**Il potere pubblico al tempo dei Big Data(\*)**

***\* \* \****

Sommario: **1.** Autorità pubbliche e poteri di mercato al tempo di *Internet*: una (breve) visione di insieme. – **2.** Quali spazi ha ancora la sovranità statale nei confronti dei giganti del Web? E’ forse in atto un processo di sostituzione fra poteri pubblici e poteri privati? – **3.** Quale è (se vi è) l’ambito del potere pubblico che può rapportarsi in modo adeguato con i nuovi poteri di mercato? - **4.** (più in generale): l’approccio istituzionale nei confronti delle attività economiche fra *libertà* e *regole*.

**1. Autorità pubbliche e poteri di mercato al tempo di *Internet*: una (breve) visione di insieme.**

Il tema del rapporto fra Stato e mercato rappresenta un ambito di indagine a dir poco tradizionale per lo studioso del diritto pubblico ed evoca categorie esaminate nel corso di un’elaborazione pluridecennale (e talvolta con ambiti di indagine ed argomenti sostanzialmente tralatizi)[[1]](#footnote-1).

*Aspetti generali della questione*

Allo stesso modo sono più che noti i delicati rapporti fra l’esercizio dei poteri pubblici di vigilanza, indirizzo e controllo (in cui tipicamente si esplica la potestà statuale nei confronti di *qualunque* attività privata) e l’esercizio delle libertà economiche che trovano nel mercato e nelle sue regole la più compiuta esplicazione.

Del resto, se – per un verso - i modelli della pianificazione economica e dell’intervento diretto dello Stato nell’economia rappresentano alcune fra le modalità più *tipiche* attraverso cui i poteri pubblici possono influenzare in modo diretto e penetrante le categorie dell’economia, per altro verso i modelli del *laissez faire* e della mera regolazione costituiscono specularmente modalità tipiche di tendenziale disimpegno dei poteri pubblici nei confronti delle attività economiche.

Si può poi affermare che lo stesso modello delle Autorità amministrative indipendenti nasce – e non solo nell’esperienza italiana - al fine di rispondere a problematiche proprie del mutevole rapporto fra poteri statuali e mercato (in particolare, la figura istituzionale in questione viene enucleata una volta preso atto dell’inadeguatezza – o comunque, la non sufficienza - del tradizionale assetto dei pubblici poteri nella tipica matrice ministeriale a rispondere in modo congruo alle dinamiche e alle sollecitazioni dei più complessi mercati, come quelli delle comunicazioni o della Borsa e dei valori mobiliari)[[2]](#footnote-2).

Al contrario, il richiamo alla nozione di *nuovi poteri di mercato[[3]](#footnote-3)* induce lo studioso del diritto pubblico a porsi alcune domande di fondo circa la nozione stessa di *potere* nell’attuale evoluzione del diritto pubblico e dell’economia al livello nazionale e globale.

*I nuovi poteri*

*di mercato e*

*la nozione stessa*

*di ‘potere’*

*Che cosa è*, dunque, il potere pubblico nell’età dell’economia digitale e in che modo (e con quale grado di effettività) tale potere può confrontarsi con i nuovi poteri di mercato, i quali combinano il gigantismo dimensionale con la sostanziale de-localizzazione delle proprie strutture?

E come è possibile coniugare le categorie tipiche delle potestà statuali (che presuppongono in modo inscindibile i concetti di nazionalità, di cittadinanza e di responsabilizzazione dei decisori nei confronti della collettività) quando ci si trova al cospetto dell’ormai inarrestabile fenomeno dell’*apolidia dei capitali*?[[4]](#footnote-4)

E’ noto al riguardo che, in un’accezione tradizionale, *tutte* le categorie del diritto pubblico si muovono sul crinale del binomio *‘autorità (potere pubblico) / libertà del privato*’.

E’ altrettanto noto che, dal canto loro, *tutte* le categorie del diritto comune prendono le mosse dal dato (reale o fittizio) dell’equiordinazione fra soggetti privati.

E’ vero che, in un momento storico piuttosto recente (e in modo particolarmente evidente nella seconda metà del XX Secolo), il fenomeno delle imprese multinazionali aveva già posto delicati problemi di *effettività* nell’esplicazione dei tipici poteri statali di regolazione, di imposizione fiscale e sanzione; ma è altrettanto vero che solo in tempi molto recenti (*i.e*.: negli ultimi venti anni circa) alcune realtà economiche hanno assunto dimensioni talmente rilevanti e una così accentuata capacità di affrancazione dal potere degli Stati da porre radicalmente in dubbio l’effettiva capacità degli apparati pubblici di tipo tradizionale di imporre le proprie regole attraverso le tipiche forme della normazione e della giurisdizione.

