

I “poteri privati” delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy

a cura di

Pasquale Stanzone



Giappichelli

INTRODUZIONE

Pasquale Stanzone

SOMMARIO: 1. La società delle piattaforme. – 2. “Daily me” e psicopolitica. – 3. La “monetizzazione” della privacy. – 4. Autonomia contrattuale ed eteroregolazione. – 5. Il Digital Services Act. – 6. I poteri privati tra anomia e regolazione.

1. La società delle piattaforme

Una delle tante definizioni della società attuale è quella di “società delle piattaforme”. Pur con tutti i limiti propri di ogni generalizzazione, tra le tante proposte questa è quella che coglie, più di ogni altra, un dato caratterizzante il contesto attuale: la centralità del potere assunto dalle piattaforme, in un ambito che non si limita più soltanto al mercato ma investe, più in generale, i diritti civili, sociali e politici.

La società delle piattaforme è tale perché esprime e, al tempo stesso, esige una nuova antropologia e, con essa, un sistema giuridico che sappia distinguere la doverosa neutralità tecnologica dall’inammissibile indifferenza rispetto ai profondi mutamenti sociali indotti dal digitale. Interrogarsi sulla sostenibilità giuridica, sociale, persino etica dell’assetto attuale significa quindi, in primo luogo, confrontarsi con la capacità del diritto di governare il mutamento sociale, in tutta la sua complessità e il suo vorticoso dinamismo.

Tra le grandi questioni su cui il digitale ci interroga – e non da ora – la più dirimente è quella dell’assetto dei poteri nel contesto attuale, cui questo volume vuole dedicare una serie di riflessioni, articolate su piani distinti ma coordinati nel fine di analizzare come il binomio potere-responsabilità stia mutando a fronte delle profonde innovazioni indotte nell’ordinamento, nelle relazioni, nel costume sociale, dalla tecnica. Il ruolo centrale assunto dalle piattaforme nel sistema attuale (emerso in maniera deflagrante con la sospensione degli account Facebook e Twitter di Donald Trump sino al termine del mandato, a seguito dell’assalto al Congresso), è tale da configurarle quali veri e propri poteri privati. Riprendendo la distinzione del compianto Cesare Massimo

Bianca¹, potremmo qualificare i poteri privati come autorità di fatto che tuttavia, proprio in questa fase, la più recente legislazione europea (approvata o in fase di approvazione) sta tentando di disciplinare come autorità, almeno in parte, “di diritto”. Come avremo modo di chiarire nel prosieguo – e come i contributi di questo libro puntualmente dimostrano – gli interventi europei di questi ultimi anni muovono infatti dall’esigenza di normare, circoscrivendoli, i poteri sempre più estesi delle piattaforme, ascrivendo loro corrispondenti responsabilità funzionali alla garanzia dei diritti fondamentali incisi, in varia misura, dalla loro azione.

In un contesto, quale quello attuale, in cui l’acquisizione di beni, la fruizione di servizi, l’accesso alla conoscenza e all’informazione, i rapporti sociali sono necessariamente intermediati da piattaforme le più varie, il loro ruolo diviene invero centrale per l’esercizio, da parte dei cittadini, di diritti fondamentali, di cui i titani della rete rischiano di divenire arbitri dal potere insindacabile, autolegittimantesi e *superiorem non recognoscent(te)s*.

Gli esempi da addurre potrebbero essere i più vari, ciascuno con la sua singolare peculiarità che meriterebbe un’analisi specifica, ma ci si può limitare ad alcune considerazioni.

Anzitutto, la sospensione degli account Facebook e Twitter di Donald Trump ha rappresentato plasticamente, all’opinione pubblica mondiale, come le scelte di un soggetto privato quale il gestore di uno o l’altro social network possano decidere le sorti del dibattito pubblico, limitando a propria discrezione il perimetro concesso alle esternazioni persino del (tuttora, sia pur per poco) Presidente degli Stati Uniti. La decisione dei gestori stupisce tanto più perché si inserisce in un contesto, quale quello statunitense, che in linea generale ha sempre sostenuto che le idee ‘storte’ si ‘raddrizzano’ con le idee rette e non con la censura. È noto, infatti, che solo nei casi marginali di *clear and present danger* la Corte Suprema statunitense ha ammesso delle limitazioni al Primo Emendamento, procedendo in tal senso, di recente, generalmente solo rispetto alla propaganda apologetica del terrorismo internazionale (v. La dottrina (anche originalista²) del “*free marketplace of ideas*” che realizza la libertà di manifestazione del pensiero (anche in rete, come osserverà poi Sc in

¹ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 5; cfr. anche, sul tema specifico, S. MARTINELLI, *L’autorità privata del provider*, in A. ZOPPINI, P. SIRENA, *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018, p. 562 ss.

² E che nacque, come noto, in contrapposizione al rigido sistema di censura anglosassone, “proprio del diciassettesimo secolo, e forte della fiducia razionalistica nell’individuo quale soggetto capace di discernere, con la sola ragione e conoscenza, il vero dal falso” (G. CRICEN- TI, *Il libero mercato delle idee. Twitter versus Donald Trump*, in giustiziainsieme.it).

Reno v. American Civil Liberties Union 521 U.S. 844 (1997) è infatti così radicata nella cultura e nel pensiero giuridico americano da relegare ad eccezioni rarissime le ipotesi di sindacato su contenuti illeciti (ad esempio perché *clearly unlawful speech*). Il *private enforcement* di Twitter sembra, dunque, aver superato persino quei limiti posti (pur su altri piani) dalle fattispecie di illiceità presenti nel Communication Decency Act, ritenuti incostituzionali dalla Corte Suprema con la stessa sentenza Reno v. ACLU.

