

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 27 - giugno 2023

“GIGANTISMO” E DISUGUAGLIANZE
NELL’ECONOMIA DEI DATI.
APPUNTI SULLA *GOVERNANCE* EUROPEA
DELLE RELAZIONI DIGITALI

Carmelita Camardi

“GIGANTISMO” E DISUGUAGLIANZE NELL’ECONOMIA DEI DATI. APPUNTI SULLA *GOVERNANCE* EUROPEA DELLE RELAZIONI DIGITALI ^{°*}

Carmelita Camardi

*Professoressa Ordinaria di Diritto privato
Università Ca’ Foscari Venezia*

Il saggio intende ricostruire la recente strategia europea nella regolazione dei mercati digitali, quale definita nei Regolamenti noti come Digital Services Act, Digital Market Act e Data Government Act. In questa chiave il contributo utilizza un approccio attento agli effetti che l’economia dei dati può generare in termini di disuguaglianza e squilibri di potere nelle relazioni sociali tra le grandi piattaforme e gli utenti.

The essay aims to reconstruct the new European Union strategy in the regulation of digital markets, as defined in the Digital services Act, Digital market Act and Data Government Act. In this key, the essay aims to analyze the effects that the data economy can generate in terms of inequality and power imbalances in the social relations between big platforms and users.

Sommario:

1. Soggezione e potere nell’economia dei dati
2. Le relazioni economiche tra piattaforme e utenti commerciali
3. Le relazioni economiche tra piattaforme e utenti nel *Digital Services Act*
4. Gigantismo e accesso ai mercati digitali. Il *Digital Market Act*
5. Il mercato dei dati
6. Brevi note finali sul modello regolatorio europeo

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

^{*} Il contributo è destinato agli *Studi in onore di Rosalba Alessi*.

1. Soggezione e potere nell'economia dei dati

Tra i molti approcci che l'analisi dell'economia *data driven* può suggerire vi è certamente quello connesso alla possibile produzione di effetti di disuguaglianze, e aggiungerei anche di discriminazione sociale, quale diretta conseguenza della produzione e circolazione delle risorse intangibili oggi presenti nel mondo in una dimensione quantitativa forse inestimabile: le risorse informazionali, i *dati*, personali e non personali (si legge infatti che ogni giorno si generano almeno 2,5 quintilioni di *gigabyte*)¹.

Posto che riflessioni di questo tenore non possono mettere in dubbio la valenza emancipatoria dei processi di innovazione tecnologica, e che il nostro contesto ordinamentale esprime da sempre una netta propensione ad assecondare piuttosto che a disincentivare tali processi, un discorso critico potrà interessare le tecniche di regolazione dell'economia dei dati, in un'ottica di correzione degli effetti distorsivi di un uso improprio delle tecnologie da parte di coloro che ne hanno il controllo. Alla ricerca, dunque, di un modello di *governance* inteso a conformare il potere degli inediti giganti dell'economia digitale ai principi irrinunciabili dell'Unione Europea, quali risultanti dai Trattati e dalle Carte dei diritti fondamentali.

Se viceversa l'ottica fosse quella della radicale critica ideologica alla tecnologia, sull'idea per la quale lo strumento della "norma" sarebbe comunque impotente rispetto ai guasti da essa provocati, allora queste riflessioni potrebbero risultare inutili, e l'eventuale sopravvento di una prospettiva demolitoria dell'attuale sistema poco spazio forse lascerebbe al discorso del giurista interprete².

D'altra parte, mai come oggi parlare di disuguaglianza e disuguaglianze significa entrare in un universo semantico che chiede di essere decifrato e ricomposto. Perché – come leggiamo in uno dei tanti documenti diffusi dalle istituzioni europee – «Le disuguaglianze rappresentano una sfida multidimensionale. Benché le disuguaglianze possano essere considerate in molte dimensioni diverse, due concetti chiave sono la *disparità dei risultati (reddito e ricchezza)* e la *disparità di opportunità*»³. Parole significative per indicare come vi sia da parte della

¹ Per rendersi conto del valore economico del baratto che quotidianamente si genera in Internet, si pensi che ogni giorno da *Facebook* transitano 1,82 miliardi di persone, pari a circa un quarto della popolazione mondiale. Tali dati si traducono in un fatturato di circa 70,7 miliardi di dollari, pari al PIL del Lussemburgo (62 miliardi nel 2017) e trentacinque volte maggiore del PIL di uno dei paesi più poveri del mondo della Repubblica Centrafricana. Così si legge in GIULIANO, *Regolare l'infosfera*, in *Contr. impr.*, 2021, 910.

² Sembra essere questa invece la posizione di NOTO LA DIEGA, *Internet of Things and the Law*, Londra, 2022, il quale, all'esito di un'attenta indagine sulle implicazioni giuridiche del mondo IoT, mette in dubbio l'efficacia delle leggi e delle normative esaminate dal punto di vista della promozione di una dimensione "umana" e non meramente espropriativa dell'IoT, e alla fine anche la stessa capacità della legge a governare il fenomeno.

³ Cfr., tra i molti, il documento *Scheda tematica del semestre europeo. Come affrontare le disuguaglianze*, del 22 novembre 2017.

Commissione uno sforzo, per così dire concettuale, di sistemazione delle dimensioni della disuguaglianza in categorie astratte, finalizzate alla comprensione del reale e alla sua correzione: un'ermeneutica delle disuguaglianze funzionale ad un possibile risultato rimediabile.

Infatti, se volgiamo ad una prospettiva analitica e di sondaggio di effetti di disuguaglianza diffusi e rilevanti per la loro dimensione, il magma semantico appare inevitabile: troviamo le disuguaglianze economiche, le disuguaglianze derivanti dalle stratificazioni sociali (gruppi e caste più o meno formalizzati), le disuguaglianze indotte da molteplici fenomeni di vulnerabilità (gli anziani, gli espulsi dal mondo del lavoro, gli immigrati, etc.), le disuguaglianze di genere, le disuguaglianze fra le generazioni, le disuguaglianze nell'accesso ai servizi i più vari (dall'istruzione, alla sanità), e perché no le disuguaglianze nell'accesso alle tecnologie, e poi ancora le disuguaglianze fiscali, retributive, previdenziali, per non parlare delle disuguaglianze di sviluppo tra i popoli e le nazioni.

Se questo è il contesto non solo teorico delle disuguaglianze, diventa comprensibile che un discorso sulle disuguaglianze nel prisma dell'economia degli intangibili provi a ritagliarsi uno spazio più limitato e meno generico, nel quale sviluppare un ragionamento concettuale parziale, ma forse più concreto.

E lo spazio che avrei scelto è quello – eminentemente simbolico – che assume a riferimento le risorse informazionali, i *dati*, personali e non personali, quale esempio di risorsa intangibile generata da processi dinamici – e modelli di *business* – ad alto tasso tecnologico e capaci di innescare a loro volta effetti moltiplicatori enormi nella produzione di ricchezza⁴. Ebbene, agli effetti della focalizzazione di alcuni effetti di disuguaglianza generati dal fenomeno della loro produzione, del trattamento e della redistribuzione, direi che tali effetti possono essere misurati da due punti di vista, con ogni evidenza collegati.

⁴ Che i dati siano oggetto e causa di un nuovo modello economico, sociale ed esistenziale è circostanza ormai riconosciuta da pressoché tutte le scienze che se ne occupano, ciascuna secondo i propri canoni di riflessione. La peculiarità della scienza giuridica che ne affronta la comprensione è – con ogni evidenza – quella della difficoltà della loro qualificazione nel sistema dei diritti soggettivi, e della definizione dei processi nei quali si articola la produzione e la circolazione dei dati personali. Ciò che – con altrettanta evidenza – deriva dalla irriducibilità del dato personale ad una sola categoria giuridica capace di esaurirne le vicende attraverso un assetto disciplinare certo, coerente e concluso. La letteratura è ormai copiosa, ragione per la quale rinviamo in questa sede ad alcune recenti opere collettanee che racchiudono contributi multidisciplinari utili a comprendere la complessità del fenomeno. Tra queste: STANZIONE (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, 2022, ed ivi, in particolare, i saggi di SICA - D'ANTONIO, *La commodification dei dati personali nella data driven society*, 129; PARISI *Dato, profilazione e network: l'emersione di un nuovo modello giuseconomico*, 173; SALANITRO (a cura di), *Smart. La persona e l'infosfera*, Pacini, Pisa, 2022, ed ivi in particolare i saggi di LAS CASAS, *Contrattazione digitale e modelli di scambio*, 387, e BENEDETTI, *Tecnica, diritto civile e smart contract. Minimalismo o massimalismo?*, 415; RICCIUTO - SOLINAS (a cura di), *Forniture di servizi digitali e pagamento con la prestazione dei dati personali*, Milano, 2022; MANNONI - STAZI, *Sovranità.com. Potere pubblico e privato ai tempi del cyberspazio*, Napoli, 2021.

Il primo è quello genetico che attiene al momento della produzione dei dati personali da parte di ciascun individuo, allorché lo stesso accede ad un servizio digitale e rilascia le informazioni necessarie alla conclusione del contratto, ma anche altre informazioni non necessarie, e però al tempo stesso inevitabili (dal sesso, al luogo nel quale si trova, al circuito di carta di credito che utilizza, alla qualità del bene/servizio che acquista, alle caratteristiche del fornitore etc.), tutte quante tali da delineare un contesto complessivo che si offre comunque ad una florida prospettiva di trattamento dagli esiti multidimensionali⁵.

Il secondo è quello dinamico della elaborazione dei dati raccolti e dell'avvio del processo della loro utilizzazione economica in una dimensione sconfinata, resa tale dalla imprevedibile definizione degli scopi alla realizzazione dei quali, e con effetto moltiplicatore, il trattamento può essere finalizzato. Qui i dati cambiano continuamente natura e funzioni, in un processo circolare continuo, paradossale e parossistico, che li estrae dalla singola persona, li trasforma e glieli rovescia addosso subito dopo, in modo impersonale, trasformati in etichette, qualifiche, *rating* per l'accesso, premi o penalità a seconda dei casi. Il riferimento alla profilazione e a tutte le tecniche prognostiche e predittive capaci di dare forma a strategie centralizzate di organizzazione della società e del mercato, è piuttosto evidente. Come è evidente la formazione di "agglomerati" altrettanto centralizzati di potere che esercitano il pieno controllo delle infrastrutture tecnologiche e dei processi di estrazione ed elaborazione, raccolta e distribuzione dei dati e dei loro prodotti derivati⁶.

