto fondamentale da tutelare e dalla *struttura* del potere di supremazia privata nei cui confronti opera la garanzia"⁶².

Ora, se appare chiaro, alla luce di tutte le considerazioni che precedono, che può parlarsi, con piena valenza giuridica, di un "potere privato", il cui esercizio è suscettibile di incidere anche sui diritti fondamentali, bisogna comprendere, però, sul piano della dommatica delle situazioni giuridiche soggettiva, se, a fronte di un potere privato, possa essere configurato un interesse legittimo (di diritto privato)⁶³.

⁶¹ Ivi, 101.

⁶² Ivi, 144-145.

⁶³ La letteratura civilistica sull'interesse legittimo di diritto privato è, invero, molto ampia. Già G. P. CHIRONI – L. ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. 1, Parte Generale, Torino, 1904, spec. 128 ss., pur non impiegando espressamente la denominazione di "interesse legittimo", nondimeno identificavano tale posizione soggettiva per analogia con la posizione del cittadino nei confronti della P.A., in una collettività organizzata e governata da un particolare soggetto, titolare del potere di governo. L'interesse del singolo, in questa prospettiva, si configurerebbe come interesse al corretto esercizio dell'autorità, sicché la tutela della situazione soggettiva si risolve nella possibilità di proporre "reclamo" contro l'esercizio dell'autorità. Nel diritto privato, l'istituto dell'interesse legittimo, così delineato, troverebbe applicazione, per gli AA., in fattispecie ricomprese nell'ambito del diritto familiare: "la posizione giuridica dei coniugi per l'adempimento delle obbligazioni reciproche loro derivanti dall'entità del vincolo matrimoniale; la posizione dei figli di fronte al modo con che il genitore esercita la potestà; la condizione della donna di fronte al potere che nell'amministrazione della dote o del patrimonio della comunione è dato al marito". Questa tesi, identificando l'oggetto dell'interesse legittimo alla stregua dell'interesse al corretto esercizio dell'autorità, riflette, però, i risultati scientifici delle più datate dottrine



amministrativistiche, che tuttavia sono state superate dalla concezione sostanziale dell'interesse legittimo come interesse ad un bene della vita da parte del titolare. Spunti sulla configurabilità dell'interesse legittimo anche nel diritto privato si rinvencono in A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Berlino, 1918, 60; F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910, vol. I, 107 ss., 129 ss. e 794 ss.; A. CICU, *Il diritto di famiglia*, Roma, 1914, 110 ss.; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, Parte I, 316 ss.; G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, IV ed., 335, nota 4; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari* (1939), rist. anastatica, Napoli, 1978, 260-264; F. VASSALLI, *Interesse (Teoria generale)*, voce, in *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, Torino, 1962, 838 ss.; nella dottrina giuspubblicistica, v. S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1940, 80; ID., *Diritti assoluti*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Macerata, 2022, 78 (ove qualifica il possesso alla stregua di un interesse legittimo, sulla scia del figlio SALV. ROMANO, *Osservazioni sulle qualifiche "di fatto" e "di diritto"*, in AA.VV., *Studi in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, IV, 139 ss.) e ID., *Doveri, obblighi*, ivi, 127 (ove ricorda che "solo di recente la figura degli interessi legittimi che non sono diritti soggettivi ha richiamato, del resto ancora scarsamente, l'attenzione dei privatisti"); v. anche G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, vol. I, 52 ss.; M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1952, 276. V., nell'immediato Secondo Dopoguerra, O. BUCCISANO, *Ancora sui limiti di validità del licenziamento con riferimento alla causa e ai motivi*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1/1952, 155 ss., che identificava come interesse legittimo l'interesse del lavoratore al conseguimento e al mantenimento di un posto di lavoro, così impostando il problema della compatibilità dell'art. 2118 cc. sul recesso *ad nutum* del contratto da parte del datore di lavoro con l'art. 4 Cost.: "[...] Precisato che il prestatore di lavoro non vanta un vero diritto soggettivo alla conservazione del posto di lavoro, ma un semplice interesse legittimo, questo riconoscimento attenua notevolmente l'incompatibilità che altrimenti sarebbe insuperabile tra l'art. 4 Cost. e l'art. 2118 c.c.; e questa attenuazione apre la via ad una conciliazione. L'interesse legittimo dei lavoratori a mantenere il loro posto di lavoro è compreso nel generale interesse dello Stato alla tutela del lavoro, essendo appunto la forza del lavoro il fondamentale componente della struttura sociologica della società attuale. Ma lo Stato ha del pari interesse a curare lo sviluppo dell'economia e l'incremento della produzione nazionale: il recesso dell'imprenditore dal contratto di lavoro risponde, a volte, ad una esigenza economico-aziendale. Nella contemperazione, dunque, dei due interessi superiori sta appunto la possibilità della conciliazione del legittimo interesse individuale dei lavoratori alla conservazione del posto e del diritto del datore di lavoro di recedere dal contratto, ovvero dell'art. 4 Cost. con l'art. 2118 c.c.". In argomento, cfr. pure G. ZANOBINI, *Interessi legittimi nel diritto privato*, in ID., *Scritti di diritto pubblico*, Milano, 1955, 345 ss. e S. VENTURA, *Interessi legittimi, diritto privato, diritto agrario*, in *Rivista di diritto agrario*, 1/1959, 183 ss. Ma v., soprattutto, la significativa opera di sistematizzazione tracciata da L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo di diritto privato*, Milano, 1967, che proponeva un'ampia e innovativa dottrina privatistica, rivolta ad assicurare piena tutela ad interessi che, altrimenti, ne sarebbero rimasti sprovvisti, pur a fronte di un rilievo costituzionale discendente, giusta un'asimmetria sostanziale del rapporto, dagli artt. 2 e 3 Cost.; l'A., inoltre, contestava con durezza la tesi che minimizzava la ricerca sull'interesse legittimo di diritto privato per la sua inutilità processuale: "essa trascura (...) il momento sostanziale del fenomeno – e cioè, in definitiva, quel che rappresenta il nucleo interno di ogni situazione soggettiva e, quindi, come si vedrà, anche dell'interesse legittimo –, che riduce al solo momento processuale, cogliendone in relazione a questo la rilevanza. Giunge, così, a parte ogni altra considerazione, ad una conclusione che, se fosse generalizzata, finirebbe per compromettere la stessa nozione di diritto soggettivo" (ivi, 5). Altrimenti, si rischierebbe di "trascurare il momento sostanziale del fenomeno – cioè, quello che rappresenta, in definitiva, il nucleo interno di ogni situazione soggettiva – e, cogliendo la rilevanza del fenomeno stesso solo in relazione al suo momento, in certo senso, patologico (della violazione e, quindi, della tutela processuale), negare che il soddisfacimento dell'interesse medesimo possa avvenire al di fuori del processo, con la conseguenza di fare dell'interesse legittimo qualcosa di assolutamente indifferenziato ai c.d. poteri formali di iniziativa (processuale)"



(ivi, 21). Per l'A., invece, l'interesse legittimo è una situazione di vantaggio inattiva, risultato della qualificazione normativa di un interesse materiale ritenuto giuridicamente rilevante (ivi, 56-57), *rectius* "una situazione soggettiva sostanziale di vantaggio, ma inattiva, il cui soddisfacimento dipende dal comportamento positivo o negativo, ma sempre discrezionale, di un altro soggetto" (ivi, 90). L'A. procede, poi, ad un'ampia e significativa rassegna di esempi, sistematizzati secondo i criteri: a) della complementarità tra interessi individuali; b) della complementarità con un interesse rilevante sul piano dell'ordine pubblico generale; c) della complementarità con un interesse collettivo (ivi, 187 ss.). Della stessa A., v. anche *Interesse legittimo: diritto privato* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche*, IX, Torino, 1993, 527 ss.: prendendo le mosse da una rivendicazione del rifiuto dei tradizionali "compartimenti stagni" che hanno impedito il reciproco impiego delle categorie pubblicistiche e privatistiche (ivi, 541), l'A. riflette sulle due costanti che caratterizzerebbero la posizione dominante (*Macht* e discrezionalità) – il che troverebbe conferma nella sentenza della Cassazione n. 5668 del 1979 in materia di concorsi privati e progressione di carriera negli enti pubblici economici – e, operata una significativa rassegna di esempi (ivi, 554 ss.), si sofferma sulla tutela processuale dell'interesse legittimo di diritto privato, che si realizzerebbe sia attraverso l'impugnativa dell'atto di esercizio del potere privato sia mediante l'azione risarcitoria (ivi, 564-565).

