

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
SUOR ORSOLA
BENINCASA

Dottorato di Ricerca in
Humanities and Technologies: an integrated research path

XXXIV ciclo

Coordinatore Prof.ssa Emma Giammattei

**IL DIRITTO DI GOOGLE:
LA SFIDA DELLA REGOLAMENTAZIONE DI INTERNET
NELL'OTTICA DELLA TUTELA DELLA CONCORRENZA E
DEI DIRITTI FONDAMENTALI**

SSD: IUS/08

Tutor
Prof. Tommaso Edoardo Frosini

Dottorando di Ricerca
Dott. Aldo Iannotti della Valle

ANNO ACCADEMICO 2020/2021

INDICE

INTRODUZIONE	5
CAPITOLO I - L'età digitale: età dei mercati o «età dei diritti»?	11
1. Non di sola economia vive l'uomo tecnologico.....	11
2. « <i>Ex Internet oritur ius</i> »: verso un diritto di Google.....	14
3. La tutela dei diritti passa da Internet.	17
4. Il diritto di accesso a Internet come pietra angolare.....	20
5. Regolamentazione e autoregolamentazione di Internet tra <i>hard law</i> e <i>soft law</i>	23
6. La difficile transizione dell'età digitale da età dei mercati a «età dei diritti».	28
CAPITOLO II - Il ruolo cruciale della tutela della concorrenza da un punto di vista costituzionalistico	32
1. Le ragioni di attualità di un diritto costituzionale della concorrenza ai tempi delle <i>Big Tech</i>	32
2. La concorrenza dai fondamenti costituzionali ed eurounitari all'individuazione di una concezione di antitrust per il mondo digitale. .	41
3. Il caso <i>Google Android</i> : una decisione tecnologicamente adeguata ed esemplificativa della rinnovata centralità dell'antitrust.	53
4. <i>segue</i> . La dimostrazione di un abuso di posizione dominante oggi: non solo ortodossia antitrust ma anche conoscenza delle nuove tecnologie...	63
5. Il diritto della concorrenza come principale strumento per l' <i>hard law</i> di imporsi sulle <i>Big Tech</i>	72
CAPITOLO III - La tutela dei diritti nell'età digitale: il caso emblematico del ridimensionamento del diritto all'oblio.	77
1. L'effettività dei diritti fondamentali alla prova della tecnologia: la vicenda del diritto all'oblio dalla configurazione <i>offline</i> a quella <i>online</i> .	77
2. La sentenza <i>Google Spain</i> e il diritto all'oblio «preso sul serio».....	89

3. segue. L’eredità di <i>Google Spain</i> : una sentenza destinata ad essere progressivamente smantellata.....	107
4. L’insoddisfacente disciplina eurounitaria e l’occasione mancata del GDPR.	111
5. La sentenza Google/CNIL e il diritto all’oblio preso meno sul serio.	121
6. L’(in)adeguatezza della giurisprudenza rispetto alle nuove tecnologie dal caso Google/CNIL al caso Facebook.	132
7. La necessità di un approccio “tecnologico” per un’effettiva tutela dei diritti fondamentali nell’era digitale.....	136

CAPITOLO IV - La giustizia privata delle *Big Tech*: l’inadeguatezza del “modello” Facebook per un’effettiva tutela dei diritti..... 143

1. Il mondo digitale nel quadro della crisi della sovranità statale.	143
2. Esplosione di <i>soft law</i> : il mondo digitale e il processo di “privatizzazione” del diritto.	149
3. Cosa hanno in comune il “modello” Facebook e il precedente di Google.	152
4. La crisi della giurisdizione nell’era digitale: la nascita dell’ <i>Oversight Board</i> di Facebook.	155
5. Una “Corte” è fatta di giudici: l’autorevolezza del <i>Board</i> passa attraverso la nomina dei suoi membri.	159
6. L’indipendenza giuridica ed economica da Facebook come requisito di credibilità: all’annuncio corrispondono i fatti?	162
7. Il procedimento e le decisioni del <i>Board</i> : organismo paragiurisdizionale senza le garanzie della giurisdizionalità.	165
8. Una “Corte” per ogni <i>Big Tech</i> : verso la “giurisdizione” del futuro?	171

CAPITOLO V - Il ruolo dell’Unione europea nella regolamentazione di Internet: la strada in salita del *Digital Markets Act* verso mercati digitali più aperti, equi e contendibili. 178

1. La proposta di <i>Digital Markets Act</i> : il modello del GDPR per abbassare le barriere d’ingresso ai mercati digitali.....	178
2. L’oligopolio dei dati: la tutela della concorrenza non può ignorare le criticità della profilazione.....	184
3. segue. Intelligenza artificiale e profilazione dei dati personali: la regolamentazione presente non può ignorare le sfide future.....	187
4. Inefficacia delle misure proposte e prospettive <i>de iure condendo</i>	189

