amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2025

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Valentina Maria Donini, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Esper Tedeschi, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Tecnocrazia e "amministrativizzazione" dell'ecosistema digitale: un'endiadi possibile

di **Mariaconcetta D'Arienzo**

(Professoressa associata di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope")

e

Vincenzo Visone

(Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope")

Sommario

1. Introduzione - 2. Amazon, Digital Market Act, doppia indagine (Agcm e Commissione UE) - 3. La problematica regolazione delle piattaforme digitali – 4. La conservazione dinamica degli istituti: la nuova veste dell'accordo amministrativo – 5. Notazioni conclusive.

Abstract

The new technocratic objectivity calls into question traditional legal categories, the very distinction between public and private law, worsening the crisis of the normative framework and further accentuating the related crisis of sources.

The technological epiphany, of which digital platforms are a vivid representation in terms of pervasiveness and transversality, gives rise to a dense and complex interaction between law, politics, science, and technology.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

La nuova oggettività[1] tecnocratica pone in discussione le tradizionali categorie giuridiche, la stessa distinzione tra diritto pubblico e privato[2], determinando un aggravio della crisi della fattispecie normativa e marcando ancor più la correlata crisi delle fonti[3].

L'epifania tecnologica, di cui le piattaforme digitali[4] sono una plastica rappresentazione in termini di pervasività e trasversalità, danno la stura ad una fitta e complessa interazione tra diritto, politica, scienza[5] e tecnica[6].

Dinanzi alla progressione dell'infosfera[7], l'Unione Europea sta sperimentando un tentativo di regolazione[8] dell'epifenomeno della rete, in cui dominano i fautori del

---

* Contributo elaborato nell'ambito del PRIN 2022 "Towards Stricter Rules on Transparency and Liability for Online Platforms in the European Digital Single Market", responsabile nazionale Prof. Giuseppe Morgese, finanziato dall'Unione europea - PNRR Next Generation EU"". I §§ 1 e 5 sono il frutto della riflessione comune degli Autori. I §§ 2 e 3 sono stati redatti dal dott. Vincenzo Visone e il § 4 dalla Prof.ssa Mariaconcetta D'Arienzo.

[1] Il riferimento è al bel saggio di S.FOA'- G. MONTEDORO, *Dialogo sulla nuova oggettività*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024. Gli Autori, preliminarmente si preoccupano di definire il termine "nuova oggettività" quale locuzione che rimanda ad "un mondo dominato dalle tecno-scienza, dai fenomeni organizzativi (dall'impresa come organizzazione oggettiva e non come attività); un mondo dove assistiamo ogni giorno di più al declino di ciò che è chiamato il Soggetto moderno, affermatosi per un lungo processo in Occidente, Soggetto che è il presupposto stesso del negozio giuridico di diritto provato e diritto pubblico" (p.9).

[2] Sul punto, S. CASSESE, *Chi governa il mondo*, Bologna, 2013, pp. 39 ss.

[3] "L'idea di fonte non può, infatti, essere disgiunta dall'idea di norma (del diritto oggettivo). Tra l'una e l'altra sussiste correlazione logica necessaria, poiché chi parla delle fonti, con ciò stesso evoca immancabilmente l'idea di diritto (in senso oggettivo) o dell'ordinamento normativo, parla anche- almeno di solito- delle sue fonti". Il *docet* qui riportato è del Maestro Crisafulli, (*L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative), Lezioni di Diritto Costituzionale*, (a cura di) F. CRISAFULLI, Cedam, VI ed., 1993, p.4), le cui notazioni rilette nello spazio digitale in cui il potere dei privati appare smisurato e sovente di complicata regolamentazione pubblica rende la misura di quanto sia profondamente pervicace l'inferenza del fenomeno tecnologico inerentemente alla fase normativa e prima ancora sulla sistemica delle fonti.

[4] Sono piattaforme digitali i siti online che ospitano, organizzano e consentono la circolazione dei contenuti degli utenti, assicurandone le interazioni sociali senza essere a loro volta fornitori o produttori di contenuti. Per gli aspetti definitori si veda T. Gillespie, *Custodians of the Internet, and the Hidden Decisions that Shape Social Media*, London, 2018, 18 ss. La Commissione europea, all'interno della *Comunicazione sul mercato digitale- Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM (15), 192 final- fa riferimento alle piattaforme digitali come a quell'impresa che opera su mercati bilaterali o multilaterali; tuttavia, esse possono essere anche solo intese come intermediario specializzato nel promuovere il coordinamento di due o più gruppi di soggetti diversi.

[5] Sull'autonomia concettuale della tecnica rispetto all'esercizio del potere discrezionale M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, 1967; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano 1987, p. 247; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano 1985, p. 205, la cui posizione è stata poi in parte ripresa da D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; F. SALVIA, *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. Pubbl*. 2002, 603.

[6] Cfr. L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo. Sostanze cancerogene e centrali nucleari negli Stati Uniti*, Milano, 1986.

[7] L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

[8] Si veda il contributo di C. PINELLI, *L'evoluzione della normativa dell'Unione europea*, in C. PINELLI, U. RUFFOLO, *I diritti nelle piattaforme*, Torino, 2023, 13 e segg.

ISSN 2036-7821

capitalismo di sorveglianza[9]: dal GDPR[10] all'ordito normativo più recente di cui al *Digital Services Act*[11], *Digital Market Act*[12] e l'*AI Act*[13].
Facendo leva sul *Brussel effect*[14], l'*iter* tracciato dall'UE evidenzia un chiaro indirizzo:

[9] S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019. L'A. sostiene che "il capitalismo di sorveglianza si appropria dell'esperienza umana usandola come materia prima da trasformare in dati sui comportamenti" (p.17).

[10] "Le norme in materia di protezione dei dati personali possono creare delle relazioni più strette e leali tra l'intelligenza umana e l'intelligenza artificiale, riducendo in qualche modo l'attrito creato dalle nuove e crescenti possibilità messe a disposizione dal progresso tecnologico. In particolare, con riguardo alla Pubblica amministrazione, si è dimostrato che le disposizioni del GDPR comportano non solo un beneficio per i diritti fondamentali della persona, ma anche per la qualità dell'azione amministrativa". Così F. LAVIOLA, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2020, pp. 389-440.

[11] La letteratura ha già sviluppato interessanti riflessioni circa il DSA, tra cui *ex multis* si menzionano i contributi di F. CASOLARI, *Il "Digital Services Act" e la costituzionalizzazione dello spazio digitale europeo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2/2024, pp. 462-465; I. DE VIVO, *Il potere d'opinione delle piattaforme-online: quale ruolo del "regulatory turn" europeo nell'oligopolio informativo digitale?*, in *federalismi.it* 2/2024, pp. 45-75; B. S. Servida, *La responsabilità degli "internet service provider": dal "safe harbour" al principio di "accountability*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, n. 1/2024, pp. 135-160; G. AMORE, *"Digital Service Act" e turismo "online"*, in *Rivista italiana di diritto del turismo* 39/2023, pp. 54-79; S. SASSI, *L'Unione Europea e la lotta alla disinformazione "online"*, in *federalismi.it,* n. 15/2023, pp. 183-201; A. DAVOLA- M. MONTI, *Disinformazione e Manipolazione del mercato: instabilità e disciplina dei mercati finanziari al tempo della rete*, in *federalismi.it* 9/2023, pp. 37-67. Inoltre, si segnala un interessante commento alla legislazione pubblicato sul *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2023, pp. 724-752 e, in particolare, sulle prescrizioni del DSA: S. DEL GATTO, *Il "Digital Services Act": un'introduzione* (pp. 724-729); G. FINOCCHIARO, *"Digital Services Act" - Responsabilità delle piattaforme. Responsabilità delle piattaforme e tutela dei consumatori* (pp. 730-736); E. LONGO, *"Digital Services Act" - Libertà di informazione. Libertà di informazione e lotta alla disinformazione nel "Digital Services Act"*, (pp. 737-745); G. SGUEO, *"Digital Services Act - Governance". L'architettura istituzionale del "Digital Services Act"*, (pp. 746-752).

[12] In argomento, cfr. E. A. Raffaelli, *Antitrust, politica industriale e "Digital Markets Act"*, in *Eurojus* 1/2023, pp. 66-83; G. CONTALDI, *Il DMA ("Digital Markets Act") può contribuire alla protezione dei dati degli utenti online?* In *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2023, pp. 77-93; V. NUZZO, *Riflessioni di una lavorista sul DSA e sul DMA. La rilevanza delle valutazioni degli utenti nel mercato digitale di fronte al disinteresse regolativo,* in *federalismi.it,* n. 14/2023, pp. 237-251; M. LIBERTINI, *La presunzione di dipendenza economica nei mercati digitali. Un commento all'art. 33 della l. 5 agosto 2022, n. 118*, in Orizzonti del diritto commerciale, 1/2023, pp. 9-38; F. SPORTA CAPUTI, *"Gatekeeper", abuso di posizione dominante ed efficacia preventiva dei presidi comportamentali e organizzativi introdotti dal "Digital Market Act" e dal "Digital Service Act"* in AIDA 2023, pp.39-101; M. LIBERTINI, *Il regolamento europeo sui mercati digitali e le norme generali in materia di concorrenza*
in *Riv.trim.dir.pubbl*., 4/2022, pp. 1069-1083.

[13] L'AI Act non è cioè pensato avendo in mente in particolare le applicazioni dell'IA nel settore pubblico e quindi i principi cui deve conformarsi l'azione amministrativa, a prescindere dalle tecnologie utilizzate; non ha come scopo specifico l'abilitazione di una PA "aumentata", ma quello di garantire, mediante la forza cogente un Regolamento ex art. 288 TFUE, certezza agli operatori economici e ai cittadini del mercato digitale, promuovendo uno sviluppo della tecnologia in linea con i valori unionali in tutti i settori pubblici o privati che siano, tranne quelli espressamente esclusi. Senonché, l'AI Act non è una un'isola solitaria in mezzo al mare", in questi termini, G. LO SAPIO, *L'"Artificial Intelligence Act" e la prova di resistenza per la legalità algoritmica*, in *federalismi.it,* n. 16/2024, pp. 265-290.

[14] Di *Brussel effect* ne discorre S. CALZOLAIO, Protezione dei dati personali (voce), in Digesto delle discipline pubblicistiche, agg. 2017, Torino, pp. 612 ss.

ISSN 2036-7821

la matrice legislativa eurocomunitaria ha optato per un'azione (normativa) ostinata e contraria alla *deregulation* di inizio millennio.

Intrattenersi preliminarmente sul *come* si è giunti al predominio delle *Big Tech* nel commercio elettronico e nel campo delle interazioni sociali, nonché alla polarizzazione economica abnorme in capo alle GAFAM[15] rappresenta un trapasso indefettibile per comprendere il formarsi dello stato dell'arte.

Attualmente possiamo costatare il dominio dei proprietari dei mezzi di elaborazione[16] – aggiornandosi la teoretica di Karl Marx che discorreva di mezzi di produzione[17]- capaci di trarre smodati e polisemici vantaggi dai *Big Data*[18].

Nonostante la realtà riferisse quanto fosse cresciuta la dimensione economica, istituzionale e politica di aziende come Amazon, Google, Facebook, Apple e Microsoft, di contro per lungo tempo si è registrata una staticità ideologica, che si è

[15] GAFAM è un acronimo utilizzato per descrivere cinque delle più influenti e dominanti società di tecnologia multinazionali: Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft. Per chiarire il significato economico e giuridico di tale sintagma, attraverso l'analisi diacronica dell'evoluzione dello spazio digitale, si vedano i contributi di G. SCORZA, *In principio era Internet e lo immaginavamo diverso*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 1/2022, 1, pp. 13-16; M. BARBANO, *Verso un "antitrust" Italiano 4.0? I GAFAM e i "Big data" all'esame dell'Agcm*, in *Diritto del commercio internazionale*, 4/2021, pp. 957-987.