Nella dottrina successiva, cfr. A. DI MAJO, *Le forme di tutela contro i c.d. poteri privati*, in *Giurisprudenza italiana*, 1/1980 439 ss.; ID., *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1/1983, 341 ss.; P. RESCIGNO, *Gli interessi legittimi nel diritto privato*, in B. Carpino (a cura di), *Raccolta di scritti in memoria di A. Lener*, Napoli, 1989, spec. 885 ss., per il quale il tema dell'interesse legittimo affiorerebbe quando "vengono alla luce relazioni contrassegnate dall'autorità e dal potere da un lato, dalla soggezione dall'altro, e allora la nozione di interesse legittimo serve proprio a ricercare la misura del potere"; v., in particolare, poi, M. DELL'UTRI, *Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive (riflessioni sulla nozione di interesse legittimo in diritto privato)*, in *Rivista di diritto civile*, 2/1993, 303 ss., il quale mette in evidenza l'immanenza nel tempo della supremazia sottesa al potere privato (ivi, 311-312) e rivendica, ai fini della tutela della posizione del soggetto debole, in luogo dell'applicazione del criterio di buona fede, la qualificazione della situazione giuridica soggettiva in termini di interesse legittimo di diritto privato (ivi, 318 ss.); v. anche ID., *Poteri privati, interessi legittimi e forme di tutela*, in *Rivista di diritto civile*, 2/1997, 47 ss., ove l'A. ritorna sulla nozione di interesse legittimo di diritto privato, riscontrandone applicazioni concrete nell'ordinamento sportivo e nella "comunità del lavoro" e sottolineando, a quest'ultimo riguardo, la necessità dell'assoggettabilità dei poteri imprenditoriali a regole d'azione e ad un sindacato giurisdizionale simil-amministrativo (ivi, 50-51). V. pure G. OPPO, *Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi*, in *Rivista di diritto civile*, 1/2000, 396 ss.; significativo anche il volume di U. Breccia, L. Briscuglia, F. D. Busnelli (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, 2001. Più recentemente, v. lo studio monografico di C. MAZZÙ, *La logica inclusiva dell'interesse legittimo nel rapporto tra autonomia e sussidiarietà*, Torino, 2014. *Contra*, per tutti, v. già E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, voce, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, Milano, 1972, 25, che esprimeva grande cautela verso la possibilità di estendere l'ambito di applicazione dell'interesse legittimo al di là del diritto pubblico: Il bilancio è semplice: l'inclinazione alla teoria generale induce ad estendere schemi, maturati in un determinato settore per determinate ragioni storiche, ad altri campi o rami; non si ritenga, però, che la nuova nozione possa essere immediatamente riadoperata nel settore di origine. Se si vuol parlare d'interesse legittimo nel diritto privato, occorre ricordare che, in tale diritto, considerato nella sua storica determinazione, la nozione serve per risolvere problemi diversi da quelli del diritto amministrativo. Si stabilisca pure che la relazione interesse legittimo–potere giuridico sia di teoria generale, questo non esclude che l'ordinamento possa assumere atteggiamenti diversi, secondo le esigenze che di volta in volta vuole affermare, garantire, e secondo l'ambito in cui vuole operare: si pensi al diritto delle società, riguardo al quale la dottrina è incline a ravvisare situazioni di interesse legittimo, e si consideri quale rilevanza spetti in materia alla organizzazione della società".



Non si tratta, a ben vedere, di un interrogativo – per così dire – “estravagante”, anche perché nello stesso diritto pubblico ormai si esclude che la qualificazione di un diritto come fondamentale (di rilevanza costituzionale) possa, per ciò solo, impedirne la configurazione dommatica di interesse legittimo ogniqualvolta esso fronteggi la situazione giuridica soggettiva del potere (di una pubblica amministrazione). La nota dottrina dell’indegradabilità o dell’inaffievolibilità dei diritti fondamentali, peraltro, è stata sconfessata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione: basti pensare, in particolare, ai diritti sociali fondamentali, che richiedono strutturalmente l’esecuzione di una prestazione da parte dell’amministrazione, delineata secondo le modalità definite dal legislatore in attuazione della norma costituzionale, e – dunque – una mediazione del potere amministrativo, la cui ampiezza è variabile proprio a seconda della strategia legislativa di configurazione del potere⁶⁴. Una volta che il potere è stato attribuito dal legislatore all’amministrazione, quindi, occorre avere riguardo al corretto esercizio di questo per potersi verificare la tutela dell’interesse sostanziale (nel quale consiste, per l’appunto, l’interesse legittimo, quale interesse al bene della vita la cui soddisfazione è eventuale, in quanto dipendente dall’esercizio di un potere).

Orbene, questo ragionamento può essere replicato anche nella sfera del diritto privato, non soltanto perché, sul piano teorico, la definizione di interesse legittimo è generale⁶⁵ – quale interesse (sostanziale) alla conservazione o al conseguimento di un bene della vita a satisfattività eventuale – e perché nulla osta – sul piano costituzionale – all’estensione dell’ambito di applicazione degli interessi legittimi (giusta l’art. 24 Cost.)⁶⁶, ma anche perché, talora, come si vedrà anche con riferimento alla “nuova” sfera digitale, è lo stesso legislatore a configurare vere e proprie forme di potere privato – circoscrivendone in maniera variabile le modalità di esercizio –, il cui esercizio – appunto – condiziona la conservazione o il conseguimento di un bene della vita dell’altro soggetto (debole) del rapporto (anche laddove tale bene assuma un rilievo costituzionale).

D’altronde, solo per rimanere alla dottrina costituzionalistica, lo stesso Lombardi riconosceva che la figura dell’interesse legittimo non è esclusiva del diritto amministrativo⁶⁷.

⁶⁴ Di strategie legislative di configurazione del potere amministrativo discorre ampiamente S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 267 ss.

⁶⁵ Secondo la nota tesi di F. G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell’interesse legittimo*, Milano, 1990, *passim*.

⁶⁶ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell’interesse legittimo di diritto privato*, cit., 8, la quale, difatti, rilevava che “le norme degli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione”, in realtà, si limitano ad attribuire agli organi della giustizia amministrativa la giurisdizione per la tutela *nei confronti della pubblica amministrazione* degli interessi legittimi, sicché “sembra (...) possibile affermare che nulla impedisce, in astratto, che il fenomeno, cui si ricollega la nozione dell’interesse legittimo, anche se individuato o studiato, anzitutto, nel diritto pubblico, possa ripresentarsi nel diritto privato, richiedendo un trattamento analogo anche se in base a strumenti, per lo meno formalmente, diversi”.

⁶⁷ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., 22. Ma v. anche C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, I, 176, per il quale la figura “non è peculiare al diritto pubblico”.



Anzi, per dirla con Crisafulli, “come se ne danno applicazioni nel campo del diritto privato, nulla vieta di ritrovarne altre, particolarmente significative, nel diritto costituzionale”⁶⁸.

In particolare, gli studi di Lina Bigliuzzi Geri hanno dimostrato che non pochi interessi sostanziali si affermano, a ben vedere, nell’ambito di rapporti giuridici privatistici nei quali si ravvisa una situazione di potere (cioè di supremazia, di fatto o di diritto), riconosciuta e protetta dall’ordinamento giuridico, che non potrebbe essere fronteggiata da una mera posizione di “soggezione” – come vorrebbe la dottrina tradizionale –, che non soltanto implicherebbe altrimenti, più facilmente, il rischio dell’abuso e dell’arbitrio del potere (privato), ma che in sé si pone in tensione con i principi di solidarietà e di eguaglianza in senso sostanziale⁶⁹: “lasciare privi di ogni tutela giuridica una serie di interessi, apprezzabili sul piano sociale, giuridico ed economico, ma che non sarebbero da considerare rilevanti da un punto di vista giuridico (secondo la dogmatica tradizionale), per il fatto di essere contrapposti a situazioni comunque di potere (come quella in cui versa il titolare di un diritto soggettivo), significherebbe (...) quasi creare spazi vuoti di giustizia, in stridente contraddizione con i valori fondanti dell’intero sistema politico costituzionale. Viceversa, accordare in una certa misura rilevanza giuridica a siffatte tipologie di situazioni, significherebbe porre degli argini a un uso potenzialmente indiscriminato del potere privato, rendendo più difficile la creazione delle condizioni per ipotesi di abuso, coerentemente col senso delle disposizioni costituzionali”⁷⁰.

Anche nel diritto privato, perciò, l’interesse legittimo altro non è che l’interesse (sostanziale) alla conservazione (*interesse legittimo oppositivo*) o al conseguimento (*interesse legittimo pretensivo*) di un bene della vita, la cui satisfattività non si configura come necessaria (come nel diritto soggettivo), ma è *eventuale*, giacché dipende dall’esercizio di un potere (segnatamente, di un potere di disposizione di un altro soggetto, estraneo al titolare dell’interesse). L’interesse legittimo, nel diritto pubblico così come nel diritto privato, è pensabile nella misura in cui si pone in contrapposizione ad un potere altrui, che può essere variamente conformato e configurato dal legislatore (e, perciò, con margini diversificati di discrezionalità).

E non sfugge, ancora, che anche nel diritto privato possono (e debbono) ravvisarsi quei due stessi elementi caratterizzanti l’interesse legittimo (di diritto pubblico): da un lato, la circostanza che esso fronteggia un potere, il cui esercizio è regolato dalla legge, tanto attraverso norme sul procedimento⁷¹ quanto incidendo sul contenuto dell’atto (in diritto

⁶⁸ V. CRISAFULLI, *Le norme programmatiche della Costituzione* (1952), in *Id.*, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 77.

⁶⁹ L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell’interesse legittimo di diritto privato*, cit., *passim*.

⁷⁰ In questi termini, C. MAZZÙ, *Appunti per uno studio sistematico dell’interesse legittimo nel diritto privato*, in ComparazioneDirittoCivile.it, 2013, 7.

⁷¹ Insiste sulla procedimentalizzazione dei poteri privati, con particolare riferimento alla fase costitutiva delle relazioni contrattuali, C. MAZZÙ, *La logica inclusiva dell’interesse legittimo nel rapporto tra autonomia e sussidiarietà*, cit., 118-119.



amministrativo, il provvedimento); dall'altro, l'elemento sostanziale del bene della vita, alla cui conservazione o al cui conseguimento aspira il titolare, ma che dipendono, nel risultato finale, proprio dall'esercizio dell'altrui potere⁷², sicché, in buona sostanza, l'interesse legittimo è, nel suo nucleo essenziale, un'aspettativa di un risultato favorevole⁷³, dipendente dall'esercizio di un potere (*rectius* "un attendere particolarmente qualificato: nucleo che non può dirsi modificato qualora su di esso si innestino altre e diverse facoltà"⁷⁴).