Ebbene, se il descritto stato di cose è di per sé vero in numerosi settori dell’economia, esso risulta tanto più evidente nel caso del c.d. ‘*capitalismo digitale*’, che rappresenta probabilmente la manifestazione economica e di mercato più rilevante e complessa di questo scorcio di millennio.

*Alcuni numeri sul c.d. ‘Capitalismo digitale’*

Alcuni numeri basteranno a rendere l’idea più di qualunque argomento:

* la capitalizzazione di borsa di un grande gestore di piattaforme digitali come *Alphabet* (*Google*), pari ad oltre 700 miliardi di euro, è superiore all’intero bilancio annuale dello stato italiano (che, come è noto, è pari a circa 600 miliardi di euro);
* sempre restando sui dati relativi alla capitalizzazioni di borsa, se nel 1998 la più grande realtà presente nella Borsa di New York era *Microsoft* (con circa 270 miliardi di dollari), appena vent’anni dopo (2018) la società a maggiore capitalizzazione è un gigante del Web (*Apple*), con circa 911 miliardi di dollari, seguito da altri tre grandi attori dell’economia digitale (*Alphabet – Google* con circa 789 miliardi di dollari, *Microsoft* con 695 miliardi di dollari e *Amazon* con 624 miliardi di dollari)[[5]](#footnote-5). Si tratta, come è evidente, di valori più che tripli rispetto a quelli esistenti soltanto pochi lustri addietro;
* gli indici di redditività delle prime cinque piattaforme digitali *online* (*Amazon*, *Apple*, *Facebook*, *Google* e *Microsoft*), pari ad oltre 15 per cento annuo, sono di ben quattro volte superiori rispetto a quelli delle società italiane a maggiore capitalizzazione[[6]](#footnote-6).

I dati quantitativi appena richiamati, nella loro cruda autoevidenza, rendono chiari almeno tre dati: *i*) che, nell’attuale stato di evoluzione dell’economia capitalistica, alcune realtà imprenditoriali assumono dimensioni e concentrano quote di potere economico del tutto assimilabili a quelli propri di apparati statali di medie e grandi dimensioni; *ii*) che le dinamiche di redditività e di crescita di tali realtà imprenditoriali sono talmente robuste da rendere pressoché inevitabile, per gli anni a venire, un’ulteriore accentuazione dello strutturale gigantismo che le caratterizza; *iii*) che l’irrompere sulla scena economica ed istituzionale di tali nuovi attori comporta di fatto un rovesciamento nei tradizionali assetti della materia regolatoria: in tale nuovo scenario non sono più gli Stati a garantire la realizzazione di un assetto di maggiore concorrenzalità fra le imprese, ma sono i principali attori dell’economia globale (in particolare, della *digital economy*) a mettere in concorrenza fra loro i sistemi-Paese, privilegiando quelli più favorevoli per l’allocazione e lo sviluppo dei propri investimenti (sino a determinare l’ormai noto fenomeno della *harmful tax competition*)[[7]](#footnote-7).

Nel prossimo futuro, quindi, non solo la richiamata situazione di coesistenza fra apparati statali di stampo tradizionale e nuovi poteri di mercato è destinata a permanere, ma – per di più – i primi si troveranno a fronteggiare centri di potere economico sempre più rilevanti e sempre più attrezzati a fronteggiare con massa critica adeguata l’esplicazione delle tipiche potestà statuali.

*La (necessaria) coesistenza fra potere statale*

*e nuovi poteri*

*di mercato*

**2. Quali spazi ha ancora la sovranità statale nei confronti dei giganti del *Web*? E’ forse in atto un processo di sostituzione fra poteri pubblici e poteri privati?**

La situazione sinteticamente descritta al paragrafo che precede, di per sé sola, giustifica il quesito posto da Emmanuel Macron nella sua *Lettera ai cittadini europei* del marzo 2019 («*chi può pretendere di essere sovrano, da solo, di fronte ai giganti del digitale?*»).