Ciascuno dei due punti di vista necessita di una diversa strategia giuridico-regolatoria, che includa anche una dimensione correttiva di un possibile, anzi certo e macroscopico effetto di disuguaglianza.

Nel primo caso, il tema richiama una prospettiva schiettamente contrattualistica, con tutte le problematiche relative alla manifestazione del consenso e alla predisposizione delle condizioni contrattuali⁷; l'angolo di osservazione rimane quello della tipica asimmetria tra la dimensione individuale/esistenziale del singolo soggetto che muove le sue esperienze nel

⁵ È subito diventato un classico il volume di ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019; cui adde QUINTARELLI, *Capitalismo immateriale. Le tecnologie digitali e il nuovo conflitto sociale*, Torino, 2019.

⁶ Su tali scenari cfr., da ultimo, il bel saggio di STOLZI, *Diritto e nuove tecnologie: cronache di un eterno presente. A proposito di recenti studi su Intelligenza artificiale e società algoritmica*, in *Quad. fiorentini*, 2022, 715; nonché SCIACCA, *Algocrazia e sistema democratico. Alla ricerca di una mite soluzione antropocentrica*, in *Contr. impr.*, 2022, 1173; ABRIANI - SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale*, Bologna, 2021, 39, 42 ss.; COMANDÈ, *Leggibilità algoritmica e consenso al trattamento dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 2022, 33; e DI GREGORIO, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile: quale paradigma per le nuove tecnologie?*, *ibid.*, 51.

⁷ Sul punto rinviamo a C. IRTI, *Consenso negoziato e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021; COMANDÈ, *Leggibilità algoritmica*, 141.

mondo digitale, e la dimensione professionale del suo interlocutore, il *service provider*, oggi la piattaforma⁸.

Nel secondo caso il tema richiama invece una prospettiva tipicamente di mercato, di assetto competitivo e regolatoria. L'angolo di osservazione prevalente coglie l'aspetto massivo dei rapporti di rete, la sproporzione enorme tra l'insignificante quantità di informazioni che ciascun utente fornisce alla piattaforma che sta utilizzando e la sterminata quantità di dati che i sistemi di AI riescono ad intercettare e rielaborare. Nel mezzo ci sono i milioni di utenti, consumatori o *followers*, i cui dati per l'appunto vengono introiettati dalla piattaforma, per trasformarsi da "beni" di per sé privi di valore economico a cellule di altri beni (dai *big data* agli stessi sistemi *software* di elaborazione) dotati di valore sempre crescente man mano che il processo di trattamento va avanti guidato da algoritmi sempre più sofisticati⁹.

Le disuguaglianze, dunque, prendono forma tra le pieghe di questa vistosa sproporzione di grandezze, nella misura in cui quest'ultima si atteggia con forme inedite come potere di mercato non contendibile e perciò idoneo a condizionare il meccanismo della concorrenza, e al tempo stesso come potente meccanismo estrattivo, di drenaggio di informazioni dai milioni di persone che le producono, e poi come potere redistributivo dei risultati del trattamento, secondo una logica che non necessariamente tiene conto di esigenze di eguaglianza e solidarietà.

Le disuguaglianze, in altre parole, sono l'altra faccia naturale del gigantismo economico che nasce e cresce nell'economia *data driven* come effetto inesorabile della combinazione tra tecnologie della comunicazione e tecnologie digitali. Da questo punto di vista, esse si presentano non tanto, o non esclusivamente, come disuguaglianze economiche o di reddito, e nemmeno come disuguaglianze sociali, di casta o di gruppo; quanto piuttosto come disuguaglianze di potere, generatrici di uno stato di soggezione diffuso – una sorta di *digital slavery* – a scapito di tutti coloro che, avuto accesso a vario titolo ai mercati della società digitale, non sono più in grado nel tempo di stabilire interlocuzioni sociali autonome, né di mantenere la propria autodeterminazione. A dispetto della sua dimensione orizzontale di rete-non gerarchica, l'infosfera popolata dai cittadini del mondo ha generato i suoi giganti, e questi – alla stregua di Autorità di fatto se non di diritto – non mancano di mettere in atto unilateralmente tutte le tecniche di controllo idonee a definire le condizioni di uso delle risorse che circolano in rete e di cui hanno il potere di "appropriarsi"¹⁰.

⁸ Per tutti gli aspetti legati a questa dimensione del rapporto tra soggetto interessato e interlocutore professionale, cfr. i contributi inclusi nel volume di RICCIUTO - SOLINAS (a cura di), *Forniture di servizi digitali, passim*.

⁹ RICCIUTO, *Il contratto e i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 642; GAMBINO - MANZI, *Intelligenza artificiale e tutela della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2019, 1657.

¹⁰ Sulla scia del noto studio di BIANCA, *Le autorità private*, Napoli 1977, la letteratura utilizza di frequente queste denominazioni. Cfr. D'ALBERTI, *Google e le nuove autorità private: la metamorfosi dal*

Di qui anche la dimensione trasversale della soggezione: essa investe i consumatori in quanto attori del mercato, gli utenti dei servizi social in quanto persone, i semplici cibernetici che “visitano” una piattaforma; le imprese (specie le più piccole) che utilizzano le piattaforme per i loro scambi, e ancora trasversalmente categorie specifiche di utenti, dai minori agli anziani, alle persone variamente fragili, dando luogo a nuove vulnerabilità *non* dipendenti dalle condizioni economiche o sociali della propria esistenza.

Potere e soggezione sono dunque le categorie giuridiche entro le quali comprendere le origini e le forme delle disuguaglianze digitali. Esse non sono direttamente e immediatamente foriere di disuguaglianze economiche, ma agiscono assai più profondamente sulla riproduzione e distribuzione dei ruoli sociali e sulla capacità decisionale in ordine alle scelte individuali, in altre parole sulla *self-awareness*, riferita sia alle scelte economiche che a quelle personali, sociali o politiche. Effetti successivi di ineguale distribuzione delle risorse conseguono certamente alla stabilizzazione dei ruoli economici, come determinati dai soggetti che esercitano il potere, e con particolare evidenza nei momenti critici o patologici dei rapporti che si istituiscono fra i diversi attori. Ma il carattere performativo dell'economia dei dati risiede prevalentemente proprio nella capacità di generare relazioni di dipendenza, quando non di sudditanza e perciò di discriminazione, tanto più accentuate quanto più i poteri già concentrati nei/dei giganti del web sono altresì estesi su scala globale in un contesto completamente deterritorializzato e come tale sconfinato.

Proprio in ragione della loro estensione pluridimensionale, la comprensione di questi meccanismi richiede dunque che il fascio delle relazioni digitali si scomponga nelle tipologie specifiche di rapporto contrattuale istituite tra singoli utenti e giganti del *web*, e che all'interno di ciascuna si focalizzi la peculiare modalità nella quale il rapporto potere – soggezione prende forma giuridica, tenendo a mente che direttamente o indirettamente, in primo piano o sullo sfondo vi è pur sempre una “questione di dati”, un *problema* che attiene all'estrazione, alla raccolta, alla cessione o al trattamento dei dati personali, lungo la filiera di trasformazione ed elaborazione che li riguarda.

La breve indagine che segue si focalizza sulle prospettive regolatorie del potere e dell'attività delle piattaforme introdotte dall'UE, sullo sfondo della protezione dei dati personali garantita dal GDPR, e nell'ambito della Strategia digitale¹¹.

fatto al diritto, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 745; F. MEZZANOTTE, *I poteri privati nell'odierno diritto dello sviluppo economico*, in *Pol. dir.*, 2018, 507; QUARTA, *Mercati senza scambi. La metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli, 2020; ID., *Il ruolo delle piattaforme digitali nell'economia collaborativa*, in *Contr. impr./Europa*, 2017, 554; STOLZI, *Diritto e nuove tecnologie*, 727, secondo la quale si tratta di fronteggiare forme di “sovranità privata”, munite di un tale potere performativo, che sollecita l'introduzione di adeguati contropoteri. I giganti cui si fa riferimento sono quelli solitamente inclusi nell'acronimo «GAFAM» (*Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft*), cui aggiungere altre *web-platforms* di rilevanza planetaria come *Ali Baba, Baidu, Netflix, etc.*

¹¹ Il primo Atto è rinvenibile nella Comunicazione del Presidente Juncker del 6 maggio 2015, COM(2015) 192 final, reperibile al link <https://tinyurl.com/5e4mw5hr>; e trova esito attuale nella

Dalla rapida rassegna di alcuni degli Atti normativi, per lo più Regolamenti, che si inseriscono in tale strategia si avrà modo di verificare la misura e la qualità dei “contropoteri” che l’UE ha sviluppato nei confronti del gigantismo delle piattaforme; e di comprendere altresì l’opzione regolatoria che sta a monte della scelta. Ed infatti, come reso evidente di solito dall’esordio dei numerosi Considerando che precedono l’articolato normativo, l’UE certamente non ha sposato l’opzione astrattamente possibile della *deregulation* ovvero dell’*autoregulation*; ha piuttosto sviluppato un modello misto di *co-regulation* pubblico-privata nel quale – a torto o a ragione – ha visto la possibilità di realizzare un bilanciamento equilibrato tra i principi della libertà di circolazione e quelli di una regolazione corretta delle relazioni di mercato, intesa a prevenire e sanzionare gli abusi connaturati alla *vis* espansiva dei soggetti del *web*¹².

2. Le relazioni economiche tra piattaforme e utenti commerciali

Una prima tipologia di relazione di potere – che bene evidenzia il carattere trasversale della soggezione – è quella che corre tra piattaforma e imprese commerciali che in esse ottengono l’opportunità di costituire proprie relazioni di mercato. Il potere della piattaforma può assumere qui le forme dell’abuso di dipendenza economica, ovvero sia le forme tipiche del *lock-in*, dell’intrappolamento generato dalla mancanza di alternative di mercato che altera profondamente il rapporto tra i *partner*, incentivando il più forte ad abusare del potere che le circostanze gli attribuiscono. La dipendenza economica è situazione che si apprezza anche nel contesto di una relazione commerciale per così dire singolare, tra due imprese; ma in questa sede se ne parla in un contesto che la vede connotare una serie indefinita di relazioni commerciali e viepiù crescenti tra una pluralità di utenti e ben poche piattaforme ospitanti: se ne parla per l’appunto nella dimensione sistemica del gigantismo digitale e nel contesto del mercato *data driven*, con effetti che non possono essere controllati soltanto in una

Decisione (UE) 2022/2481 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022, che istituisce il programma strategico per il decennio digitale 2030 (reperibile al link <https://tinyurl.com/mpc85sv4>; ultimo accesso 19/01/2023).