⁷² È, quindi, l'elemento della satisfattività eventuale a caratterizzare e distinguere l'interesse legittimo, e non tanto la natura discrezionale del potere, sia esso un potere privato – secondo la ricostruzione di L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo di diritto privato*, cit., spec. 61 ss., 174 ("la discrezionalità del soggetto agente appare come un elemento, se non decisivo, per lo meno in larga misura indicativo della presenza di un interesse legittimo di un altro soggetto") e 546 ss. – o un potere amministrativo – secondo le posizioni della scuola fiorentina di diritto pubblico (v., in particolare, A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988, 3 ss.), che giunge perciò ad escludere la configurabilità di un interesse legittimo in presenza di un potere vincolato dell'amministrazione. Si accoglie, quindi, la prospettiva di teoria generale di F. G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., *passim*; Id., *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, 2017, *passim* e spec. 432 ss.

⁷³ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo di diritto privato*, cit., 19.

Sulla differenza con l'aspettativa in senso stretto, v. Id., *Interesse legittimo: diritto privato*, cit., 545, nota 84: "l'interesse legittimo è (...) situazione per così dire definitiva, non così l'aspettativa che si presenta come situazione di interesse in fieri, giuridicamente qualificata come tale, ma in vista di un suo (possibile) ulteriore sviluppo in diritto soggettivo. Né è a dire che l'inattività dell'interesse legittimo autorizzi a farne una sorta di soggezione, che è situazione di svantaggio, non di vantaggio".

⁷⁴ Così A. M. GAROFALO, *L'interesse legittimo nel diritto privato. Contributo alla teoria dell'affidamento*, Tesi di Dottorato di ricerca in Diritto internazionale e diritto privato e del lavoro, Università degli Studi di Padova, XXVII Ciclo, 148. Quanto sopra implica che "le facoltà procedurali, di collaborazione, non hanno alcun rilievo autonomo, proprio per il fatto che la loro tutela è compresa in quella, più ampia, dell'interesse finale. Ad esse, d'altronde, non si collega un interesse finale; se così fosse, si potrebbe parlare di vere e proprie facoltà d'impulso, di collaborazione e così via. Ma così non è; e, anzi, esse sono già interamente protette dalla tutela – pur non interamente satisfattiva – del bene della vita finale cui il privato aspira; la loro protezione, cioè, ricade interamente in quella dell'affidamento, che presidia il rispetto da parte della p.a. delle norme sul procedimento (comprese quelle che eventualmente richiedano da parte della p.a. l'avvio del procedimento in seguito all'istanza del privato, e così via) e che ammette l'annullamento del provvedimento illegittimo (come accade qualora esso sia adottato in violazione di norme di legge, quali quelle che definiscono le 'facoltà' del privato), nonché il risarcimento per lesioni di interessi 'altri' " (ivi, 149).

La tesi di fondo dell'A. è così sintetizzata: "a voler, allora, rinvenire nell'affidamento, nel 'confidare', l'oggetto della nostra facoltà, così suonerebbe la definizione dell'interesse legittimo: esso sarebbe la 'facoltà di confidare in un'attività altrui che potrebbe soddisfare un interesse del titolare'. Dal punto di vista pubblicistico l'interesse legittimo, declinazione di questa figura di teoria generale, sarebbe dunque costituito dalla 'facoltà di confidare che un'attività della p.a. (...), svolta nell'esercizio di un potere amministrativo, soddisfi un interesse del titolare'. A loro volta, codesti interessi possono coniugarsi in modo differente, a seconda che rappresentino beni della vita nuovi, o già acquisiti al patrimonio, o alla persona del soggetto protetto. Nel primo caso, infatti, si tratterà – secondo la distinzione propria del diritto amministrativo, che è però esportabile in sede di teoria generale – di un interesse legittimo pretensivo, che tutela la legittima aspirazione di un soggetto a vedersi assegnato un nuovo bene (e a vedere soddisfatto un proprio interesse). La definizione andrà allora così completata: 'facoltà di



Non si dimentichi, d'altronde, che la stessa Corte di Cassazione, con la storica sentenza n. 5668 del 1979, ha riconosciuto pieno diritto di cittadinanza a questa situazione giuridica soggettiva, nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze di un ente pubblico economico, affermando che i privati possono "legittimamente invocare tutela delle proprie situazioni soggettive (quand'anche qualificabili non come diritti soggettivi perfetti, ma come interessi legittimi di diritto privato, così come avviene in tema di offerta o promessa al pubblico) dinanzi al giudice ordinario (...)"⁷⁵. La configurazione di una situazione giuridica soggettiva non già come mera soggezione (situazione passiva), ma quale interesse legittimo di diritto privato (situazione attiva), consentirebbe, dunque, di assolvere alla fondamentale funzione "di protezione da un potere che si esercita con un margine di discrezionalità"⁷⁶, assurgendo a "strumento di contrasto e/o mitigazione o reazione ad un potere che, se travalicasse i propri limiti fisiologici, tradendo la *ratio* della sua attribuzione, potrebbe giungere autonomamente alla lesione dell'interesse del titolare contrapposto"⁷⁷.

confidare in un'attività volta all'eventuale attribuzione di un bene della vita', ovvero 'in un'attività a risultato potenzialmente positivo'. Nel secondo caso, invece, si ha a che fare con un interesse legittimo (oppositivo, o, per meglio dire) protettivo, tramite il quale il soggetto tutelato vede garantiti, seppur in via eventuale, i suoi interessi, indipendentemente dal fatto che assurgano a posizioni giuridiche protette di per sé. L'interesse legittimo coincide con la 'facoltà di confidare in un'attività che potrebbe eventualmente non ledere gli interessi (tutti) altrui', ossia 'in un'attività a risultato potenzialmente non negativo' " (ivi, 153-158).

⁷⁵ Principio di diritto confermato anche da Cass. Civ., S.U., n. 15199 del 2006; n. 10370 del 1998; Cass. Civ., sez. lav., n. 23760 del 2004. In argomento, a proposito della pronuncia del 1979, v., in particolare, L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi. Il sindacato sul comportamento della p.a. nella giurisdizione sul pubblico impiego*, Napoli, 1984, spec. 70-71 e 76-79: "le Sezioni unite hanno evidenziato la necessità di richiamare la nozione di interesse legittimo come elemento essenziale di una strumentazione protettiva dell'interesse dei soggetti passivi del potere, attuata attraverso l'assoggettamento dell'esercizio di questo a regole e, correlativamente, mediante l'attribuzione ai soggetti passivi di un controllo sull'osservanza delle stesse, da cui scaturisce la possibilità di provocare un sindacato giurisdizionale. Il ricorso all'interesse legittimo non sarebbe incompatibile con l'impostazione paritetica dell'intero diritto privato, sebbene a questa appaiano più coerenti le 'tecniche garantistiche' o la 'tecnica del rapporto' (...). Le Sezioni unite, nell'ultima parte della decisione, lasciano però aperto il problema delle azioni proponibili, rilevando tra l'altro come nel diritto privato non sempre il sindacato sull'eccesso di potere possa realizzarsi mediante la misura dell'annullamento di atti, bensì, più frequentemente, attraverso misure che vanno dalla pronuncia della nullità di atti, all'accertamento di abusi come illeciti e alla condanna al risarcimento del danno".

I riferimenti all'interesse legittimo di diritto privato sono divenuti più numerosi, nella giurisprudenza di legittimità, a seguito della privatizzazione del pubblico impiego (v., almeno, Cass. S.U., n. 41 del 2000 e, soprattutto, Cass. Civ., sez. lav., n. 23760 del 2004, che riconduce "le situazioni giuridiche dei dipendenti con qualifica dirigenziale di fronte al potere di conferimento dell'incarico al novero dei c.d. interessi legittimi di diritto privato").

⁷⁶ C. MAZZÙ, *Appunti per uno studio sistematico dell'interesse legittimo nel diritto privato*, cit., 42.

⁷⁷ Ivi, 43. Sicché, continua l'A. (ivi, 44), "la presenza dell'interesse legittimo implica l'esigenza che l'esercizio del potere, pur astrattamente legittimo, sia anche concretamente lecito, nel senso che l'effetto conseguito sia realmente funzionale all'attuazione del valore giuridico fondante la norma attributiva del potere".



4. Poteri privati, diritti soggettivi ed interessi legittimi di diritto privato: alcuni esempi nell'era del costituzionalismo digitale "procedurale"

La ricostruzione dommatica che precede, oltre ad assumere una valenza generale, pare acquisire un carattere di immediata attualità proprio con riguardo ai rapporti giuridici nell'era delle piattaforme digitali, specie sullo sfondo della nuova dimensione "procedurale" del c.d. costituzionalismo digitale⁷⁸.

In particolare, gli interventi più recenti dei legislatori nazionali e del decisore sovranazionale, difatti, sono stati ispirati, a ben vedere, dall'esigenza di risolvere quelle problematiche che, in termini di opacità, emergono sempre più manifestamente nei meccanismi algoritmici propri dei nuovi poteri privati "attraverso garanzie procedurali che offrano rimedio all'assenza di garanzie sostanziali comparabili a quelle proprie dei rapporti con attori pubblici"⁷⁹.

All'uopo, possono essere presentati diversi esempi nell'era digitale⁸⁰, nei quali entrano in gioco diritti fondamentali dell'individuo che sembrano assumere la consistenza dommatica dell'interesse legittimo di diritto privato, a fronte dell'esercizio di un potere privato.

⁷⁸ Il lemma ha assunto, nella letteratura recente, plurime accezioni. Al costituzionalismo digitale, difatti, si richiamano senza dubbio quegli autori che sostengono la necessità di un'applicazione dei principi del costituzionalismo contemporaneo alla società digitale specie attraverso il riconoscimento dell'efficacia interprivata/orizzontale dei diritti fondamentali (v. O. POLLICINO, *Potere digitale*, cit., *passim*), sia quegli autori che intendono ridisegnare il costituzionalismo per adattarlo alla nuova realtà (G. DE GREGORIO, *The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1/2021, 41 ss.) sia quanti, così tradendo lo spirito del costituzionalismo e del diritto costituzionale come scienza della fondazione e della limitazione del potere legittimo, ritengono che il nuovo ambiente digitale sia *ex se* portatore di un nuovo assetto di principi "costituzionali", evocando prospettive teubneriane. Semmai, per dirla con A. MORELLI, *Editoriale – Vecchi diritti per nuovi mondi?*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, 1/2023, 8, "la duplicazione metaforica del mondo reale da parte di quello digitale non esige propriamente una rifondazione ma un'opera di aggiornamento e di adattamento dei principi costituzionali alla complessa dimensione digitale". Sulle diverse stagioni del costituzionalismo digitale, cfr. A. LAMBERTI, *Costituzionalismo digitale, poteri delle piattaforme, intelligenza artificiale e democrazia*, in corso di pubblicazione in questa [Rivista](#), 2/2025.