[16] In merito, sia consentito rinviare alle considerazioni svolte in V. VISONE, *La dimensione algoritmica della funzione amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p.56, in cui si è evidenziato quanto "l'imperio dei detentori dei mezzi di elaborazione dei *Big Data* cagiona un famelico desiderio di democratizzazione e condivisione dei sistemi di calcolo".

[17] "Una nuova democrazia del calcolo che non può prescindere da una sorta di 'neokantismo digitale', dove l'etica sia un valore sostanziale e funzionale di una società immateriale. Non è questa domanda di emancipazione dal controllo dei pochi decisori del sapere nulla di più di quanto si è sempre visto nel pieno di un vortice di cambiamento?...Così oggi la proprietà del calcolo si oppone agli algoritmi di libertà. E di conseguenza gli algoritmi di libertà devono contrapporsi al re digitale che vuole ridurci a sudditi", M. MEZZA, Algoritmi di libertà, Roma, 2018, p. 277

[18] "Big data: Ingente insieme di dati digitali che possono essere rapidamente processati da banche dati centralizzate", definizione disponibile in https://www.treccani.it/vocabolario/big-data_res-007d6462-8995-11e8-a7cb-0027104 2e8d9_%28Neologismi%29/. Ai Big Data si attribuiscono le '4V' che ne esprimono le caratteristiche maggiori: volume, velocità, varietà, veracità. Il 'volume' indica l'enorme quantità di dati; la 'velocità' l'accelerazione nell'elaborazione dei dati; la 'varietà' rimanda all'eterogeneità delle fonti da cui sono prodotti; la 'veracità' rimarca la plausibile autenticità (o inautenticità) dei dati. Sulla pervasività dei Big Data e il ruolo del diritto si vedano i contributi di S. BAROCAS - A.D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, California Law Review, June 2016, Vol. 104, n. 3, 671 ss.; L. PALAZZANI, *Dalla bio-etica alla tecno etica: nuove sfide del diritto*, Torino, 2017, p. 362; U. RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, 7, p. 1689. In generale sul tema la letteratura è estremamente vasta. Solo per citarne taluni, si rimanda ai contributi di G. CARULLO, *"Big data" e pubblica amministrazione nell'era delle banche dati interconnesse*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, pp. 181-204; D. GAMBETTA (a cura di), *Datacrazia. Politica, cultura algoritmica e conflitto al tempo dei big data*, Roma, 2018; M. BETZU - G. DEMURO, *I "big data" e i rischi per la democrazia rappresentativa, in Rivista di diritto dei media*, 2020, 1, pp. 218- 223; A. CANDIDO - M. DELMASTRO - A. NICITA, *"Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo"*, Il Mulino, 2019, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2020, 1, pp. 213-218; F. DE LEONARDIS, *"Big data", decisioni amministrative e "povertà" di risorse della pubblica amministrazione*, in *Munus*, 2020, fasc. 2, pp. 367-387. Sia consentito il rimando anche al contributo di M. REA, *Big Data tra problemi di concorrenza di privacy*, in (a cura di) M. REA - V. VISONE, *La rivoluzione digitale: il Complicato rapporto tra diritto e web. Side inedite per il giurista di oggi*, Napoli, 2019, pp. 13-22.

ISSN 2036-7821

declinata in una monolitica e ortodossa adesione alla logica della deregolazione.
A tale scopo, l'angolo di visuale va posto sull'*humus* su cui si è elevato l'imperio dei *signori degli algoritmi*[19], poiché è innegabile che senza un certo tipo di entroterra culturale e ideologico[20] risulta complicato giustificare la de-regolamentazione di Internet a cui si sono ancorate le grandi democrazie occidentali[21].
Tale indifferenza rispetto alla fenomenologia della rete è stata spiegata (e giustificata) sulla scorta dell'esigenza di salvaguardare il libero mercato delle idee[22], recalcitrante a qualsiasi eterodirezione, pena il dimensionamento della forza dirompente della libertà di espressione, massimizzata dall'uso del *web*[23].
La retorica ha predicato lungamente che Internet avrebbe ritrovato il fisiologico abbrivo, così da sviluppare la propria intenzione pluralista e partecipativa, solo in un *habitat* spoglio da restrizioni e bavagli normativi[24].

---

[19] "I signori degli algoritmi sono persone in carne ed ossa, non metalliche macchine intelligenti, computer in grado di eseguire un sempre più alto numero di operazioni, svolte in un tempo costantemente più accelerato", così, B. ROMANO, *Algoritmi al potere, Calcolo Giudizio Pensiero*, Torino, 2018, p. 27.

[20] L. LESSING, *The future of Ideas*, New York, 2001, trad. It. *Il futuro delle idee*, Milano, 2006, p.125, riferiva di un ideale libertario alla base dell'architettura della Rete, contrassegnata dalla comunicazione end-to-end, ovvero da punto a punto. Tale costruzione era delineata come un'architettura senza un centro di controllo, perché disabilitava "chiunque fosse al centro dal controllare il modo in cui interagiva chi era agli estremi".

[21] Di conseguenza, si è teorizzato l'avvento di un'autopoiesi di una *lex informatica*, concepita come un sistema decentrato di regole automatizzate e auto-applicative, in grado si surrogare l'ordinamento statale, relegato a ruolo ancillare in tale proiezione. In argomento, J.R. REIDENBERG, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Throught Technology*, in *Texas Law Review*, 1998; E. MAESTRI, *Lex informatica e diritto. Pratiche sociali, sovranità e fonti nel cyberspazio*, in *Ars interpretandi*, n.1/2017,18.

[22] "Il riferimento al "mercato delle idee", è infatti basato sull'assunto per cui la società ha come scopo di fondarsi su un livello il più possibile diffuso di verità, e questo livello non può che essere raggiunto dalla più ampia libertà di opinione possibile, il mercato poi selezionerà quelle vere. Ma, al fondo del ricorso al "mercato delle idee", v'è anche la difesa semplicemente della libertà di pensiero da ingerenze pubbliche e limitazioni statali. L'argomento è che il miglior modo per una società di ottenere il più diffuso e alto livello di verità è che ciascuno esprima liberamente e senza limitazioni il proprio punto di vista. Quando il pubblico potere è neutrale, e lascia libero ciascuno di esprimere e difendere il proprio punto di vista, gli altri potranno opporre un altrettanto ampio ventaglio di prove contrarie e questo genera maggiore verità", in questi termini, G. CRISCENTI, *Il libero mercato delle idee. Twitter versus Donald Trump*, disponibile su https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-societa/1494-il-libero-mercato-delle-idee-twitter-versus-donald-trump.

[23] La nota dichiarazione di indipendenza del cyberspazio è l'epitome dell'idea qui descritta del web. J.P. BARLOW, *A declaration of the Indipendence of Cyberspace*, 1996, Electronic Frontier Foundation, ora in 18 *Duke Law & Technology Review*, 2019, in contrapposizione all'emanazione del *Telecommunication Act* statunitense, ribatteva che sulla scorta di un ideale di libertà, "un nomneo in cui tutti possono entrare senza privilegi o pregiudizi legati alla razza, al potere economico, alla forza militare o alla posizione di nascita" e nel quale "chiunque, ovunque, possa esprimere le proprie convinzioni, per quanto singolari, senza temere di essere costretto al silenzio e al conformismo", esprimendo così una pretesa di immunità del web rispetto alla sovranità degli ordinamenti statali.

[24] Il nodo cruciale è ritrovare un punto di equilibrio tra le istanze libertarie di internet e l'opportunità di disciplinare il web, posto che un eccesso di regolazione è proprio di ordinamenti- come quello cinese e russo- in cui il controllo dello spazio digitale riflette un'idea di società governata autocraticamente. Sul punto, sono sempre attuali le parole di S. RODOTA', *Una Costituzione per internet?*, in *Politica del diritto*, n.3, 2010, 342 che rimarca il periculum di una restrizione del web ad opera di "governi nazionali che insidiano Internet e la sua libertà, e

ISSN 2036-7821

Il punto dolente di tale narrativa è il mancato aggiornamento della visione della rete, i cui proponimenti originari sono stati evidentemente traditi dall'evoluzione successiva.

Il libero mercato delle idee, negando cittadinanza a regolazioni di sorta, avversa ogni tentativo di sistemazione *ex lege*, concepito come un comando calato dall'alto dirigistico e deontico. A ciò si aggiungono la declamata neutralità[25] e l'assunta democraticità dello spazio digitale che, complessivamente considerati, rappresentano i postulati di una visione ideale, sideralmente lontana dalle caratteristiche assunte dall'ecosistema digitale[26].

Pertanto, la risposta normativa dell'Europa alla *vacatio* regolativa è da salutare con favore, al netto delle considerazioni che è opportuno svolgere in ordine ai contenuti, alle scelte delle forme, all'eccesso di verticismo normativo e al relativo rischio di sovrapposizione e difetto di coordinamento, al reale impatto e all'effettività della tutela dei diritti della persona dinanzi agli abusi dei *baroni del digitale*[27].

All'interno del diritto pubblico, la riflessione amministrativa si pone in una fase successiva al profilo euro-unitario e all'analisi costituzionale.

La traduzione pratica dei precetti costituzionali[28] e degli *input* regolativi e di *soft law* dell'UE rappresenta l'acme della funzione amministrativa nonché la chiave di lettura dello scopo della moderna giurisdizione amministrativa.

---

dunque è venuto il tempo non di regole costrittive, ma dell'opposto, di garanzie costituzionali per le libertà in rete, di un *Internet Bill of Rights*".

[25] Sul difetto di neutralità della tecnologia, si vedano i contributi di U. KOHL, *Google: the rise and rise of online intermediaries in the governance of the Internet and beyond (Part 2)*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 21/2, 2013, p. 187 ss.; M. VEALE - I. BRASS, *Administration by Algorithm?*, K. YEUNG - M. LODGE (ed.), *Algorithmic Regulation*, Oxford, 2019, p. 121 ss.

[26] Internet non può essere considerata una mera tecnologia e la sua complessità permette di discorrere di ecosistema digitale, "in cui gli ingredienti più importanti sono la quantità di dati a disposizione e la forza computazionale, che si traduce, anche, nella capacità di automazione e nella velocità di apprendimento. Un ecosistema, in ultima analisi, dove l'ingrediente mancante è il fattore umano". Così, O. POLLICINO- P. DUNN, *Intelligenza artificiale e democrazia. Opportunità e rischi di disinformazione e discriminazione*, Milano, 2024, pp. 6-7-.

[27] La locuzione riprende il titolo di un interessante saggio di M. BETZU, *I baroni del digitale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022. L'A. sottolinea che "accontentarsi di fare affidamento sulle magnifiche sorti e progressive che la Rete e i suoi signori sarebbero in grado di garantire significa sottovalutare la garanzia degli interessi dei cittadini che gli ordinamento giuridici statali, ancorché offuscati, sono in grado di apprestare mercé la loro concreta attribuzione e attuazione" (p.23). Di conseguenza, come rileva N. IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto,* Bari, Editori Laterza, 2006, p. 127, "i diritti umani, privi di fondamento e di difese coercitive si disperdono nella genericità enfatica di carte e dichiarazioni e protocolli d'intesa".

[28] La commistione tra diritto costituzionale e amministrativo nella regolazione delle fattispecie a contenuto tecnico-scientifico è particolarmente stringente. Come rilevato da S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto pubblico*, disponibile in: http://www.irpa.eu, 2015, 5 ss., "La tradizione vuole che il diritto pubblico sia separato dal diritto privato e si distingua, a sua volta, in diritto costituzionale,

amministrativo, internazionale. Oggi, gli argini tra questi settori si rompono. Il diritto privato fa irruzione nel diritto pubblico. È in fase avanzata un processo di costituzionalizzazione del diritto amministrativo, mentre il diritto costituzionale si va amministrativizzando. Tra costituzione e amministrazione si stabilisce piena continuità".