Per altro verso, la pandemia ha dimostrato, la nostra dipendenza – così strutturale, ormai, da rendercene inconsapevoli – dalla tecnica e la sua intrinseca ambivalenza. Se il doveroso distanziamento fisico non è divenuto anche sociale lo dobbiamo, in fondo, alla capacità delle nuove tecnologie di ricreare nello spazio virtuale legami, relazioni e spazi di discussione, confronto, persino di continuità dell'attività lavorativa. La rete è divenuta spazio di celebrazione del processo – persino quello penale, necessariamente basato sull'oralità e il contraddittorio – luogo di formazione scolastica e universitaria, ambito di svolgimento ormai ordinario dei confronti istituzionali e politici.

A una piattaforma, collegata ad app volontariamente scaricate dai cittadini, abbiamo affidato il sistema di tracciamento digitale dei contatti ai fini dell'individuazione della catena epidemiologica, partendo dall'assunto che per ricostruire le relazioni tra persone (e quindi i potenziali contagi) un valido indice sia proprio quello delle relazioni (di prossimità) tra i loro telefoni. Un dato questo, sulla cui valenza simbolica e antropologica molto vi sarebbe da riflettere. I contatti dei pazienti ricoverati con i familiari tenuti a doverosa distanza sono stati affidati ai canali digitali, con un'estemporaneità, dettata dall'urgenza del provvedere, che se per un verso è stata preziosa dall'altro, tuttavia, merita l'adozione di un più meditato sistema di garanzie con il protrarsi della condizione pandemica.

A piattaforme le più varie (e spesso soggette a giurisdizioni estere) abbiamo, dunque, affidato, con i nostri dati anche tra i più sensibili, la quasi totalità delle nostre vite, con garanzie tuttavia spesso esigibili soltanto sul terreno della protezione dei dati. Essa rappresenta, in questo senso, una delle discipline più avanzate anzitutto perché, radicando l'applicabilità della normativa europea sul parametro del “*targeting*”, del luogo in cui si trova il destinatario dei beni o servi offerti o dell'attività di monitoraggio, consente di superare l'anacronismo di criteri di territorialità declinati in chiave rigidamente fisica, inadeguati allo spazio immateriale della rete.

2. “Daily me” e psicopolitica

Le elezioni presidenziali americane, con i sistemi di *fact checking* adottati anche da blog e social network per contrastare le *fake news* hanno, per altro verso, dimostrato la centralità delle piattaforme nella formazione dell’opinione politica di cittadini sempre più adusi a informarsi sui canali telematici, tanto più accessibili quanto più, anche, insidiosi. Ma anche questo tipo di strategie – che pur dimostrano una prima forma di responsabilizzazione delle piattaforme – non risolve, molto probabilmente, il nodo di fondo del “*nudging*” venuto alla luce con Cambridge Analytica, ovvero dell’influenza del microtargeting; delle notizie e finanche della propaganda elettorale selettivamente proposte all’utente, in base al suo profilo di elettore stilato dall’algoritmo con il pedinamento digitale della sua attività in rete. È il fenomeno che Sunstein ha definito del “Daily me”³, ovvero della presentazione del reale modellata, da parte dell’algoritmo, secondo la categoria (di consumatore, utente, elettore) cui esso ritenga di ascrivere il soggetto, con effetti inevitabilmente distortivi sul pluralismo informativo e sulla stessa autodeterminazione individuale.

Non sono rari, poi, i messaggi politici fondati sulle “verità alternative” o post-verità: argomentazioni in cui l’oggettività dei fatti è meno influente nel formare la pubblica opinione rispetto all’emotività e alle convinzioni personali. Strategie retorico-persuasive caratterizzate, quindi, dalla prevalenza della componente soggettiva e passionale su quella referenziale e cognitiva. In tal senso, i media non si limiterebbero a rappresentare ma costruirebbero, modellerebbero il reale; la verità si ridurrebbe a mera costruzione narrativa e la notizia verrebbe pensata sempre meno come documento e sempre più come racconto, con la conseguente prevalenza dei criteri di credibilità ed efficacia narrativa su quelli di attendibilità o esattezza.

Questa riduzione della verità a narrazione più o meno efficace, ha effetti tutt’altro che trascurabili rispetto all’informazione politica, favorendo la diffusione di false rappresentazioni sulle quali, poi, si fondino opinioni politiche e, persino, scelte elettorali.

È quella che Aldo Masullo⁴ chiamava psico-politica, quale categoria successiva alla biopolitica foucaultiana, perché fondata anziché sul governo del corpo (e della nuda vita in lui), sul governo della mente.

L’invio di contenuti specificamente ritagliati sul modo di essere, pensare, agire, desumibili dal comportamento on line dell’utente rilevato dall’algorit-

³ C.R. SUNSTEIN, *Republic.com. Cittadini informati o consumatori di informazioni?*, Bologna, 2003.

⁴ *Facebook e i social senza la società*, Il Mattino.it, 5 aprile 2018.

mo, può infatti avere una valenza manipolativa del suo pensiero non paragonabile a nessun monopolio dell'informazione perché, appunto, capace di adattarsi così perfettamente al pensiero del "bersaglio" da anticiparne il giudizio e limitarne fortemente l'autodeterminazione.

Il contrasto di tali fenomeni distorsivi passa, in primo luogo, dalla prevenzione dell'illecito sfruttamento dei dati degli utenti che ne è alla base e per il quale, ad esempio, il Garante, con provvedimento del 28 giugno 2019, ha sanzionato Facebook nel caso CA. La rilevanza di tale metodo di contrasto è tale che la disciplina europea (Reg. UE, Euratom, n. 1141/2014, come modificato dal regolamento UE, Euratom, 2019/493) sanziona oggi, espressamente, l'uso illecito di dati personali per condizionare i risultati elettorali, spesso – come pare accaduto per l'elezione di Trump – persino da parte di potenze straniere.