⁷⁹ O. POLLICINO, *Potere digitale*, cit., 439. Insiste sul *private enforcement*, in particolare, V. CONTE, *Comunicare per contratto. Flusso informativo-comunicazionale e poteri privati nei social media*, Napoli, 2024, 65.

⁸⁰ Già con riferimento alla prima legge sulla protezione dei dati personali, invero, non mancava chi – come E. BARGELLI, *Profili applicativi dell'interesse legittimo di diritto privato nella legge n. 675/1996*, in U. Breccia, L. Briscuglia, F.D. Busnelli (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, cit., 11 ss. e spec. 23 ss. – ravvisava la configurabilità di interessi legittimi di diritto privato: significativo pareva, in tale ottica, l'art. 9 della legge, "che sancisce la regola della correttezza: il suo concreto funzionamento, infatti, sembrerebbe riprodurre", secondo l'A., "la logica sostanziale (...) sottesa alla teoria dell'interesse legittimo"; "la correttezza si sostanzia infatti in un criterio di 'relazione', cioè in una valutazione comparativa dei differenti interessi, condotta con particolare riguardo alle modalità concrete con cui si svolge l'esercizio del diritto o della libertà, secondo i canoni propri della concezione c.d. valutativa". Per l'A., sarebbero riconducibili alla fattispecie dell'interesse legittimo di diritto privato anche il c.d. diritto di opposizione per motivi legittimi, ai sensi dell'art. 13, lett. d), della stessa legge



In primo luogo, possono essere prese in considerazione le forme di “censura privata”⁸¹ che incidono sulla libertà di manifestazione del pensiero dei soggetti, operate attraverso meccanismi algoritmici di controllo *ex ante* ed *ex post*⁸².

In particolare, però, a rilevare ai nostri fini – cioè nella prospettiva di indagare la proceduralizzazione del potere privato e la correlata emersione di interessi legittimi di diritto privato –, è l’istituzione di organi “para-giurisdizionali” interni alle grandi piattaforme digitali: esempio *par excellence* è il *Facebook Oversight Board*, organo interno di reclamo chiamato ad operare un controllo, per così dire, di secondo grado, sull’attività di rimozione dei contenuti e di sospensione degli account effettuata dalla piattaforma medesima in reazione ad asserite violazioni delle proprie regole interne da parte degli utenti (c.d. standard della community). Gli *Oversight Board Bylaws* (cioè gli statuti che definiscono le regole di condotta e di procedura

(ivi, 26-27) e il c.d. diritto all’oblio (ivi, 27 ss.). In relazione alla stessa legge, v. pure G. RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, ivi, 34 ss. e spec. 67 ss., con riguardo alla revoca del consenso al trattamento dei dati quale recesso per giustificato motivo, cui farebbe fronte un interesse legittimo di diritto privato, e C. LO SURDO, *La correttezza e gli strumenti di tutela apprestati dagli artt. 13 e 18 della legge n. 675/1996*, ivi, 82 ss.

⁸¹ Su cui, rimangono attualissimi gli ammonimenti di F. PIERANDREI, *Radio, televisione e Costituzione*, in AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, 1963, vol. III, 600, secondo il quale “una ‘censura’ esercitata da privati nei confronti di altri privati non è più tale in senso proprio (nonostante la spiacevolezza della sua denominazione): è qualcosa di ben peggio, perché dipende dai criteri del tutto soggettivi di chi la esercita, e può quindi facilmente trasformarsi in uno strumento di pressione e coazione sugli interessati”.

⁸² Come ricorda M.E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell’era digitale fra intermediari online, moderazione dei contenuti e regolazione*, cit., 100-101, per esempio, “l’attività di moderazione in Facebook opera attraverso tre catene di moderatori (...), che decidono quali contenuti rimuovere e, a seconda della gravità delle violazioni delle policies, disporre di sollevare la ‘questione censura’ al moderatore di livello superiore e via dicendo”. Nel prisma dell’autoregolazione, così, “la piattaforma si riserva (...) un ampio margine di discrezionalità nella rimozione dei contenuti e nella sospensione degli accounts, che dimostra una preoccupante asimmetria nell’attività di moderazione difficilmente giustificabile in base al principio di eguaglianza”. Più in generale, come puntualizza M. BETZU, *I baroni del digitale*, Napoli, 2022, 58-60, “tutte le piattaforme digitali hanno approntato una infrastruttura di moderazione dei contenuti che poggia su regole implicite e regole esplicite. Le prime sono rappresentate dallo strato logico della piattaforma, ovvero dal suo codice, che costringe i contenuti entro una ‘architectural regulation’. Le seconde sono invece contenute nei termini del servizio e negli *standard della community*, ovvero nei documenti che, sulla base dei valori di fondo della piattaforma, indicano ciò che è consentito e ciò che è invece vietato al suo interno. Soprattutto attraverso queste ultime le piattaforme digitali hanno costruito un ordinamento para-giuridico autonomo, soggetto a implementazione, che riconosce diritti, individua divieti e regola la responsabilità degli utenti (...). L’attività di moderazione dei contenuti può essere sia *ex ante* che *ex post*. La moderazione *ex ante* si svolge attraverso sistemi automatizzati di filtraggio dei contenuti, fondati su algoritmi in grado di impedire il caricamento di quelli che rientrano nelle tipologie vietate (...). La moderazione *ex post*, invece, può essere di due tipologie. La prima è posta in essere automaticamente dalla piattaforma ed è volta a ricercare e ad eliminare contenuti, pagine o gruppi considerati pericolosi (...). Anche in questo caso è preponderante l’utilizzo di sistemi algoritmici (...). La seconda si serve delle segnalazioni degli utenti (*flagging*), a seguito delle quali il contenuto o la pagina vengono esaminati dai moderatori sulla base delle linee guida redatte dalla piattaforma”.



del *Board*), che possono essere considerati alla stregua tanto di un atto costitutivo quanto di un regolamento interno, ne definiscono, così, la competenza, gli atti sindacabili, i mezzi istruttori esperibili, la procedura e l'esecutività delle decisioni⁸³.

L'esercizio di un potere privato di decisione su un reclamo, da una parte, e la procedimentalizzazione della modalità di esercizio del medesimo, dall'altro, rappresenterebbero, così, due indici tali da suggerire la sussistenza di una relazione giuridica tra potere privato (ancorché, inizialmente, potere di mero fatto) e interesse legittimo di diritto privato: a quest'ultimo, in particolare, sarebbe sotteso l'interesse sostanziale dell'utente al mantenimento di un bene della vita (la diffusione del contenuto da lui prodotto ovvero la conservazione dell'account) in dipendenza dall'esercizio dell'attività di un altrui soggetto posto in posizione di preminenza (ovverosia, il potere privato della piattaforma).

In effetti, il funzionamento del *Board* sembra rievocare quella di una tutela giustiziale ad opera degli organi amministrativi di reclamo: accedendo per mezzo del proprio account Facebook o Instagram, l'utente che lamenta l'illegittima lesione presenta una sorta di "ricorso" avverso la decisione assunta in prima istanza dai moderatori della piattaforma. Tuttavia – e qui si evidenziano le gravi criticità legate ad una ancor blanda proceduralizzazione – di tutte le segnalazioni pervenute, non tutte vengono fatte oggetto di valutazione, "ma, sulla base di una scelta del tutto discrezionale" – se non arbitraria – "adottata a maggioranza dei componenti del *Board*, solo un piccolo numero selezionato in base alla complessità e alla luce di criteri che garantiranno l'individuazione dei casi idonei significativi e pertinenti a livello globale, in grado di arricchire le normative future"⁸⁴.

Ancora, la posizione giuridica dell'utente è indebolita da ulteriori carenze procedurali: l'assenza di qualsiasi forma di contraddittorio, la vaghezza e la genericità nell'indicazione dei termini – in specie, il riferimento al fatto che, secondo le norme interne, trasmesso il ricorso, il *Board* "di solito" (*sic!*) "prende una decisione entro 90 giorni" –, la variabilità del contenuto e della forma delle decisioni assunte, la sommaria ampiezza dei parametri normativi applicati (non già l'ordinamento costituzionale dello Stato in cui la condotta è stata posta in essere, ma gli standard giuridici internazionali, in particolare quelli definiti dal Patto internazionale delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici o dalle raccomandazioni del Consiglio dell'ONU per i diritti umani o dal Relatore speciale per la promozione e protezione della libertà di opinione ed espressione, nonché i valori di riferimento della piattaforma medesima).

Sicché, in buona sostanza, "a un privato, la cui indipendenza dalla piattaforma che ne ha determinato la creazione e che ne finanzia il funzionamento è tutta da dimostrare, è chiesto di ri-valutare, in un giudizio di appello, il bilanciamento tra libertà di pensiero e altri beni costituzionalmente rilevanti già operato da un altro privato sulla propria piattaforma"⁸⁵. Non

⁸³ F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, cit., 129.

⁸⁴ *Ivi*, 129 (corsivo nostro).