¹² Illuminanti riferimenti in STOLZI, *Diritto e nuove tecnologie*, 726 e ss. ed ivi altre indicazioni bibliografiche. Sul modello regolatorio europeo, cfr. BUTTARELLI, *La regolazione delle piattaforme digitali: il ruolo delle istituzioni pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 116; TORCHIA, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1101; CAROTTI, *La politica europea sul digitale: ancora molto rumore*, *ibid.*, 997; SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, *ibid.*, 1031; POLLICINO, *I codici di condotta tra self-regulation e hard law. Esiste davvero una terza via per la regolazione digitale? Il caso della strategia europea contro la disinformazione online*, *ibid.*, 1051; sull’*autoregulation* cfr. invece di recente BENATTI, *Un diritto privato neofeudale?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, I, 99 ss.

dimensione privatistica, ma in quella propria della regolazione del mercato¹³.

A titolo esemplificativo, prendo a modello il caso emblematico intercorso tra *Facebook* e una serie di società sviluppatrici di *app* da essa ospitate, allorché – in seguito al coinvolgimento nello scandalo di *Cambridge Analytica – Facebook* sospende unilateralmente tutti gli *account* senza preavviso e senza alcun controllo preventivo idoneo a verificare se l'attività di quelle *app* effettivamente coinvolgesse la raccolta dei dati personali degli utenti di *Facebook*, la cui violazione stava alla base dello scandalo e delle decisioni statunitensi sul medesimo. Il caso è oggetto della decisione di condanna al risarcimento del danno da parte del Tribunale di Milano del 18 novembre 2021, della cui motivazione qui interessa il passaggio cruciale nel quale i giudici evidenziano le clausole che attribuivano a *Facebook* un potere di autotutela per così dire illimitato e del tutto discrezionale, tale da far sì che la possibilità di svolgere l'attività da parte degli sviluppatori fosse del tutto “alla mercè” di *Facebook*. Mentre la massima recita che «[p]er la configurazione di una situazione di dipendenza economica è sufficiente la sussistenza di una posizione di dominio “relativa” ai rapporti con la controparte»¹⁴.

Ecco, questi rapporti sono adesso oggetto di disciplina del Regolamento 2019/1150 (UE), del 20 giugno 2019, significativamente intitolato alla promozione di «Equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*»¹⁵. Il primo dato da registrare concerne la ridefinizione

¹³ Con riferimento alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica nella tradizionale dimensione contrattualistica individuale si rinvia allo studio recente di BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, Milano, 2020. Con riferimento invece all'abuso generato dall'azione delle piattaforme cfr. per tutti MONTEROSSO, *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contr. impr.*, 2021, 920. Va segnalato che con legge 5 agosto 2022, n. 118, l'art. 9 della l. 192/1998 è stato modificato attraverso l'esplicito riferimento alle forme di abuso realizzate da una «piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati»: ciò che fa presumere la dipendenza economica dell'impresa che utilizza i servizi di tale piattaforma. Ugualmente, al comma 2 si aggiunge che «Le pratiche abusive realizzate dalle piattaforme digitali di cui al comma 1 possono consistere anche nel fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio erogato e nel richiedere indebite prestazioni unilaterali non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta, ovvero nell'adottare pratiche che inibiscono od ostacolano l'utilizzo di diverso fornitore per il medesimo servizio, anche attraverso l'applicazione di condizioni unilaterali o costi aggiuntivi non previsti dagli accordi contrattuali o dalle licenze in essere». In argomento, MOLITERNI, *La legge annuale per il mercato e la concorrenza al tempo del PNRR*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 581.

¹⁴ Trib. Milano, 18 novembre 2021, in *Società*, 2022, 705, con nota di CAGNASSO, *Abuso di dipendenza economica e social network*, *ivi*, 714, il quale sottolinea come nella fattispecie il Tribunale abbia accolto una interpretazione estesa dell'art. 9 della legge sulla subfornitura, applicandola a rapporti tipologicamente diversi.

¹⁵ ALPA, *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, in *Contr. impr.*, 2022, 721; CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jus Civile*, 2021, 870, FOLTRAN, *Professionisti, consumatori e piattaforme online: la tutela delle parti deboli nei nuovi equilibri negoziali*, in *Medialaws*, 2019, 162; A. MARTUSCIELLO, *La nuova riforma europea sul digitale*, *ibid.*, al link <https://tinyurl.com/3ep556kw>; sul modello di *business* messo in opera attraverso le piattaforme,

delle piattaforme come «servizi di intermediazione *on line*», rientranti nella più ampia categoria dei servizi della società dell'informazione, ma connotati dal consentire «agli utenti commerciali di offrire beni o servizi ai consumatori, con l'obiettivo di facilitare l'avvio di transazioni dirette tra tali utenti commerciali e i consumatori», compito da svolgere in base a rapporti contrattuali (art. 2, punto 2, lett. a, b, c). Ad essi sono affiancati espressamente i motori di ricerca *on line*, definiti come «un servizio digitale che consente all'utente di formulare domande al fine di effettuare ricerche, in linea di principio, su tutti i siti web ... sulla base di una interrogazione su qualsiasi tema sotto forma di parola chiave, richiesta vocale, frase o di altro input, e che restituisce i risultati in qualsiasi formato». Il regolamento si applica esclusivamente ai rapporti tra i gestori dei servizi e gli utenti commerciali, i quali «offrono i loro beni o servizi a consumatori» nell'Unione.

Ciò posto, l'approccio regolativo è ben noto al giurista. Nel rispetto del diritto civile nazionale, i fornitori di servizi di intermediazione *on line* sono sottoposti a consistenti obblighi informativi e di *disclosure* intesi a rendere facilmente conoscibili i termini d'uso della piattaforma, ad informare preventivamente delle modalità attraverso le quali il fornitore potrà sospendere o limitare i servizi, come pure dell'eventuale attività di distribuzione commerciale svolta dalla piattaforma in concorrenza con gli utenti che in essa operano. Analogamente, la facoltà di modificare unilateralmente termini e condizioni – con effetto mai retroattivo (art. 8) – non è negata, ma è regolata attraverso l'obbligo di un preavviso ragionevole e proporzionato alle esigenze di eventuale adeguamento dell'utente, al quale comunque è attribuito il diritto di risolvere il contratto, oltre che quello di aprire un contraddittorio nell'ambito del processo interno di gestione dei reclami (artt. 3, 4 e 11). Il rispetto delle regole cui è sottoposta la previsione dei «termini e condizioni» del contratto è assicurato dalla sanzione della nullità¹⁶.

Presenta elementi di novità, invece, collegati alla percezione di comportamenti peculiari delle piattaforme di intermediazione e dei motori di ricerca, la previsione di cui all'art. 5, relativa al cosiddetto “posizionamento”, già definito nel precedente art. 2 e ancora nei considerando con riguardo al risultato che un motore di ricerca restituisce nella classificazione offerta al pubblico dell'utente e dei suoi prodotti o servizi, con riferimento alla rilevanza «risultante dall'utilizzo di meccanismi algoritmici di ordinamento in sequenza, valutazione o recensione,

e sulla strutturale dipendenza che esso crea nei confronti degli utenti commerciali, ancora MONTEROSSÌ, *La tutela dell'utente commerciale*, 944 ss.

¹⁶ Art. 3, c. 3: «I termini e le condizioni, o le loro disposizioni specifiche, non conformi alle prescrizioni di cui al paragrafo 1, così come le modifiche dei termini e delle condizioni, applicate da un fornitore di servizi di intermediazione online in violazione delle disposizioni di cui al paragrafo 2, sono nulle e prive di validità». Sul punto MONTEROSSÌ, *La tutela dell'utente commerciale*, 938, il quale acutamente osserva come l'elemento di novità di questa previsione risiede nel fatto che a una tale nullità il legislatore assegna efficacia *erga omnes*, come si evince dal considerando n. 20, nell'intento di piegare la disciplina contrattuale alle esigenze di controllo – sotto un profilo concorrenziale – dell'organizzazione ed esercizio dell'attività imprenditoriale della piattaforma.

dalla messa in evidenza visiva o da altri strumenti di messa in rilievo, o da una combinazione tra questi» (considerando 24). Anche qui, per prevenire situazioni di dipendenza o di opacità nella gestione delle sequenze di presentazione nei motori di ricerca, si impongono obblighi di *disclosure* dei parametri utilizzati, inclusa la possibilità di offrire un corrispettivo per influire sul posizionamento; e obblighi di semplificazione del linguaggio e di comunicazione di eventuali segnalazioni che possono provocare una modifica *in peius* del precedente posizionamento¹⁷.

Il modello regolatorio europeo assume la trasparenza degli atti e delle condotte di mercato come regola generalissima, suscettibile delle più varie declinazioni, che presidia l'utilizzo del contratto come strumento anch'esso generalissimo e privilegiato di composizione degli interessi privati.

Dal tema generale della *disclosure*, alla procedimentalizzazione dei possibili contrasti interni in materia di modifica dei termini, eventuale sospensione del servizio, diverso posizionamento e accesso ai dati, fino alla previsione di un sistema di gestione dei reclami interni e di mediazione delle controversie¹⁸, il regolamento coglie – almeno in parte – la complessità dell'attività della piattaforma anche con riferimento a possibili interventi nella gestione degli scambi effettuati dall'operatore (offerta ai consumatori di prodotti e servizi accessori, eventuale trattamento differenziato dei prodotti o servizi offerti ai consumatori, etc.)¹⁹.