ISSN 2036-7821

Se l'obiettivo è quello di farsi "giustizia nell'amministrazione"[29] nei meandri del nuovo panorama digitale, esso non può che svilupparsi attraverso una procedimentalizzazione (piano sostanziale)[30] e un'eventuale fase processuale in grado di radicare l'*input* assiologico della Costituzione nell'esperienza algoritmica.
Fuor di metafora, l'ordito normativo europeo e il patrimonio costituzionale rappresentano il combinato disposto attraverso il quale l'amministrazione può sviluppare la propria azione all'interno dell'ecosistema digitale.
Pur non volendo anticipare le conclusioni, in questo scritto si analizzerà un caso pratico che ha coinvolto Amazon, in cui l'Agcm ha svolto un ruolo precursore dell'azione antitrust in ambito europeo in una fase storica in cui non era ancora in vigore il DMA, da cui è dato trarre alcune interessanti risultanze di ordine sistemico, politico e, in chiave prospettica, anche di poietica normativa nell'ambito del rapporto con le piattaforme digitali e i *gatekeepers*.
Ulteriormente, sempre in via induttiva, ci si soffermerà sul ruolo delle autorità indipendenti[31] e il perimetro d'azione loro concesso[32] e, in particolare, sull'opportunità di perseguire un'opzione "amministrativa" di co-regolazione delle

[29] S. SPAVENTA, *Giustizia nell'Amministrazione. Discorso pronunciato nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880* (secondo alcune fonti il 6 maggio 1880), disponibile su: https://www.scienzegiuridiche.uniroma1.it/sites/default/files/docenti/lalli/Spaventa_Giustizia_nellamministrazione.pdf.

[30] Circa la particolare pregnanza dell'aspetto procedurale, O. POLLICINO in R. CONTI – F. DE STEFANO, *L'algoritmo e la nuova stagione del costituzionalismo digitale: quali le sfide per il giurista (teorico e pratico)?*, in *Giustiziainsieme.it*, 15 aprile 2021, ha evidenziato che "se il costituzionalismo analogico è quello dei diritti sostanziali, quello digitale si fonda invece sulla dimensione procedurale"

[31] Il tema è stato oggetto di numerosissimi contributi in dottrina; senza pretesa di esaustività, si vedano i contributi di F. L. MAGGIO, *Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *federalismi.it*, 2021, 10, pp. 125-162; M. ANGELONE, *Giudici e Autorità indipendenti: concorrenza e sinergia tra rimedi*, in *Rassegna di diritto civile*, 2020, 2, pp. 406-424; E. BRUTI LIBERATI, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale, in Analisi Giuridica dell'Economia, 2020, 1, pp. 51-74; M. CLARICH, Sanzioni delle Autorità indipendenti e garanzie del contraddittorio, in Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia, 2020, 2S, pp. 40-46;* G. COCOZZA, *Autorità amministrative indipendenti e ruolo della motivazione come fondamento dei poteri ad esse conferiti*, in *Amministrativamente*, 2020, 4, pp. 431-442; M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?, in Diritto processuale amministrativo*, 2020, 3, pp. 740-755; M. C. MARZOCCA, *La Corte costituzionale fa il punto sulla (non) legittimazione delle Autorità indipendenti come giudice "a quo", in Rivista AIC*, 2020, 1, pp. 200- 231; S. MIRATE, *"Politics v. Administration": la progressiva estensione dei poteri di controllo del Presidente sulle "independent administrative agencies" negli Stati Uniti, in Costituzionalismo. it, 2020, 1/3, pp. 202-293*; N. PARISI, *Il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione. Una prospettiva sistematica in disaccordo con la "vulgata opinio"*, in *DPCE online, 2020*, 4, pp. 4631-4667.

[32] La poliedricità delle funzioni attribuibili in potenza ad un'Autorità indipendente è uno dei profili maggiormente dibattuti in dottrina. Riguardo alla discussa facoltà di normare rimessa – o in tesi – sussumibile a tale archetipo di amministrazione si rimanda al lavoro monografico di F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2020. In argomento, si vedano anche le riflessioni svolte dall'A. nel volume A. CONTIERI - M. IMMORDINO - F. ZAMMARTINO (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti tra garanzia e regolazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

ISSN 2036-7821

piattaforme digitali[33].

2. Amazon, Digital Market Act, doppia indagine (Agcm e Commissione UE).

Il caso di studio che si prenderà in esame riguarda Amazon e le contestazioni all'azienda americana di abuso di posizione dominante, censurabile ai sensi dell'art. 101 e 102 del Tfue.

La vicenda è particolarmente interessante poiché intervenuta in prossimità dell'entrata in vigore del *Digital Market Act*, sistema di regole di impronta comunitaria il quale adotta una disciplina regolatoria- seppur contaminata da tratti di *competition policy*- che ha un'impostazione generale e astratta, svincolata dalla contingenza del caso concreto, prospettiva archetipica della disciplina anticoncorrenziale.

Nella sfera dell'economia digitale si è dunque ritenuto insufficiente l'antitrust[34], benché in un primo tempo la Commissione UE avesse seriamente considerato la possibilità di rafforzare il diritto della concorrenza con *new tools*[35].

L'applicazione del diritto della concorrenza ha tempi lunghi, per le esigenze istruttorie e le garanzie del contraddittorio procedimentale[36]. L'approccio è

[33] In argomento, è apprezzata nonché evidentemente sostenuta l'idea che l'amministrazione medesima di configura come piattaforma digitale che spieghi un inedito "modello giuridico di organizzazione ed azione per l'erogazione di servizi digitali basato su una marcata collaborazione tra pubblico e privato, secondo paradigmi che sfruttino le opportunità introdotte dalla digitalizzazione, e così superando i limiti dell'attuale assetto", proponendo l'idea di "un'amministrazione si limiti a realizzare, mantenere e mettere a disposizione – secondo i consueti modelli operativi del diritto amministrativo – la piattaforma informatica, lasciando ai privati l'effettiva erogazione dei servizi agli utenti finali", così G. CARULLO, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, XIV- XVIII.

[34] Commissione UE, *Digital Markets Act Impact Assessment support study*, cit.: «competition law is not always an ideal solution due to *challenges in applying the market definition concept in multi-sided markets*, *lengthy timeframes*, *high legal thresholds to prove abuse*, and the backward-looking nature of intervention, which may fail to address problems on an ongoing basis». Cfr. pure W.P. ROGERSON, H. SHELANSKI, *Antitrust Enforcement, Regulation and Digital Platforms*, in 168 *U. Pa. L. Rev.* 1911 (2020) e *scholarship.law.upenn.edu*; sulla possibile complementarietà tra *competition enforcement* e *regulation* v. peraltro J.B. BAKER, *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*, Cambridge (Mass.), London, Harvard Univ. Press, 2019.

[35] Era stata valutata l'introduzione di presunzioni (non assolute) per semplificare il procedimento e diminuire il rischio di falsi negativi, il cui costo è elevato in mercati concentrati, caratterizzati da forti effetti di rete e da elevati ostacoli all'ingresso: v. i rapporti CRÉMER e al., *Competition Policy for the Digital Era*. Sul "new complementary tool", v. la consultazione che si è svolta nel 2020, *ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-Single-Market-new complementary-tool-to-strengthen-competition-nforcement.*

[36] Sul compiuto contraddittorio a fini difensivi, stante il carattere afflittivo della sanzione adottata dalle autorità per la concorrenza, e sul riesame giurisdizionale pieno, v. a commento della giurisprudenza della Corte EDU e in part., sulla scia della sentenza *Engels*, della sent. 27/09/2011, n. 43509/08, *Menarini*, §§ 39-42 e, con riferimento alle sanzioni Consob, sent. 4/03/2014, nn. 18640/10 e al., *Grande Stevens*, §§ 148 s., in *echr.coe.int*, F. CINTIOLI, *Le prospettive della tutela amministrativa della concorrenza in Italia*, in SPISA, *Diritto amministrativo e società civile*, Bologna, I, 2018, BUP, 229, 248; M. DONINI - L. FOFFANI (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018, e *ivi* M. MIDIRI, *Sanzioni antitrust e giudice amministrativo, prima e dopo Menarini*, 293 ss. Lo scarto temporale tra condotta e decisione dell'autorità è rivelato dal citato caso Facebook/Bundeskartellamt: il procedimento è iniziato il 1° marzo 2016; la decisione, sfavorevole a Facebook, è

ISSN 2036-7821

retrospettivo, mirato allo specifico caso. Con il DMA si è inteso introdurre una normativa integrativa del diritto della concorrenza, che mira a garantire la contendibilità e l'equità dei mercati nel settore digitale, indipendentemente dagli effetti reali, potenziali o presunti, sulla concorrenza e senza che occorra la previa identificazione del mercato rilevante e la prova dell'abuso[37]. Come posto in rilievo da attenta dottrina, "la sua dichiarata complementarità non toglie che il nuovo regolamento si avvalga dei precedenti del diritto della concorrenza, generalizzati come regole *ex ante*"[38].

Il *case study* analizzato si riferisce ad Amazon, azienda americana titolare del più importante *marketplace* nel settore dell'*e-commerce*[39] che regola le attività commerciali sulla sua piattaforma, con la capacità di conformare, e trasformare, lo *small business* (si parla di *platformization*)[40].

A questa veste di regolatore privato ne assomma altre[41], e una in particolare: l'attività commerciale di vendita al dettaglio, in concorrenza con quella dei venditori terzi che operano sul suo *marketplace*. In tal modo può avvantaggiarsi di grandi quantità di dati, non pubblici, di detti venditori terzi[42].

---

stata adottata il 6 febbraio 2019, poi sospesa dalla Corte d'appello di Düsseldorf con pronunzia cautelare 26/08/2019: da questo contenzioso è originata la questione pregiudiziale decisa da Corte giust. UE, sent. 4/07/2023, in causa C-252/21.

[37] Il DMA lascia impregiudicati gli artt. 101 e 102 TFUE, come pure le corrispondenti norme nazionali. Sono fatte salve anche le altre norme nazionali sulla valutazione caso per caso dei comportamenti unilaterali: v. *considerando* 7 e 11 reg. 2022/1925 e la relazione alla proposta della Commissione 15.12.2020, COM (2020) 842 final, p. 5: la nuova normativa «riduce al minimo gli effetti strutturali pregiudizievoli delle pratiche sleali *ex ante*, senza limitare la possibilità di intervenire ex post in virtù del diritto dell'UE e nazionale in materia di concorrenza».

[38] M. NIDRI, *I Signori del Tech e la sfida sulle regole: il caso Amazon*, in *federalimsi.it*, n. 28/2023, p. 104.

[39] Il *marketplace* è una piattaforma a due versanti su cui il gestore fornisce a consumatori e venditori servizi di intermediazione volti a favorire l'incontro tra la domanda di acquisto dei primi e l'offerta dei secondi, nonché la conclusione e l'esecuzione della transazione. Per la definizione dei servizi di intermediazione online v. l'art. 2, n. 2, reg. UE 2019/1150, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, cui rinvia il DMA nel porre le definizioni: art. 2, n. 5), reg. UE 2022/1925.

[40] Sulla capacità trasformatrice di Amazon, M. WEIGEL, *Amazon's Trickle-Down Monopoly: Third-Party Sellers and the Transformation of Small Business*, Data and Society Research Inst. Report, 4 Jan 2023, *ssrn.com/abstract=4317167*.

[41] Amazon è attiva in più mercati di prodotto: oltre l'e-commerce, in cui opera attraverso il proprio marketplace sia nella vendita diretta ai consumatori (Amazon Retail) sia nell'offerta di servizi di intermediazione a venditori terzi, sono da considerare: il servizio di logistica e distribuzione *Fulfillment by Amazon* (FBA), su cui torneremo; prodotti e servizi come musica in streaming, video on demand, dispositivi elettronici (Alexa, FireTV, Fire Tablet, Kindle); servizi di cloud computing, attraverso la piattaforma Amazon Web Services (AWS) che è leader dei servizi cloud, con una quota di mercato del 32%, davanti al 22% di Microsoft e all'11% di Google.