⁸⁵ *Ivi*, 134.



solo, quindi, ci si trova di fronte ad un “organismo paragiurisdizionale senza le garanzie della giurisdizionalità”⁸⁶, ma non si ravvisano neppure quelle garanzie procedurali/procedimentali proprie degli organi amministrativi di riesame, che pure dovrebbero attagliarsi ad un rapporto giuridico che, analogo a quello pubblicistico, vede contrapporsi un potere (ancorché privato) e una posizione giuridica soggettiva che assume la connotazione dommatica dell’interesse legittimo di diritto privato. L’*Oversight Board*, dunque, è un’ autorità privata “che decide secondo principi e valori fissati a sua discrezione dalla piattaforma attraverso formulazioni estremamente vaghe e sfuggenti” (“principi e valori fortemente influenzati dal modello di *business* della piattaforma, spacciati come assoluti in un mondo culturalmente e socialmente variegato”⁸⁷), che, oltretutto, ha essa stessa il potere di scegliere le richieste da esaminare (cercando, secondo i *Bylaws*, di “considerare i casi che hanno il maggior potenziale di guidare le decisioni e le normative future”) e senza garanzie né di trasparenza (neppure nella composizione, atteso che le questioni sono esaminate non già dal collegio nella sua interezza, ma da un gruppo di membri che rimane anonimo per asserite finalità di sicurezza e di indipendenza) né di effettività delle decisioni (giacché non si prevede alcun rimedio in caso di inadempimento). Ciò detto, però, rimane sullo sfondo la questione, decisamente più problematica (e sulla quale non è possibile riflettere in questa sede) del rispetto della riserva di legge di cui all’art. 21 Cost.; com’è noto, la Corte costituzionale ha ritenuto fin dalla sentenza n. 9 del 1965 che tutte le “limitazioni sostanziali di questa libertà non possono essere poste se non per legge (*riserva assoluta di legge*) e devono trovare fondamento in precetti e principi costituzionali”. Il che implica che la riserva di legge espressa (posta a tutela del limite esplicito del buon costume) si estenderebbe pure ai limiti impliciti, per cui “il bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero, intesa in senso ampio, e altre libertà o interessi costituzionalmente rilevanti debba essere sempre compiuto dalla legge formale o da altro atto normativo primario avente forza di legge”⁸⁸. Evidente, posta in questi termini, la problematicità, dal punto di vista della dommatica costituzionalistica, di una coregolazione/delega di bilanciamento all’autorità privata...

Ulteriore esempio di particolare interesse (meno problematico dal punto di vista costituzionale) appare, poi, senza dubbio, il c.d. diritto all’oblio⁸⁹, “nuovo diritto, o meglio,

⁸⁶ Per dirla con le parole di A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Le regole di Internet tra poteri pubblici e privati. Tutela dei diritti e ruolo dell’antitrust in una prospettiva costituzionale*, cit., 212 ss.

⁸⁷ M. BETZU, *I baroni del digitale*, cit., 67-68. Secondo l’A. (ivi, 74-75), ci si troverebbe di fronte non già ad una “Corte Suprema su Facebook”, ma ad una “Corte di Facebook: una Corte ottriata espressione della privatizzazione della giustizia digitale su scala globale”. V. anche ID., *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Diritto pubblico*, 3/2021, 739 ss. e spec. 743.

⁸⁸ M. OROFINO, *Art. 21 Cost.: le ragioni per un intervento di manutenzione ordinaria*, in [MediaLaws](#), 2/2019, 89-90.

⁸⁹ Su cui, v. almeno C. MAZZÙ, *La logica inclusiva dell’interesse legittimo nel rapporto tra autonomia e sussidiarietà*, cit., 279-280.



riedizione digitale di un diritto sempre esistito, di creazione giurisprudenziale⁹⁰: orbene, la [Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nel celebre caso Google Spain](#), ha affidato – riconoscendo *de iure* una primazia acquisita *de facto* – ad un soggetto privato (ovverosia il motore di ricerca) il potere di “operare il bilanciamento tra diritto ad essere dimenticati da una parte e diritto ad essere informato dall'altro”⁹¹.

È l'ordinamento stesso, cioè, a conferire un potere ad un soggetto privato, dal cui esercizio dipende il conseguimento di un bene della vita da parte del soggetto contrapposto: è la logica, ancora, del potere privato, da una parte, e dell'interesse legittimo di diritto privato, dall'altra, quest'ultimo corrispondente all'interesse sostanziale al conseguimento di un bene della vita (la deindicizzazione del sito riportante informazioni e dati personali dell'istante) – correlato ad un'esigenza di rilievo costituzionale –; conseguimento, che, per l'appunto, discende dall'esercizio del potere privato (il potere della piattaforma/motore di ricerca).

In quella fase storica, però, la Corte non indicava neppure, per così dire, linee-guida procedurali/procedimentali per definire e strutturare l'esercizio del potere privato in rapporto al diritto all'oblio del soggetto istante. Il che, inevitabilmente, conduceva alla circostanza che fosse il soggetto privato a decidere in piena autonomia quali dovessero essere le modalità di esercizio del potere giuridicamente riconosciutogli, così ridimensionando anche la posizione sostanziale del soggetto debole.

Ci si trovava di fronte, cioè, ad una proceduralizzazione minimale, pur in presenza del riconoscimento, da parte del giudice europeo, di un *potere* (privato) in capo alla piattaforma (motore di ricerca), senza neanche l'affermazione della garanzia del contraddittorio nella procedura di deindicizzazione scaturente dall'istanza dell'utente⁹². Peraltro, i dubbi non sono

⁹⁰ O. POLLICINO, *Potere digitale*, cit., 440.

⁹¹ *Ibidem*. Secondo A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Le regole di Internet tra poteri pubblici e privati. Tutela dei diritti e ruolo dell'antitrust in una prospettiva costituzionale*, cit., 158, “la sentenza (...), da un lato, correttamente individua l'esigenza alla base dell'enunciazione dei propri principi di diritto, essendo proprio l'indicizzazione della notizia su di un motore di ricerca a rischiare di comprimere i diritti del singolo, più della pubblicazione della notizia in sé su di un sito qualunque. Dall'altro, l'impressione resta quella di una sentenza che presenta diversi profili di debolezza nel proprio impianto argomentativo, dall'enunciazione della responsabilità del trattamento in capo ai motori di ricerca, ignorando la concreta difficoltà di un controllo generale da parte di questi ultimi, all'ambito di applicazione territoriale (...)”.

⁹² Sul punto, v., in particolare, S. SICA – V. D'ANTONIO, *La procedura di deindicizzazione*, in G. Resta, V. Zeno Zencovich (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015, 147 ss., secondo i quali “il problema più rilevante, in ogni caso, consiste, senza dubbio alcuno, nell'assenza di una qualsivoglia garanzia di un contraddittorio minimo: il prestatore non è obbligato ad agevolare un indiretto 'dialogo' tra l'autore della *notification* ed i soggetti titolari dell'opposto interesse alla permanenza del contenuto (identificabili vuoi nel titolare del sito sorgente, vuoi nella collettività degli utenti, vuoi ancora in un soggetto che pure abbia una posizione qualificata rispetto alla medesima informazione da deindicizzare), ma il più delle volte svolgerà direttamente un sommario bilanciamento valoriale agendo in via immediata sull'informazione, decidendo di oscurarla o di preservarne la visibilità”.



stati chiariti nemmeno dall'art. 17, par. 1, del GDPR, il quale si è limitato ad enunciare il principio secondo il quale l'interessato, al ricorrere di determinate condizioni, ha il diritto di chiedere la cancellazione dei dati personali che lo riguardano (non già la deindicizzazione), sicché, in buona sostanza, la norma pone il solo obbligo di cancellazione e non specifica se esso si estenda anche alla procedura di deindicizzazione relativa ai motori di ricerca⁹³.

Da segnalare, però, proprio perché rivelatrice di una crescente tendenza all'amministrativizzazione del potere privato, la sentenza della [Corte di Giustizia dell'8 dicembre 2022](#), che ha consacrato il potere privato di deindicizzazione in capo al motore di ricerca, affermando che, ai fini dell'esame di un'istanza di deindicizzazione per notizie non rilevanti, false, diffamatorie o comunque inesatte, non è necessario che il soggetto interessato ottenga una previa statuizione giudiziaria avverso il fornitore del contenuto. L'esercizio del diritto all'oblio, *sub specie* di deindicizzazione, non è – cioè – condizionato dalla necessità di un provvedimento di un giudice o di un'Autorità Garante che forniscano la prova dell'inesattezza dei dati⁹⁴.

Quel che interessa rilevare, però, è, soprattutto, la configurazione di un "rapporto diretto tra il singolo che vanta il diritto all'oblio mediante deindicizzazione e il motore di ricerca: la richiesta di oblio è posta in relazione immediata con un onere di verifica da parte del motore di ricerca"⁹⁵, che rappresenta il contraltare del ruolo attivo da esso svolto nella diffusione delle informazioni sulla rete. Da ciò la Corte fa discendere un obbligo, per il motore di ricerca, di dotarsi di una procedura per l'accesso diretto da parte dell'utente, di cui delinea, in assenza di una disciplina di fonte legale, la fisionomia essenziale: l'interessato è chiamato a dimostrare al gestore del motore di ricerca "l'inesattezza manifesta delle informazioni o, quanto meno, di una parte di esse che non abbia un'importanza minore", fornendo quegli elementi di prova che possono essere ragionevolmente richiesti al soggetto medesimo; il motore di ricerca, dal canto suo, è tenuto a garantire un facile accesso alla procedura di deindicizzazione e può procedere alla deindicizzazione medesima solo se l'interessato può portare "elementi di prova

⁹³ A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Le regole di Internet tra poteri pubblici e privati. Tutela dei diritti e ruolo dell'antitrust in una prospettiva costituzionale*, cit., 164 ss., rileva, in proposito, che "il regolamento non fa altro che specificare il contenuto di un diritto già garantito dalle previgenti norme, ossia il diritto alla cancellazione, nulla dicendo davvero in relazione al diritto all'oblio, inteso, a partire dalla sentenza *Google Spain*, principalmente quale diritto alla deindicizzazione (...). Che il diritto alla deindicizzazione sia, però, considerato implicito in quello alla cancellazione è (...) l'ipotesi più verosimile, essendo improbabile che il legislatore eurounitario abbia voluto compiere un simile passo indietro rispetto ai pronunciamenti della Corte di Giustizia, pur conferendo al diritto all'oblio dignità di rubrica".