L'art. 17 incoraggia gli operatori delle piattaforme e gli utenti ad adottare codici di condotta condivisi o settoriali, anche in vista del meccanismo di

¹⁷ Per la comprensione dei meccanismi di posizionamento si suggerisce la lettura delle indicazioni contenute in queste pagine: <https://tinyurl.com/ywwdksye>, sulla ottimizzazione dei motori di ricerca nell'esperienza di *Google*. Il posizionamento delle stringhe assume rilevanza non solo economica, dell'orientamento delle scelte dei consumatori (cfr. M. RICOLFI, *Motori di ricerca, link sponsorizzati e diritto dei marchi: il caso Google di fronte alla Corte di giustizia*, in *Giur. it.*, 2010, 1603), ma anche politica, come rilevato da R. BORRELLO, *Alcune riflessioni preliminari (e provvisorie) sui rapporti tra motori di ricerca e pluralismo informativo*, in *Medialaws*, 2017, 68. Eppure, Trib. Milano, con decisione del 23 Marzo 2013, aveva affermato che «i termini visualizzati dagli utenti sulla stringa di ricerca attraverso la funzionalità *Autocomplete*, ovvero in fondo alla pagina di ricerca nella sezione Ricerche Correlate, non costituiscono un archivio, né sono strutturati, organizzati o influenzati da *Google* che, tramite un software automatico, si limita ad analizzarne la popolarità e a rilasciarli sulla base di un algoritmo [...] trattasi di servizi della c.d. attività di “*caching*” svolta da *Google* al fine di facilitare, a loro richiesta, l'accesso ad altri destinatari di informazioni fornite da destinatari del servizio, senza che il prestatore del servizio, nella specie *Google*, sia responsabile del contenuto di tali informazioni a norma dell'art. 15 cit. D. Lgs» (*Medialaws*, 2013, leggibile al link <https://tinyurl.com/2tkvudmd>).

¹⁸ Cfr. le previsioni di cui agli artt. 11 e 12 del regolamento, mediante i quali gli operatori commerciali possono gratuitamente accedere ad una procedura di reclamo contro presunti inadempimenti del fornitore, oppure contro comportamenti del prestatore che si riverberano sull'efficienza del servizio, o a seguito di problemi tecnologici. Il reclamante ha diritto ad una risposta rapida e – se necessario – di accedere ad un sistema di ODR.

¹⁹ Parla di «*fairness* di stampo meramente procedurale», MONTEROSSO, *La tutela dell'utente commerciale*, 936.

monitoraggio e revisione dell'efficacia del regolamento; ma non è prevista l'istituzione di specifici organismi di vigilanza sull'applicazione del regolamento, e nemmeno una specifica vigilanza *antitrust*, affidata all'operato delle tradizionali Autorità. Su quest'ultimo punto conviene spendere qualche parola ancora.

Ed infatti, la posizione di potere delle piattaforme di intermediazione commerciale, o *marketplace*, non risiede soltanto nel controllo dell'infrastruttura come “luogo” e “vetrina” per le imprese commerciali che non hanno una diversa e più conveniente finestra nel mondo del *web*, e nemmeno nella circostanza per la quale la piattaforma è in grado di accrescere in maniera smisurata il numero degli utenti commerciali da ospitare; e nemmeno ancora nella sola circostanza di potere – in ragione di ciò – governare da soggetto privato la concorrenza che queste imprese si fanno. Il vero potere, per contro, sta piuttosto nel fatto di poter intercettare tutti i dati che in ogni momento si riversano nello sviluppo delle relazioni con gli utenti e delle relazioni tra questi ultimi e i consumatori. Il *marketplace* è, da questo punto di vista, un'autentica miniera capace di estrarre una mole smisurata di informazioni, e di poterne disporre adottando un mezzo di raccolta tutto sommato assai semplice: il consenso degli interessati, o perché fornito in occasione di un contratto, o perché fornito indipendentemente da questo.

Ebbene, rispetto a tale circostanza²⁰, il Regolamento in esame prevede una norma regolatoria, e ancora una volta, di *disclosure*, che lascia comunque in capo alla piattaforma la scelta relativa alla gestione dell'immenso patrimonio informazionale con il quale viene in contatto. L'art. 9, rubricato *Accesso ai dati*, prevede quale obbligo delle piattaforme quello di «descrivere» nei termini e condizioni proposti agli utenti commerciali l'eventuale possibilità sia della piattaforma che degli utenti di accedere ai dati (personali e non) forniti dagli utenti medesimi o dai consumatori. Mediante tale descrizione, gli utenti sono informati delle loro *chances* circa le categorie di dati interessate e le relative condizioni; nonché in merito alla fornitura o meno a terzi di tali dati e allo scopo di tale condivisione.

Complessivamente, dunque, una *governance* dell'abuso eventuale del potere, ma con essa una legittimazione del potere medesimo, purché trasparente²¹.

3. Le relazioni economiche tra piattaforme e utenti nel *Digital Services Act*

Il *Digital Services Act*, denominato «legge sui servizi digitali»²², interviene a modifica della Direttiva 2000/31 sul commercio elettronico, della quale tuttavia intende conservare i principi fondamentali, specie in merito alla (ir)responsabilità delle piattaforme circa la moderazione dei contenuti memorizzati e ospitati (artt.

²⁰ Si era detto nell'*incipit* di questo lavoro che, sullo sfondo, c'è sempre una “questione di dati”!

²¹ Sul tema or ora trattato, cfr. il recente contributo di MIDIRI, *Le piattaforme e il potere dei dati (Facebook non passa il Reno)*, in *Dir. informazione e informatica*, 2021, 111.

²² Regolamento (Ue) 2022/2065 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali, pubblicato il 27 ottobre 2022.

4, 8 ss.), riconoscendone comunque l'inadeguatezza della disciplina²³ sia con riferimento al problema del controllo dei contenuti illegali, sia con riferimento alla trasformazione del ruolo delle piattaforme nel senso fin qui evidenziato²⁴.

Il primo dato da registrare, dunque, è la definizione della piattaforma di intermediazione, non più limitata a quelle che agevolano le transazioni commerciali da parte di un professionista verso un consumatore, ma definitivamente allargata a qualunque «servizio di memorizzazione di informazioni che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde informazioni al pubblico» (art. 3, lett. i); mentre il servizio di intermediazione è ridefinito con riguardo alle classiche funzioni di trasporto e memorizzazione di dati già individuate dalla Direttiva sul commercio elettronico (art. 3, lett. g); e il motore di ricerca *on line* torna ad essere definito come «un servizio intermediario che consente all'utente di formulare domande al fine di effettuare ricerche [...] su tutti i siti web [...] sulla base di un'interrogazione su qualsiasi tema sotto forma di parola chiave, richiesta vocale, frase o di altro input, e che restituisce i risultati in qualsiasi formato in cui possono essere trovate le informazioni relative al contenuto richiesto» (art. 3, lett. j).

La lett. u) definisce infine le «condizioni generali» come «tutte le condizioni, le modalità o le specifiche, comunque denominate e indipendentemente dalla loro forma, che disciplinano il rapporto contrattuale tra il prestatore e il destinatario dei servizi intermediari», quest'ultimo individuato come «qualsiasi persona fisica o giuridica che utilizza il servizio intermediario in particolare per ricercare informazioni o renderle accessibili» (art. 3, lett. b).

Si è voluto mettere in risalto il carattere astratto e generale di queste definizioni, rispetto a quelle già menzionate nel Regolamento 2019/1150, per valorizzare un primo aspetto di novità nella strategia regolativa dell'UE, intesa non più a governare soltanto il mercato tradizionale degli scambi di beni e servizi, diretti o intermediati, ma a comprendere – disvelandolo – l'insieme delle relazioni

²³ Cfr. ancora sul punto TOSI, *L'evoluzione della responsabilità civile dell'Internet service provider passivo e attivo*, in *Dir. ind.*, 2019, 590, che riorganizza infine la responsabilità del provider intorno all'interferenza tra disciplina del commercio elettronico e disciplina di protezione dei dati personali. Ugualmente si legge in PACINI, *Diritto all'informazione e diritto alla riservatezza nell'era di Internet*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 59, sull'obbligo dei motori di ricerca di accogliere le richieste di deindicizzazione riguardanti *link* che ci tengono dati personali; BUGIOLACCHI, *Quale responsabilità per i motori di ricerca in caso di mancata deindicizzazione su legittima richiesta dell'interessato?*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 571; MARTINELLI, *Data protection e contratto nei data driven business model*, in *Medialaws*, 2020, 63. Per un primo confronto tra precedente e attuale regime si cfr. M. ASTONE, *Digital services act e nuovo quadro di esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari: quali prospettive?*, in *Contr. impr.*, 2022, 1050. Cfr. anche MAZZARELLA, *La responsabilità degli hosting provider sulle piattaforme digitali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 396.

²⁴ La proposta e le relative illustrazioni si leggono qui: <https://tinyurl.com/27sxuacs>. Un primo approccio al nuovo prossimo Atto europeo si trova in ARIA, *L'attività delle piattaforme tra DSA e Direttiva SMAV. La frontiera di una nuova regolazione?*, in *Medialaws*, 2021, leggibile nella pagina <https://tinyurl.com/2s3y8uex>.

che si sviluppano intorno e in ragione della *predisposizione di informazioni e contenuti di qualunque natura destinati al pubblico*, resa possibile dalle piattaforme a richiesta di qualunque destinatario dei loro servizi di *hosting*. Nessuna esenzione da questa disciplina, dunque, per nessuna piattaforma di intermediazione, quale che sia l'oggetto dell'attività di *hosting* svolta o intermediata, per lo meno quando la stessa sia definibile come attività principale (non accessoria né marginale); anzi, tutto al contrario, un rafforzamento dell'impianto regolatorio per quelle piattaforme che rivelino una posizione di mercato maggiormente significativa.

Ed infatti – ed è questo un secondo elemento di novità – l'aver alzato lo sguardo sul complesso fenomeno dell'intermediazione digitale ha permesso al legislatore UE di vedere e cogliere l'importanza delle dimensioni e dell'impatto che le piattaforme possono raggiungere. Ed è così che nell'art. 33 appaiono le piattaforme e i motori di ricerca «di dimensioni molto grandi», individuate in quelle che raggiungono «un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni», e per le quali si prevede nell'art. 34 che debbano individuare, analizzare e valutare «con diligenza gli eventuali rischi sistemici nell'Unione derivanti dalla progettazione o dal funzionamento del loro servizio e dei suoi relativi sistemi, compresi i sistemi algoritmici, o dall'uso dei loro servizi», secondo il ben noto principio dell'approccio basato sul rischio, adottato in tutti gli Atti dell'UE che disciplinano il fenomeno digitale²⁵.