*Quale futuro*

*per la sovranità statale?*

E il richiamo al concetto stesso di *sovranità* (intesa in senso tradizionale come ‘*potere originario e indipendente da ogni altro potere*’)[[8]](#footnote-8) non appare un fuor d’opera, se solo si consideri che i più grandi *players* dell’economia digitale

* sfuggono piuttosto agevolmente ai tipici poteri statali di imposizione e di sanzione (attraverso forme di *forum shopping* e di *tax shopping*, rese agevoli dalla loro stessa struttura) e, al contempo,
* svolgono essi stessi una funzione di regolazione, di prevenzione e di gestione dei conflitti di proprio interesse (in tal modo sostituendosi di fatto all’esercizio di alcune fra le più tipiche funzioni statuali).

In definitiva, l’evoluzione del capitalismo digitale (e dei mercati digitali), per le sue dimensioni e le sue caratteristiche determina un duplice effetto semplicemente impensabile fino a venti anni fa.

*I due effetti dell’irrompere*

*del capitalismo digitale*

In primo luogo i ‘giganti dei dati’ (e degli algoritmi) dimostrano di possedere la capacità di sottrarsi all’esercizio dei pubblici poteri in senso tradizionale (*i.e*.: allo *Stato* nelle sue manifestazioni più tipiche). Basti qui pensare alla battaglia svoltasi nel corso del 2016 fra la *Apple* e la *FBI* statunitense sul terreno della cifratura dei dati contenuti nei *devices* elettronici di alcuni terroristi macchiatisi di gravissimi attentati di matrice stragista. In quell’occasione un grande operatore economico privato ha, per lungo tempo, opposto a un’importante Agenzia federale (che chiedeva collaborazione della prima in un settore assai sensibile per la sicurezza nazionale) un diniego basato, in ultima analisi, sulla ritenuta primazia delle proprie ragioni di tutela della proprietà intellettuale (e quindi, delle proprie ragioni di carattere economico).

In secondo luogo i ‘*giganti dei dati*’ mostrano la tendenza a misurarsi essi stessi su terreni tipici della sovranità statale (e quindi, in qualche modo, ‘*a farsi Stato*’). Basti qui pensare alla tendenza di alcuni fra i più grandi operatori dell’economia digitale a dotarsi di forme non-statuali di risoluzione delle controversie (*eBay*) nonché al tentativo di muoversi nel campo delle criptovalute e quindi – di fatto – dell’emissione di moneta (*Facebook*).

*La tendenza dei giganti dei dati*

*a ‘farsi Stato’*

Esiste poi un ulteriore aspetto in relazione al quale l’evoluzione del capitalismo digitale determina un vero e proprio stravolgimento dei consolidati rapporti fra i due ambiti tradizionalmente qualificati come *Stato* e *mercato*.

*Una nuova tappa nei rapporti fra Stato e mercato*

E’ infatti possibile affermare che, mentre a partire dall’economia bellica primi decenni del Novecento e dal *New Deal* rooseveltiano (e in seguito dall’affermazione dell’*economia sociale di mercato* di matrice eurounitaria)[[9]](#footnote-9), la dinamica del capitalismo occidentale era stata caratterizzata da un rilevante processo di sostituzione dello *Stato* rispetto al *mercato* (anche attraverso il massiccio ricorso a forme di assunzione diretta di iniziative economiche da parte dei soggetti pubblici)[[10]](#footnote-10), al contrario, con l’affermazione del capitalismo digitale (e dei mercati digitali) si assiste a una poderosa riconquista di spazi da parte del *mercato* (e, anche in questo caso, con occupazione di ambiti fino a tempi recenti occupati dai poteri pubblici nell’accezione più tradizionale).

Non è qui possibile esaminare il fenomeno in questione se non in termini estremamente sintetici e con l’evidente rischio di improprie semplificazioni.

In un suo recente saggio Marco D’Alberti ha esaminato in modo efficace i passaggi che hanno caratterizzato dapprima la nascita e lo sviluppo dello *Stato amministrativo*[[11]](#footnote-11) e in seguito la poderosa espansione della regolazione e dell’intervento pubblico nell’economia che ha caratterizzato i quattro quinti almeno del secolo appena trascorso.

In quella cruciale fase storica, evidentemente, non si era verificato - né avrebbe potuto verificarsi - un fenomeno di piena sostituzione dello *Stato* rispetto al *mercato* (per utilizzare una dicotomia tanto diffusa quanto, forse, imprecisa), ma si era di certo assistito a un’espansione senza precedenti dell’intervento pubblico nell’economia e nelle dinamiche dei mercati, attraverso l’utilizzo di una gamma quanto mai variegata di strumenti (regolazione diretta, pianificazione, selezione degli ambiti meritevoli di incentivazione, assunzione in via diretta di iniziative sostanzialmente imprenditoriali).