[4242] I dati non pubblici sono ricavati da Amazon grazie all'analisi delle attività sul *marketplace* dei venditori terzi. Secondo la Commissione UE, i sistemi automatizzati di Amazon e i dipendenti incaricati della vendita al dettaglio («Amazon Retail») utilizzano i dati di venditori terzi per individuare i prodotti da lanciare, iniziare e terminare la loro vendita, individuare i fornitori, negoziare i prezzi e le condizioni all'ingrosso, pianificare e gestire le scorte e stabilire i prezzi delle proprie offerte al dettaglio: v. Commissione Ue, Comunicazione C(2022) 5078, ai sensi dell'art. 27(4), reg. n. 1/2003, sui casi AT.40703 *Amazon–Buy Box* e AT.40462 *Amazon Marketplace*, in G.U.U.E. C 278/8 del 20.7.2022 (*ivi* la sintesi dei due casi in vista del *market test* su impegni). Sulle pratiche di *self preferencing* con part. riguardo al provvedimento di Agcm 30/11/2021 n. 29925, A528, in *agcm.it*, F. GHEZZI, M.

ISSN 2036-7821

In via ulteriore, Amazon concede vantaggi sul *marketplace* ai soli venditori terzi che utilizzano il suo servizio di logistica, il c.d. *Fulfillment by Amazon* (FBA), quali il *badge Prime* e una più alta probabilità di aggiudicazione della *Buy Box*. Le offerte che utilizzano i servizi FBA ottengono, rispetto a quelle gestite dai venditori in proprio o tramite operatori di logistica terzi, maggiore visibilità e un miglioramento delle vendite su Amazon.

Entrambe le condotte possono costituire, in violazione dell'art. 102 TFUE, uno sfruttamento abusivo della posizione dominante che Amazon detiene nel mercato dei servizi di intermediazione su *marketplace* e anche in quello dei servizi di logistica per e-commerce[43]. Da qui l'apertura delle indagini: una dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm), circoscritta alla questione della logistica; le altre due, della Commissione UE, su entrambi i profili (logistica e dati).

Nell'aprile 2019, l'Autorità italiana ha aperto l'istruttoria sui vantaggi riservati ai venditori terzi che utilizzano il servizio di logistica di Amazon. Nell'adunanza del 30 novembre 2021[44] ha concluso il procedimento, comminando l'ingente sanzione di un miliardo e 128 milioni di euro per violazione dell'art. 102 TFUE. Secondo l'Autorità, Amazon fa leva sulla posizione dominante nel mercato dei servizi d'intermediazione sui *marketplace* per favorire il proprio servizio logistico e di distribuzione a scapito di quelli offerti dagli operatori concorrenti: con risultati ragguardevoli, visto che oltre il 73 per cento dei venditori del *Marketplace* di Amazon si affida per l'evasione degli ordini a questo servizio, non a caso definito la "ferrovia dell'*e-commerce*"[45].

I venditori che non si servono dei servizi di Amazon – non rientranti nel servizio di logistica *Seller Fulfilled Prime*, distinto dal primo, ma pur sempre qualificato e monitorato da Amazon e dunque, secondo l'Agcm, da esso dominato – subiscono effetti negativi. Esclusi dall'accesso a *Prime*, vedono compromesse le possibilità di vendita ai membri del programma di fidelizzazione e l'accesso alla *Buy Box*, oltre che la partecipazione agli eventi speciali come il *Black Friday*.

Assieme alla sanzione pecuniaria, Agcm ha prescritto una modifica della condotta aziendale di Amazon, demandandone la verifica a un fiduciario designato da Amazon, con il placet dell'Autorità. È la parte più invasiva della decisione – incide infatti sul *business model* – ed anche la più innovativa, perché chiede ad Amazon di definire requisiti soggettivi e standard equi e non discriminatori per i venditori terzi e di riconfigurare il programma *Seller Fulfilled Prime* qualificando tutti i venditori

---

MAGGIOLINO, *Considerazioni intorno al provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza nel caso FBA Amazon: nulla di nuovo sotto il sole?* in *Riv. regolazione mercati*, n. 2/2022 e *infra* nel testo.

[43] Cfr. Agcm, provv. 30/11/2021, n. 29925, cit., § 507 ss.

[44] Agcm, provv. 30/11/2021, n. 29925.

[45] Cfr. US House of Representatives, Judiciary Committee, Sub-Committee on Antitrust, *Investigation of Competition in the Digital Marketplace: Report and Recommendations* (ottobre 2020), 207-276, www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT- *117HPRT47832/pdf*.

ISSN 2036-7821

terzi su Amazon.it che dimostrino di possedere i requisiti e di rispettare gli standard equi e non discriminatori di cui sopra. Da rilevare che l'Autorità non ha accolto l'*efficiency defence* avanzata dall'impresa, sulla base del beneficio che sarebbe assicurato ai consumatori dalla politica commerciale sotto esame[46].

La Commissione, sulla base della *broad discretion*, ha escluso l'Italia dal proprio raggio d'indagine, ritagliando il mercato di riferimento al fine di permettere la conclusione del procedimento dell'Agcm, iniziato tempo prima dall'autorità italiana.

Il giudice amministrativo italiano ha prima sospeso la sanzione inerente al *model business* delineato dall'AGCM quale obbligo di fare nei confronti di Amazon al fine di attendere il giudizio europeo sul gravame di Amazon relativo agli atti d'impulso dell'indagine della Commissione[47].

Nell'ambito del sistema elastico e discrezionale fondato sulla cooperazione tra autorità nazionali e polo centrale europeo è stato chiarito che l'atto con cui la Commissione ha escluso l'Italia dalla propria indagine non è immediatamente lesivo e quindi non impugnabile da Amazon.

Successivamente e in maniera del tutto irrituale, il Tar Lazio ha prorogato tale sospensione in attesa della risoluzione in via pregiudiziale della questione di compatibilità al diritto euro-unitario dell'art. 14 della legge 689 del 1981 (Caronte c. Agcm) la cui applicazione determinerebbe la tardività dell'avvio del procedimento presso l'Autorità italiana per violazione del termine di novanta giorni[48]. Detta questione pregiudiziale è essenziale anche ai fini della decisione del ricorso Amazon. Da ciò è intervenuta la nuova sospensione, che comporta una (problematica) ultrattività della pronuncia cautelare sospensiva emessa dal Tribunale relativamente alle prescrizioni comportamentali dettate da Agcm[49].

---

[46] Il punto è stato rilevato da S. CASSESE, *Occhi chiusi e botte da orbi*, in *fondazioneluigieinaudi.it*, 16/02/2022, che rimprovera Agcm per non aver considerato l'efficienza e la qualità del servizio offerto e, quindi, il *consumer welfare*; oltre tutto, Amazon sarebbe stata sanzionata «perché grande in un mercato (delle consegne) che l'antitrust ha voluto considerare piccolo». Sul benessere del consumatore come standard v. comunque il dibattito in corso negli USA richiamato *infra*.

[47] Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, nel concedere la misura cautelare sospensiva di dette misure, ha rilevato la «particolare pervasività degli obblighi imposti dall'Autorità» e il rischio di «una attuazione diversificata di misure differenti a livello europeo e italiano», così TAR Lazio, Roma, ord. cautelare 10/03/2022, n. 1530.

[48] TAR Lazio, Roma, ord. 28/10/2022, n. 13945, ha ritenuto rilevante ai fini della controversia al suo esame l'esito della causa d'appello innanzi alla Corte di Lussemburgo (e ha conseguentemente sospeso il giudizio) in ragione dell'identità delle censure formulate sul punto innanzi al g.a. e al giudice UE.

[49] Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, ord. 01/08/2023, n. 12962, Caronte; la questione pregiudiziale così posta pende innanzi alla Corte di giustizia UE come causa C-511/23. L'ulteriore sospensione del giudizio Amazon è stata disposta da T.A.R. Lazio, Roma, ord. 15/11/2023, n. 17065, senza sollevare distinta questione pregiudiziale: è una sospensione impropria, così detta per la pendenza della questione di legittimità di una norma, applicabile in giudizio, ma sollevata in una diversa causa. La sospensione impropria è pacificamente applicabile al processo amministrativo, nel rispetto dell'economia dei mezzi processuali e della ragionevole durata del processo: Cons. Stato, Ad. plen., ord. 15.10.2014, n. 28. T.A.R. Lazio, Roma, ord. 10/03/2022, n. 1530, aveva sospeso in via cautelare

ISSN 2036-7821

Rispetto al susseguirsi di detti incidenti di pregiudizialità che hanno inciso l'iter giudiziario italiano[50], si è avuto "il risultato, paradossale, che proprio i consumatori italiani, la cui Autorità per la concorrenza si era attivata per prima, non usufruiscono, allo stato, delle misure correttive vigenti negli altri Paesi UE"[51].

Uno dei profili di maggiore interesse della vicenda esaminata concerne il rapporto tra l'emanazione del DMA e la condotta di Amazon rispetto a tale inedito regolativo.

L'approvazione, nel luglio 2022, del DMA ha spinto Amazon a presentare impegni correttivi delle sue politiche commerciali già nella fase di *vacatio* del regolamento[52]: è molto meglio attuare misure offerte (e dunque previamente valutate quanto a fattibilità ed impatto) che subire in un prossimo futuro prescrizioni imposte.

---

le misure comportamentali disposte da Agcm, "in ragione della particolare pervasività degli obblighi imposti dall'Autorità nonché del rischio di una attuazione diversificata di misure differenti a livello europeo e italiano". Agcm aveva quindi chiesto la revoca ex art. 58 c.p.a. di detta ordinanza cautelare, perché l'accettazione di impegni di Amazon in ambito europeo pressoché coincidenti con le prescrizioni di Agcm escluderebbe il rischio di contrasto tra procedimenti nazionale ed europeo posto a base di detta ordinanza sospensiva; tuttavia il T.A.R. ha respinto detta istanza, ritenendo prevalenti le esigenze cautelari fino alla conclusione del giudizio (ord. cau. 29/01/2024, n. 399).

[50] Esso si è concluso con la recente sentenza TAR Lazio n. 15919/2025. Il Tribunale capitolino ha confermato l'individuazione di due mercati rilevanti operata dall'AGCM: mercato dei servizi di intermediazione su marketplace (dove Amazon detiene posizione dominante); mercato dei servizi di logistica per e-commerce (dove si producevano gli effetti escludenti). Un aspetto centrale della decisione riguarda la valutazione del servizio SFP, introdotto da Amazon come alternativa per ottenere l'etichetta Prime senza utilizzare FBA. Il TAR ha confermato la valutazione dell'AGCM secondo cui SFP non costituiva una vera alternativa, in quanto Amazon manteneva un controllo pervasivo sui rapporti tra venditori e vettori, negoziando prezzi e condizioni contrattuali. Il Tribunale ha confermato che le condotte avevano prodotto effetti significativi: a) aumento dell'utilizzo di FBA dal 30-40% al 50-60% dei venditori; b) crescita della quota di fatturato FBA fino al 60-70% del valore totale degli ordini; c) riduzione della presenza dei venditori su piattaforme concorrenti; d) ostacoli per gli operatori logistici indipendenti. La sanzione originaria di oltre 1,1 miliardi di euro è stata parzialmente ridotta. Il TAR ha accolto la censura relativa all'aumento del 50% applicato dall'AGCM, ritenendo insufficiente la motivazione per l'applicazione della misura massima prevista dalle Linee Guida. La sanzione è stata quindi rideterminata eliminando tale incremento. Il GA ha invece confermato la qualificazione come "molto grave" dell'infrazione; la durata di 5 anni e 11 mesi (2016-2021) e il criterio di calcolo basato sui fatturati di entrambi i mercati rilevanti. Inoltre, Sono state confermate le misure imposte dall'AGCM, volte a garantire la pubblicazione dei requisiti per l'accesso al programma Prime; la modifica del servizio SFP per eliminare l'intermediazione di Amazon, l'equiparazione delle offerte Prime gestite dai venditori a quelle FBA, il monitoraggio uniforme degli standard Prime e la supervisione tramite trustee indipendente. La sentenza in commento rappresenta un importante precedente per la regolamentazione delle piattaforme digitali dominanti, dacché essa ribadisce che il *self-preferencing* costituisce abuso quando un'impresa dominante favorisce i propri servizi attraverso meccanismi non basati sui meriti; l'effetto potenziale è sufficiente per configurare l'illecito, senza necessità di provare danni concreti; le alternative apparenti (come SFP) non escludono l'abuso se mantengono il controllo dell'impresa dominante; le misure correttive devono essere proporzionate e idonee a ripristinare la concorrenza.