Ciò posto, la disciplina del *Digital Services Act*, che adesso si esporrà in via essenziale e sintetica e pur sempre nell'ottica del controllo del potere delle piattaforme, dovrebbe coprire tutte le relazioni verticali stabilite con i fruitori del servizio che non siano oggetto di altri atti normativi.

Essa si concentra *in primis* sulla questione della gestione dei contenuti e disciplina assai analiticamente i poteri dei prestatori di servizi sia di agire sui contenuti illegali, che di reagire con proprie decisioni alla ritenuta incompatibilità dei contenuti forniti dal destinatario con la propria *policy* (artt. 6-10). Un tema, questo, denso di implicazioni e tale da incidere non solo sugli interessi economici dei fruitori, ma sui diritti di accesso e di espressione, specie se i contenuti rappresentano manifestazioni del pensiero.

Si tratta certamente di una delle manifestazioni più tipiche del potere di controllo delle piattaforme, spesso reso opaco nel suo esercizio dalla supremazia tecnologica di cui esse dispongono, come pure dall'allentamento delle garanzie individuali generato dall'ambiguità di fondo delle relazioni instaurate con il pubblico dei fruitori. Una folla di destinatari del servizio nonché *users* senza tregua

²⁵ Mentre nel Regolamento gemello intitolato *Digital Market Act* – di cui più avanti si dirà – appaiono le piattaforme *gatekeeper*, i guardiani dell'accesso, soggetti «di grandi dimensioni», arroccati in una posizione di mercato tale da determinare un serio difetto di ingresso e dunque di contendibilità di quel mercato: un problema da affrontare in una logica tipicamente *antitrust*. Per un primo commento sulle due proposte di regolamento cfr. RUOTOLO, *Digital services act e Digital market act tra responsabilità dei fornitori e rischi di bis in idem*, che si legge qui <http://www.sidiblog.org/2021/03/29/>.

delle svariate funzionalità offerte, fronteggiata da un soggetto accentrato, detentore dell'accesso e di tutti i poteri di *policy* e di organizzazione dei servizi che la disponibilità tecnica gli consente di svolgere. Una situazione che conferisce alle piattaforme più grandi una sorta di *autorità di fatto* che stride con il loro statuto privatistico, e che chiama in causa una visione regolatoria più coerente con l'idea – meglio sarebbe dire con la constatazione – che l'attività di tali soggetti si rivela potenzialmente capace di condizionare comportamenti e produrre effetti rilevanti anche sul piano pubblicistico e istituzionale²⁶.

L'articolato procede poi secondo la metodologia degli obblighi crescenti, aggiungendo blocchi di norme a quelle precedenti, a seconda del servizio prestato e delle dimensioni dell'intermediario.

Confermato il regime di esenzione condizionata dalla responsabilità, un primo gruppo di norme stabilisce per tutti gli intermediari gli obblighi di “diligenza” in funzione della trasparenza e sicurezza dell'ambiente digitale. Tornano in campo le «condizioni generali», oggetto della disciplina regolatoria, per la quale esse devono contenere «informazioni sulle restrizioni che impongono in relazione all'uso dei loro servizi per quanto riguarda le informazioni fornite dai destinatari del servizio. Tali informazioni riguardano tra l'altro le politiche, le procedure, le misure e gli strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana, nonché le regole procedurali del loro sistema interno di gestione dei reclami. Sono redatte in un linguaggio chiaro, semplice, comprensibile, facilmente fruibile e privo di ambiguità e sono disponibili al pubblico in un formato facilmente accessibile e leggibile meccanicamente» (art. 14). Altri obblighi riguardano la trasparenza nella comunicazione di eventuali provvedimenti di rimozione dei contenuti illegali o contrari ai termini d'uso della piattaforma, ovvero la decisione di disabilitare l'accesso (art. 15).

Per le piattaforme di *hosting*, in particolare, si aggiunge la regolazione di un meccanismo di notifica dei contenuti illegali da parte di terzi interessati, e del conseguente dialogo motivato che la piattaforma deve aprire in contraddittorio con il destinatario del servizio, se ritiene di dover prendere provvedimenti che incidono sul servizio o addirittura comportano la disabilitazione dell'accesso. Colpisce la rubrica dell'art. 17: *Motivazione*, ad indicare – con termine che ricorda la disciplina degli atti della PA – l'obbligo di piena e specifica *disclosure* – gravante

²⁶ Cfr. sul punto, FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Dir. informazione e informatica*, 2020, 465; CUNIBERTI, *Potere e libertà nella rete*, in *Medialaws*, 2018, 39; RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica. Decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, 2019, 199, 211, 233 ss., con alcune proposte poi raccolte negli *Act* elaborati dalla Commissione e nei più recenti provvedimenti europei, dall'*enforcement* della trasparenza e dell'*accountability* per i *players*, alla creazione di una Autorità di vigilanza nel settore digitale, al rafforzamento delle tutele di classe; AINIS, *L'Antitrust alla prova dei mercati digitali*, in *Dir. informazione e informatica*, 2022, 1.

sul prestatore – delle ragioni giustificative del provvedimento mediante il quale esso decida di applicare restrizioni in danno dell'utente²⁷.

Altre norme specificamente destinate alle piattaforme on line riguardano l'adozione di un sistema interno di gestione dei reclami, di facile accessibilità, contro le decisioni più significative assunte dalle piattaforme nei confronti dei fruitori, più esattamente: «le decisioni di rimuovere le informazioni o disabilitare l'accesso alle stesse; le decisioni di sospendere o cessare in tutto o in parte la prestazione del servizio ai destinatari; le decisioni di sospendere o cessare l'account dei destinatari» (art. 20). È previsto anche il diritto di rivolgersi ad organismi certificati di risoluzione extragiudiziale delle controversie (art. 21).

Seguono norme contenenti «Disposizioni aggiuntive applicabili ai fornitori di piattaforme online che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con gli operatori commerciali» (sezione IV).

Fin qui gli aspetti tecnici strettamente relazionali e contrattualistici della disciplina.

Ma il Regolamento travalica questo aspetto, per delineare un sistema minimale di controllo dell'organizzazione delle piattaforme e del loro operato, indipendentemente dalle relazioni contrattuali con i destinatari del servizio. Ed è in quest'ottica che, per un verso, vengono individuate le già menzionate «piattaforme *online* di dimensioni molto grandi» per la gestione di rischi sistemici (art. 33); per altro verso, si istituisce una nuova Autorità di vigilanza e regolazione, a livello nazionale ma inserita in rete sovranazionale, con il compito tipico di garantire l'applicazione coerente del Regolamento (il Coordinatore dei servizi digitali, artt. 49 e ss.).

Se quest'ultima misura replica un strumento assai diffuso e conosciuto nel panorama degli strumenti regolatori dell'Unione, conforme al modello genuinamente liberale di concorrenza ordinata e non opportunistica adottato dai Trattati; quella della individuazione di soggetti del mercato digitale incaricati – sulla base del loro *gigantismo* – della gestione dei rischi efficacemente definiti “sistemici” rappresenta invece l'estensione coerente – e per nulla casuale – dell'approccio già adottato per la conformazione dell'attività di altri soggetti la cui azione è in grado di condizionare ampiamente i comportamenti sociali: i titolari del trattamento dei dati personali, anch'essi chiamati dal GDPR a compiere valutazioni d'impatto dei rischi generati dalla loro attività. Si tratta di un approccio amministrativo – e precauzionale – che cerca una combinazione ragionevole dello statuto privatistico di questi soggetti (tutti sotto l'ombrello protettivo della libertà di stabilimento e di circolazione), con il rilievo

²⁷ La norma ricorda il cosiddetto diritto ad una spiegazione in ordine all'esito di un processo automatizzato di decisione, ex art. 22 del GDPR; sul punto si rinvia a BRAVO, *Trasparenza del codice sorgente e decisioni automatizzate*, in *Dir. informazione e informatica*, 2020, 693, 714 ss.; FALLETTI, *Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche*, *ibid.*, 169; TABARRINI, *Comprendere la “Big Mind”*, *ivi*, 2019, 562; STRINATI, *Algoritmi e decisioni amministrative*, in *Foro amm.*, 2020, 1591.

pubblicistico che la loro azione ha acquisito, irreversibilmente, in conseguenza della connaturata dimensione *a*-territoriale, e della capacità di influenzare i comportamenti sociali su una scala che solo eufemisticamente si può definire “larga”. Di qui i “rischi sistemici” di cui tali soggetti devono farsi carico. Di qui, prima ancora, la ritenuta pericolosità della loro azione, e la probabilità del raggiungimento di un livello di danni (dunque, un livello di rischio) reputato inaccettabile o poco controllabile sul piano sociale²⁸.

Sulla base di una evidente connessione tra dimensione, potere e rischio, e con altrettanto evidente intento di incidere sul possibile effetto di soggezione che può conseguirne, significativamente l’art. 34 individua i rischi sistemici nel modo seguente: «a) la diffusione di contenuti illegali tramite i loro servizi; b) eventuali effetti negativi per l’esercizio dei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e familiare e alla libertà di espressione e di informazione, del diritto alla non discriminazione e dei diritti del minore, sanciti rispettivamente dagli articoli 7, 11, 21 e 24 della Carta; c) eventuali effetti negativi, attuali o prevedibili, sul dibattito civico e sui processi elettorali; d) qualsiasi effetto negativo, attuale o prevedibile, in relazione alla violenza di genere, alla protezione della salute pubblica e dei minori e alle gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona».

L’articolo successivo stabilisce obblighi e procedure funzionali al risultato di *attenuazione dei rischi* individuati, da raggiungere con misure proporzionate e ragionevoli e nel contesto di una cooperazione rafforzata orizzontale (ciascuna piattaforma con le altre) e verticale (con le varie Autorità di vigilanza e con la stessa Commissione) (art. 35).

Non occorre in questa sede riferire della complessa disciplina di *accountability* ipotizzata dal Regolamento, tutta costruita, come già nel GDPR, nella prospettiva di una garanzia di legalità dell’azione di questi soggetti, dimensionata sulla protezione dei diritti coinvolti da lesioni diffuse di gravità pari al peso esercitato dai soggetti agenti, e non efficacemente ristorabili attraverso rimedi individuali. Basti evidenziare, per avere l’idea della compiutezza del modello adottato, che le piattaforme di grandi dimensioni devono agire nello svolgimento dei loro obblighi di valutazione dei rischi secondo i principi della trasparenza, della pubblicità delle loro analisi, della condivisione dei dati con le Autorità di vigilanza (artt. 33-43), dotandosi possibilmente di Codici di condotta specifici per ognuna delle funzioni esercitate (artt. 45-47); e che la Commissione dispone di poteri di controllo sull’esecuzione di tali processi da parte delle piattaforme più grandi incaricate di svolgerli, corredati di tutti gli strumenti (indagini, richieste di informazioni etc.) che usualmente le Autorità indipendenti ricevono per l’esercizio della funzione regolativa (art. 65)²⁹.