CONCLUSIONE	192
BIBLIOGRAFIA	197

INTRODUZIONE

Il diritto si sviluppa a partire dalle esigenze della società e la società umana nasce di fatto con l'avvento della tecnologia. Nel capolavoro cinematografico di Stanley Kubrick *2001: Odissea nello Spazio*, la clava è il primo strumento tecnologico che distingue l'uomo dalla scimmia: quell'arnese consente ai primi uomini di prevalere sul gruppo rivale e da lì all'astronave del fotogramma successivo del film il passo è breve. Il tempo della storia umana è un attimo rispetto all'immensità della storia che ha preceduto l'avvento dell'*homo sapiens*. Eppure, in quell'attimo, ciò che davvero ha distinto l'uomo, ciò che davvero lo ha reso un animale sociale, è stato il diritto: il diritto gli ha consentito di organizzarsi, di rispettare gli altri individui, ha favorito lo sviluppo delle economie. Ma il diritto ha anche consentito, in ogni epoca storica, lo sviluppo di nuove tecnologie, ne ha evitato la degenerazione, ne ha consentito l'utilizzo in modo compatibile con la società umana.

In questa cornice, il diritto deve confrontarsi con la tecnologia e l'attuale epoca storica pone sfide ancor più complesse.

Lo sviluppo delle nuove tecnologie e la diffusione della rete Internet costituiscono, infatti, una delle più significative opportunità di sviluppo nella storia dell'umanità: è, quindi, necessario coglierla, affinché la diffusione delle conoscenze digitali costituisca uno «strumento di mobilità sociale e di superamento delle disuguaglianze», come ha affermato Mario Draghi¹.

Occorre allora prestare molta attenzione affinché l'accesso alle nuove tecnologie si ponga nella direzione del raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale, come richiesto dall'art. 3 della Costituzione, senza disperdere il patrimonio di diritti del costituzionalismo occidentale.

¹ M. DRAGHI, *Videomessaggio in occasione del XV Forum economico Italo-Tedesco*, 14 settembre 2021, in <https://www.governo.it/it/articolo/15-forum-economico-italo-tedesco-videomessaggio-del-presidente-del-consiglio-draghi/17897>

C'è il rischio, infatti, che le conquiste della nostra civiltà giuridica vengano messe a dura prova in un contesto in cui la sovranità statale vive una forte crisi, accentuata dall'emersione di nuovi e del tutto diversi centri di potere, senza le caratteristiche tipiche degli Stati sovrani, consistenti in molti casi in realtà private. È il caso delle *Big Tech*, le grandi società che in modo diverso si occupano di informatica e si spartiscono i mercati digitali, continuando a consolidare la propria posizione dominante, non senza incorrere talvolta in abusi: Google, Apple, Microsoft, Facebook, Amazon, per dirne alcune.

La novità storica costituita dalla posizione del tutto peculiare delle *Big Tech* richiede di assumere un angolo visuale ben specifico: quello dello studioso del diritto costituzionale, con una particolare attenzione non soltanto alle teorie economiche, ma anche al funzionamento delle nuove tecnologie sottese all'applicazione del diritto. L'analisi giuridica può e deve opportunamente partire a un punto di vista pubblicistico, mirando in ultima istanza alla protezione dei diritti fondamentali: il costituzionalista dell'era digitale, quindi, non può disconoscere le categorie tradizionali del diritto costituzionale, come la sovranità, ma ogni analisi deve avvenire con la sensibilità del «giurista tecnologico»².

Nell'era digitale il diritto deve fare i conti con le nuove tecnologie e soprattutto con Internet, il palcoscenico virtuale dove ogni giorno va ormai in scena il mondo intero.

Il giurista allora non può più essere confinato nella sua tradizionale area di operatività ma deve necessariamente dialogare con gli specialisti di altre branche del sapere e deve egli stesso avere un approccio olistico: per regolamentare, occorre conoscere e in questo caso non si può prescindere

² Si è osservato come si vada formando una vera e propria nuova figura di giurista, quella del «giurista tecnologico [...] il cui compito è quello di farsi interprete delle trasformazioni che si stanno verificando nella società sulla base dello sviluppo della tecnologia, e dell'impatto che questa sta avendo sul diritto, sui diritti» (in questo senso, T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Dir. Inf.*, 2020, fasc. 4, pag. 465; per la definizione del rinnovato ruolo del giurista nella "società tecnologica", cfr. V. FROSINI, *Il giurista e le tecnologie dell'informazione*, Roma, 2000², pagg. 9 ss.; ID., *The lawyer in technological society*, in *European journal of law, philosophy and computer science*, voll. 1-2, 1998, pagg. 293 ss.).

dalla conoscenza delle nuove tecnologie. Soltanto avendo contezza del mondo tecnico che si accinge a disciplinare, valorizzando l'apporto di matematici e ingegneri, il legislatore potrà tentare di regolamentare la tecnologia in modo realmente efficace.