3. La "monetizzazione" della privacy

Quella della responsabilizzazione delle piattaforme sul terreno della privacy è una strategia – certo non integralmente risolutiva – ma importante, nella misura in cui contrasta uno dei principali strumenti di distorsione del processo formativo della volontà individuale (in ambito commerciale, informativo, politico), ovvero il microtargeting. Ma soprattutto, gli obblighi imposti ai gestori dalla disciplina privacy mirano a contrastare l'indebito sfruttamento di quella che è la principale risorsa su cui si fonda il potere capitalistico nel digitale, ovvero i dati (anche e, anzi, soprattutto personali), ceduti spesso nell'inconsapevolezza del loro valore.

La gratuità apparente con cui si presentano i servizi digitali – e che induce la maggior parte degli utenti a cedere, con i propri dati, frammenti di sé – è, infatti, una delle ragioni del successo del modello economico su cui si fonda l'economia delle piattaforme e quel "predominio contrattuale" alla base, secondo Bianca⁵, delle autorità di fatto (e dell'abuso del loro potere).

Tali sono le vicendevoli implicazioni tra economia delle piattaforme, beni informativi e tutele consumeristiche, che l'Unione europea ha inteso normare, anche sotto il profilo consumeristico, il regime di fornitura dei contenuti digitali, riconducendovi anche la questione della deduzione dei dati nel sinalagma contrattuale (cfr. direttiva 2019/770/UE). Pur non qualificando espressamente, nel testo finale, i dati personali come controprestazione contrattuale⁶, ancorché non pecuniaria, la direttiva estende tuttavia anche alle ipotesi di

⁵ *Op. loc. ult. cit.*

⁶ Accogliendo in tal senso i rilievi espressi dall'European Data Protection Supervisor nel parere del 23 giugno 2017 (2017/C-200/07).

fornitura di servizi contro dati, alcune garanzie consumeristiche essenziali. La ratio della disciplina è quella di non cedere al paradosso di privare i consumatori che si avvalgano di queste forme commerciali di ogni tutela, in omaggio a un formalismo miope che, in ragione della peculiarità dello schema negoziale, le vorrebbe sottratte a ogni forma di regolazione⁷.

Anzi, la vera sfida che oggi, dopo l'approvazione della direttiva, si pone al legislatore europeo, per ripерimеtrare il confine dei poteri privati entro soglie di sostenibilità lungimiranti, è quella della disciplina di ciò che può rappresentare l'ulteriore implicazione della "*commodification*" della privacy: la monetizzazione del consenso, che rappresenta una grande questione democratica su cui il Garante ha sollecitato un'ampia riflessione in sede europea.

Se, infatti, lo schema negoziale 'servizi contro dati' è ormai prassi ordinaria, ammettere la possibilità della remunerazione del consenso rischia però di condurre alla formazione di un sottoproletariato (del) digitale, ovvero di strati sociali disposti a cedere, con i propri dati, il nucleo essenziale della propria libertà.

Su questo "pendio scivoloso" è in gioco, forse più che in ogni altro campo, l'identità europea come "Comunità di diritto" fondata sulla sinergia tra libertà, dignità, eguaglianza, quali presidi essenziali che nessuna ragion di Stato o, tantomeno, di mercato può violare. E proprio in questo senso, la protezione dati può rappresentare un valido argine al rischio di rifeudalizzazione dei rapporti sociali e di ricostituzione di discriminazioni di tipo censitario persino tra gli utenti della rete, la cui vocazione inclusiva e democratica rischierebbe altrimenti di cedere il passo al capitalismo della sorveglianza.

4. *Autonomia contrattuale ed eteroregolazione*

La privacy (anche nella declinazione di "group privacy") può svolgere un ruolo importante anche sul terreno dell'hate speech nelle sue forme più varie, mediante la rimozione, su ingiunzione del Garante, di contenuti illeciti perché lesivi della dignità della persona o del gruppo, della minoranza cui essa appartenga.

È, questo, un ambito in cui l'assetto normativo attuale presenta innegabili aporie. Significativa, in questo senso (e per ciò oggetto di un'analisi puntuale in questo libro), la vicenda relativa all'oscuramento, da parte della stessa Fa-

⁷ Rileva, inoltre, come sia questa direttiva sia la n. 771 relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, riconducano le piattaforme on line alla categoria dei venditori, nei confronti dei quali esercitare il diritto all'attivazione di rimedi contrattuali anche di stampo consumeristico.

cebook, del profilo di CasaPound per diffusione di contenuti ritenuti contrari alla policy del gestore in quanto istigativi alla discriminazione. Nel ritenere tale recesso illegittimo, il Tribunale di Roma ha rimarcato come, benché il contratto di fornitura del servizio di social network sia un ordinario (benché atipico) contratto di diritto privato, esso soggiaccia a una peculiare forma di eteroregolazione dovuta alla sua incidenza sulla libertà di espressione e sui diritti di partecipazione politica dei singoli, tanto più se esercitati in forma associativa. Pur declinata sul piano dell'hate speech più che su quello del "clear and present danger" di un'eversione delle regole democratiche, la vicenda CasaPound aveva anticipato la grande questione democratica emersa, circa un anno dopo, con il blocco degli account social di Donald Trump nel gennaio 2021.

Di qui, la necessità di un'interpretazione dei presupposti per il recesso conforme a tali garanzie costituzionali, che bilanci il potere di esclusione dalla comunità virtuale di quanti realizzino condotte contrarie alla sua policy, con la contrapposta esigenza di non rimettere al gestore valutazioni complesse quali il carattere discriminatorio, istigativo o apologetico dei contenuti pubblicati.

La piattaforma, sottolinea il Tribunale, ben può recedere dal contratto di fornitura del servizio a fronte di segnalate, palesi violazioni della policy interna che, al contempo, manifestamente integrino estremi di reato, ma tale potere espulsivo non può giungere sino al punto di conferire al gestore il ruolo di arbitro del confine tra libertà di espressione e condotte istigative o apologetiche, su cui soltanto il giudice può pronunciarsi.