E va qui sottolineato solo *en passant* che il processo in esame non aveva riguardato solo i Paesi di *civil law* (tradizionalmente più usi a forme di intervento diretto e strutturato dello Stato sulle attività private), ma si era diffuso con particolare pervasività anche nei Paesi di *common law* (tradizionalmente più inclini a salvaguardare le prerogative degli operatori privati e dei mercati), fino a determinare il vero e proprio *assalto al common law* che si verificò in età rooseveltiana[[12]](#footnote-12), così come all’accentuarsi di forme di *statutorification* dell’attività degli apparati pubblici[[13]](#footnote-13).

Negli ultimi due decenni del Novecento (e in misura ancora maggiore nel primo scorcio del nuovo millennio) si è invece assistito non solo alla crisi dell’intervento diretto degli Stati in materia economica (fenomeno particolarmente evidente con il fenomeno delle privatizzazioni), ma – più in generale – a un accentuato processo di declino della regolazione pubblica e della stessa idea della giuridicità in materia di rapporti economici[[14]](#footnote-14), sino ad indurre alcuni autori a parlare di un vero e proprio processo di declino della sovranità degli Stati[[15]](#footnote-15).

Al processo in parola, nel cruciale settore dell’economia digitale e degli ambiti ad essa connessi, si è accompagnato un marcato processo di trasformazione del sistema di tutela dei diritti.

Basti qui pensare al cruciale tema dei dati personali in forma digitale e delle rispettive forme di tutela.

*L’esempio della protezione dei dati personali*

In un’epoca (per così dire) di stampo pre-digitale (come quella che ha caratterizzato l’adozione della prima direttiva in materia di protezione dei dati personali, nonché della l. 675/1996 – e poi del ‘Codice’ del 2003 -), i dati personali erano considerati inalienabili e non negoziabili (in quanto inerenti un *diritto fondamentale della persona* – quale era inteso il *diritto alla riservatezza*).

In quella fase storica la tutela di questo diritto fondamentale era curata dallo Stato-ordinamento, il quale: *i*) vi preponeva un’autorità di settore (il Garante per la *privacy*); *ii*) fissava un rigido sistema di autorizzazione al trattamento; *iii*) approntava un analitico sistema di prescrizioni e sanzioni anche di carattere penale (come quelle per il reato di *trattamento illecito di dati personali*).

Questo stato di cose muta completamente con l’affermarsi dei mercati digitali e dei cc.dd. *Big data*.

In particolare, con i sistemi di profilazione e con i modelli predittivi utilizzati dai principali attori dell’economia digitale, l’autorizzazione al trattamento dei dati non risulta più finalizzata alla tutela di un valore inalienabile e non negoziabile (la protezione del dato, appunto) ma diventa strumentale allo sfruttamento economico del dato stesso. Oltretutto, la disponibilità economica del dato non spetta più al soggetto cui il dato si riferisce ma spetta (e in via esclusiva) all’operatore economico che ha ottenuto l’autorizzazione all’acquisizione e al relativo trattamento.

Vero è che il *titolare/consumatore/utente* consente spontaneamente - e talora ben volentieri - al trattamento dei propri dati (anche perché percepisce in modo immediato il valore del servizio informatico che gli viene erogato e forse non percepisce in modo altrettanto chiaro la sostanziale cessione di diritti che in tal modo realizza). E’ però vero in ogni caso che in tal modo si realizza un evidente arretramento dell’ambito dei diritti inviolabili (anche di matrice sociale) e del sistema di regole posto a loro tutela, a tutto vantaggio dei diritti proprietari di matrice economica.

E ciò, a prescindere da ogni considerazione in ordine al se la propensione degli individui a cedere spontaneamente quote di sfera soggettiva inerenti la tutela di diritti inviolabili giustifichi in qualche misura un’attenuazione delle ragioni che tradizionalmente ne giustificano la protezione ovvero se – al contrario – inducano a rafforzare piuttosto gli strumenti di tutela.

Ciò che in ogni caso emerge è che un sistema di regole inizialmente concepito in ambito pubblicistico per la tutela di un diritto fondamentale della persona (la riservatezza) e per la tutela di un bene pubblico (l’informazione), con l’avvento dell’economia digitale si trasforma in un sistema di regole finalizzate a tutelare lo sfruttamento economico in via sostanzialmente esclusiva del dato.

*Verso il passaggio a una*

*“pura logica proprietaria”?*

Ancora una volta, quindi, l’evoluzione dell’economia digitale e l’affermazione nei fatti delle sue regole comporta una sostanziale sostituzione fra ambiti fino a tempi recenti regolati dallo *Stato* (nella sua accezione più vasta) e ambiti demandati alla dinamica delle forze del *mercato*.