⁹⁴ V. Corte di Giustizia, [sent. della Grande Sezione dell'8 dicembre 2022](#) in Causa C-460/20, TU, RE - Google LLC. In argomento, v. O. SPATARO, *Il diritto all'oblio tra definizione sostanziale e rimedi di tutela. Riflessioni alla luce della giurisprudenza più recente della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di deindicizzazione*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, 1/2023, spec. 136 ss.

⁹⁵ Ivi, 137.



pertinenti e sufficienti, idonei a corroborare la sua richiesta e atti a dimostrare il carattere manifestamente inesatto delle informazioni incluse nel contenuto indicizzato”.

Si è assistito, così, con questa pronunzia, ad una più marcata “proceduralizzazione dell’esercizio del diritto alla deindicizzazione”⁹⁶ ovvero, se si vuole, ad un’amministrativizzazione del diritto all’oblio⁹⁷ delineata direttamente dal giudice. La qualificazione della fattispecie del rapporto giuridico tra potere e interesse legittimo di diritto privato, a ben vedere, si rende qui evidente non sulla base della configurazione operata dalla norma di legge (conferimento e conformazione del potere privato e disciplina delle modalità di esercizio), ma, in assenza di un’articolata disciplina di fonte legale, sulla base delle motivazioni di una sentenza di un giudice (europeo).

Negli ultimi anni, poi, l’attenzione del legislatore europeo nei confronti delle garanzie procedurali del soggetto debole è notevolmente cresciuta, aprendosi alla logica del *due (data) process*⁹⁸ come nuova frontiera dell’*habeas data*, specie valorizzando il principio di trasparenza (che rende “permeabile a dinamiche di controllo l’operato dei poteri privati anche quando siano esecutori di strategie o misure introdotte dai poteri pubblici”⁹⁹).

Un’attenzione, questa, che – non casualmente – va di pari passo proprio con la crescente attribuzione *de iure* di compiti e funzioni, *rectius* il conferimento di un potere (privato) alle piattaforme da parte del legislatore nazionale ed europeo.

Ve n’è conferma, per esempio, negli ormai frequenti casi di “privatizzazione *de iure*” della censura¹⁰⁰, allorché è il legislatore stesso a delegare il bilanciamento tra libertà di

⁹⁶ Ivi, 138.

⁹⁷ Non è casuale, quindi, che J. M. BALKIN, *La libertà di parola è un triangolo*, cit., 26-27, come primo esempio di “burocrazia privatizzata” faccia riferimento proprio al quadro normativo europeo sul diritto all’oblio: “considerata come l’Unione Europea protegge il diritto europeo. Supponiamo che qualcuno faccia opposizione alla presenza di un articolo imbarazzante su un motore di ricerca come Google. La Corte di Giustizia europea ha ordinato a Google di sviluppare un sistema burocratico per decidere in prima istanza se un determinato articolo debba essere cancellato dai suoi motori di ricerca. Se il firmatario non è d’accordo con la decisione di Google, può agire in via giurisdizionale. Si tratta, in sostanza, di un sistema di diritto amministrativo, che richiede l’esaurimento dei rimedi amministrativi interni prima di poter ricorrere al sistema giudiziario. Ma l’agenzia amministrativa in questo caso è un’impresa privata”.

⁹⁸ Su cui, v. già K. CRAWFORD – J. SCHULTZ, *Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms*, in *Boston College Review*, 1/2014, 93 ss.

⁹⁹ O. POLLICINO, *Potere digitale*, cit., 440.

¹⁰⁰ Per la distinzione tra privatizzazione *de facto* e privatizzazione *de iure* della censura, v. M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà di espressione e i nuovi censori dell’agorà digitale*, cit., 36 ss.; tale dicotomia è ripresa, tra gli altri, da C. CIPOLLONI, *Persona, poteri privati e Stato nella rivoluzione internettiana*, cit., 64 ss.: quest’ultima A., in particolare, osserva criticamente che “il fenomeno di ‘privatizzazione’ della censura” può “apparire fortemente distonico rispetto alla garanzia contenuta nell’art. 21, sesto comma, Cost., che attribuisce al legislatore (e solo ad esso) il compito di stabilire provvedimenti adeguati a prevenire o a reprimere violazioni perpetrate attraverso l’esercizio della libertà di manifestazione del pensiero (un potere di



manifestazione del pensiero ed altri beni od interessi giuridicamente rilevanti direttamente in capo alle piattaforme digitali¹⁰¹. Si pensi, in particolare, alla legge sul cyberbullismo, n. 71 del 2017, la quale ha disposto che siano le stesse piattaforme, attraverso la procedura di *notice and take down*, ad individuare i comportamenti rientranti nella definizione di “cyberbullismo”, distinguendoli da quelli rientranti nella libera espressione del pensiero (art. 2): attribuzione di un potere privato (in questo caso, il potere di moderazione dei contenuti online) e proceduralizzazione dell’esercizio del medesimo (attraverso il *notice and take down*) si accompagnano, perciò, l’una all’altra, da un lato incrementando le garanzie (procedurali) per il soggetto debole, dall’altra, però, aprendo la strada al rischio che le piattaforme – che, proprio in quanto soggetti privati, restano essenzialmente meri agenti economici – modulino le proprie risposte e le proprie decisioni in conformità a quelle pulsioni economiche ritenute più efficienti¹⁰².

Questo duplice meccanismo – conferimento del potere (privato) da parte di una norma di legge e proceduralizzazione dell’esercizio del potere medesimo¹⁰³ – si rinviene ancora più chiaramente nel *Digital Services Act*. Si considerino, in particolare, gli artt. 14 e 15 del Regolamento, i quali disciplinano la procedura di *notice and take down*: segnatamente, ai sensi dell’art. 14, gli utenti devono avere facile accesso alle notifiche, le quali devono essere formulate con precisione per consentire un’effettiva conoscenza dell’asserito illecito, dal che discende l’obbligo di attivazione dell’intermediario, chiamato a vagliarle e ad adottare le decisioni conseguenti; secondo l’art. 15, poi, l’eventuale decisione di rimozione del contenuto dovrà essere notificata al destinatario con un’adeguata motivazione, affinché quest’ultimo possa reclamare la decisione medesima attraverso i meccanismi interni (oltre che di risoluzione extragiudiziale delle controversie o per via giudiziaria). E, ancora, si tenga conto degli altri obblighi di trasparenza di cui all’art. 15 (anche rispetto agli algoritmi utilizzati dalle piattaforme) e dell’onere di motivazione per il provvedimento di rimozione dei contenuti (art.

intervento che, peraltro, nel dettato costituzionale è espressamente circoscritto al superamento del limite del buon costume)” (ivi, 68-69).

¹⁰¹ Per riprendere ancora J. M. BALKIN, *La libertà di parola è un triangolo*, cit., 7-8, “gli Stati nazionali (o le entità sovranazionali, come l’Unione Europea) tentano di regolamentare, minacciare, costringere o cooptare elementi dell’infrastruttura di Internet in modo che sia l’infrastruttura stessa a sorvegliare, fare ordine e controllare i parlanti. In sostanza, gli Stati nazionali cercano di condurre le infrastrutture private a compiere questo loro lavoro al loro posto”. Sulla c.d. censura collaterale, v. ivi, 9-10.

¹⁰² V. già G. L. CONTI, *La governance dell’Internet: dalla Costituzione della Rete alla Costituzione nella Rete*, in M. NISTICÒ – P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2014, 119.

¹⁰³ Cfr., per es., G. E. VIGEVANI, *Piattaforme digitali private, potere pubblico e libertà di espressione*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, 1/2023, 48-49, il quale coglie nel DSA la prospettiva di una “delega di funzioni pubbliche alle grandi piattaforme, bilanciata da una serie di garanzie, soprattutto di carattere procedurale”, nel quadro di una tendenza più generale dalla autoregolamentazione alla coregolamentazione. In chiave critica, v. anche E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Pari dignità sociale e Reputation scoring. Per una lettura costituzionale della società digitale*, Torino, 2024, 99-100.



17), che si accompagnano alla previsione di un sistema interno di gestione dei reclami assistito da fondamentali garanzie procedimentali (art. 21)¹⁰⁴. Principio di trasparenza e obbligo di motivazione, a ben vedere, rappresentano garanzie tipicamente amministrativistiche che vengono ad essere traslate nel campo del diritto privato, ad ulteriore testimonianza della possibilità dommatica (benefica sul piano degli effetti) di configurare le situazioni giuridiche soggettive coinvolte in termini di potere e di interesse legittimo (di diritto privato). Il tutto entro un contesto, quello della società dell’algoritmo, nel quale gli attori pubblici – nel prisma di un più generale modello di coregolamentazione¹⁰⁵ – delegano *de iure* a soggetti privati “l’enforcement delle politiche pubbliche, rimettendo nelle mani del soggetto privato”¹⁰⁶ le “valutazioni sostanziali sulla liceità dei contenuti da eventualmente rimuovere (privatizzazione sostanziale della censura)”¹⁰⁷. Più in generale, quindi, non è un caso, a ben vedere, se il proceduralismo proprio del nuovo “costituzionalismo digitale” – di cui palmare espressione è il *Digital Services Act* – possa essere accostato¹⁰⁸, per molti versi, al *global administrative law*¹⁰⁹ (caro, in Italia, alla scuola cassesiana¹¹⁰), che vede nelle garanzie procedimentali – le quali

¹⁰⁴ Questi obblighi, secondo R. TORINO, *Social Platform e tutela dei diritti degli utenti*, in R. TORINO – S. ZORZETTO (a cura di), *La trasformazione digitale in Europa. Diritti e principi*, Torino, 2023, 151-152, “rafforzano il principio di *accountability* delle Social Platforms (così come di tutti gli Internet Service Provider) e segnano il passaggio dalla mera responsabilità (in presenza di certe condizioni) alla responsabilizzazione rispetto a specifici doveri di diligenza (...) nello svolgimento della loro attività imprenditoriale”.