La complessità della questione – tutta giocata sulla distinzione implicita ma sottile tra *hate crimes* ed *hate speech* – ben evidenzia il ruolo parapubblicistico di fatto assunto da gestori ai quali, invece, la direttiva 2000/31 (ma, come vedremo, anche il Digital Services Act) accorda l'immunità da ogni tipo di responsabilità, nella misura in cui si limitino ad ospitare contenuti altrui, senza interferirvi né averne contezza nel merito.

Tale disciplina – formatasi, sul modello americano, quando era preminente l'esigenza di favorire i servizi digitali – presenta indubbiamente delle aporie che hanno indotto le istituzioni, in particolare europee, a promuovere a vari livelli (con atti di soft law, orientamenti giurisprudenziali, normative di settore) una maggiore responsabilizzazione dei gestori rispetto ai contenuti illecitamente diffusi dagli utenti, sancendo nei loro confronti specifici obblighi di intervento in senso ablativo.

In particolare, sin dal 2016 la Commissione europea ha promosso un codice di autoregolamentazione che impegna, appunto, alla rimozione dei contenuti ostili i gestori aderenti, impegnandoli con obblighi di *notice and take down*.

Esprimono un'analoga esigenza di responsabilizzazione non solo la figura dell'host provider attivo ma anche l'istituto della deindicizzazione, da parte dei motori di ricerca, di contenuti incompatibili con il diritto all'oblio. In sen-

so analogo depone la stessa previsione interna, con la legge sul cyberbullismo n. 71 del 2017, di uno specifico meccanismo di rimozione dei contenuti pregiudizievoli della dignità del minore, attivabile su richiesta di parte (ivi incluso il minore ultraquattordicenne) o, in seconda istanza, su ordine del Garante.

A tale sviluppo hanno, indubbiamente, contribuito alcuni principi essenziali sanciti, sul terreno del rapporto tra poteri privati (in questo caso dei motori di ricerca) e diritti fondamentali, dalla sentenza Costeja (sent. 13 maggio 2014, Costeja c. Google Spain, C-131-12, sent. 24 settembre 2019, C-136-17).

Con essa, infatti, la Corte ha anzitutto sancito una precisa gerarchia assiologica tra diritti della persona e interessi economici contrapposti, chiarendo come questi ultimi non possano prevaricare i primi.

La stessa sentenza ha poi promosso un'interpretazione della nozione di stabilimento su cui si fondava la direttiva 95/46/CE con efficacia extraterritoriale, tale da consentire – come poi avrebbe espressamente disposto il Gdpr – l'applicazione della disciplina europea anche ai gestori con sede estera, così da attrarre nell'orbita del diritto unionale i titani del web. Inoltre, la Corte ha qualificato il motore di ricerca quale titolare di un trattamento del tutto autonomo rispetto a quello realizzato dal sito-sorgente, in ragione dell'incidenza, sull'identità personale, della profilazione realizzata dall'algoritmo con la gerarchia assegnata ai risultati della ricerca.

L'affermazione di un dovere di cooperazione in capo al provider sconta, tuttavia, l'ineliminabile difficoltà dovuta all'intrinseca ambiguità di questa figura: formalmente passivo ospite dei contenuti liberamente immessi dagli utenti, ma sostanzialmente arbitro del conflitto tra due diritti fondamentali: libertà di espressione e dignità.

Negli stessi Usa, dove questo modello di provider neutrale è nato, le sue aporie sono rese ancor più manifeste dalla resistenza delle Corti ad incrinare i vincoli della *State action doctrine* (così da riconoscere ai diritti di libertà efficacia orizzontale) quanto della *public forum doctrine* (che impone regole di garanzia, tanto del pluralismo quanto della dignità, ma appunto solo nei confronti dei soggetti "designati" in tal senso).

Ma forse, anche oltreoceano il dogma dell'irresponsabilità delle piattaforme sta pian piano incrinandosi (almeno sul piano della tutela consumeristica e degli obblighi dei gestori i marketplace virtuali). Si pensi, in particolare, alla riconosciuta responsabilità (oggettiva) di marketplace come Amazon per l'intermediazione svolta rispetto alla vendita di un prodotto difettoso, affermata nel caso Bolger dalla sentenza del 13 agosto 2020 del Quarto Distretto della Corte d'appello della California, con un significativo revirement rispetto a una giurisprudenza consolidata. La di poco precedente sentenza della US District Court, N.D. California, nel caso Carpenter v. Ama-

zon.com Inc., 2019 WL 1259158, ha escluso la responsabilità di Amazon da prodotto difettoso pubblicizzato, ritenendo la piattaforma non qualificabile né come venditore né come distributore di questi prodotti, rigettando la tesi degli istanti volta a ravvisare nella condotta di Amazon un fattore necessario nel processo di distribuzione del prodotto sul mercato. Proprio su questo aspetto, la sentenza Bolger segna un mutamento importante di prospettiva, sottolineando l'affidamento riposto dagli utenti nella qualità dei prodotti ospitati da Amazon, che non può non riflettersi anche sul piano della responsabilità da prodotto difettoso.

Anche questa soluzione non è, certo, del tutto scevra da criticità, ma riflette indubbiamente l'esigenza di circondare il potere (anche performativo) delle piattaforme di un sistema adeguato di limiti e responsabilità.

In Europa, pur a fronte di un modello normativo simile e di ineliminabili aporie dovute alla intrinseca ambivalenza del ruolo del gestore, la tenuta di un maggiore equilibrio è stata resa possibile dall'efficacia orizzontale riconosciuta ai diritti fondamentali (come nel caso dell'oblio, che il motore di ricerca deve garantire al cittadino o della dignità, a fronte di contenuti offensivi che spetta ai gestori rimuovere).

L'esperienza dell'oblio e del cyberbullismo – materie sulle quali al Garante è rimesso il vaglio, almeno in seconda istanza, sulle decisioni di deindicizzazione o, rispettivamente, rimozione dei contenuti – ben dimostra come le aporie dell'assetto socio-economico attuale possano essere almeno in parte risolte combinando un onere di cooperazione del gestore con un vaglio dell'autorità pubblica, quantomeno in via successiva.