Si pone, dunque, un problema di metodo anche per lo studioso, che non potrà ignorare il funzionamento della tecnologia che ha richiesto l'intervento del diritto, perché non sarebbe altrimenti possibile verificare davvero se il diritto abbia o meno raggiunto il suo scopo³.

In questo contesto globale, la sfida della regolamentazione di Internet non pare essere alla portata né degli Stati nazionali né dell'Unione europea, per la limitatezza della loro prospettiva e il rischio di sostanziale inefficacia dei loro interventi. Neanche la Cina e gli Stati Uniti, i principali attori del moderno capitalismo politico, potrebbero da soli regolamentare efficacemente Internet, ma soltanto dare vita a due distinti mercati digitali, con diversi attori, diverse prospettive e diverse regole.

Si pone, quindi, con grande attualità la prospettiva di un costituzionalismo transnazionale, in grado di imporre ai giganti dell'era digitale il rispetto del patrimonio di civiltà giuridiche che non possono essere travolte dalla realtà dei fatti.

Questo sforzo dovrebbe essere il più possibile condiviso da tutti, a partire dagli Stati nazionali, ma soprattutto dagli Stati Uniti e, per quanto possibile, dall'Unione europea, tenendo conto delle differenti priorità strategiche della Cina.

Se la *governance* di Internet rischia di divenire, di qui ai prossimi anni, appannaggio degli Stati Uniti e della Cina, e delle rispettive società *leader*, il

³ Cfr. L. GATT, R. MONTANARI, I.A. CAGGIANO, *Consensus al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale. Spunti di riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali*, in *Politica del diritto*, 2017, fasc. 2, pag. 339. Sulla metodologia dell'ibridazione dei saperi, cfr. L. GATT., I.A. CAGGIANO (a cura di), *Social Networks and Multimedia habitats, Atti del Workshop della cattedra Jean Monnet PROTECH del 16 ottobre 2020*, Napoli, Suor Orsola University Press, 2021.

ruolo dell'Unione europea non è scontato e vi è chi ritiene che difficilmente essa sarà un attore del processo storico in cui viviamo⁴.

Nessuno – né tantomeno l'Unione europea, considerata l'eredità di cui è portavoce – può sentirsi tirato fuori dalle sfide che il costituzionalismo pone nell'era tecnologica per la difesa dei diritti fondamentali dei singoli.

Il ruolo dell'Unione europea potrebbe passare attraverso la tutela della concorrenza, ambito in cui ha già dimostrato di saper far sentire la sua voce, anche a protezione di un più ampio novero di diritti.

La tutela della concorrenza consente di rendere i mercati digitali più aperti ed equi, evitando abusi di posizione dominante, e di qui diviene anche lo strumento per fornire piena cittadinanza nell'era digitale ai diritti dell'individuo e consentire all'Unione europea di giocare ancora un ruolo. La tutela della concorrenza, quindi, va letta a maggior ragione in un'ottica costituzionalistica e pubblicistica, prima ancora che privatistica. Essa costituisce il principale mezzo per l'*hard law* per imporsi sullo strapotere economico di società come Google, Facebook, Apple o Microsoft. Si tratta, infatti, dell'unico strumento in grado di cogliere i punti deboli dei giganti dell'era digitale, imponendo in questo modo che il diritto – e i diritti – vengano “presi sul serio”. Lo dimostra platealmente anche l'entità delle sanzioni finora irrogate – nel solo caso di Google pari complessivamente all'incredibile cifra di 8,25 miliardi di euro negli ultimi tre anni – che non può non orientare i modelli di business delle *Big Tech* a livello globale.