²⁸ Sugli obblighi delle piattaforme molto grandi, DE MICHELIS, *Il Digital Services Act: i nuovi obblighi volti a migliorare la lotta alla contraffazione ed i temi aperti*, in *Dir. ind.*, 2022, 171.

²⁹ La letteratura su questo e sul successivo Regolamento non è ancora molto presente. Oltre che agli Autori già indicati, cfr. ALPA, *La legge sui servizi digitali e la legge sui mercati digitali*, in *Contr. impr.*,

4. Gigantismo e accesso ai mercati digitali. Il *Digital Market Act*

Affianca il DSA il regolamento gemello *Digital Market Act*³⁰, che sancisce il gigantismo dell'economia *data driven* con una constatazione assai semplice, quella per cui «poche grandi piattaforme online si accaparrano la quota maggiore del valore complessivo generato». Esse agiscono come punti di accesso nel rapporto tra utenti commerciali e consumatori, creando effetti negativi di dipendenza oltre che di contendibilità dei servizi di base, nonché pratiche sleali. Un effetto di concentrazione, consolidata e duratura³¹, che richiede un più marcato intervento in chiave *antitrust*³², nella direzione della equità, lealtà e contendibilità dei mercati digitali³³.

L'intervento è rigorosamente limitato sul piano soggettivo alle piattaforme definibili come *gatekeeper*, e sul piano oggettivo solo ai servizi di piattaforma di base³⁴ forniti o offerti dai *gatekeeper* a utenti commerciali stabiliti nell'Unione o a utenti finali stabiliti o situati nell'Unione; senza pregiudizio per l'applicazione della comune disciplina eurounitaria della concorrenza (art. 1 DMA)³⁵.

2022, 1; RESTA, *Le piattaforme e la visibilità del potere*, in STANZIONE (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme*, 381 ss.

³⁰ Regolamento (Ue) 2022/1925 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale, pubblicato il 12 ottobre 2022.

³¹ Interessanti osservazioni sui processi di concentrazione nel mondo dei giganti del web e sui vantaggi competitivi generati dal controllo dei dati, anche ai fini della valutazione dell'impatto negativo delle concentrazioni, si leggano nel contributo di FERRARI, *Le concentrazioni nei mercati data driven*, in *Riv. comm. int.*, 2021, 1019.

³² Sul carattere antitrust del DMA, e sul rapporto con gli artt. 101-103 del Trattato, ai fini della base giuridica dell'intervento – fissata invece nell'art. 114 – cfr. BRUZZONE, *Verso il Digital Markets Act: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale*, in *Riv. reg. mercati*, 2021, 323; DONARI, *Verso una nuova regolazione delle piattaforme digitali*, *ibid.*, 238; LIBERTINI, *Il regolamento europeo sui mercati digitali e le norme generali in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2022, 1069; IANNOTTI DELLA VALLE, *Il Digital Markets Act e il ruolo dell'UE verso un costituzionalismo digitale*, in *Giur. cost.*, 2022, 1867.

³³ Così i primi considerando del regolamento, tra i quali con linguaggio inequivoco il secondo afferma che «[t]ra le altre caratteristiche dei servizi di piattaforma di base figurano effetti di rete molto forti, una capacità di connettere molti utenti commerciali con molti utenti finali grazie alla multilateralità di tali servizi, un grado significativo di dipendenza sia degli utenti commerciali sia degli utenti finali, effetti di lock-in, l'indisponibilità per gli utenti finali del *multihoming* per uno stesso scopo, l'integrazione verticale e vantaggi basati sui dati. Tutte le caratteristiche sopraelencate, in combinazione con le *pratiche sleali delle imprese* che forniscono i servizi di piattaforma di base, possono compromettere considerevolmente la contendibilità dei servizi di piattaforma di base, nonché avere un impatto sull'equità del rapporto commerciale tra le imprese che forniscono tali servizi e i relativi utenti commerciali e finali». In argomento, LIONELLO, *La creazione del mercato europeo dei dati: sfide e prospettive*, in *Riv. comm. int.*, 2021, 694.

³⁴ Tali servizi sono quelli di cui al n. 2 dell'art. 2, ed includono tutti i servizi di intermediazione, *social network*, motori di ricerca, *cloud computing*, assistenti virtuali etc.

³⁵ Va notato che il comma 5 dell'art. 1 dispone che «Al fine di evitare la frammentazione del mercato interno, gli Stati membri non impongono ulteriori obblighi ai *gatekeeper* per mezzo di leggi, regolamenti o misure amministrative allo scopo di garantire l'equità e la contendibilità dei mercati».

La qualifica di *gatekeeper* è attribuita in presenza del raggiungimento di prefissate soglie di fatturato e di utenti, confermato in un certo periodo di tempo³⁶; ovvero a seguito di una valutazione tecnica che la Commissione svolge sull'impatto di mercato della piattaforma (art. 3); il tutto all'esito di un procedimento di designazione della qualifica regolato minuziosamente e condotto in contraddittorio con la piattaforma (artt. 16 ss.). Naturalmente il Regolamento indica i criteri e i parametri ai quali l'apprezzamento tecnico della Commissione deve uniformarsi al fine di pervenire all'attribuzione della qualifica in esame, quando la piattaforma "sospettata" non raggiunge ciascuna delle soglie di fatturato (7,5 miliardi di EUR in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari) e di utenza (45 milioni di utenti finali attivi su base mensile, stabiliti o situati nell'Unione, e almeno 10.000 utenti commerciali attivi su base annua stabiliti nell'Unione) di cui al paragrafo 2 dell'art. 3, le quali soglie costituiscono di per sé giustificazione per presumere la qualifica di *gatekeeper*. A tal fine, la Commissione svolge una vera e propria indagine economica in chiave concorrenziale, verificando e valutando – anche in prospettiva di sviluppo – la complessiva posizione di mercato dell'intermediario quale risultante dai seguenti elementi: effetti di rete e vantaggi basati sui dati raccolti; effetti di scala, ancora con riferimento alle masse di dati raccolti; effetti di *lock-in*; carattere integrato o conglomerato dell'impresa (art. 3, c. 8).

Individuati così i *gatekeeper*, il Regolamento introduce il catalogo dei relativi obblighi comportamentali, in chiave – di nuovo – decisamente *antitrust* e di corretto esercizio del potere di mercato esercitato (artt. 5 e ss.). Va sottolineato che tali obblighi stigmatizzano – per vietarli – buona parte dei comportamenti che di fatto i *gatekeeper* hanno tenuto in spregio sia delle norme poste a tutela dei dati personali, sia delle norme che garantiscono agli utenti commerciali e agli utenti finali libertà di utilizzare altri fornitori o altri canali di distribuzione. Il linguaggio adottato dal regolamento si articola infatti prescrivendo a tali soggetti obblighi negativi e positivi, consistenti nell'astenersi da, o nel consentire, determinati comportamenti, rispettivamente lesivi degli utenti o espressivi della libertà di sciogliere il contratto e/o cambiare fornitore. Un catalogo deontico ricavato *a contrario* dal novero delle pratiche sleali e di *lock-in* più frequenti nei mercati digitali e più volte denunciate alle varie autorità giurisdizionali nei diversi ordinamenti; e ciò sia con riferimento a comportamenti eventualmente sleali nel

Ma possono imporre altri obblighi per questioni non inerenti alla posizione di *gatekeeper*. Su tale tendenza centripeta, e sul rischio di interferenze con il principio del *ne bis in idem*, cfr. le considerazioni di FALCE - FARAONE, *Mercati digitali e DMA: note minime in tema di enforcement*, in *Dir. ind.*, 2022, 5.

³⁶ Art. 3, c. 1: «Un'impresa è designata come *gatekeeper* se: a) ha un impatto significativo sul mercato interno; b) fornisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; e c) detiene una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività, o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro».

trattamento dei dati personali³⁷, sia con riferimento alla libertà di scelta degli utenti commerciali o degli utenti finali³⁸.

È degno di nota che l'articolato decalogo di obblighi di astensione e di comportamento sia declinato al contempo in maniera analitica ma flessibile, nel senso che è sempre consentito alla Commissione proceduralizzare la specifica fisionomia degli obblighi posti all'intermediario interessato ed il loro monitoraggio; atteso che, per un verso il *gatekeeper* «garantisce e dimostra l'osservanza degli obblighi sanciti dagli articoli 5, 6 e 7 del regolamento» (art. 8, c. 1); per altro verso «La Commissione può adottare un atto di esecuzione che specifica le misure che il *gatekeeper* interessato deve attuare per garantire un'osservanza effettiva degli obblighi» di cui sopra (art. 8, c. 2). Dunque, un procedimento dialogico continuo che assicura vigilanza ed effettività in un contesto di garanzia per tutti i soggetti interessati³⁹.

Il Regolamento, infatti, si muove secondo le metodologie tipiche dell'antitrust, disciplinando in maniera specifica e scientifica i poteri della Commissione ai fini della vigilanza e della irrogazione di eventuali sanzioni contro i *gatekeeper* le cui violazioni sono state accertate nel contesto dei procedimenti in contraddittorio che la Commissione deve avviare. Da segnalare, al proposito, l'adozione anche in questo specifico campo dello strumento degli "impegni", ben noto nel diritto *antitrust* ordinario, alla stregua del quale il *gatekeeper* interessato può offrire «*di assumersi impegni relativi ai pertinenti servizi di piattaforma di base tali da garantire l'osservanza degli obblighi sanciti dagli articoli 5, 6 e 7*», e correlativamente «*la Commissione può adottare un atto di esecuzione che rende tali impegni vincolanti per tale gatekeeper e dichiarare che il proprio intervento non è più giustificato*» (art. 25); fermi restando i poteri della commissione di monitorare ed eventualmente riaprire il procedimento e sanzionare l'intermediario inadempiente. Gli "impegni" rappresentano una modalità deflattiva di gestione delle pratiche anticompetitive diffusa anche nella normativa di *public enforcement* della tutela dei consumatori.