Si determina in tal modo quella che Stefano Rodotà ha descritto come “*una nuova sottomissione delle persone alla pura logica proprietaria, ad una legge del mercato nella quale si sarebbe incarnato un nuovo diritto naturale, con un conseguente trasferimento al mercato del potere normativo*”[[16]](#footnote-16).

**3. Quale è (se vi è) l’ambito del potere pubblico che può rapportarsi in modo adeguato con i nuovi poteri di mercato?**

Nel paragrafo che precede si sono sinteticamente descritti alcuni dei problemi che vengono posti dal confronto in atto fra i poteri pubblici intesi in senso tradizionale e i nuovi poteri di mercato (che nei *Big Data* e nella figura economica degli *Over the Tops* trovano le proprie forme di manifestazione più evidenti e rilevanti).

*Quale è*

*la dimensione adeguata dei poteri pubblici in relazione ai nuovi poteri di mercato?*

Nel presente paragrafo ci si domanderà invece – e in modo altrettanto sintetico – quale sia l’ambito dei poteri pubblici (come sino ad ora sono stati intesi e conosciuti) che in modo più adeguato e con i mezzi più idonei può rapportarsi con tali nuovi poteri di matrice economica.

Ci si domanda, in particolare, se tali compiti siano più adeguatamente demandati alle tipiche figure organizzative proprie degli apparati statali o sovranazionali (o ad agenzie governative variamente denominate) ovvero alla figura mai compitamente definita delle Autorità amministrative indipendenti.

La questione è estremamente complessa, impinge valutazioni di ordine generale circa la natura stessa e i caratteri essenziali dei modelli istituzionali in questione e non si presta, ad avviso di chi scrive, a risposte di carattere univoco e prive di residui.

In pochi settori come quello qui in esame è vero che soluzioni troppo semplici a problemi troppo complessi si rivelano inevitabilmente fallaci.

Certamente vi sono alcuni ambiti (come quello della tassazione dei profitti generati sul *web*) che devono necessariamente essere affrontati nella tipica dimensione statuale (o, più correttamente, con risposte di carattere sovranazionale, nella consapevolezza che la concorrenza fiscale fra Stati è uno dei fattori che maggiormente agevolano il richiamato fenomeno di *apolidia dei capitali*).

*Soluzioni e assetti diversi a fronte*

*di problemi diversi*

Basti pensare al riguardo ai numerosi tentativi – sino ad oggi non coronati da successo – volti all’adozione di una direttiva sulla *web tax* al livello europeo.

In altri ambiti, invece (come nel caso della tutela della concorrenza e del pluralismo, della regolazione dei mercati digitali e della protezione dei dati personali) probabilmente *solo* uno stretto coordinamento fra i regolatori (in ambito nazionale e sovranazionale) è in grado di fornire risposte adeguate.

Non è possibile allo stato attuale stabilire con chiarezza se nei decenni a venire si assisterà all’affermazione (secondo alcuni studiosi, inevitabile) di un vero e proprio *diritto globale dell’economia*[[17]](#footnote-17)*.*

E’ certamente innegabile che negli ultimi decenni si sia assistito alla nascita e all’evoluzione di organismi sovranazionali che assommano una massa senza precedenti di poteri e funzioni regolatorie nelle materie economiche (basti pensare all’istituzione dell’Organizzazione Mondiale del Commercio – 1994 – o dell’*International Competition Network* – 2001 -).

D’altra parte si è osservato – e con molte ragioni – che tali iniziative (di cui, pure, non va sminuita la rilevanza) non rappresentano un indice univoco della (più o meno imminente) affermazione di un ordine economico globale di matrice sovranazionale, idoneo a recare una regolazione al livello planetario delle più rilevanti categorie economiche.

*Verso un nuovo ordine economico mondiale?*

Va infatti osservato che, sostanzialmente in parallelo rispetto all’enucleazione di tali forme di regolazione sovranazionale (ma pur sempre di matrice pubblica) si assiste in modo sempre più evidente a forme di “*governo privato*” delle categorie economiche e delle relative regole[[18]](#footnote-18). Si tratta di modelli regolatori e operativi che non solo non risentono delle criticità e delle farraginosità tipiche delle forme di *decision making* di carattere sovranazionale, ma che – al contrario -, possono avvantaggiarsi della particolare fluidità dei capitali propria dei settori di riferimento e del carattere fortemente interconnesso sotto il profilo tecnologico delle strutture dell’economia digitale.