In questo senso, il Digital Services Act proposto dalla Commissione potrebbe sistematizzare e “positivizzare” il percorso compiuto in via pretoria, nel segno di una maggiore responsabilizzazione del gestore volta a impedire che la rete, con la forza della condivisione virale e l'ubiquitarietà dei suoi servizi, divenga la cassa di risonanza di violazioni le più diverse dei diritti individuali.

Del resto, la rinuncia all'introduzione di una forma, sia pur limitata, di responsabilizzazione del gestore rischia di riflettere uno slittamento dell'idea di libertà su quella di anomia, ignorando che l'assenza di regolazione, in un contesto privo di ogni limite all'espansione del potere privato, non produce eguaglianza ma subalternità agli imperativi del mercato.

5. Il Digital Services Act

Il crinale stretto su cui si muove il Digital Services Act è il mantenimento dell'opzione di fondo sottesa alla direttiva 2000/31, ovvero il regime generale

di responsabilità (solo) condizionata del gestore⁸ – con il correlativo divieto di monitoraggio generale dei contenuti – coniugato, tuttavia, con una serie di obblighi procedurali e sostanziali espressivi tanto del principio di *accountability* quanto del canone di *responsibility*⁹.

In un momento di accentuata esigenza di ascrizione alle grandi piattaforme di responsabilità almeno pari alla rilevanza del potere (non solo economico) dalle stesse esercitato, è significativa la scelta della Commissione di non cedere¹⁰ al modello della responsabilità oggettiva della piattaforma per i servizi intermediati o i contenuti diffusi dagli utenti¹¹. E questo, pur non rinunciando a una revisione della disciplina in senso maggiormente rigorista (si pensi al

⁸ Su cui cfr. Cgue, III sez., nella sent. 24 novembre 2011, Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), C-70/2010.

⁹ Come mera attribuibilità, secondo la nozione tedesca di Zurechenbarkeit: v. M. DONINI, *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero*, di prossima pubblicazione su RIDPP.

¹⁰ Anche la giurisprudenza della Cgue sembra, almeno *de jure condito*, lontana da questo modello, come può evincersi dalla sent. 2 aprile 2020 nel caso C-567/18 relativa alla vendita, in uno spazio Amazon, in assenza di autorizzazione del titolare, di un profumo per il quale i diritti conferiti dal marchio non erano esauriti. In assenza di una disciplina specifica per i gestori di marketplace virtuali, la Cgue ha ricondotto la fattispecie unicamente al Regolamento UE 2017/1001, interpretandolo nel senso che chi conservi, per conto altrui, un prodotto in violazione di un diritto di marchio, ignaro tuttavia di tale circostanza, non può essere qualificato come soggetto che stocchi tali prodotti ai fini della loro offerta o immissione in commercio, ove non persegua egli stesso tali scopi.

¹¹ Modello cui indulge invece, rispetto alla responsabilità per la sicurezza dei prodotti intermediati, la giurisprudenza americana come dimostra il caso Bolger già citato (Court of Appeal, Fourth Appellate District, Division One, State of California; sent. 13 agosto 2020; Angela Bolger c. Amazon.com, LLC), secondo cui “*Amazon, come avviene per i rivenditori tradizionali, può essere l'unico membro della catena di distribuzione nei cui confronti un soggetto danneggiato, che abbia acquistato un prodotto non sicuro sul relativo sito web, possa rivolgersi. Amazon, invero, può svolgere un ruolo sostanziale nell'assicurare che il prodotto sia sicuro, o comunque può essere in grado di esercitare pressioni sul produttore a tal fine; la responsabilità oggettiva del rivenditore serve quindi come ulteriore incentivo alla sicurezza. Poiché i clienti Amazon hanno un'alta aspettativa di sicurezza (incoraggiata specificamente dallo stesso Amazon) allora è opportuno ritenerlo strettamente responsabile quando un prodotto difettoso viene venduto tramite il suo sito web*”. È, del resto, significativa l'apertura (praticamente contemporanea alla presentazione, in Europa, del DSA) di una procedura per abuso di posizione dominante nel mercato digitale e comportamenti *lato sensu* anticoncorrenziali nei confronti di Facebook, da parte della Federal Trade Commission e di 48 procuratori generali statali e territoriali. A Facebook, in particolare, si contestano una serie di condotte asseritamente anticoncorrenziali connesse all'acquisto di Instagram e WhatsApp, espresse in particolare dalla tendenza del social network a bloccare l'accesso (prima consentito senza restrizioni) a siti ritenuti competitivi, creando di fatto una sorta di illegittimo monopolio nel settore e riducendo, per effetto delle modalità di trattamento dei dati, le garanzie di privacy degli utenti.

principio del *know your business customer*, che impone alle piattaforme di valutare adeguatamente l'affidabilità dei professionisti cui concedono spazi¹²). La cifra di questa novella legislativa sembra, dunque, rinvenibile nell'affermazione di maggiore trasparenza nell'esercizio del potere, sancendo il passaggio dalla (sola) responsabilità alla responsabilizzazione¹³.

Si tratta di un mutamento certo non radicale né “rivoluzionario” – in quanto lascia invariati i fondamenti essenziali del divieto di monitoraggio generale e del carattere solo successivo degli obblighi di rimozione – ma, indubbiamente, importante ed equilibrato; che potrà forse risultare, nell'applicazione futura, persino risolutivo.

Sia l'opzione politica generale, sia le singole scelte di merito sottese all'articolato sono, infatti, tutt'altro che irrilevanti e sembrano mettere a sistema alcune delle più riuscite soluzioni normative sperimentate a livello nazionale (dalla distinzione degli obblighi gravanti sulle piattaforme in ragione della loro dimensione espressa dal numero degli utenti, sino al ruolo degli organismi di monitoraggio, pur sempre privati ma assistiti da requisiti stringenti d'indipendenza¹⁴) e taluni degli istituti-cardine di discipline, quale quella di protezione dati, che intervengono sul settore del digitale (si pensi alla valutazione d'impatto, ad organismi come il Board, alla figura del *compliance officer* mutuata dal *data protection officer* o alla stessa struttura delle norme sanzionatorie).