In questo senso, l'approccio “universalistico” assunto dall'Unione europea, che porta in molti casi all'applicazione del diritto eurounitario perfino al di là dei propri confini, ha imposto un modello che rende poco conveniente la

⁴ Cfr. A. ARESU, *Le potenze del capitalismo politico: Stati Uniti e Cina*, Milano, La nave di Teseo, 2020, pagg. 410-411, secondo cui «L'unità del mondo prodotta dal capitalismo è sopravvalutata. Di certo non sarà generata dalla tecnologia, come comprendono i suoi stessi poteri. Eric Schmidt ha detto che nel prossimo decennio Internet si dividerà in due sentieri, uno a guida americana e l'altro a guida cinese. Non vi sarà una pluralità di “grandi spazi” con un inevitabile ruolo autonomo per l'Europa, al contrario di quello che pensava il romanticismo eurocentrico di Carl Schmitt. [...] una “Unione degli Stati Europei” (o una “Separazione degli Stati Europei”) non è e, con ogni probabilità, non sarà un attore del processo storico in cui viviamo».

violazione del diritto dell'Unione. Tale modello consentirebbe di transitare verso un costituzionalismo tutto sommato davvero transnazionale, dando protezione a quel patrimonio di diritti che costituisce il nucleo attorno a cui si è sviluppata l'Unione europea. Questo tipo di approccio, se non restituirà agli Stati europei una centralità dal punto di vista capitalistico e tecnologico, potrà conferire all'Unione un ruolo di guida nella regolamentazione del *web* e nella protezione dei diritti: esso costituisce uno dei modi con cui l'*hard law* potrebbe ancora dimostrarsi efficace nei confronti delle *Big Tech* e transita necessariamente attraverso la tutela della concorrenza.

Non ci si deve illudere, però, che l'*hard law* possa sbarrare la strada alla *soft law*. Le *Big Tech* hanno e continueranno ad avere la sensazione di potersi autoregolamentare meglio di come farebbero i legislatori nazionali, possedendo le “chiavi di casa” delle più importanti piattaforme *web* e tenendo ben salde le barriere d'accesso ai rispettivi mercati.

È quindi necessario che lo studioso di diritto pubblico faccia i conti con le conseguenze dell'inevitabile emersione di sempre nuove forme di autoregolamentazione⁵, specialmente in ambito digitale.

Se, dunque, la *self-regulation* non può essere scoraggiata, essa può ancora essere indirizzata dall'*hard law* verso binari rispettosi dei diritti degli individui.

La sfida non è costituita soltanto dall'autoregolamentazione ma anche dalla pretesa delle *Big Tech*, avallata dalla negligenza degli Stati nazionali e delle loro emanazioni giurisdizionali, di farsi giudici delle proprie piattaforme, applicando le proprie regole. È il caso di Facebook, che ha recentemente istituito un organismo paragonabile a una vera e propria “Corte” interna, come l'*Oversight Board*.

⁵ Cfr. S. SILEONI, *Autori delle proprie regole. I codici di condotta per il trattamento dei dati personali e il sistema delle fonti*, Milano, Cedam, 2011, pag. 32, secondo cui è «opportuno che il diritto pubblico [...] inizi a valutare l'impatto di queste regole autoprodotte, non solo [...] come fonti di autonomia negoziale, ma anche come fonti (atipiche) dell'ordinamento giuridico, costituenti una delle risposte alla crisi di questo».

Affinché l'età digitale possa ancora essere l'età dei diritti evocata da Norberto Bobbio⁶ è, quindi, necessario che il diritto dell'era digitale disciplini "Google" ma non diventi esclusivamente "il diritto di Google".

⁶ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990.

CAPITOLO I - L'età digitale: età dei mercati o «età dei diritti»?

1. Non di sola economia vive l'uomo tecnologico. - 2. «*Ex Internet oritur ius*»: verso un diritto di Google. - 3. La tutela dei diritti passa da Internet. - 4. Il diritto di accesso a Internet come pietra angolare. - 5. Regolamentazione e autoregolamentazione di Internet tra *hard law* e *soft law*. - 6. La difficile transizione dell'età digitale da età dei mercati a «età dei diritti».

1. Non di sola economia vive l'uomo tecnologico.

La nostra è un'epoca complessa, caratterizzata da una duplice spinta verso l'espansione e la contrazione dei diritti⁷.

Da un lato, infatti, la società contemporanea porta inevitabilmente alla nascita di nuovi e sempre diversificati diritti⁸, che possono essere ricavati dai testi costituzionali già esistenti ovvero costituzionalizzati *ex novo*⁹; dall'altro,

⁷ A tal proposito si veda la significativa riflessione di S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pagg. 3 ss.; su queste tematiche, sia consentito anche rinviare ad A. IANNOTTI DELLA VALLE, *L'età digitale come "età dei diritti": un'utopia ancora possibile?*, in *Federalismi.it*, 2019, fasc. 16.

⁸ Ancora S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 6, osserva che, nel mondo contemporaneo, un «*innegabile bisogno di diritti, e di diritto, si manifesta ovunque, sfida ogni forma di repressione, innerva la stessa politica*».