³⁷ Si legge nell'art. 5, c. 2, che il *gatekeeper*: «a) non tratta, ai fini della fornitura di servizi pubblicitari online, i dati personali degli utenti finali che utilizzano servizi di terzi che si avvalgono di servizi di piattaforma di base del *gatekeeper*; b) non combina dati personali provenienti dal pertinente servizio di piattaforma di base con dati personali provenienti da altri servizi di piattaforma di base o da eventuali ulteriori servizi forniti dal *gatekeeper* o con dati personali provenienti da servizi di terzi; c) non utilizza in modo incrociato dati personali provenienti dal pertinente servizio di piattaforma di base in altri servizi forniti separatamente dal *gatekeeper*, compresi altri servizi di piattaforma di base, e viceversa; e d) non fa accedere con registrazione gli utenti finali ad altri servizi del *gatekeeper* al fine di combinare dati personali». L'art. 6 invece obbliga il *gatekeeper* a garantire l'esercizio del diritto alla portabilità, insieme con altri vincoli comportamentali tutti intesi a garantire massima libertà di movimento per utenti e fornitori. Su questi aspetti, cfr. le osservazioni di LIONELLO, *La creazione del mercato europeo dei dati*, 697.

³⁸ Così, nei commi successivi dell'art. 5, si enunciano i vari obblighi nei termini di «Non impone», «non impedisce» o «consente», in relazione alle pratiche scorrette vietate e a quelle corrette adesso imposte.

³⁹ Il regolamento prevede anche norme di aggiornamento degli obblighi (art. 12), e norme antielusione (art. 13).

La natura giuridica di tale strumento è controversa, per la difficoltà di assumere una logica “contrattualistica” nell’ambito di un procedimento di natura amministrativa e contenuto anche sanzionatorio, e per il rischio di conformazione dell’autonomia privata che esso determina; ma la sua adozione nel contesto del *Digital Market Act* costituisce una scelta coerente con l’impostazione dialogica che il regolamento ha voluto scegliere nella regolazione dell’attività delle grandi piattaforme⁴⁰.

5. Il mercato dei dati

Da ultimo, qualche cenno al *Data Governance Act*⁴¹, il cui scopo dichiarato è quello di creare uno «spazio comune europeo di dati: un mercato interno dei dati nel quale questi ultimi possano essere utilizzati indipendentemente dal loro luogo fisico di conservazione nell’Unione, nel rispetto della normativa applicabile» (considerando 2), altresì creando un quadro armonizzato per lo scambio, l’accesso e il riutilizzo dei dati medesimi. Obiettivi del regolamento, è stato detto, sono la circolazione e valorizzazione dei dati, da attuarsi con due strumenti principali: il riutilizzo di dati da parte degli enti pubblici e il meccanismo di *data altruism*, definito come «la condivisione volontaria di dati sulla base del consenso accordato dagli interessati [...] o sulle autorizzazioni di altri titolari dei dati (...), per obiettivi di interesse generale»⁴².

L’aspetto del potere qui preso in considerazione è quello della concentrazione nel possesso dei dati in capo ai giganti del *web*, favoriti dall’affermazione del commercio elettronico e dei *social network*, e nei confronti dei quali l’Unione ha predisposto le misure correttive contenute nei due regolamenti fin qui descritti⁴³. Il regolamento prevede a tal fine meccanismi volontari di “riutilizzo” di dati personali e non personali detenuti da enti pubblici, anche se protetti, per scopi commerciali o non commerciali diversi da quelli che costituivano la finalità della

⁴⁰ Indicazioni in LAZZARA, *Funzioni antitrust e potestà sanzionatoria, Alla ricerca di un modello nel diritto dell’economia*, in *Dir. amm.*, 2015, 767; LIBERTINI, *Le decisioni “patteggiate” nei procedimenti per illeciti Antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1283; GITTI, *Prospettive evolutive nella gestione pattizia dell’illecito tra impresa e Autorità*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2019, 225.

⁴¹ Regolamento (Ue) 2022/868 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022, relativo alla *governance* europea dei dati, pubblicato il 3 giugno 2022.

⁴² Questo un primo commento di GRECO, *Altruismo dei dati nel Data Governance Act: una soluzione per la ricerca scientifica?*, in *Digital Media Laws*, 23 giugno 2022, al link <https://tinyurl.com/3yutszjn>. Cfr. poi LIONELLO, *La creazione del mercato europeo dei dati*, 684, 688 ss.; nonché ABRIANI - SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale*, 65; RESTA, *La regolazione digitale nell’Unione europea. Pubblico, privato, collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 971.

⁴³ BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di data sharing dal GDPR al Data Governance Act*, in *Contr. impr./Europa*, 2021, 199, 207 ss.

raccolta; individua, con un lessico più spiccatamente mercantile⁴⁴, i nuovi protagonisti del meccanismo circolatorio nelle figure del Titolare dei dati, quale soggetto che ha il diritto di concedere l'accesso a determinati dati personali o dati non personali o di dividerli; dell'utente dei dati, persona che ha accesso ai dati e diritto di utilizzarli; nonché del titolare del «servizio di intermediazione dei dati», che instaura rapporti commerciali per la «condivisione dei dati» tra gli interessati e titolari di dati da una parte, e gli utenti dei dati dall'altra⁴⁵.

La circolazione dei dati nel *nuovo mercato regolato* è presa in considerazione innanzitutto nel Capo II, con riferimento al Riutilizzo di determinate categorie di dati protetti detenuti da enti pubblici, e concerne i dati protetti per motivi di riservatezza commerciale, o coperti da diritti di proprietà intellettuale o altro (art. 3, c. 1). Per questi dati, l'art. 4 vieta accordi che concedono «diritti esclusivi o che hanno per oggetto o per effetto di concedere tali diritti esclusivi o di limitare la disponibilità di dati per il riutilizzo da parte di entità diverse dalle parti di tali accordi o altre pratiche». Mentre l'art. 5 dispone che le condizioni per il riutilizzo sono «non discriminatorie, trasparenti, proporzionate e oggettivamente giustificate in relazione alle categorie di dati e alle finalità del riutilizzo e alla natura dei dati per i quali è consentito il riutilizzo», e «non sono utilizzate per limitare la concorrenza». Analogamente, tali caratteristiche devono ricorrere anche nelle tariffe che gli enti pubblici possono disporre per il riutilizzo (art. 6).

Nel Capo III è invece regolato il mercato dei dati privati – cosiddetto *data sharing* – realizzati attraverso la fornitura di servizi di intermediazione dei dati, alla stregua dei più diffusi modelli di business tra imprese e tra imprese e consumatori, resi possibili, almeno per quanto riguarda persone fisiche e consumatori, dal diritto alla portabilità dei dati⁴⁶. Gli artt. 10 e ss. delineano un tipico mercato regolato da un'Autorità di vigilanza competente (artt. 26 e ss.) e da regole di scambio rigorosamente fissate a tutela dei soggetti che “cedono” i propri dati nel rispetto della massima *disclosure*.

Il regolamento introduce infine l'innovativa nozione di «*altruismo dei dati*», significativamente definita come «la condivisione volontaria di dati sulla base del consenso accordato dagli interessati al trattamento dei dati personali che li riguardano, o sulle autorizzazioni di altri titolari dei dati volte a consentire l'uso dei loro dati non personali, *senza la richiesta o la ricezione di un compenso che vada oltre la compensazione dei costi sostenuti per mettere a disposizione i propri dati*». La

⁴⁴ BRAVO, *Intermediazione di dati personali*, 204, osserva come «il ricorso alla nuova nomenclatura per i protagonisti del trattamento dei dati sia in realtà [...] funzionale ad una lettura destinata ad erodere progressivamente la centralità del principio personalistico verso chiavi di lettura più aderenti al “*Property Regime*” o ad altri inquadramenti teorici che prestino attenzione al mercato», escludendo tuttavia che l'indiscutibile valore economico acquisito dai dati possa indurre a negare la loro persistente caratteristica di «attributi della personalità» (*ivi*, 211).

⁴⁵ Art. 2 del Regolamento, relativo alle consuete Definizioni.

⁴⁶ Anche su questo aspetto, rinviamo ampiamente a BRAVO, *Intermediazione di dati personali*, 213 ss.

condivisione volontaria gratuita deve avere obiettivi di interesse generale, fra i quali la norma indica l'assistenza sanitaria, la lotta ai cambiamenti climatici, il miglioramento della mobilità, l'agevolazione dell'elaborazione, della produzione e della divulgazione di statistiche ufficiali, il miglioramento della fornitura dei servizi pubblici, l'elaborazione delle politiche pubbliche o la ricerca scientifica nell'interesse generale (art. 2, n. 16).

Anche questa attività – seppur non speculativa – viene rigorosamente disciplinata secondo i consueti canoni della regolazione. Essa è riservata a persone giuridiche registrate, soggette ad obblighi specifici di tutela dei diritti e degli interessi degli interessati e dei titolari dei dati e alla vigilanza di una specifica autorità competente⁴⁷⁻⁴⁸.

6. Brevi note finali sul modello regolatorio europeo

All'esito di questa rapida analisi, è legittimo chiedersi se gli strumenti indicati siano idonei a garantire un controllo accettabile del potere esercitato dalle piattaforme di intermediazione, e una tutela efficace ed effettiva della posizione degli utenti – in senso ampio – rispetto agli abusi e al conseguente stato di soggezione generato dalla siderale distanza che li separa dal potere degli intermediari. Con ogni evidenza, non esiste una risposta secca a questa domanda.

Sembra utile perciò una sintetica riflessione sulla strategia regolatoria europea. Sotto questo profilo, una prima opzione risulta chiara: l'impianto regolatorio adottato, a prescindere dall'indicazione della base giuridica dei regolamenti di

⁴⁷ Altre osservazioni sul regolamento in COLAPRISCO, *Data Governance Act. Condivisione e "altruismo" dei dati*, in *Annali AISDUE*, 2021, 58; SALERNO, *Il Data Governance Act, il nuovo Regolamento europeo per il mercato unico dei dati rischia di non essere abbastanza e favorire i grandi della tecnologia*, in *Privacy e Cybersecurity*, 2021, 7; TRANQUILLI, *Il nuovo citoyen europeen nell'epoca del Data governance act*, in *Riv. Digital Politics*, 2022, 179.