Ma – e anche qui l'esperienza del Gdpr è stata importante – ciò che rileva in termini politico-legislativi generali è, anzitutto, la forma regolamentare che sottende un'esigenza di unificazione ben più che di mera armonizzazione. Sotto questo profilo, il mutamento rispetto alla direttiva 2000/31 – che aveva ammesso, sotto la sua vigenza, soluzioni normative assai diverse tra loro – è significativo. La scelta della forma regolamentare esprime la consapevolezza – rivendicata dal Parlamento europeo, ad esempio, nella Risoluzione del 20 ottobre 2020 sul regime di responsabilità dei sistemi d'intelligenza artificiale – di come la regolazione del digitale esiga norme realmente uniformi: “il mercato unico digitale deve essere pienamente armonizzato, dato che la sfera digitale è caratterizzata da rapide dinamiche transfrontaliere e da flussi di dati inter-

¹² Principio analogo è sotteso, del resto, allo Shop Safe Act 2020 che incentiva le piattaforme a monitorare adeguatamente prodotti e venditori ospitati per garantire ai consumatori informazioni più complete e maggiore trasparenza nell'effettuazione di acquisti on line.

¹³ D. POLETTI, *Relazione al Webinar promosso da LAIC: Il Digital Services Act tra responsabilità e governance*, 15 dicembre 2020.

¹⁴ Si vedano, in tal senso, il NetzDG del 2017 per la Germania e la loi Avia 2020 per la Francia, del 24 giugno 2020, pur emendata nelle parti contrastanti con l'art. 66 Cost., secondo quanto disposto dal Conseil Constitutionnel.

nazionali (..) l'Unione consegnerà gli obiettivi di mantenere la sovranità digitale dell'Unione e di stimolare l'innovazione digitale in Europa solo ricorrendo a norme coerenti e comuni, in linea con una cultura dell'innovazione".

L'uniformità normativa appare, dunque, presupposto necessario di sovranità digitale intesa come governo (antropocentrico) dell'innovazione, come ben chiarisce – sia pur per giustificare l'intervento legislativo europeo, in termini di rispetto del canone di sussidiarietà – il C-24 della proposta di regolamento allegata, appunto, alla risoluzione del 20 ottobre: *“Gli obiettivi del presente regolamento, ossia creare un approccio orientato al futuro e unificato a livello di Unione che stabilisca norme europee comuni per i cittadini e le imprese europei e garantire la coerenza dei diritti e la certezza giuridica in tutta l'UE, ed evitare la frammentazione del mercato unico digitale, che ostacolerebbe l'obiettivo di mantenere la sovranità digitale, di promuovere l'innovazione digitale in Europa e di garantire un elevato livello di tutela dei diritti del cittadino e del consumatore, richiedono che i regimi di responsabilità per i sistemi IA siano pienamente armonizzati. Tale obiettivo non può essere conseguito in modo sufficiente dagli Stati membri a causa della rapidità dell'evoluzione tecnologica, dello sviluppo transfrontaliero e dell'utilizzo di sistemi di IA e, in definitiva, degli approcci legislativi contrastanti nell'Unione, ma può invece essere realizzato a livello di Unione, in ragione delle dimensioni o degli effetti dell'azione”*.

Doveroso, dunque, oltre che atteso un intervento regolatorio quale quello proposto dal Digital Services Act, che non può che avere vocazione (almeno) europea, investendo una realtà, quale quella digitale, che non conosce confini.

Naturalmente molto, ancora, di più si può fare. Ad esempio, come ha sottolineato l'European Data Protection Supervisor nel suo parere n. 1/21 del 10 febbraio, è opportuno che si puntualizzino in maniera precisa i presupposti che legittimano il ricorso, da parte dei gestori, a mezzi automatizzati per l'individuazione e la rimozione di contenuti illegali, limitandone l'ammissibilità alla necessità di fronteggiare rischi sistemici.

In ordine alla pubblicità mirata, invece, l'EDPS – pur riconoscendo i maggiori obblighi di trasparenza informativa sulla pubblicità, sugli annunci mirati e sui contenuti consigliati introdotti – ha sollecitato, condivisibilmente, ulteriori garanzie, suggerendo ad esempio di vietare la pubblicità comportamentale fondata su di un monitoraggio pervasivo, limitando le categorie di dati suscettibili di trattamento a tal fine. L'EDPS ha inoltre osservato come sarebbe opportuno escludere l'ammissibilità della profilazione nell'ambito dei sistemi di raccomandazione dei contenuti.

6. I poteri privati tra anomia e regolazione

Tra luci e ombre, scelte più innovative ed altre più conservative, il Digital Services Act ha comunque il pregio di promuovere una prima, importante, responsabilizzazione trasversale – prescindente cioè dallo specifico settore di riferimento – delle piattaforme, graduata in ragione della dimensione e del numero degli utenti attivi. Pur con tutte le difficoltà connesse all’esigenza di coniugare il (doveroso) divieto di monitoraggio generalizzato dei contenuti con il dovere d’intervento in caso di condotte illecite o anche solo contrarie alle policies aziendali, il DSA sancisce un primo passaggio nella configurazione delle piattaforme, da autorità di fatto ad autorità di diritto, tentando di ridurre il rischio di abuso del rispettivo “predominio contrattuale”.

Richiamandoci ancora una volta alla distinzione di Bianca, possiamo descrivere le prime come esercenti un potere fondato su comuni posizioni giuridiche e le seconde destinatarie del potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni, come in effetti avviene per quelle sulle istanze di rimozione, tanto più nel sistema delineato dal DSA.