⁹ Il rinnovamento del costituzionalismo contemporaneo, con specifico riguardo alla materia dei diritti, può partire sia dalla costituzionalizzazione dei nuovi diritti sia da una lettura storico-evolutiva delle disposizioni già esistenti, che ne adatti i significati al mutato contesto. La lettura della Costituzione come «documento vivente» («*living Constitution*») si è sviluppata negli Stati Uniti, in particolare nella riflessione di J.H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard U.P., 1980; a tale modo di intendere le norme costituzionali si contrappone quella propria del cosiddetto «originalismo», favorevole a un'interpretazione della Costituzione che rifletta gli intenti originari dei costituenti (cfr. A. SCALIA, *A matter of interpretation. Federal Courts and the law*, Princeton, 1997, pagg. 3 ss.; A. SCALIA, *Originalism: The Lesser Evil*, in *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, 1988-1989, LVI, pagg. 849-865). Con specifico riguardo a Internet, T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, pagg. 13 ss., ha messo in luce come, nelle esperienze costituzionali più recenti (si pensi ai Paesi dell'America Latina), si propenda per la costituzionalizzazione dei nuovi diritti, inclusa la libertà informatica, mentre nei Paesi dalla storia costituzionale più lunga e stratificata (si pensi ai due «genitori» del

il mutamento del contesto mondiale, che va evolvendosi nel senso della «destatalizzazione del diritto»¹⁰, rischia di privare di effettività diritti vecchi e nuovi e di far ritenere prevalenti «esigenze di sicurezza» e «logiche di mercato»¹¹ globalmente avvertite, spesso anche al di là di quanto sarebbe consentito dalle singole Costituzioni delle democrazie stabilizzate.

Il rovesciamento di prospettiva, da un'ormai quasi utopistica età "dei diritti" immaginata da Bobbio¹² a una più realisticamente definibile come età "dei mercati", è stato paradossalmente accentuato proprio dalla crisi del mercato globale iniziata nel 2008: nelle difficoltà economiche, infatti, i diritti hanno finito in molti casi per essere considerati recessivi, alla stregua di un lusso che non ci si può più permettere.

Eppure, come la storia insegna, è proprio quando sembra mancare anche "il pane" che si avverte più che mai il bisogno di diritti¹³. Se nella Francia del XVIII secolo la *Révolution* condusse alla *Déclaration*¹⁴, oggi, se vogliamo continuare a essere pienamente "cittadini"¹⁵, è necessario ripartire proprio dai diritti.

In effetti, riportare i diritti al centro del diritto è una necessità che deve essere riaffermata quando maggiore è il pericolo di contrazione di quei diritti, quindi

diritto costituzionale: la Francia e gli Stati Uniti), i nuovi diritti, inclusi quelli collegati a internet, vengono tratti dalle disposizioni costituzionali già esistenti e spesso antichissime (basti pensare al I Emendamento della Costituzione statunitense, da cui è stato ricavato il diritto di libertà informatica, nonché all'art. 11 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*). Dello stesso volume, si veda anche la seconda edizione ID., *Liberté Egalité Internet*, Napoli, 2019².

¹⁰ Così S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009, pag. 41.

¹¹ In questi termini S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., pag. 9.

¹² N. BOBBIO, *L'età dei diritti* cit.

¹³ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., pag. 6, secondo cui, nell'epoca attuale, si manifesta «una inedita connessione tra l'astrazione dei diritti e la concretezza dei bisogni».

¹⁴ La *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 26 agosto 1789, emanata ad appena sei settimane dalla presa della Bastiglia, costituisce la prima grande enunciazione di diritti fondamentali del costituzionalismo europeo. La *Déclaration* è ancora vigente in Francia e ad essa richiama il preambolo della Costituzione del 1958: «*le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789*». Il suo valore costituzionale è riconosciuto dal *Conseil constitutionnel* a partire dal 1971. Cfr. Cons. const., 16 luglio 1971, n. 71-44 DC; Cons. const., 27 dicembre 1973, n. 73-51 DC.

¹⁵ Come afferma N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., pag. 4, «*la democrazia è la società dei cittadini, e i sudditi diventano cittadini quando vengono loro riconosciuti alcuni diritti fondamentali*».

anche e soprattutto in epoca di crisi economica.

D'altra parte, non si vuole qui certo negare che le contingenze economiche richiedano talvolta scelte anche impopolari. I diritti, tuttavia, non sono e non dovrebbero mai essere considerati un lusso sacrificabile: essi, infatti, sono fondamentali e preesistenti, e non a caso la nostra Carta, con grande accuratezza lessicale, li riconosce e li garantisce (art. 2 Cost.).