⁴⁸ Inutile menzionare, infine, la proposta di regolamento detta *Data Act*, ancora in discussione, riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati – Proposta COM(2022) 68 final). Il regolamento stabilisce norme armonizzate relative alla messa a disposizione dei dati generati dall'uso di un prodotto o di un servizio correlato all'utente di tale prodotto o servizio; alla messa a disposizione di dati da parte dei titolari dei dati ai destinatari dei dati e alla messa a disposizione di dati da parte dei titolari dei dati agli enti pubblici o alle istituzioni, agenzie o organismi dell'Unione, a fronte di necessità eccezionali, per l'esecuzione di un compito svolto nell'interesse pubblico. Su questi regolamenti, cfr. le considerazioni di CERRINA FERONI, *Luci e ombre della Data Strategy europea*, al link <https://tinyurl.com/3h9hjfww2> (accesso del 19 gennaio 2023). Ugualmente, ad evitare di trasformare questo contributo in una mera rassegna, si omette di menzionare anche la proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale (COM(2021) 206 final), la cui connessione con i temi qui affrontati si palesa evidente, e che introduce una distinzione tra sistemi di intelligenza artificiale associati i) ad un rischio inaccettabile, ii) ad un rischio alto e infine iii) ad un rischio basso o minimo, con applicazione del consueto approccio basato sul rischio. Per ogni altra indicazione sul tema, si rinvia al volume di CAMARDI (a cura di), *La via europea per l'Intelligenza artificiale*, Atti del Convegno del Progetto Dottorale di Alta Formazione in Scienze Giuridiche, Ca' Foscari Venezia, 25-26 novembre 2021, Milano, 2022.

cui si è parlato nell’art. 114 del TFUE⁴⁹, esprime un modello normativo a vocazione liberale, ispirato all’idea per la quale l’espansione di infrastrutture tecnologiche di intermediazione e di servizi, intese altresì alla intercettazione, elaborazione e scambio di masse di dati, non può né deve essere ostacolata in quanto tale, ma tenuta “sotto controllo”. La lettura dei considerando che precedono tutti gli atti normativi dell’Unione è in tal senso illuminante: non è che l’UE non riconosca le possibili anomalie, e prima ancora i costi, di un’espansione senza limiti e senza confini da parte delle piattaforme, e men che meno dell’economia *data driven*. Anzi, la puntualità e il rigore con i quali i considerando delineano il contesto problematico delle proposte e la sequenza logica che lega premesse analitiche e conseguenze regolamentari danno testimonianza inequivocabile della consapevolezza istituzionale della gravità delle tematiche affrontate.

Il punto è tuttavia un altro, e non è strettamente giuridico-normativo, ma eminentemente politico: l’UE come soggetto politico transnazionale persegue dichiaratamente un disegno di sviluppo certamente complesso, e tuttavia riconducibile – tra le altre – a due direttrici fondamentali e di pari rilevanza.

La prima è la direttrice economico-tecnologica, in ragione della quale il disegno di supporto della transizione digitale e dell’implementazione della relativa cultura è strategicamente strutturato in funzione del progresso e del benessere dei popoli europei, nella piena consapevolezza dei costi e dei rischi insiti nei processi tecnologici. La metodologia dell’approccio basato sul rischio, ampiamente praticata in tutti i settori del *digital law*, esprime da questo punto di vista la filosofia dell’Unione di fronte al tema della tecnica, e l’approccio bilanciato tra vantaggi e costi che la caratterizza.

La seconda direttrice è quella giuridico-istituzionale, ed esprime la posizione del limite invalicabile da porre allo sviluppo incontrollabile della tecnica, come all’economia e a tutti i processi sociali che investono la dimensione delle persone: ed è il limite dei principi e dei diritti fondamentali, positivizzati nei Trattati e nelle carte dei diritti, e protetti dalle rispettive Corti.

Le due direttrici indicate costituiscono il terreno sul quale gli organi dell’Unione operano il bilanciamento “costituzionale” necessario a predefinire il contenuto degli atti normativi. Nella materia che ci occupa, dunque, le piattaforme di intermediazione diventano destinatarie di una regolazione complessa, intesa non tanto a bloccare l’espansione, quanto a rendere trasparente e corretto l’esercizio del potere che esse – soggetti privati – esercitano sul mercato e sulla società; e ad arginarne gli eccessi a protezione dei diritti delle persone, specie le più vulnerabili.

La scelta di “regolare” il potere delle piattaforme ha una valenza in sé, in quanto tale, come scelta che pregiudizialmente respinge la possibile opzione dell’*autoregulation* privata, sul presupposto della sua insufficienza ai fini del

⁴⁹ Cfr. *supra*, nt. 32.

necessario bilanciamento degli interessi, e della irrinunciabilità di una *eteroregulation*, o quantomeno di una *coregulation* implementata attraverso codici di condotta e comunque di esplicitazione trasparente delle *policies* di azione. Il modello si completa attraverso la previsione dell'attività di vigilanza di *authorities* indipendenti⁵⁰.

Il “digitale” è fenomeno irreversibile ed è fenomeno del tutto instabile, in quanto dotato di capacità intrinseche e per così dire “naturali” di modificare le proprie prestazioni e per conseguenza i comportamenti dei soggetti che ne fanno uso e i problemi che ne conseguono.

Queste caratteristiche incidono profondamente sulla impostazione della struttura della regolazione normativa dei servizi digitali, specie se – come fin qui si è cercato di illustrare – il mercato dei servizi digitali assume una conformazione spiccatamente oligopolistica e connotata dal gigantismo globale dei soggetti che rivestono tale posizione.

La stessa terminologia fin qui evocata per descrivere tale assetto (non solo) di mercato, e il ricorso ad espressioni come “sovranià private” o “schiavitù digitale” non ha valore meramente retorico ma profondamente teorico⁵¹. Essa vuole esprimere una duplice consapevolezza. La prima è la già menzionata irreversibilità del fenomeno. La seconda è la necessità di concepire una regolazione a tutto tondo, che metta in campo tutti gli strumenti di cui l'esperienza ordinamentale moderna dispone. Se le piattaforme tecnologiche esprimono un potere, il diritto deve esprimere un contropotere *adeguato e proporzionato*. E se quel potere emana in una pluralità di direzioni, che trascendono il piano dello scambio di servizi, anche la regolazione deve irrinunciabilmente espandersi nelle medesime direzioni e con una pluralità di strumenti, capaci di intercettare le più insidiose manifestazioni di quel potere.

Ebbene, io credo che la strategia del mercato digitale varata dall'Unione europea debba essere sottoposta a critica alla luce di questi presupposti, nel metodo e nei contenuti.

Sotto il primo profilo, si può esprimere una valutazione tendenzialmente positiva della pluridirezionalità dei provvedimenti assunti e programmati. La circostanza per cui Regolamenti e Direttive, Comunicazioni e Linee guida si indirizzano verso differenti sottosistemi dell'ambiente digitale, dalle piattaforme in quanto tali, alla governance dei dati (a sua volta affrontata da molteplici punti di vista), all'intelligenza artificiale, ai sistemi di comunicazione, etc., testimonia

⁵⁰ Sul punto rinviamo ancora al bel contributo di STOLZI, *Diritto e nuove tecnologie*, 726 ss., la cui lucida analisi, sia con riferimento al tema del potere delle piattaforme; sia con riferimento a quello della *governance*, sviluppa interessanti riflessioni sul deficit regolativo delle piattaforme e sulla combinazione di eteronomia e autonomia. Un approccio analogo in CANEPA, *I mercanti dell'era digitale*, Torino, 2020, in particolare 131 ss.

⁵¹ Un'analisi altrettanto lucida delle diverse manifestazioni del potere dei “giganti” del web è quella che si legge nel citato volume di MANNONI - STAZI, *Sovranità.com*, 133, in particolare, con riferimento al *business model* praticato da Google.

di una interpretazione adeguata della complessità del tema. Rispetto alla quale l'eventuale comprensibile obiezione per la quale l'applicazione di una tale mole di strumenti necessita poi di semplificazione e di efficacia nei singoli ordinamenti, deve fare i conti sia con la irriducibilità dei problemi volta per volta regolati a schemi unitari, in ragione della struttura del sistema ordinamentale europeo e di quel duplice binario più sopra evocato (tra mercato e diritti fondamentali); sia con la instabilità e la continua metamorfosi dei problemi da risolvere.

Ciò che induce poi a valorizzare il ruolo di tutti gli attori dell'esperienza giuridica presenti nel nostro sistema, e la combinazione di tutti gli strumenti di *enforcement*. Dalla giurisprudenza multilivello, alle singole Autorità di vigilanza, disposte quasi sempre in una rete istituzionale di relazioni; dal *public enforcement* al *private enforcement*, alla tutela individuale e collettiva nel contrasto alle pratiche digitali lesive dei diritti, l'effettività della protezione della società e delle categorie più deboli rispetto all'impatto negativo prodotto dalla economia digitale sull'assetto distributivo e sull'autonomia delle scelte private e pubbliche, non può non essere affidata ad una pluralità di rimedi, la cui combinazione soltanto è in grado di dare consistenza a quel contropotere che molti invocano di fronte alle nuove sovranità private.

Sul piano dei contenuti, e limitandoci in questa sede agli atti evidenziati, la strumentazione adottata – come si è detto – non si discosta dai moduli tradizionali della regolazione degli aspetti contrattuali all'insegna della *disclosure* e degli aspetti di mercato all'insegna della repressione delle pratiche opportunistiche e anticompetitive. È mancato un più vigoroso intervento sull'aspetto più aggressivo del potere privato, espresso attraverso la moltiplicazione esponenziale delle utenze e perciò della dimensione delle infrastrutture operative. Un intervento che, con ogni probabilità, potrà essere oggetto di prossimi ripensamenti⁵².

⁵² Ad esempio, per ciò che concerne il tema – molto presente adesso nel dibattito USA – del pagamento di una tassa da parte delle Big tech per la pubblicazione di contenuti protetti; ovvero il tema della regolamentazione del cosiddetto Metaverso, presente invece in UE. Riferimenti in DI BENEDETTO - MOSCIANESE, *Il diritto antitrust nel metaverso: spunti di riflessione su quel che verrà*, in *Medialaws*, 2022, al link <https://tinyurl.com/3xw4n5tb>; e CASSANO - SCORZA (a cura di), *Metaverso*, Pisa, 2023.