In ogni caso – tornando all’interrogativo cui dinanzi si faceva cenno - la complessità e la mutevolezza dei mercati di riferimento non consente certamente di individuare risposte valide per sempre o fondate su logiche meramente settoriali.

Si ritiene comunque che soltanto una risposta coordinata fra i diversi ambiti regolatori sembra poter fornire risposte (se non esaurienti quanto meno plausibili) alle problematiche poste dall’impetuoso sviluppo del capitalismo digitale.

In alcuni casi l’integrazione regolatoria potrà essere proficuamente realizzata al livello nazionale; più spesso invece l’ambito adeguato di riferimento non potrà che essere quello sovranazionale.

**4. (più in generale): l’approccio istituzionale nei confronti delle attività economiche fra *libertà* e *regole*.**

Il tema dei rapporti fra poteri pubblici e nuovi poteri di mercato evoca la tematica più generale dell’approccio che l’Ordinamento riserva alle attività economiche e alla relativa disciplina. Si tratta dell’ennesima declinazione di un tema ben noto: quello relativo all’individuazione di un adeguato punto di equilibrio fra i due *poli* delle attività economiche intese, a seconda dei casi, come terreno di elezione delle libertà individuali ovvero come ambito necessitante di regole di carattere giuridico.

*Il tradizionale binomio Stato/mercato…*

Il tema qui evocato affonda le proprie radici nell’essenza stessa del diritto amministrativo e dei rapporti di diritto pubblico.

Ed infatti, interrogarsi in ordine ai rapporti fra esercizio dei poteri pubblici –*i.e.*: fra *le regole* nell’accezione più vasta - e tutela delle libertà individuali (in particolare: libertà di impresa - *il mercato* -) equivale – a ben vedere – a porre ancora una volta la (mai del tutto risolta) questione dei rapporti fra la dimensione dell’*autorità* e quella della *libertà[[19]](#footnote-19)*.

*…e il binomio autorità/libertà*

Sia qui consentito (sia pure nei limiti della sintesi del presente contributo) prendere le mosse dal testo costituzionale: l’articolo 41 Cost. (che pone i fondamenti del rapporto fra regole e mercato) prende le mosse da un’affermazione di principio («*l’iniziativa economica privata è libera*»); individua, poi, un’eccezione al principio («*[essa] non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale*» o con altri valori fondanti, quali la sicurezza, la libertà e la dignità umana) e si chiude, infine, con la previsione circa la possibilità di funzionalizzare il principio appena enunciato («*[l’attività economica pubblica e privata può] essere indirizzata e coordinata a fini sociali*»).

*Lo statuto costituzionale delle attività economiche*

E’ fin troppo nota la genesi della disposizione (con cui si tentava di individuare un delicato punto di mediazione fra le istanze del pensiero liberale la componente socialista e la componente cattolica in seno all’Assemblea costituente).

Ma ciò che distingue sul punto la Costituzione italiana (ad es.) da quella tedesca è la diversa impostazione dei *rapporti fra regola ed eccezione* nei princìpi relativi alle libertà individuali.

Ed infatti:

* mentre nel diritto tedesco la tematica in questione è regolata sulla base del principio della *Wessengehalt* (o del *nocciolo duro* *intangibile* dei diritti fondamentali, quand’anche ne sia consentita una qualche forma di funzionalizzazione)
* al contrario, nell’ordinamento italiano l’eccezione ai princìpi di libertà individuale è potenzialmente illimitata. Posto infatti un principio, una volta che ne sia ammessa la derogabilità, non è di fatto individuabile una sorta di punto di resistenza oltre il quale tale forma di modulazione non è più oltre consentita.

Ciò comporta che (almeno in via di principio e al di là di qualunque giudizio di valore) l’ordinamento giuridico italiano risulta costitutivamente impostato in modo tale da prevedere una sorta di immanente prevalenza dell’ambito delle regole sulle libertà economiche individuali di carattere economico (*i.e.*: sul *mercato*, nella sua accezione più vasta).

Ne consegue che il principio (che pure ha trovato alcune espressioni in ambito normativo)[[20]](#footnote-20) secondo cui in materia di libertà economiche «*è consentito tutto ciò che non è espressamente vietato*» rappresenta nell’Ordinamento nazionale solo un’affermazione di massima, priva di un effettivo valore precettivo.