In definitiva, i diritti vanno presi sul serio, come ci ricorda Dworkin¹⁶, ed è forse possibile anche un altro tipo di globalizzazione, «attraverso i diritti, non attraverso i mercati», come auspicava Rodotà¹⁷.

Per tentare di intraprendere questo cammino è forse anzitutto necessario riempire nuovamente di significato i diritti fondamentali già costituzionalmente garantiti per evitare che divengano formule svuotate di effettività e precettività, vanificando così il percorso compiuto dalla Corte costituzionale a partire dal 1956¹⁸.

Se molti dei diritti che la Repubblica “riconosce e garantisce” restano, ancora oggi, lettera morta, come possiamo immaginare che ricevano tutela effettiva i nuovi diritti dell'era digitale?

Occorre ripartire dai diritti, quindi, per conquistare nuovi diritti e per riconquistare i vecchi, affinché la nostra possa tornare ad essere “l'età dei diritti” e non più soltanto l'età dei mercati.

La società di oggi, per la sua complessità, più che mai non può prescindere dal diritto e più che mai non può prescindere dai diritti fondamentali, che di quel diritto costituiscono il nucleo essenziale. Diritti fondamentali vecchi e nuovi, di prima, seconda, terza, quarta e forse quinta generazione, di tutte le

¹⁶ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (1977), tr.it., *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982.

¹⁷ Così S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., pag. 14.

¹⁸ Nella sua prima sentenza, come è noto, la Corte costituzionale ebbe ad affermare che l'illegittimità costituzionale di una norma potesse derivare anche dalla violazione di una norma programmatica della Costituzione, contenente principi, e non soltanto dalla violazione di una norma precettiva, contenente precetti, chiarendo che vi sono «*principi fondamentali [...] che si riverberano sull'intera legislazione*». Cfr. Corte cost., 14 giugno 1956, n. 1.

generazioni e di nessuna generazione¹⁹ sono indispensabili affinché l'*homo oeconomicus* non perda mai di vista la sua *humanitas*.

Se l'*an* appare tutto sommato facilmente condivisibile, il discorso si rende ben più complesso se si riflette più a fondo sul *quomodo*.

2. «*Ex Internet oritur ius*»: verso un diritto di Google.

Il diritto nasce da ragioni eminentemente pratiche²⁰, per consentire agli uomini di organizzarsi in società, superando così l'individualismo, e di resistere alle sfide che la società di qualsiasi epoca pone loro²¹.

Nonostante indubbiamente i mutamenti della società portino alla nascita di nuovi diritti, sarebbe sbagliato affermare che, se diversi sono i contesti, diverse sono le società e diversi sono anche i diritti.

È, infatti, possibile individuare, nel corso della storia, alcune linee direttrici

¹⁹ Si va verso il superamento della classificazione dei diritti in generazioni, a favore di una concezione più unitaria dei diritti di tutte le epoche, da considerarsi maggiormente interconnessi tra loro rispetto a quanto si riteneva in passato. A tal proposito, suggerendo l'abbandono della distinzione dei diritti per "generazioni", S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti* cit., pag. 34, ha osservato che «questo parlar di "generazioni", con una terminologia identica a quella in uso nel mondo dei computer, potrebbe indurre a ritenere che ogni nuova generazione di strumenti condanni all'obsolescenza e all'abbandono definitivo tutte le precedenti, con una evidente forzatura che nasce dalla volontà di tradurre una scansione cronologica, peraltro controversa, in una gerarchia che attribuisce ad alcune di queste generazioni uno statuto teorico più forte».

²⁰ Si pensi all'efficace esempio della fila dinanzi ad un ufficio pubblico quale momento di genesi di diritto, sviluppato da P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 14: «[...] se, tra la confusione che serpeggia nella fila, un soggetto intraprendente fa sentire la sua voce, fa alcune proposte per organizzare meglio la fila tumultuosa, e tutti i componenti le ritengono buone e le osservano, ecco che, in quella minima unità di tempo, in quei pochi metri di territorio della Repubblica italiana, noi abbiamo avuto il miracolo della genesi del diritto. Quell'agglomerato effimero, che è la fila, è diventato, sia pure nell'effimero, comunità giuridica, giuridica perché produttrice del diritto».