[51] M. NIDRI, *Amazon perde a Lussemburgo ma a Bruxelles gioca con successo la carta degli impegni*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.3, 2024, p. 575.

[52] Il testo definitivo risulta dalla risoluzione del Parlamento europeo del 5/07/2022 e dalla decisione del Consiglio del 18/07/2022. Il *Digital Market Act* è stato pubblicato in GUUE in data 12/10/2022 e si applica dal 2/05/2023, salva diversa decorrenza per alcune sue disposizioni (art. 54, reg. UE 2022/1925); è divenuto operativo a seguito della designazione dei *gatekeeper* (Commissione UE, decisione 06/09/2023). Amazon ha presentato impegni in data 14/07/2022.

ISSN 2036-7821

È interessante sottolineare che l'accoglimento degli impegni è stato avversato da alcune organizzazioni della società civile, con l'argomento che le misure comportamentali offerte sono facilmente eludibili e, pertanto, occorrerebbero misure strutturali e, specificamente, la separazione del *marketplace* di Amazon dalla sfera *retail* e dai servizi di logistica[53].
La Commissione ha ricevuto queste osservazioni, ma ha ugualmente ritenuto di accogliere gli impegni (con qualche modifica migliorativa rispetto al testo iniziale) contenenti la rinuncia all'uso dei dati non pubblici dei venditori terzi, modifiche al meccanismo selettivo per la *Buy Box* e la rinuncia al *self-preferencing* per il servizio di logistica e distribuzione.
Misure "pesanti" come quelle strutturali, pur sollecitate nella fase della consultazione pubblica, non sarebbero state coerenti con le contestazioni mosse nei procedimenti avviati. D'altronde, neppure il regolamento 2022/1925 si spinge a tanto, se non nel caso estremo della sistematica non ottemperanza alle prescrizioni comportamentali. Su questo c'è stato un confronto importante in seno alla Commissione che ha portato alla disposizione dell'art. 18 DMA (indagine di mercato su un'inosservanza sistematica), introdotta con finalità prevalentemente dissuasiva.
Questa prudenza si spiega con plurime ragioni. Le grandi imprese del digitale hanno all'attivo la creazione di servizi efficienti, apprezzati dagli utenti. Il diritto della concorrenza – e le nuove norme sui mercati digitali contendibili – non dovrebbero dimenticare il nesso tra l'efficienza dell'impresa e il benessere del consumatore, per cui diminuendo la prima si danneggia il secondo[54].

3. La problematica regolazione delle piattaforme digitali.

L'interessante caso Amazon sopra illustrato offre lo spunto per riflessioni ed osservazioni ulteriori.
Emerge un inedito profilo del *Brussel effect*, diverso da quanto si è osservato in seno all'emanazione del GDPR, assunto come paradigma europeo di tutela della *privacy* rispetto alla bulimia dei dati che anima compulsivamente l'industria del *tech*[55].

---

[53] UNI Europa, anche in nome di altre ONG, *Feedback to European Commission's request for comment on Amazon's proposedcommitments concerning marketplace seller data and access to Buy Box and Prime*, 8/09/2022, in *uni-europa.org/news/europeancommission- must-reject-amazons-attempt-to-derail-competition-investigation*.

[54] Sulla ipotesi di misure strutturali come la *divestiture*, è tuttora prevalente la tesi negativa esposta in part. da H. HOVENKAMP, *Antitrust Remedies for Big Tech*, in *Regulatory Rev.*, 2021, *www.theregreview.org*: gli *antitrust breakup* fanno in genere più danno che altro, perché riducono l'efficienza delle imprese e i vantaggi per i consumatori. L'A, apre, però, al *break off* degli *asset* acquisiti con una fusione: «Requiring divestiture to undo mergers is nearly always less disruptive than trying to break up integrated firms». con riguardo al benessere del consumatore è peraltro in corso un dibattito che tocca sia aspetti tecnici dell'*enforcement* che profili istituzionali: negli USA è alimentato dalle nuove *Merger Guidelines* predisposte nel 2023 dalla Federal Trade Commission (il testo provvisorio, oggetto di commento, è in www.ftc.gov/system/files, 17/07/2023), nel dichiarato intento di dare primaria salvaguardia al processo competitivo, anziché limitarsi al benessere immediato dei consumatori.

[55] F. FAINI, *Data Society, Governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, Milano, 2019.

ISSN 2036-7821

L'ecosistema digitale, sulla scorta delle prescrizioni contenute nel DMA e nel DSA[56], potrebbe mostrarsi più disponibile – in via negoziale- ad apportare correttivi ai modelli di *business* sinora implementati.

Trattasi di un'ipotesi di co-regolazione, in cui l'iniziativa privata interseca il potere pubblico, confermandosi la bontà del *Middle Out Approach*[57]. Esso rifugge l'impostazione autoritativa di regolazione dall'alto e, al contempo, non abdica totalmente all'anelito regolativo, come avviene nel caso della *self regulation*[58].

La regolazione europea col DSA e il DMA non si risolve nell'imporre un indirizzo autoritativo da parte delle istituzioni europee alle piattaforme digitali, tenuto conto che nel rapporto con esse è inattuale la tradizionale dinamica asimmetrica autorità/libertà che pone la legge – e a cascata il potere esecutivo – in una posizione *autorevolmente* superiore rispetto al cittadino e alle imprese[59].

---

[56] In argomento, sia consentito il rimando al saggio di recente pubblicazione, S. PUGLIESE- V. VISONE, *Le garanzie procedurali del DSA e i limiti euro-unitari al potere privato delle piattaforme digitali*, in D*iritto Pubblico Europeo*, fasc. 2/2025, pp. 145-180.

[57] Si richiamano e si condividono le conclusioni del saggio di U. PAGALLO, *Etica e diritto dell'Intelligenza Artificiale nella governance del digitale: il Middle-out Approach*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 29-44. L'A. segnala i principi cardine, definiti alla stregua di imperativi etici, da rispettare e garantire in seno allo sviluppo dell'IA: 1) dignità umana; 2) beneficenza e non maleficenza; 3) autonomia, concepita come rispetto dell'autodeterminazione e scelta delle persone; 4) giustizia, intesa come essere equo, e solidarietà; 5) trasparenza; 6) responsabilità 7) partecipazione democratica. Tali principi sono ricavati dal contenuto dei vari testi di *soft law* aventi ad oggetto l'etica dell'IA: *Statement on Artificial Intelligence, Robotics and 'Autonomous Systems* (2018); *Ethics Guidelines for Trustworthy AI* (2019), redatte dal Gruppo di Esperti di Alto livello della Commissione Europea sull'intelligenza artificiale in merito ad una IA affidabile e attendibile; *Artificial Intelligence, Automation, and Economic* (2016), curato dai rappresentanti della *Sillicon Valley*, riuniti nell'Ufficio *For Science and Tecnology* della Casa Bianca; *Asilomar AI Principles* (2017), frutto della seconda conferenza internazionale svoltasi ad Asilomar; *Progetto di rapporto recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica* (2017) e Institute of Electrical and Electronic Engineers (IEEE), *Ethically Aligned Design* (2019) che sostiene l'integrazione tra tecnologie e valori fondamentali già al momento della progettazione.

[58] U. PAGALLO, *Etica e diritto dell'Intelligenza Artificiale nella governance del digitale: il Middle-out Approach*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale,* cit., pp. 40-41 specifica che "il *middle-out approach* non significa che i modelli di coregolazione giuridica alternativi al GDPR debbano escludere ogni forma d'intervento 'dall'alto' o ogni tipo di auto-regolazione 'dal basso' … Bisogna cogliere il rapporto tra nuovi principi morali di soft ethics e nuove norme giuridiche primarie nel più vasto quadro del governo digitale… i problemi proposti dalle tecnologie "emergenti" richiedono

un intervento più complesso della regolazione dall'alto, o dal basso. La soluzione sta nel mezzo, mediando tra gli estremi della regolazione e dell'autoregolazione".

[59] In altro lavoro, già si è evidenziato che sul punto, "chi scrive è fermamente convinto che un approccio di *soft ethics* in combinato con la mediazione tra regolazione dall'alto e iniziativa privata dal basso, il c.d. *"middle-out Approach"*, sia la soluzione che meglio si adatta all'elastica struttura dell'IA" (V. VISONE, *Contributo allo studio della dimensione algoritmica della funzione amministrativa*, cit., p. 91). Si suole distinguere tra *hard ethics* e *soft ethics*, oppure, tra etica forte e soffice. La differenza tra i due modelli concerne il rapporto con la meta-etica (avente ad oggetto giustizia e ingiustizia), le teorie morali (che si occupa di ciò che è permesso e ciò che è proibito) e l'etica applicata (concernente i dilemmi morali rispetto ad uno specifico settore dell'esperienza, come quello dell'IA): nel caso di etica forte, essa assume una sorta di autonomia anche dalla normativa giuridica esistente, mentre l'etica soffice tende a completare il quadro giuridico esistente. In argomento, cfr. L. FLORIDI, *Soft Ethics and the Governance of the Digital*, in *Philosophy and Technology*, 2018, 31,1-8.

ISSN 2036-7821

Le *Big Tech*, infatti, si pongono in un'incontrovertibile posizione di forza, apolide[60] e inidonea ad essere costretta nelle maglie della fisiologica e ordinaria relazione con lo Stato[61] e le autorità amministrative[62].

Tale circostanza non è causalmente spiegata in ragione della *forza pratica dell'algoritmo*[63] oppure sulla scorta della potenza delle reti neurali o della capacità di autoapprendimento del *machine learning*. Le piattaforme digitali e l'universo dell'Intelligenza Artificiale non sono ontologicamente "inafferrabili" per l'autorità statale, poiché in alcuni ordinamenti- come quello cinese- il controllo sull'ecosistema digitale è totalizzante.

Come spiega doviziosamente Kate Crawford nell'interessante saggio *Né artificiale né intelligente, il lato oscuro dell'IA*[64], la forza delle piattaforme digitali, di cui Amazon è un esempio-paradigmatico, esprime una specifica geografia del potere, una deliberata scelta di uso del territorio, di sfruttamento della manodopera, di annichilimento dell'economia capitalistica così come precedentemente conosciuta.

Il successo dell'Intelligenza Artificiale è evidentemente radicato nell'analogico, dal momento che l'avanzata del potere economico, finanziario e sociale delle *Big Tech* si dispiega attraverso l'estrazione del silicio, il consumo forsennato di materiali rari nonché mediante le vessazioni lavorative che si nascondono dietro il funzionamento dell'IA.

---

[60] V. M. FAIOLI, *Protezioni a-geografiche. Riflessi del regime giuslavoristico anti-delocalizzazioni sulla disciplina del licenziamento collettivo e del rapporto previdenziale. L'intricato caso dei lavoratori delle piattaforme digitali UberEats e Deliveroo*, in *federalismi.it*, 3/2024, pp. 194-216

[61] "Messo a dura prova dalle nuove tecnologie", come sottolineato da L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google, Frontiere e sfide globali*, Firenze, 2020.

[62] In particolare, sarebbe preferibile ascrivere la materia alla competenza di autorità amministrative indipendenti. Esse si pongono in un rapporto di specialità con l'amministrazione tradizionale, operando già, per loro natura, al confine fra amministrazione, giurisdizione e politica: esse non si limitano ad applicare la legge, ma fissano delle regole, vigilando al contempo sulla loro applicazione. Circa i tratti caratterizzanti tale forma di amministrazione, si rimanda a A. PATRONI GRIFFI, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, nn.1-2, 2015.