In questo tentativo di regolazione progressiva e graduale del potere “di fatto” delle piattaforme – che sinora ha conosciuto i soli limiti dettati dai suoi stessi vincoli contrattuali – la disciplina proposta dal Digital Services Act e dal Digital Markets Act¹⁵ segna un momento centrale, sancendo obblighi di responsabilizzazione capaci di funzionalizzarne almeno in parte l’azione alla tutela di diritti della persona. Tali doveri – idonei a fondare ipotesi di responsabilità primaria del gestore – dovrebbero, inoltre, contribuire a ridurre quelle condizioni di disparità e asimmetria contrattuale¹⁶ che sono, ad un tempo, la causa e l’effetto dell’incontrastato potere privato dei gestori. Questo quadro

¹⁵ Anche questa proposta, pur introducendo misure indubbiamente rilevanti per realizzare un equilibrio “alto” tra la tutela degli utenti della rete e le esigenze di promozione della competitività del mercato e dell’economia digitale, potrebbe indubbiamente essere ulteriormente perfezionata. L’EDPS, con il parere 2/2021 del 10 febbraio, ha in tal senso suggerito di introdurre un obbligo espresso, in capo alle piattaforme, di assicurare agli utenti un’agevole gestione dei consensi prestati, che sia quindi “*as user-friendly as possible*”, per evitare – sostanzialmente – la “*consent fatigue*”; di esigere da parte dei *gatekeeper* l’effettiva anonimizzazione dei dati personali derivati dall’attività on line, con la previsione di adeguate misure volte a impedire rischi di reidentificazione; di introdurre requisiti minimi di interoperabilità le piattaforme. Si veda anche l’audizione resa alla IX Commissione della Camera sul *draft* di Digital Services e Digital Markets Act il 23 giugno 2021.

¹⁶ Quali il potere di predisposizione unilaterale delle condizioni contrattuali – che ora devono comprendere e conformarsi, ad esempio, ai doveri imposti dal DSA – la decettività di molte delle clausole tese a far apparire il servizio offerto come gratuito nonostante la sua remunerazione mediante dati, la posizione monopolistica di molte delle piattaforme.

regolatorio è tanto più necessario in un contesto di progressiva erosione della sovranità statale in favore di molteplici micro-sovraneità di fonte privata, che destrutturano e depotenziano lo stesso sistema di *checks and balances* sotteso al principio democratico.

La vicenda della sospensione degli account Facebook e Twitter di Trump ha dimostrato, con la forza delle questioni epocali, l'esigenza di rideterminare il perimetro di azione legittima delle piattaforme ogniqualevolta essa incida su diritti fondamentali e, più in generale, sul presupposto cardine della democrazia, ovvero il pluralismo. È quantomai urgente delineare un giusto equilibrio tra esigenza di limitazione degli illeciti on line e riserva, all'autorità pubblica, della decisione su quell'intolleranza che, avrebbe detto Popper¹⁷, è intollerabile in democrazia. Il confine tra *public e private enforcement* va, dunque, chiarito con nettezza soprattutto rispetto all'incidenza che tali decisioni hanno sui diritti e le libertà fondamentali, distinguendo responsabilità primaria e secondaria delle piattaforme.

Non si tratta, certo, di un compito agevole: mai come in quest'ambito il rischio più grande che corre il diritto è quello dell'anacronismo e, per altro verso, della rigidità eccessiva, dell'incapacità cioè a cogliere, all'interno dei suoi paradigmi e delle sue liturgie, l'inarrestabile dinamismo della vita, nella sua immane concretezza.

Ma con una sapiente articolazione del sistema delle fonti – che garantisca solidi *principles* e più agili *rules* – con un'integrazione efficace delle tutele e una costruzione antropocentrica delle norme, tese a restituire all'uomo quel potere responsabile sulla tecnica che sembra aver perso, la sfida del normare ciò che pretende anomia può essere vinta.

¹⁷ K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, vol. I: *Platone totalitario*, Roma, 2004.

I DATI COME BENI GIURIDICI. DATI PERSONALI E DATI NON PERSONALI: REGIME DI APPARTENENZA E DI CIRCOLAZIONE

Gianluca Di Filippo

SOMMARIO: 1. *New goods* ed inadeguatezza della disciplina codicistica dei beni giuridici. – 2. Cose e beni: due destini che (non) si uniscono. – 2.1. “Cosa” come *portio mundi*: una nozione pre-giuridica. – 2.2. *L’età del digitale* e l’improcrastinabilità di ridefinire il perimetro della nozione di “cosa”: la rinnovata attualità della classificazione gaiana. – 3. *In codice, sed ultra codicem*: necessità di riplasmare la definizione codicistica di “bene”. – 3.1. L’interesse rilevante e meritevole come varco d’ingresso alla categoria dei beni giuridici. – 3.2. Diritti di cui le cose possono “formare oggetto”: *numerus clausus* o formula aperta? – 4. I dati come bene giuridico. – 4.1. I dati non personali: categoria (ancora) in cerca di tutela. – 4.1.1. Il Regolamento (UE) 2018/1807: *il buio oltre la circolazione*.

1. *New goods ed inadeguatezza della disciplina codicistica dei beni giuridici*

Il termine “bene”, al singolare o al plurale, «accompagnato talvolta da elementi specificativi, attiene all’oggetto della fenomenologia giuridica»¹. Nella coeva temperie storica, la nozione di “bene giuridico” è stata ammantata di una pluralità di accezioni, che concorrono a farne una tematica irta di ambiguità e difficoltà, di recente, peraltro, resa ulteriormente complessa dall’inarrestabile processo di emersione di *new goods* e di nuove forme di ricchezza², nonché – come opportunamente osservato – dalla «scarsa elaborazione del bagaglio concettuale che trova a sua disposizione chi si accinge ad indagare tale

¹ S. PUGLIATTI, voce *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 164.