²¹ Si richiama, in proposito, il dittico di brocardi «*Ubi societas ibi ius. Ubi ius ibi societas*», che lega la nascita del diritto alla società e l'esistenza di una società al diritto. Per S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946², pagg. 25-26, «il concetto del diritto [...] deve ricondursi al concetto di società [...] in due sensi reciproci, che si completano a vicenda: quel che non esce dalla sfera puramente individuale, che non supera la vita del singolo come tale non è diritto (ubi ius ibi societas) e inoltre non c'è società, nel senso verso della parola, senza che in essa si manifesti il fenomeno giuridico (ubi societas ibi ius)». Cfr., sul pensiero di Santi Romano, N. IRTI, *Per una lettura critica di Santi Romano*, in *Diritto pubblico*, 2018, fasc. 1, pagg. 15 ss.; P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, fasc. 2, pagg. 377 ss.; V. FROSINI, *L'attualità del pensiero di Santi Romano*, in *Riv. internaz. di filosofia del diritto*, 1976, fasc. 2, pagg. 294 ss.

che hanno portato alla creazione di nuovo diritto e di nuovi diritti ed è quasi sempre possibile individuare un nucleo duro di questo diritto e di questi diritti a partire da norme già esistenti.

Una di queste linee direttrici è indubbiamente costituita dalla tecnologia.

Nel corso della storia, l'avanzare della tecnologia ha costretto l'uomo a forgiare nuovo diritto per far fronte a nuove sfide e nuovi problemi: dalla stampa alle automobili ogni grande invenzione ha sempre richiesto l'intervento dei giuristi per consentire a tali tecnologie di operare senza intaccare l'ordinato funzionamento della società umana.

Lo sviluppo incessante di tecnologie sempre nuove e la prematura obsolescenza delle tecnologie di appena pochi anni prima impone al giurista di tentare di precorrere anche il futuro, affinché la regolamentazione risulti tecnologicamente adeguata e pronta a resistere alla prova del tempo. Eppure, il diritto più facilmente reagisce alla realtà delle cose ma con grande difficoltà riesce a precorrerla²². Preso atto di ciò, il legislatore contemporaneo dovrà essere in grado di prevedere normative sufficientemente generali e astratte da resistere al rischio di una rapida obsolescenza e allo stesso tempo essere adeguatamente preciso, affinché determinate tecnologie non si sviluppino in modo incontrollato. O finiscano per non svilupparsi affatto perché non regolamentate e proprio per questo giudicate investimenti non sostenibili.

In definitiva, si può affermare che il diritto, inevitabilmente, reagisce ai mutamenti della società e della tecnologia, e deve effettivamente reagire, confrontandosi con essi e talvolta precorrendoli: a una società in fermento, profondamente mutata dalle nuove tecnologie, deve corrispondere un diritto sempre più pronto ad adattarsi ai diversi contesti.

E dal diritto nascono, inevitabilmente, diritti. Si è condivisibilmente

²² Cfr. A. ARESU, *op. cit.*, pagg. 410-411, secondo cui «*lo spirito del capitalismo cerca costantemente di calcolare il futuro, anche nelle sue incarnazioni contemporanee [...] Eppure, ogni calcolo si scopre imperfetto quando si scontra con l'impasto della realtà, con l'accumulo storico, giuridico e filosofico che Weber ci ha insegnato a guardare, con le differenze delle varie manifestazioni umane che non sono riconducibili a unità*».

affermato, infatti, che «le libertà si sono potute notevolmente accrescere ed espandere verso nuove frontiere dell'agire umano proprio grazie al progresso tecnologico»²³.

Non a caso, uno dei padri dell'informatica giuridica in Italia ha definito in tempi non sospetti il diritto come «morfologia della prassi»²⁴ e, in effetti, l'esempio di Internet avvalorava questa tesi: con il successo del *web*, dalla prassi, è germinato nuovo diritto.

D'altra parte, ciò non può stupire: persino pensando ad Internet sovengono inaspettate similitudini con altri fenomeni verificatisi nel corso della storia e finanche con il mondo romano. La rete di Internet, così come la rete stradale dei romani²⁵, è nata per fini militari: Internet, nato come arpanet, per le comunicazioni militari; le strade romane per lo spostamento delle legioni. Eppure, entrambe le reti, in momenti storici apparentemente tanto diversi, hanno finito per mutare la società, intensificando i commerci e le comunicazioni e ampliando così gli orizzonti economici e culturali.

Internet, nel nuovo millennio, può realizzare, in scala enormemente più ampia, ciò che le strade hanno realizzato nell'impero romano, rendendo possibili scambi economici e culturali fino a quel momento inimmaginabili. Oggi «le strade» che confluiscono su Internet non portano «a Roma» ma si perdono in una rete diffusa e acefala, senza un centro d'imputazione unitario

²³ T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, cit., p. 20.