Ne consegue che, in tema di libertà economiche (e nonostante le irrealistiche aspirazioni di alcuni fautori di una presunta quanto incondizionata prevalenza delle categorie economiche sul diritto e sulle sue regole), l’alternativa realistica

*La realistica alternativa in tema di libertà economiche*

* non è quella fra un mercato con regole e un mercato sostanzialmente privo di regole (come nelle declinazioni più estreme della figura della ‘*mano invisibile*’ di Adam Smith),

- ma è piuttosto quella fra un mercato con regole di fonte pubblica e un mercato con regole di fonte privata (un mercato che, a ben vedere, tende a trasformarsi da oggetto di regolazione a soggetto attivo delle proprie stesse regole di funzionamento).

Ebbene, ancora una volta la questione appena tratteggiata si pone con particolare forza ed evidenza nel settore dell’economia digitale.

In larghi settori dell’opinione pubblica si è pensato per molti anni che il mondo della rete rappresentasse uno spazio di assoluta e incomprimibile libertà (di espressione, di pensiero e di ordine economico) e che ogni tentativo di regolare quello spazio mettesse in pericolo quelle stesse libertà[[21]](#footnote-21).

Oggi sappiamo invece che il mondo della rete resta profondamente intriso di regole ma che, semplicemente, alla regolamentazione di fonte pubblica (nazionale e sovranazionale) tende a sostituirsi una regolamentazione di fonte privata, posta di fatto dagli stessi attori delle dinamiche oggetto di regolazione e al di fuori dei tradizionali princìpi della supremazia della legge, della rappresentanza e della responsabilità.

Ci si domanda, quindi, se nell’attuale stato di evoluzione dei rapporti fra poteri pubblici e nuovi poteri di mercato vi sia ancora uno spazio per le regole di fonte pubblica nella disciplina del mercato e dell’economia digitale.

*Vi è ancora uno spazio per la disciplina di fonte pubblica dei mercati globali?*

Ad avviso di chi scrive la risposta è certamente affermativa, *sia* perché – come si è visto – è la stessa Costituzione ad imporre l’esistenza di un tale spazio, *sia* perché è tutt’altro che auspicabile un sostanziale abbandono delle categorie pubblicistiche in ambiti che incidono su diritti fondamentali della persona (e, allo stesso modo, è tutt’altro che auspicabile la piena sostituzione di modelli di regolazione incentrati sulla tutela dei diritti individuali e sociali con modelli fondati sulla pura logica proprietaria).

Ma se invece ci si domanda (e in modo più concreto) se i tipici poteri pubblici (lo Stato legislatore, le Autorità amministrative indipendenti, la Magistratura) abbiano oggi la capacità *effettiva* di regolare in modo efficiente le dinamiche della rete e dell’economia digitale, la risposta deve necessariamente essere più sfumata.

Ciò in quanto nessuno dei richiamati attori istituzionali possiede – per così dire, in senso ‘monadologico’ - la visione d’insieme, l’*expertise* tecnica e la ‘massa critica’ operativa per gestire in modo autonomo fenomeni di straordinaria dimensione e complessità.

Al contrario, soltanto una visione sinergica e collaborativa può fornire risposte concrete e plausibili alle problematiche straordinariamente complesse che oggi vengono poste dall’evoluzione dell’economia digitale.

**Claudio Contessa**

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

Pubblicato il 15 marzo 2021

1. (\*) Il presente contributo è tratto dal volume: C. Contessa, P. del Vecchio (a cura di), *Testo unico dei servizi Media Audiovisivi Radiotelevisivi (TUSMAR) commentato articolo per articolo*, Piacenza, 2021.