[63] La locuzione è di A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, pp. 27. L'A., a proposito della c.d. forza pratica dell'algoritmo, ha osservato: "Formulerei così l'azione di questa forza: una volta introdotto un sistema automatico di decisione all'interno di un processo decisionale umano, il sistema automatico tende, nel tempo, a catturare la decisione stessa. Questo accade, di badi, non per ragioni di valore scientifico, di accuratezza predittiva o di affidabilità tecnica dell'automatismo, ma eminentemente per ragioni di convenienza pratica. Innanzitutto: per chi vede violato un suo diritto o una sua libertà, dimostrare che la decisione lesiva sia stata presa unicamente sulla base di un algoritmo è molto spesso una *probatio diabolica*; chi ha preso la decisione, infatti, avrà sempre la possibilità di sostenere che nella decisione si è solo avvalso dell'algoritmo, ma non è stato "sostituito" da esso, avendo autonomamente aderito alla valutazione effettuata dall'algoritmo … In secondo luogo, però, il principio di non esclusività sembra non riconoscere l'evidente forza "pratica" di qualsiasi automatismo valutativo che, da un lato, solleva il decisore dal *burden of motivation*, dal peso dell'esame e della motivazione; dall'altro, gli consente di "qualificare" la propria decisione con un crisma di "scientificità" ovvero "neutralità" che oggi circonda la valutazione algoritmica e le conferisce una peculiare – quanto infondata – "autorità"" (p.81).

[64] K. CRAWFORD, *Né intelligente né artificiale. Il lato oscuro dell'IA*, Il Mulino, 2021.

ISSN 2036-7821

L'algoritmo e la logica computazionale non spiegano la forza dirompente economica e sociale di Facebook, Google o Amazon, rappresentando una mera cartina di tornasole (*recte*: la sovrastruttura immateriale) del capitalismo di sorveglianza.
Invero, l'elemento fondativo dell'attuale crescita inarrestabile delle piattaforme digitali è stato l'approccio americano ed europeo del *laissez faire*, che ha dato vita ad un vero e proprio "ordinamento giuridico privato", prodotto, per l'appunto, dalla «deficienza dei mezzi giuridici istituzionali»[65] nel tutelare gli interessi dei cittadini[66].
Se ne deduce, quindi, che la regolazione europea di cui al DMA - allargando l'orizzonte, seppur in base ad altre logiche, il discorso pertiene anche al DSA - rappresenta una leva fondamentale per una co-regolazione costruita in maniera maggiormente paritetica tra Stati membri ed Unione Europea da un lato e le *Big Tech* dall'altro.

4. La conservazione dinamica degli istituti: la nuova veste dell'accordo amministrativo.

Dalla vicenda Amazon scaturisce l'ulteriore effetto della commutazione della natura dell'accordo amministrativo[67], osservando ciò che in linea teorica l'AGCM e la Commissione potrebbero *sistematicamente* concordare con le piattaforme digitali, attraverso un'esecuzione co-gestita e negoziale delle prescrizioni del DMA e il DSA.
L'accordo amministrativo[68], sostitutivo del provvedimento[69], consente all'amministrazione il conseguimento in via negoziale[70] di risultati ulteriori (o con

[65] Così S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi* (1909), in ID., *Scritti minori*, I, a cura di G. Zanobini, I, Giuffrè, Milano 1950, pp. 311 ss.

[66] M. C. GIRARDI, *Libertà e limiti della comunicazione nello spazio pubblico digitale*, in *Federalismi*, n. 17/24.

[67] L'art. 11 della legge n. 241 del 1990 ne individua di due tipi, l'accordo procedimentale (o integrativo o preliminare) che determina il contenuto discrezionale del provvedimento; l'accordo sostitutivo, che sostituisce il provvedimento. Il primo è un atto strumentale del procedimento, il secondo ne è l'atto conclusivo. La possibilità di sostituire il provvedimento con un accordo, con la riforma della legge generale sul procedimento amministrativo del 2005, è praticabile per qualsiasi procedimento (tranne quelli indicati dall'art.13): non solo procedimenti che rifletto un incontro tra volontà dell'amministrazione e quella del privato (come le concessioni), ma anche procedimenti (come quelli sanzionatori) che rifletto la prevalenza della prima sulla seconda. Cfr. S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, V ed., Milano, Giuffré, 2015, pp. 338-339.

[68] Sull'oggetto dell'accordo di programma, G. DI GASPARE, *Dal government alla governance delle politiche pubbliche e gli strumenti negoziali*, II ediz., in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2021, pp. 62-63.

[69] F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998.

[70] "Ciò che è interessante verificare, allora, è se il principio di consensualità, specificando e venendo in ausilio al principio di democraticità, possa davvero attenuare il principio di autorità sul quale da sempre si regge il potere amministrativo. Non si può nascondere, del resto, che proprio dalla trasformazione in senso democratico dell'amministrazione dipende la trasformazione dello stesso Stato in senso egualmente democratico. È stato rilevato, infatti, che il macroparadigma statuale corrente non è né originale né originario, ma il frutto di una combinazione di elementi, propri dello Stato di polizia e dello Stato di diritto. Certamente, l'introduzione del principio democratico ha cominciato la sua opera erosiva rispetto a questi ultimi, ma di esso si è fatta una

ISSN 2036-7821

maggiore efficacia) rispetto alla definizione classica del procedimento con il provvedimento[71].

Come noto, l'introduzione dell'art. 11 e l'inserimento dell'accordo amministrativo nella legge n. 241/90 non sono stati accompagnati da una corrispondente applicazione massiva dello stesso.

Infatti, come dedotto da autorevole dottrina, "le dure repliche della storia hanno mostrato una realtà differente: gli accordi non sono mai riusciti a divenire figura generale; detto meglio, la fattispecie dell'art. 11 cit. è stata utilizzata poco (o forse nulla) nella sua configurazione per così dire «pura», cioè come base di diritto positivo a sé stante per concludere accordi fra privati e p.A."[72].

Non è questa la sede per sviscerare la complessa fattispecie dell'accordo amministrativo[73], oggi declinabile anche nelle forme del partenariato pubblico-privato[74], della co-programmazione e della co-pianificazione sussumibili alla

---

applicazione sostanzialmente limitata alla rappresentanza politica, sì che esso ancora poco ha potuto controbattere al principio di autorità", in questi termini, M. DE DONNO, *Il principio di consensualità nel governo del territorio: le convenzioni urbanistiche*, in *Riv. giur. edilizia*, fasc.5, 2010, p. 280.

[71] "L'accordo amministrativo è un contratto, cui l'Amministrazione partecipa nell'esercizio di potestà e poteri amministrativi. La disciplina codicistica delle obbligazioni e contratti non si sostituisce a quella pubblicistica degli atti amministrativi, ma si aggiunge ad essa, con funzione complementare e integrativa. L'Amministrazione conserva, dunque, i parametri normativi ed il regime giuridico dell'esercizio del potere, sia in fase di formazione, sia in fase di esecuzione. Tuttavia con l'accordo l'Amministrazione esaurisce il suo potere discrezionale a circostanze immutate e il vincolo contrattuale, che ne deriva, non può essere superato se non per sopravvenute esigenze di interesse pubblico, nei limiti della legittimità e nel rispetto, comunque, dell'equilibrio economico originario", in questi termini, G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 259. Sempre in argomento, cfr. G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, fasc.2, 2005, p. 223 ss.

[72] In questi termini, P. L. PORTALURI, *Sugli accordi di diritto amministrativo*, in Rivista Giuridica dell'Edilizia, fasc.4, 2015, p. 148.

[73] 8 Cfr., sul punto, L. MONTEFERRANTE, *Il Diritto dei contratti conquista gli accordi*, nota a sentenza Cons. Stato, Sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, pp. 955 e ss., ove si afferma che "l'istituto dell'accordo ex art.11 l. n. 241/90 non ha dimostrato alcuna significativa capacità di disciplinare fenomeni giuridici nuovi; mentre per converso esso ha incontrato straordinario favore nella giurisprudenza come categoria generale ritenuta idonea a ricomprendere istituti giuridici preesistenti (cessione volontaria, concessione – contratto, convenzioni urbanistiche) fornendo ad essi (almeno così si pretende) un miglior fondamento razionale e sistematico e (forse) una più chiara e compiuta disciplina" e F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro Amm.*, 1997, II, pp. 1273 ss., ove si constata che "della rivoluzione non si hanno ancora i segni e neppure le avvisaglie: secondo quanto ci riferiscono i più esperti magistrati e funzionari, avvocati e consulenti di amministrazioni, gli accordi endoprocedimentali non si concludono, né si hanno trattative per la ricerca di soluzioni consensuali".

[74] Di recente la dottrina ha attenzionato molto l'argomento. Vedasi *ex multis* S. ANTONIAZZI, *Beni culturali e partenariato pubblico-privato atipico nel Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 8/2024, pp. 1-33; A. CONTARDI, *Innovazione e sostenibilità nel settore culturale: i partenariati come strumento di innovazione sociale*, in *Munus*, 1/2024, pp. 255-273; L. ZANGHI BUFFI, *Il partenariato pubblico-privato: le concessioni e la finanza di progetto*, in *Giornale di diritto amministrativo* 3/2023, pp. 364-37; G. SERRA, *Il Partenariato pubblico-privato nella filosofia del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2023, pp. 851-884; A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *Diritto amministrativo*, 2/2022, pp. 441-469.

ISSN 2036-7821

fenomenologia dell'amministrazione condivisa[75].

Prendendo spunto dall'insegnamento di Berti, il quale in tempi non sospetti si interrogava sull'opportunità di rivisitare i moduli di agire dell'amministrazione dinanzi ad "un mondo dominato dallo scambio, dove anche la reciproca riconoscibilità dei soggetti politici e privati avviene in ragione di scambio o di contratto, (riteneva) assurdo pensare che l'amministrazione pubblica si d(ovesse), al contrario, ritirare in una sorta di esilio monacale, per custodire gelosamente le icone del potere imperativo, dell'atto unilaterale, e via dicendo"[76], l'accordo amministrativo potrebbe ritrovare nuovi spazi di applicazione[77] in ordine alla concertazione amministrativa con le piattaforme digitali e la declinazione esecutiva degli *input* procedurali del DSA e del DMA.

Ciò che prospetticamente potrebbe intervenire nell'accordo tra *Big Tech* e Commissione UE (o Autorità nazionali[78]) concerne la rivisitazione dell'architettura assiologica che regge il funzionamento delle piattaforme digitali, inferenza amministrativa di stampo co-regolatorio che inferisce il *model business* di tali soggetti.

Come già rilevato, l'assolutismo della libertà d'impresa è il principio cardine su cui si è fondato l'attuale impero oligopolista delle *Big Tech*[79].

Attraverso tali accordi, che evitano l'intervento autoritativo della Commissione (o dell'Autorità domestica dello Stato membro[80]), è auspicabile nel rapporto con le piattaforme digitali[81] e gli ordinamenti statali (o sovranazionali) una rivitalizzazione

---

[75] Cfr. N. VETTORI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo codice dei contratti pubblici: matrici teoriche, disallineamenti sistematici e profili innovativi*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2023, pp. 813-850; G. FIDONE, *Il coinvolgimento del settore privato nell'amministrazione condivisa dei beni comuni: un "patto" tra parte pubblica, comunità e privati, fondato sulla fiducia e collaborazione*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2023, pp. 373-395 A. BERRETTINI, *La co-progettazione "alla luce" del Codice del terzo settore e "nella penombra" del Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 27/2022, pp. 1-46;

[76] "Queste erano e sono figure simboliche proprie di un linguaggio che si era specializzato per dare finitezza o completezza, in tutte le sue propaggini, a un potere politico che voleva garantirsi attraverso una appropriata e speciale giuridicità", così G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'azione amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S.Giannini*, Vol. II., Editore, Milano 1988, 49 ss.