¹⁰⁵ Ne dà evidenza, per esempio, l’art. 45 del DSA, secondo il quale la Commissione europea e il Comitato europeo per i servizi digitali “incoraggiano e agevolano l’elaborazione di codici di condotta volontari a livello di Unione per contribuire alla corretta applicazione del presente regolamento, tenendo conto in particolare delle sfide specifiche connesse alla lotta ai diversi tipi di contenuti illegali e ai rischi sistemici, conformemente al diritto dell’Unione, in particolare in materia di concorrenza e protezione dei dati personali”.

In argomento, v., in particolare, le riflessioni di G. DE MINICO, *Internet e le sue regole*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Processi politici e nuove tecnologie*, Torino, 2024, 100: “l’Unione (...) ha prescritto stringenti condizioni di legittimità cui si deve attenere la *self-regulation* con ambizioni di legge *erga omnes*. Esse riguardano la procedura, la natura sostanziale dell’atto e il suo rapporto con l’etero-normazione, e si possono sintetizzare nelle seguenti necessità: condivisione del momento deliberativo del negozio normativo con tutte le parti del rapporto sostanziale da regolare; anticipazione del negozio ad opera di un atto di eteronomia; e, infine, secondarietà del negozio al comando politico, il quale non potrà mai essere preceduto dal primo, neanche in caso di sua assenza. Questo secondo tipo di *self-regulation* vanterebbe anche un nome proprio, *coregulation*”.

¹⁰⁶ G. E. VIGEVANI, *Piattaforme digitali private, potere pubblico e libertà di espressione*, cit., 45.

¹⁰⁷ M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà di espressione e i nuovi censori dell’agorà digitale*, cit., 36.

¹⁰⁸ Per questo spunto, v., in particolare, M. BETZU, *I baroni del digitale*, cit., 109-111. Lo evidenzia acutamente, in prospettiva più generale, anche M. R. FERRARESE, *Privatizzazioni, poteri invisibili e infrastrutture giuridiche globali*, in *Diritto pubblico*, 3/2021, 871 ss. e spec. 875.

¹⁰⁹ Nella dottrina internazionale, v., in particolare, B. KINGSBURY, N. KRISCH, R.B. STEWART, *The emergence of global administrative law*, in [Law and Contemporary Problems](#), 3-4/2005, 15 ss.

¹¹⁰ S. CASSESE, *Global Administrative Law (GAL) Scholarship*, *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham, 2016.



sarebbero così estese dal costituzionalismo digitale anche ai rapporti interprivati, in presenza di una relazione tra potere e interesse legittimo di diritto privato – il fondamento di un nuovo *rule of law* transnazionale che ambisca a governare giuridicamente i fenomeni della globalizzazione economica. Un avanzamento, certo, rispetto alla precedente situazione caratterizzata da mere “autorità di fatto”, volendo impiegare la categoria di Bianca, ma pure non esente da criticità: non sfugge che, anche con gli interventi normativi più recenti, i poteri pubblici si siano pur sempre limitati, sostanzialmente, ad una mera presa d’atto “del ruolo arbitrare attualmente ricoperto dalle piattaforme private su diritti e libertà”¹¹¹.

Si perverrebbe, in ogni caso, in buona sostanza, all’affermazione della generale sindacabilità degli atti di esercizio del potere privato, che consentirebbe l’applicazione di principi e garanzie mutuabili dal diritto amministrativo.

A questa conclusione, muovendo da premesse differenti, sembra giungere anche una recente monografia: è stato scritto, difatti, che – potendo le piattaforme digitali essere accostate a certe “infrastrutture sociali” fornitrici di “servizi di interesse generale”¹¹², alla stregua, cioè, di “*public utilities*” del XXI secolo¹¹³ –, appare decisamente percorribile “uno stile di regolazione simile a quello (...) dei servizi di interesse generale”, sicché il problema regolatorio deve “porsi come ‘funzionalizzazione’ del potere privato al perseguimento di un fine non di (solo) lucro, ma di interesse pubblico”¹¹⁴, con la conseguente possibilità di mutuare alcuni principi generali applicati in relazione al potere pubblico.

¹¹¹ C. CIPOLLONI, *Persona, poteri privati e Stato nella rivoluzione internettiana*, cit., 66. In argomento, v. anche le osservazioni critiche di M. MANETTI, *Regolare Internet*, in [MediaLaws](#), 2/2020, 47 ss.

¹¹² E. CREMONA, *Le piattaforme digitali come public utilities: perché non applicare alcuni principi di servizio pubblico?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2023, 467 ss. e spec. 471. Spunti anche in ID., *Big data, big troubles: come si controlla il potere dei dati?*, in E. Cremona, F. Laviola, V. Pagnanelli (a cura di), *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, Torino, 2022, 189 ss. e spec. 205 ss.; più ampiamente, v. ID., *I poteri privati nell’era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, cit., 179 ss. e spec. 229 ss.

¹¹³ Cfr. M. SCOTT, *Coronavirus crisis shows Big Tech for what it is – a 21st century public utility*, in [Politico.eu](#), 25 marzo 2020; K. SABEEL RAMAN, *The New Utilities: Private Powers, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept*, in [Cardozo Law Review](#), 2021, 1625 ss.; K. BASU, A. CASPI, R. HOCKETT, *Markets and Regulation in the Age of Big Tech*, in [Capitalism & Society](#), 1/2021, 13 ss. *Contra*, v. J. M. BALKIN, *Come regolare i social media (e come non farlo)*, in ID., *Il triangolo della libertà di espressione digitale*, cit., 107-108., per il quale sarebbe invece preferibile, sul piano della politica del diritto, una migliore regolamentazione antitrust, una più efficace protezione dei dati personali e una puntuale tutela dei consumatori.

¹¹⁴ E. CREMONA, *Le piattaforme digitali come public utilities: perché non applicare alcuni principi di servizio pubblico?*, cit., 471. V. anche ID., *I poteri privati nell’era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, cit., 136, ove l’A. tratteggia una “concezione funzionale di servizio essenziale (cioè pubblico, anche se svolto da un privato)”, che “potrebbe consentire di responsabilizzare i grandi *player* privati dell’era digitale”.



In altri termini, “il controllo sui poteri privati potrà essere validamente impostato solo procedimentalizzandone le funzioni, sottoponendolo cioè ad un regime ‘amministrativo’”¹¹⁵.

Secondo quest’impostazione, quindi, sarebbe possibile (anzi, auspicabile e necessario) applicare al potere privato alcuni “principi sulla funzione”¹¹⁶: in primo luogo, l’obbligo di motivazione, di per sé non estraneo al diritto privato, a fini di garanzia contro scelte arbitrarie o di tutela di peculiari interessi super-individuali (come nel caso della motivazione delle delibere assembleari per finalità di prevenzione di conflitti di interesse o dell’operatività del principio *comply or explain* nell’ambito del Codice di corporate governance delle società quotate) – il che trova una conferma sul piano positivo, con riguardo al “potere digitale”, da un lato, negli artt. 13 e 14 del GDPR, a mente dei quali l’interessato ha il diritto di ottenere informazioni significative sulla logica utilizzata nel trattamento, e nell’art. 22 del GDPR, in base al quale l’interessato ha il diritto di non essere soggetto ad una decisione fondata unicamente sul trattamento automatizzato (algoritmico), e, dall’altro, nell’incisiva previsione dell’art. 17 del DSA, che stabilisce l’obbligo, in capo alle piattaforme, di fornire una motivazione “chiara e specifica” in caso di restrizioni, sospensioni o impedimenti all’uso dei servizi –; in secondo luogo, il principio di trasparenza, che richiederebbe la conoscibilità e la controllabilità dell’algoritmo utilizzato nell’atto unilaterale di esercizio del potere (privato); ancora, il principio di speciale responsabilità, proprio della tradizione del diritto antitrust, da intendere estensivamente alla stregua di un’obbligazione generale dei poteri privati di conservare integri i diritti, gli interessi e le aspettative dei soggetti deboli in posizione asimmetrica di svantaggio. A questi si aggiungerebbero i “principi sul servizio”, segnatamente quelli di imparzialità e di non discriminazione.

Conclusioni, queste, che sembrano certamente condivisibili.

Ma pare opportuno sviluppare sino in fondo questo ragionamento, perché tali esiti dovrebbero discendere da una precisa configurazione delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nel rapporto giuridico: l’applicazione di principi di derivazione pubblicistica, cioè, intanto è giuridicamente possibile in quanto nelle fattispecie considerate il legislatore riconosce un’autorità privata, cui conferisce *de iure* un potere esistente già in via di fatto (e ne disciplina le modalità di esercizio, “procedimentalizzandole”), che fronteggia non già una situazione passiva, ma una situazione di vantaggio ancorché a satisfattività eventuale, quale è appunto l’interesse legittimo di diritto privato¹¹⁷. Che si tratti dell’interesse (oppositivo) al

¹¹⁵ E. CREMONA, *Le piattaforme digitali come public utilities: perché non applicare alcuni principi di servizio pubblico?*, cit., 471.

¹¹⁶ Ivi, 474 ss.; ID., *I poteri privati nell’era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, cit., 229 ss.