² Sulla rilevanza dell’emersione di nuove forme di ricchezza non omogenee a quelle tradizionali e sull’influenza esercitata da questo processo sulle categorie giuridiche, d’obbligo è il rinvio ad T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, pp. 37 ss.

problematica»³. Al riguardo, non può tacersi come numerosi Autori evidenzino – e lamentino – la mancanza di una teoria generale dei beni unanimemente condivisa ed in grado di soddisfare le nuove istanze della società globalizzata⁴: invero, se appena due secoli or sono tutta la ricchezza si identificava con la proprietà fondiaria, la rivoluzione industriale, prima, ed il tumultuoso sviluppo economico, poi, hanno determinato non soltanto l'emersione di nuove forme di ricchezza, ma anche la progressiva riduzione dell'importanza di quelle tradizionali.

Tali trasformazioni hanno inciso direttamente e significativamente sulla morfologia delle relazioni umane e, di conseguenza, sull'esistenza, la rilevanza e le modalità di tutela dei diritti della personalità⁵.

A fronte di siffatte sollecitazioni della storia, non sempre vi è stata un'adeguata opera di revisione delle tradizionali categorie giuridiche: ad onta degli epocali mutamenti impressi alla civiltà materiale dall'impetuoso progresso tecnico-scientifico, i diritti reali – e, segnatamente, il diritto di proprietà –, che storicamente hanno rappresentato la tecnica mediante la quale l'ordinamento disciplinava il rapporto tra l'uomo e le *res*⁶, hanno conservato per decenni un'incontrastata *primaute* nell'ambito delle situazioni di appartenenza, relegando *de facto* ogni altro modello di gestione delle risorse, ancorché più aderente alle esigenze della mutata realtà, ad un ruolo poco più che marginale. I

³ Così O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, p. 1. Peraltro, tale osservazione è ricorrente in dottrina: già numerosi decenni or sono Nicolò evidenziava che il problema dell'oggetto del diritto, «pur così vitale per la teoria generale, manca di una definitiva elaborazione». R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 70. Effettua i medesimi rilievi anche R. FRANCESCHELLI, *L'oggetto del rapporto giuridico (con riguardo ai rapporti di diritto industriale)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, pp. 1 ss. In una prospettiva molto articolata evidenzia la necessità di procedere ad una revisione critica della teoria dei beni D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, pp. 205 ss. Nello stesso senso, *ex multis*, anche S. RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi – Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Padova, 1976, pp. 99 ss.

⁴ *Ex multis*, A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, VII, Milano, 1995, p. 129; G. DE NOVA, *I nuovi beni come categorie giuridiche*, in DE NOVA, INZITARI, TREMONTI, VISENTINI (a cura di), *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991, p. 15.

⁵ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Spunti per un inquadramento sistematico*, in *Tutela della privacy*, Commentario a cura di C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, p. 228.

⁶ L'identificazione del diritto di proprietà con una tecnica di gestione delle risorse scarse è oramai invalsa tra gli economisti, i quali, da tempo, sostengono che il prefato diritto rappresenti una modalità mediante cui lo Stato regola l'utilizzazione delle risorse. Storicamente, inoltre, il prevalente ricorso all'uso di forme di appropriazione esclusive è stato il portato della convinzione che solamente esse consentissero un'allocazione razionale delle risorse.

giuristi, infatti, ogniqualvolta sono stati chiamati a disciplinare le modalità di appropriazione e di fruizione di nuove forme di ricchezza hanno fatto ricorso – al fine di assicurare alle stesse l’opportuna tutela giuridica – proprio alla menzionata categoria di diritti. Analogo percorso ermeneutico è stato seguito quando si è, di volta in volta, posta la necessità di apprestare la disciplina dei *new goods*: si è tentato di tracciare la normativa di tali entità nel solco di quella tratteggiata per la vetusta categoria dei diritti reali.⁷

In virtù di quanto premesso, si comprende con nitore che il nodo centrale della coeva problematica dei beni sia «costituito proprio da questa costante contraddizione tra le peculiarità dei nuovi beni economici e della disciplina ad essi riservata, e i concetti utilizzati dalla dottrina, al fine di sistemare la nuova materia»⁸. Infatti, mentre emergevano nuovi beni in senso giuridico (*nuovi e diversi* rispetto a quelli elencati nel codice), gli operatori del diritto incontravano, in ragione di un’opera di classificazione informata ai criteri propri della tassonomia tradizionale, difficoltà insormontabili nell’apprestare un’adeguata regolamentazione degli stessi⁹. Ciò poiché il criterio adottato dalla dottrina per sussumere le nuove entità – portato del mutamento a cui era andata incontro la civiltà materiale a seguito dello shock tecnologico derivante dall’affermarsi della rivoluzione industriale – entro il perimetro concettuale della nozione di “bene giuridico” coincideva con la possibilità di ricondurre le modalità di sfruttamento e di fruizione delle stesse entro le maglie della disciplina del diritto di proprietà: la sagoma normativa del diritto reale per eccellenza, dunque, si atteggiava a vero e proprio varco d’accesso mediante il quale entità esistenti nella realtà fenomenica potevano acquisire rilevanza al cospetto dell’ordinamento. Da siffatta opzione esegetica conseguiva che, ogniqualvolta fosse occorso approntare regole di utilizzazione delle nuove entità che emergevano dalle dinamiche economico-sociali, le alternative percorribili sarebbero state due: o far ricorso al paradigma proprietario, in modo da pervenire ad un costringimento delle nuove regole nella vecchia categoria, o – quando questo non fosse stato possibile – negare che ci si trovasse di fronte ad un nuovo bene.

Sennonché, il sistematico tentativo di guardare alla complessa tematica

⁷ Nel medesimo senso O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., pp. 3 ss.

⁸ Sono parole di O.T. SCOZZAFAVA, *op. ult. cit.*, p. 7.

⁹ Questo è successo, per esempio, con riferimento all’energia elettrica, che nel 1865 non esisteva nelle forme che ne hanno consentito la produzione, la distribuzione e l’utilizzazione. Il fenomeno viene descritto da A. COLAVECCHIO, *Energia elettrica*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2005, pp. 233-325; N. AICARDI, *Energia*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. II, Milano, 2007, p. 691 ss.