[77] In argomento, cfr. A. CONTIERI, Relazione alla Presentazione della ristampa del volume di Francesco Pugliese *Sull'amministrazione consensuale: Nuove regole, nuova responsabilità*, in *Diritto e processo amministrativo*, 3/2014, pp. 798-806.

[78] Anche attraverso strumenti di *soft law*. In tema, cfr. E. ALBANESI, *Le "Linee-guida" dell'Agcom sugli "influencer" nella prospettiva dell'attività di informazione e del costituzionalismo digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto* 1/2024, pp. 73-85.

[79] In tema, di recentissima pubblicazione, risulta di particolar interesse il saggio di P. Piluso, *Poteri privati, diritti fondamentali e interessi legittimi: costituzionalismo digitale e «amministrativizzazione» del potere privato,* in *Consultaonline*, 2, 2025.

[80] Circa la possibilità che le Autorità indipendenti assurgano a ruolo di contropotere rispetto alle piattaforme digitali, M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e giustizia digitale*, Mimesis Edizioni, 2023.

[81] «La formazione di un vasto potere di mercato riconducibile ad un numero ristretto di piattaforme digitali costituisce un dato economico considerato ormai per acquisito, sebbene risulti un fenomeno di recente e rapida affermazione», in questi termini G. Buttarelli, *La regolazione delle piattaforme digitali: il ruolo delle istituzioni pubbliche*, in *Giornale Dir. Amm.*, 1, 2023, 116. L'A. spiega doviziosamente il meccanismo dell'autoregolazione, che in merito

ISSN 2036-7821

della tutela della dignità umana, la sindacalizzazione delle piccole imprese oppure l'implementazione della strategia di lotta alla disinformazione divampante nel *web*[82].
Da ciò si ricava il superamento della natura eminentemente tecnocratica di tali autorità[83], poiché "gli ambiti di decisione delle autorità indipendenti reclamano valutazioni di carattere non solo tecnico, ma anche politico. Ad essere coinvolti negli ambiti di pertinenza delle *authorities*, infatti, ci sono interessi collettivi eterogenei, la cui regolazione impone un'attenta valutazione delle condizioni e delle effettive implicazioni di ogni decisione, ben al di là di considerazioni di natura esclusivamente tecnica"[84].
Quelli menzionati potrebbero essere obiettivi realizzabili nei meandri dell'auspicata co-regolazione pubblica-privata.
Su tali premesse, differenti dall'impostazione tradizionale che ha caratterizzato la genesi e l'evoluzione dell'art. 11 della legge 241 del 1990, in seno a tale negoziazione amministrativa si inseriscono anche aspetti di geopolitica, attesa la sensibilità americana rispetto alle sorti delle *Big Tech* americane.
Nell'accordo co-regolatorio potrebbe celarsi anche l'intento elusivo della piattaforma digitale rispetto all'approccio euro-unitario, come è stato detto di Amazon. Ciò sarà verificabile allorquando l'attuazione dell'accordo non sortirà gli effetti auspicati: se effettivamente tutto cambia perché nulla cambi, il tentativo europeo sarà

---

alla c.d. *platform regulation* discorre di strumenti essenziali: la definizione dell'infrastruttura della piattaforma e l'accettazione dei termini e delle condizioni di servizio. In specie, mediante il design e il concreto sviluppo delle funzionalità tecniche della piattaforma, «si delineano i confini materiali entro cui saranno possibili le interazioni degli utenti, circoscrivendo così in via preventiva le modalità e i termini di utilizzo della piattaforma. Il fenomeno, a cui è solito riferirsi utilizzando il termine *algorithmic governance*, solleva il tema dell'informatica quale strumento implicito di regolazione, e quello, ad esso conseguente, della possibile concorrenza tra regole tecniche e regole giuridiche nella definizione dei rapporti tra utenti e piattaforme (tra i primi studi, a cui si deve peraltro l'utilizzo della celebre espressione «*code is law*», Lessig, 1999). Il principale strumento normativo della *self-regulation* è costituito tuttavia dalle condizioni e dai termini del servizio, ovvero dal documento che stabilisce le modalità generali per l'erogazione del servizio e la disciplina del rapporto contrattuale tra piattaforma e utenti. La quasi totalità delle c.d. community standard contengono regolamenti marcatamente asimmetrici dei relativi rapporti contrattuali, i quali sono attuati attraverso l'imposizione in via prevalente di una serie di obblighi per l'utente, a cui fa da corrispettivo la previsione di un numero consistente di facoltà, poteri ed autorizzazioni per la piattaforma».

[82] Poiché l'informazione va dislocandosi in canali ulteriori, rendendo complessa una efficace Regolamentazione «lecito ed illecito si incontrano e si incrociano, si intrecciano e costituiscono gli ambiti non sempre ben definibili e riconoscibili di responsabilizzazione e di tolleranza in una dimensione universale […]. Dobbiamo allora immaginare regole nuove fondate e incentrate sulle tecnologie o estendere ancora quelle regole tradizionali, gli istituti tradizionali, le formalità tradizionali al mondo digitale?». In questi termini, G. CORASANITI, *Regolazione, autoregolazione, sovraregolazione della rete: dal "far" web al "fair" web*, *in Diritto di internet*, n. 12, 2021, p. 9.

[83] Cfr. F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n.11, 2006; A. PATRONI GRIFFI, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, nn.1-2, 2015; F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001.

[84] G. PISANI, *Dalle autorità amministrative indipendenti alla democratizzazione del digitale. Notazioni a partire da un recente volume di Mauro Barberis*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2024, pp. 153-160.

ISSN 2036-7821

fallimentare, seppur commendevole nei propositi.
Sotto altro profilo, tale concertazione amministrativa potrebbe rivelarsi un'altra manifestazione dell'ormai consolidata contrapposizione tra i *signori della rete*[85] e gli ordinamenti statali e sovranazionali. Assumendo quale paradigma il principio di buona fede e il ripristino effettivo e sostanziale dell'autodeterminazione del cittadino/utente – attraverso la riduzione delle asimmetrie informative con le piattaforme gitali – si "apre all'immaginazione di un canale di co-regolazione in cui le autorità amministrative indipendenti, chiamate …. ad arginare il potere delle piattaforme, possano collaborare con gli utenti, organizzati all'interno di corpi intermedi, ad una nuova forma di governo democratico del web"[86].

5. Notazioni conclusive.

L'ordito regolatorio europeo costituisce uno sforzo di formale sistemazione del rapporto di mercato e di servizio che si configura con le piattaforme digitali[87].
Aderendo alla posizione già assunta da attenta dottrina[88], occorre primariamente accludere le piattaforme digitali alla categoria delle *public utilites*.
Prendendo le mosse da tale condizione-postulato, si giustificano l'applicazione e la pertinenza nei confronti delle piattaforme digitali dei principi di trasparenza, motivazione e imparzialità tipici dell'azione amministrativa[89].
Il potere autoregolativo (*recte*: autarchico) delle *Big Tech* ha dato la stura ad un difetto di cornice regolatoria di fenomeni che progressivamente si cerca di ricondurre a ragione normativa.
All'interno del mondo *algoritmizzato* è acclarata la crisi delle fonti produttive di diritto e, di rimando, è enfatizzata la vigoria della *lex mercatoria*[90] surrogante la

[85] B. ROMANO, *Algoritmi al potere, Calcolo Giudizio Pensiero*, Torino, 2018, p. 27 che così si esprime: "I signori degli algoritmi sono persone in carne ed ossa, non metalliche macchine intelligenti, computer in grado di eseguire un sempre più alto numero di operazioni, svolte in un tempo costantemente più accelerato".

[86] G. PISANI, *Dalle autorità amministrative indipendenti alla democratizzazione del digitale. Notazioni a partire da un recente volume di Mauro Barberis*, cit., p. 170.

[87] Il problema del potere dei privati, in gradi di inferire l'ordinamento ed elevarsi a fonti normativa di fatto, è risalente nel tempo. In argomento, rimane drammaticamente attuale la riflessione di C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977. Secondo l'A. "i poteri autoritari di fatto possono esprimere l'esistenza di un centro di forza socio-economica che impone le sue decisioni avvalendosi proprio delle comuni posizioni giuridiche di libertà e di autonomia ugualmente spettanti ai privati" (p. 56). Discorrendo di gruppi organizzati, quali partiti e sindacati, il Maestro rileva che "riguardo a tali associazioni si avverte l'esigenza di una regola democratica effettiva che eviti il formarsi di ruoli fissi di governanti e governati. Mancano tuttavia appropriati rimedi giuridici" (pp.59-60).

[88] Condivisibili sono le riflessioni di E. CREMONA, *Le piattaforme digitali come public utilities: perché non applicare alcuni princìpi di servizio pubblico?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.1, p. 467 ss.

[89] Sul punto, si aderisce alla rappresentazione di E. CREMONA, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2023, pp.234-252.

[90] "Il principale strumento della innovazione giuridica è il contratto… Il contratto prende il posto della legge anche per organizzare la società civile…Si spinge fino a sostituirsi ai pubblici poteri nella protezione di interessi

ISSN 2036-7821

fattispecie normativa[91].

Possono trarsi sinteticamente alcune notazioni sparse da quanto approfondito in questa sede.

E' confermata l'elasticità del sistema di cooperazione tra Commissione e Autorità nazionali; il sindacato del giudice amministrativo, per questioni pregiudiziali che si son susseguite nella fase cautelare[92], ha causato paradossalmente un *vulnus* per i consumatori italiani, palesandosi la necessità di riflettere sul rapporto tra fase cautelare e rinvio pregiudiziale; si registra una rivisitazione ontologica dell'accordo amministrativo, come testé delineato.

Se il compito degli amministrativisti si staglia sulla traduzione del diritto costituzionale nella pratica, in tale solco è mutuabile lo schema aristotelico di "atto" e "potenza"[93], che informa la relazione tra la *pars* costituzionale (o euro-unitaria) e amministrativa, col principio di legalità[94] che *inframmezza* il rapporto tra normazione ed esecuzione del precetto.

L'accordo tra Amazon e Commissione è il risultato di una dialettica tra le parti in cui la Commissione ha tratto forza negoziale – piuttosto che mera legittimazione- dall'ordito normativo in divenire (il DMA).

Si segnala una commutazione del principio di legalità[95], poiché la norma europea conferisce forza negoziale all'amministrazione nei confronti delle piattaforme digitali, cosicché il parametro legale non è più inteso esclusivamente come fonte

---

generali, propri dell'intera collettività, quale interesse dei consumatori…", in questi termini, F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010, p. 243.

[91] Rispetto ad una sostituzione completa dell'ordine statale e dell'imperio normativo dello stesso a favore della *lex mercatoria*, autorevole dottrina ha osservato che "il capitalismo non può fare a meno dello Stato, o di ciò che resta del diritto formale, e, più in particolare, della tutela coercitiva che protegge i beni e assicura l'attuazione di accordi e sentenze", così N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 16.

[92] Sul tema generale del sistema cautelare, si segnala il contributo di G. POLI, *In principio sono i diritti. Considerazioni a margine della tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *federalimsi.it*, n. 12/2022, pp. 177-219; in via ulteriore, si cfr. M. LIPARI, *La "nuova" tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le "esigenze imperative di interesse generale"*, in *federalismi.it*, 2017, 5, pp. 65; A. ZITO, *La tutela atipica nel processo amministrativo tra principio di effettività, principio di equità e principio di proporzionalità: saggio di metagiurisprudenza*, in *Nuove autonomie*, 2017, 3, pp. 567-582. Rispetto alla ponderazione degli interessi eseguita dal giudice in tale fase interinale del processo, si rimanda alla brillante analisi di M. R. CALDERARO, *La comparazione degli interessi nel giudizio cautelare amministrativo*, in *federalismi.it*, n. 27/2020, pp. 223-266 il quale propone un interessante parallelo col sistema cautelare francese.

[93] Visione ripresa e attualizzata da E. STEIN, *Potenza e Atto. Studi per una filosofia dell'essere*, Roma, Città Nuova, 2006.