¹¹⁷ A questa conclusione sembra giungere, con riguardo alla libertà di manifestazione del pensiero sulle piattaforme digitali, anche V. CONTE, *Comunicare per contratto. Flusso informativo-comunicazionale e poteri privati nei social media*, cit., 169, secondo la quale “lo squilibrio epistemico *strutturale* implica una risposta *funzionale*, ovvero la qualificazione del gestore della rete, come fiduciario informativo: considerata la posizione



mantenimento dell'account su una piattaforma o che si tratti dell'interesse (pretensivo) alla deindicizzazione, il nucleo di fondo di queste situazioni giuridiche soggettive è un interesse sostanziale alla conservazione o al conseguimento di un bene della vita in dipendenza dall'esercizio di un potere privato.

È questo riconoscimento sul piano sostanziale della natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, dunque, a (dover) consentire, da una parte, l'applicazione di principi e regole di derivazione pubblicistica, dall'altra, l'affermazione di un ampio sistema di tutela, che includa tanto il *sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere privato* (con la possibilità, cioè, per il titolare dell'interesse legittimo di diritto privato di impugnare l'atto unilaterale che incida sulla sua sfera giuridica domandandone l'annullamento) quanto la piena *tutela risarcitoria per danno da lesione dell'interesse legittimo di diritto privato*.

5. Questioni aperte e prospettive: per un costituzionalismo "preso sul serio"

Le soluzioni prospettate in questo studio – la configurazione dell'interesse legittimo di diritto privato a fronte dell'esercizio di un potere e la correlata applicazione di principi di derivazione pubblicistica – si propongono di offrire un (primo) quadro delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte. Una loro puntuale definizione dommatica, sul piano del diritto sostanziale, pare essere la preconditione essenziale anche per immaginarne gli strumenti di

di potere organizzativo che si manifesta nella predisposizione della struttura dell'impresa e della sua vocazione al profitto investito e considerata, inoltre, la stretta relazione di interdipendenza tra il perseguimento dell'interesse imprenditoriale del gestore e l'interesse informativo-comunicazionale degli utenti, non sembra esservi dubbio sulla necessità di qualificare – *nel momento statico* – la correlazione tra gestore-fiduciario informativo e utenti nei termini di un rapporto giuridico tra titolare di un *ufficio di diritto privato* cui corrisponde, in ciascuno dei molteplici rapporti nei quali si sostanzia il *social*, una posizione di titolarità di un *interesse legittimo*". L'A., muovendo dal collegamento tra potere privato e funzione, valorizzando alcuni spunti di Pugliatti (S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, 1927-1936, Milano, 2008, 737 ss. e spec. 817), qualifica il potere delle piattaforme in termini di "ufficio di diritto privato", argomentando intorno alla funzionalizzazione del relativo potere discrezionale ad interessi comuni e non appropriativi. Tra gli esempi riportati dall'A. a supporto dell'argomentazione, merita di essere ricordato il riferimento al c.d. diritto di accesso privato, nell'ipotesi del "rifiuto del gestore di fornire informazioni sulla struttura interna degli algoritmi di tracciamento e profilatura" (V. CONTE, *Comunicare per contratto. Flusso informativo-comunicazionale e poteri privati nei social media*, cit., 189): "la questione è se la disciplina sull'accesso alle informazioni – riservata alle informazioni detenute in mano pubblica – possa essere di ausilio a configurare un diritto di accesso privato o se, ciò che appare preferibile, sia proprio la posizione del rapporto tra ufficio di diritto privato e interesse legittimo a suggerire una soluzione positiva alla questione, tutte le volte che nel bilanciamento l'interesse comunicazionale prevalga su quello dell'incremento del profitto mediante mantenimento del segreto" (ivi, 190). L'A., all'uopo, discorre di un "interesse legittimo trans-soggettivo all'accesso civico" (ivi, 202).



tutela più efficaci, dal sindacato giurisdizionale sull'atto di esercizio del potere privato sino alla tutela risarcitoria.

In questo senso, discorrere di “potere privato” e di “interesse legittimo di diritto privato”, nell'era digitale, sembra rispondere, come si diceva in apertura, all'esigenza di un “diritto privato migliore”¹¹⁸, costituzionalmente orientato e in grado di fornire risposte dommatiche efficaci di fronte alle sfide dell'era delle piattaforme. Allo stesso tempo, però, non si può sottacere che, come il *global administrative law*, così il proceduralismo proprio del nuovo costituzionalismo digitale – sotteso, in particolare, al Regolamento DSA – par dare per assodata e accettata l'idea “che le grandi imprese titolari di un interesse egoistico particolare siano poste sullo stesso piano delle istituzioni nazionali cui è rimessa la cura dell'interesse pubblico”¹¹⁹, ché anzi ad esse sono delegate funzioni propriamente pubblicistiche (come rivela manifestamente l'esempio della c.d. censura privatizzata).

Il combinato disposto, cioè, della co-regolamentazione e della delega di funzioni alle piattaforme (che si accompagna alla crescente introduzione di garanzie procedimentali per gli utenti) fornisce un *plusvalore pubblicistico* a soggetti che restano pur sempre *privati*, quali attori economici la cui inevitabile vocazione primaria è quella della massimizzazione del profitto. Non ci si illude, perciò, che “il proceduralismo sia di per sé una garanzia nei confronti degli insaziabili poteri privati digitali”¹²⁰ – arrendendosi all'evidenza del potere di fatto delle piattaforme riconoscendone piena giuridicità nel prisma di un costituzionalismo digitale che rischierebbe di rivelarsi ingenuamente “irenico”¹²¹ –: semmai, occorre continuare a rivendicare la dimensione più autenticamente prescrittiva del costituzionalismo, nella consapevolezza che “l'applicazione del costituzionalismo al cyberspazio non ne impone improprie traslazioni semantiche, ma più semplicemente una sua fedele attuazione contro i poteri privati della società digitale. Non è poco”¹²².

¹¹⁸ È, questo, l'invito – si ricordava – di P. FEMIA, *La sfera e il triangolo. Partecipazione pubblica e diritti fondamentali informativi nel pensiero di Jack M. Balkin*, cit., XV.

¹¹⁹ M. BETZU, *I baroni del digitale*, cit., 109. V. anche ID., *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Diritto pubblico*, 3/2021, 739 ss. e spec. 743, per il quale “le teorie del costituzionalismo digitale sono espressione, più o meno consapevole, della metanarrazione liberista che propugna una «idea di libertà come coincidente con quella di liberazione dal pubblico, dallo stato, dal potere politico, dalla costituzione, in nome dell'individuo e della migliore delle costituzioni possibili», in questo caso quella offertaci dalla libera società digitale”.

¹²⁰ M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, cit., 747

¹²¹ Secondo la nota categoria di M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/2006, 1643 ss.

¹²² Così, di nuovo, M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, cit., 760. Ma v. già M. LUCIANI, *Relazione conclusiva*, in P. Costanzo, P. Magarò, L. Trucco (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica, Atti del Convegno di Genova, 18-19 giugno 2021, Gruppo di Pisa*, Napoli, 2022, 498, che discorre di un “costituzionalismo senza aggettivi, che rivendica le proprie categorie e il loro uso, valorizzando la massima cattura possibile del potere da parte dei cittadini”.



Ora, certamente la dimensione del proceduralismo è parte necessaria di questa prospettiva, ma non per questo sufficiente.

Questo studio, cioè, ha inteso dimostrare, volendo assolvere all'esigenza di prospettare categorie dommatiche utili per un "diritto privato migliore" – costituzionalmente orientato e più adeguato alle sfide della società digitale –, che occorre chiarezza sul piano del diritto sostanziale e delle situazioni giuridiche soggettive, anche per potere avere un quadro più ampio degli strumenti di tutela disponibili per il soggetto (debole).

Al contempo, però, non si può certo sottacere che ciò, di per sé, non sia bastevole: la realtà materiale delle grandi piattaforme, attori protagonisti del nuovo capitalismo della sorveglianza con un potere più incisivo rispetto a quello di molti Stati, può essere, anche secondo le modalità delineate in questo scritto, giuridicamente "conformata", ma si può forse dire che essa esprima, sempre e comunque, un fatto *necessario*, rispetto al quale limitarsi a riconoscerlo?

Riconoscere garanzie procedurali agli utenti – detto in altri termini – è solo *una* delle componenti necessarie di un disegno più ampio, che non può prescindere da un efficace diritto antitrust e – di fronte ad una immane concentrazione di capitale che travalica nel "tecnofeudalesimo" – dalla possibilità di immaginare piattaforme pubbliche su scala sovranazionale in grado di sfidare i monopoli privati.

Ma ciò, evidentemente, richiederebbe un cambio di passo radicale dell'Unione Europea, zelante ed efficace "gigante" della regolazione ma ancora timida nelle politiche industriali e digitali. Si tratterebbe di un'utopia? Forse sì, anche se non mancano esempi di significativi tentativi, a cominciare dal progetto franco-tedesco *Quaero* per un motore di ricerca europeo alternativo ai colossi privati americani, proposto nel 2005 dall'allora Presidente francese Chirac.

Ma qui si enterebbe più direttamente nel campo della "*politica del diritto*"¹²³.

¹²³ Di qui – come ha scritto, più in generale, A. LAMBERTI, *Libertà di informazione, poteri privati e tutela dei dati personali nell'era digitale*, [cit.](#), 49 (ma v. pure ID., *Costituzionalismo digitale, poteri delle piattaforme, intelligenza artificiale e democrazia*, cit., par. 10), evocando la lezione di Stefano Rodotà – "la necessità di un ruolo forte della politica, di 'vigilanza critica' e di prudente attivismo: se ancora troppo spesso, come si lamentava già tempo addietro, si assiste ad una 'tecnologia che sorprende e a una politica che si lascia sedurre', fondamentale appare un mutamento di paradigma, che rivendichi la centralità della buona politica (...), vigilando sul rispetto della persona umana e del suo nucleo di diritti inviolabili".