 Sul punto (e senza pretesa alcuna di esaustività) ci si limita qui a richiamare: E. Cardi, *Mercati e Istituzioni in Italia*, Torino, 2014; A. Carullo, *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, Padova, 2005; S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2012; M. Clarich, B.G. Mattarella, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico, in Analisi giuridica dell’economia*, 2013/1, 363 ss.; G. Corso, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1999/2, p. 7 ss.; G. Montedoro, *Il giudice e l’economia*, Luiss University Press., 2015; G. Napolitano, *Problemi dell’unificazione giuridico-amministrativa del mercato in Italia e in Europa*, in: M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), *L’intervento pubblico nell’economia*, Firenze University Press, 2016; E. Picozza, *Diritto dell’economia: strumento di unificazione* Ibidem. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sulle ragioni storiche che hanno caratterizzato l’enucleazione e lo sviluppo del modello delle Autorità amministrative indipendenti ci si limita qui a richiamare (ancora una volta senza pretesa alcuna di esaustività): G. Amato, *Autorità semi-indipendenti e Autorità di garanzia*, in: *Riv. Trim. Dir. Pubblico*, 1997, p.645 ,ss.; V. Caianiello, *Le Autorità indipendenti tra potere politico società civile*, in: Foro amm., 1997, p. 341, ss.; M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; M. D’Alberti, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in: *Enc. Giur. Treccani* (*ad vocem*); Roma, 1995; G. Morbidelli, *Sul regìme amministrativo delle autorità indipendenti*, in: A. Predieri (a cura di), *Le Autorità indipendenti nei sistemi sociali ed economici, Firenze*, 1997; Id., *L’erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; S. Cassese, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultra-statali*, in: *Foro it*., V/1996, col. 7, ss.; F. Merusi, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sul punto: M. Delmastro, A. Nicita, *Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Bologna, 2019, p. 49, segg. e *passim*; F. Foer, *I nuovi poteri forti*, Milano, 2018, *passim*. [↑](#footnote-ref-3)
4. Di apolidia dei capitali parla F. Gallo nel suo *Il futuro non è un vicolo cieco. Lo stato tra globalizzazione, decentramento ed economia digitale*, Palermo, p. 21. [↑](#footnote-ref-4)
5. M. Delmastro, A. Nicita, op. cit., p. 49. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ivi, p. 51. [↑](#footnote-ref-6)
7. F. Gallo, op. ult. cit., p. 26. [↑](#footnote-ref-7)
8. I contributi sulla nozione di sovranità sono evidentemente sterminati. Senza alcuna pretesa di esaustività ci si limita qui a richiamare N. Bobbio, La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico, Torino, 1976, p. 23 e passim; E. Cortese, Sovranità (storia), in Enciclopedia del diritto, vol. XLIII, Milano 1990, pp. 205-224; P. Costa, Il modello giuridico della sovranità, in "Filosofia politica", 1991, V, 1, pp. 51-71; M.S. Giannini, Sovranità (diritto vigente), in Enciclopedia del diritto, vol. XLIII, Milano 1990, pp. 224-230; H. Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Tübingen, 1920. [↑](#footnote-ref-8)
9. Il richiamo all’economia sociale di mercato è contenuto nell’articolo 3 del TUE. La definizione più recente del concetto di economia sociale di mercato è quella che figura nella *Carta dei principi dell'economia sociale* di *Social Economy Europe* del 20 giugno 2002. Sul punto, v. J.L. Monzón, R. Chaves, *L'economia sociale nell'Unione europea*, Bruxelles, 2012. [↑](#footnote-ref-9)
10. B. Amoroso, J.O. Olsen, *Lo stato imprenditore*, Bari, 1978. [↑](#footnote-ref-10)
11. M. D’Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2019, p. 29 e *passim*. [↑](#footnote-ref-11)
12. Con il termine *statutorification* si descrive solitamente un processo verificatosi nei Paesi di *common law* nella prima metà del XX Sec. Il termine in questione descrive il graduale passaggio da un modello di *rule making* di matrice essenzialmente giurisprudenziale a una normazione di matrice parlamentare accompagnata al riconoscimento e all’espansione di competenze regolatorie in capo alle amministrazioni pubbliche.

Sul punto, v. G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, New Haven, Yale University Press, 1982. [↑](#footnote-ref-12)
13. M. D’Alberti, op. ult. cit., p. 31. [↑](#footnote-ref-13)
14. Sul punto, v. A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, ma anche: L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l’état. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, 1987. [↑](#footnote-ref-14)
15. M. D’Alberti, op. ult. cit., p. 111. [↑](#footnote-ref-15)
16. S. Rodotà, *Vivere la democrazia*, Bari, 2018, p. 94, seg. [↑](#footnote-ref-16)
17. M. Albrow, *The Global Age*, Cambridge, Polity Press, 1996. [↑](#footnote-ref-17)
18. F. Gallo, op. ult. cit., p. 25. [↑](#footnote-ref-18)
19. #  Sul punto: D. Fisichella, *Autorità e libertà. Momenti di storia delle idee*, Roma, 2012; S. Perongini (a cura di) *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*. Atti del Convegno (Salerno, 14-15 novembre 2014), Torino, 2017; M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, 2018.

 [↑](#footnote-ref-19)
20. In tal senso, l’articolo 3 del decreto-legge n. 138 del 2011. [↑](#footnote-ref-20)
21. M. Delmastro, A. Nicita, op. ult. cit., p. 50 e *passim.* [↑](#footnote-ref-21)