[94] Sul principio di legalità, tra gli altri M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato,* Torino, 2003; F.G. SCOCA, voce "*Attività amministrativa*" in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002, 75; v. anche F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità: la decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007; ID., *La legalità amministrativa: altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012.

[95] Per un approfondimento del rapporto tra il principio di risultato e la Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. Pubb*., 2019, Fascicolo 1, pp. 5-41; ID, *Il significato formale dell'ideale del "governo delle leggi" (Rule of Law)*, in *Dir. Amm*., 2011, pp. 29-53.

ISSN 2036-7821

attributiva di un potere in favore dell'autorità amministrativa.
Altro interessante profilo da scandagliare riguarda il ruolo dell'Autorità indipendente (nel caso esaminato AGCM) nella regolazione dei mercati digitali.
Sul punto, si appalesa il definitivo tramonto della visione costituzionalistica che precludeva alle autorità indipendenti quote di discrezionalità politica amministrativa (quale contrappeso del potere regolatorio in regime di indipendenza dal potere legislativo ed esecutivo)[96].
In via speculare, sotto un profilo di ordine generale, si sacramenta l'opinione della dottrina amministrativistica[97] che, dal suo canto, è sempre stata a favore della concessione di spazi discrezionalità in capo a tali forme particolari di amministrazione.
Nel rapporto con le piattaforme digitali l'erompere delle autorità indipendenti[98] spiega con ancor più vigore la propria forza discrezionale, realizzando una forma di bilanciamento di interessi che assorbe plurimi profili di matrice politico-amministrativa.
Alla fine della presente riflessione condotta con metodo induttivo, si accoglie positivamente la reazione regolatoria europea, da cui avanzano gli spunti euristici dedotti attraverso l'esame del caso Amazon e gli effetti – seppur registrati in via embrionale- scaturiti dalla disciplina del DMA.
Se la disciplina antitrust non ha evitato il formarsi di posizioni di monopolio come quella detenuta di fatto da Amazon[99], il DMA può avere un impatto positivo perché palesa una *ratio legis* e un'architettura normativa più aderenti alla struttura del commercio elettronico governato da Amazon.
Urge un riequilibrio istituzionale nel rapporto con le *Big Tech*, come copiosa letteratura scientifica e autorevole dottrina hanno già denunziato[100].
A tal proposito, in nome della pregnanza assunta dalla proceduralizzazione

[96] Secondo tale dottrina di stampo costituzionale, alle Autorità indipendenti sarebbero riservate solo quote di valutazione esclusivamente tecnica. Cfr. M. MANETTI, *voce Autorità indipendenti (dir. Amm.)*, in *Enciclopedia giuridica*, 1997; S. SILEONI, *Tecniche di regolazione delle Autorità indipendenti: esperienze applicative*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2007*, Torino, 2007, pp. 140 ss.

[97] M. D'ALBERTI, *voce Autorità indipendenti (dir. Amm.)*, in *Enciclopedia giuridica*, 1997; G. MORBIDELLI, *I poteri impliciti: recensione a Cristiano Celone, La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità dei contratti pubblici,* in *Dir. e soc.*, 2015, pp. 223 ss.; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, 2007, pp. 116 ss.

[98] Si riprende l'espressione di A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità indipendenti*, Firenze, 1997, che si ritrova anche nel più recente contributo di E. CREMONA, *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 2/2021, numero speciale su *Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche*, pp. 879-907.

[99] Cfr. L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in *The Yale Law Journal*, 2017, 710 ss.; S. MANNONI-G.STAZI, *Is Competition a Click Away? Sfida al monopolio nell'era digitale*, Napoli, 2018.

[100] Vedasi A. SIMONCINI, *Quali fonti per regolare i nuovi poteri tecnologici? Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di stato e forma di governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, fasc. 2, speciale, pp. 723 ss.; M AINIS, *Il regno dell'Uroboro: benvenuti nell'epoca della solitudine di massa*, Milano, 2018, pp. 11-12.

ISSN 2036-7821

nell'ambito dell'ecosistema digitale, l'approccio auspicato nei confronti della *governance* privata della tecnologia si sintetizza nell'implementazione di un sistema adattato ai crismi dell'azione amministrativa[101], di cui l'accordo co-regolante è un esempio paradigmatico.

Posto che «il diritto del più forte non è vero diritto dacché si regge su una discrezionale e mutevole volontà del dominatore, imprevedibile epperciò dis-ordinante»[102], nel crinale di codesta reazione ordinante dell'Ue potrebbe rivelarsi decisiva l'eventuale concertazione co-regolante amministrativa[103].

La fascinazione di tale prospettiva si focalizza sul ruolo della Commissione e dell'Autorità domestica[104] cui è assegnato, in sede negoziale, l'arduo e inedito compito di dimensionare "l'arroganza….soffocante di quei poteri economici che sono i protagonisti del fenomeno globalizzatorio"[105].

L'ampliamento del perimetro di applicazione delle regole amministrative presuppone, ovviamente, che le piattaforme digitali siano trattate – nell'ambito del prevaricante "diritto dei privati"[106] - come *public utilites*, in ragione del fatto che se la produzione di diritto è parzialmente trasmigrata in capo ai giganti del web[107], per altro verso la dicotomia pubblico-privato non può essere rigidamente interpretata.

Dinanzi alla sfida della regolazione dell'ecosistema digitale, il "problema amministrativo"[108] si arricchisce di inediti profili e di nuovi orizzonti

---

[101] Aderendo alla prospettiva di O. FISCHMAN-AFORI, *Taking Global Administrative Law One Step Ahead: Online Giants and the Digital Democratic Sphere*, disponibile su SSRN: https://ssrn.com/abstract=3874915.

[102] Così M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Giuffrè, Milano, 2023, secondo, il quale "le nuove tecnologie hanno causato una rivoluzione autenticamente antropologica, cambiando la testa delle persone e con essa le strategie disponibili per i partiti nella ricerca del consenso" (p.68).

[103] In merito, si cfr. A. CARDONE, *Brevi note di sintesi sulla distinzione tra misure individuali e decisioni politiche nella regolazione degli algoritmi e nella definizione dei poteri delle Autorità garanti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2021, pp. 929-937.

[104] Circa il rischio di una violazione del princpio democratico correlato all'eccessivo peso istituzionale ed esecutivo concesso alle Autorità indipendenti, si rimanda a F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, in *Dirittifondamentali.it*, n.1, 2020, 944 ss.

[105] In questi termini, P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, Lectio doctoralis, 24 ottobre 2005, Aula Magna dell'Università di Bologna, in *Rass. forense*, 2006, p. 5.

[106] "Quello che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo, in mancanza, o nell'insufficienza, della legge statuale", così W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, 1929.

[107] Costringendo il giurista ad una rivisitazione delle "categorie tradizionali, a partire dal concetto stesso di fonte del diritto e di produzione normativa, abbandonando pigrizie intellettuali che ripropongano stancamente schemi che necessitano ormai inevitabilmente di aggiornamenti, senza però cadere nella tentazione opposta di ritenere che le coordinate ordinamentali siano ormai definitivamente erose se non superate", G. TARLI BARBIERI, Considerazioni di sintesi sul ruolo delle autorità amministrative indipendenti nella regolazione delle decisioni algoritmiche, in Osservatorio sulle fonti, fasc. 2/2021, pp. 7-8.

[108] Riprendendo la locuzione di F. LIGUORI (a cura di), *Il problema amministrativo, aspetti di una trasformazione tentata*, Napoli, 2021. In argomento è sempre attuale la rappresentazione di F.LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1993, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, pp. 339-340, secondo il quale "l'interessato può direttamente fissare i termini essenziali d'un problema, come tipicamente avviene quando il procedimento debba far seguito ad un'istanza già per se stessa indicativa di fatti, d'interessi, di dati normativi; in

ISSN 2036-7821

epistemologici[109].

In seno alla rivoluzione digitale[110], il rapporto amministrativo[111] e le relative guarentigie procedimentali e assiologiche si elevano a schermo protettivo dell'utente/cittadino al cospetto all'antisovrano[112] digitale.

Tirando le file del discorso, mediante il perseguimento della *"via amministrativa"* della co-regolazione negoziale, s'intende contribuire all'arduo compito di "catturare nuovamente quel potere che (i costituzionalisti) molti secoli addietro avevano saputo subordinare al diritto e funzionalizzare al diritto e funzionalizzare ai diritti", rifuggendo "i rischi di un costituzionalismo irenico che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni)" e tornando "ad un costituzionalismo polemico che si misuri col potere"[113], attraverso

---

questo caso incomberà all'amministrazione l'onere o dovere di problematizzare ulteriormente il tema attraverso l'inserimento di altri dati. Ma, soprattutto, l'interessato può modificare la situazione inizialmente delineata dall'amministrazione stessa rappresentando fatti ed elementi, che a quella situazione siano riferibili; e che quindi si introducono pur essi in un unico contesto problematico per essere vagliati nella loro effettività e significanza (…) Or ciò equivale a dire che anche l'istante o interventore può disporre o dispone del problema amministrativo, in quanto contribuisce con una propria attività a determinare la materia che dovrà essere sottoposta ad esame critico", cosicché "l'interventore è in grado di predeterminare almeno parzialmente l'andamento del processo decisionale attraverso assunzioni e allegazioni che possono essere utilizzate o disattese soltanto in seguito alle più appropriate operazioni di riscontro".

[109] "Questo processo di "amministrativizzazione" del potere privato in funzione della tutela dei diritti di libertà, che dunque si risolve in una pubblicizzazione (non sostanziale, ma) *funzionale"* si spiega su tre ordini di ragioni: "innanzitutto, perché il confine tra diritto pubblico e diritto privato- specie nell'ambiente digitale- non soccorre più, dovendosi semmai più correttamente distinguere tra il diritto promanante dai soggetti pubblici e il diritto dei privati… in secondo luogo, perché l'ordinamento italiano ed europeo è ormai pacificamente orientato verso una nozione "funzionale e cangiante" di pubblico… in terzo luogo, occorre osservare che l'ordinamento europeo e quello italiano sono disseminati di norme comunemente considerate di diritto pubblico che si applicano a soggetti privati", in questi termini, E. CREMONA *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, cit., pp. 231-232.

[110] Che "come ogni rivoluzione è assistita più o meno consapevolmente da aspirazioni e promesse, molte delle quali sembrano oggi trovare conferma", G. PESCE, *Digital First, Amministrazione digitale: genesi, sviluppi e prospettive*, Napoli, 2018.

[111] "Per rapporto amministrativo intendiamo la relazione che si instaura tra l'Amministrazione nell'esercizio di un potere amministrativo e il singolo cittadino, che vanti una situazione di interesse legittimo, in quanto destinatario o possibile destinatario di tale esercizio", G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in F. FRANCARIO - M.A. SANDULLI (a cura di) *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa,* Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 28. In senso critico sul tale concetto si è espresso M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, p. 240: "mette conto osservare che non sembra si possa parlare di 'rapporto' in senso stretto e proprio per indicare la relazione fra l'amministrazione e il cittadino. Gli interrogativi al riguardo sono molti. Il 'rapporto' fra quali elementi si instaurerebbe? Fra il potere dell'amministrazione e l'"attesa" del cittadino? O fra il primo e i poteri strumentali del secondo? L'attuale diritto amministrativo sostanziale consente di stabile fra interesse legittimo e potere dell'amministrazione una relazione giuridica del tipo diritto soggettivo-obbligo? Lo escluderei...". In generale sul tema, si v. M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, in specie pp. 216 e ss.; F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013; G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012.

[112] M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n.1, 1996.

[113] M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, IV, 2006, p. 1668.

ISSN 2036-7821

un'amministrazione "funzionale e cangiante"[114] in grado di *polemizzare* e al contempo negoziare con le piattaforme digitali.

[114] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660. V. CERULLI IRELLI, *"Amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, pp. 108 ss.

ISSN 2036-7821