²⁴ La concezione del diritto come morfologia della prassi è centrale nel pensiero di Vittorio Frosini. Tra le numerose opere dell'A., si vedano, in particolare, V. FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano, Giuffrè, 1962; e, da ultimo, V. FROSINI, *Il giurista nella società dell'informazione*, in *Informatica e diritto*, 2000, fasc. 2, pagg. 15 ss.; V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Dir. Inf.*, 2000, fasc. 2, pagg. 271 ss.; V. FROSINI, *I giuristi e la società dell'informazione*, in *Dir. Inf.*, 1996, fasc. 1, pagg. 17 ss.; V. FROSINI, *Il giurista nella società tecnologica*, in *Sociologia del diritto*, 1995, fasc. 3, pagg. 5 ss. Inoltre, con specifico riguardo alla tematica dei diritti umani posta in relazione all'informatica giuridica, V. FROSINI, *Per una sociologia dei diritti umani nell'età tecnologica*, in *Sociologia del diritto*, 1989, fasc. 1, pagg. 53 ss.; V. FROSINI, *I diritti umani nella società tecnologica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, fasc. 4, pagg. 1154 ss. Sul pensiero di Vittorio Frosini, cfr. F. RICCOBONO, *La filosofia del diritto di Vittorio Frosini dalla morfologia della prassi all'informatica giuridica*, in D. CHARALAMBIS, C. PAPACHARALAMBOUS (a cura di), *Jus, ars, philosophia et historia. Festschrift fuer Johannes Strangas*, Baden Baden, Nomos, 2017, pagg. 685 ss.

²⁵ Sulla disciplina giuridica delle strade romane nell'età del Principato, cfr. A. PALMA, *Le strade romane nelle dottrine giuridiche e gromatiche dell'età del Principato*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt II.14*, Berlin-New York, De Gruyter, 1982, pagg. 850 ss.

e con enormi difficoltà di regolamentazione, ammesso che una regolamentazione sia possibile senza compromettere i diritti umani sottesi ad Internet.

La rete Internet, quindi, costituisce indubbiamente un'enorme *chance* per l'umanità, potendo avere un significato ancora maggiore per l'umanità di quello che ebbe la rete stradale romana per le fortune dell'impero romano. Soltanto la teorizzazione e l'effettiva garanzia di un generalizzato diritto di accesso a Internet potranno consentire all'umanità di cogliere pienamente quest'opportunità, senza discriminazioni di provenienza geografica e di censo.

Tuttavia, la teorizzazione di un diritto di accesso a Internet dovrà tenere anche presenti le problematiche connesse all'opportunità o inopportunità di una regolamentazione del fenomeno.

Tornando, dunque, a Santi Romano – nell'ottica di una futura regolamentazione di Internet – sono forse possibili altre domande: se ogni istituzione è un ordinamento giuridico²⁶, anche Internet è destinato a divenire un ordinamento giuridico? Oppure lo è già? O, ancora, dovremo considerare distinti ordinamenti giuridici Google, Facebook e ogni altra grande "istituzione" del *web*?

Quel che è certo è che negli anni a venire le strade del diritto (e dei diritti) sembrano confluire su Internet, a partire dall'enucleazione, già tentata in dottrina e persino positivizzata in molte esperienze costituzionali, di un diritto di accesso a Internet.

3. La tutela dei diritti passa da Internet.

Prima di verificare quale spazio vi sia per i diritti nell'era digitale, è il caso di tornare a ragionare sul diritto di accesso a Internet.

²⁶ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pagg. 41-42.

Inseguire la “globalizzazione dei diritti”, infatti, non può non tenere conto che oggi il vero strumento di globalizzazione è costituito da Internet²⁷: ἀγορά virtuale in cui necessariamente dovranno interagire sempre più esseri umani in tutte le parti del mondo, definibile come spazio comune e “bene comune”²⁸ dell’umanità. E lo stesso Internet, che per lo più è certamente fattore di aggregazione dell’umanità e di globalizzazione senza precedenti nella storia, può essere però anche forma di disgregazione, creando enormi differenze tra chi ha accesso alla rete e chi no (*digital divide*), nonché accentuando le differenze tra i paesi che garantiscono il libero accesso alla rete e quelli che la censurano. Oggi «l’antiliberalismo si misura su Internet»²⁹, è stato scritto. Come pure, altra sfida posta da Internet è quella alle nostre architetture costituzionali e soprattutto ai parlamenti, inevitabilmente sempre più svuotati di potere decisionale in favore delle ἀγορά virtuali, e ai tradizionali organi di stampa, sempre meno un “quarto potere” e destinati ogni giorno di più a soccombere di fronte ai post sui *social network*, di più immediata lettura, con titoli ad effetto, “meme” e *fake news*³⁰.

Per poterne uscire rafforzata, la democrazia dovrà necessariamente misurarsi con questi cambiamenti.

²⁷ Partendo dalla sua «naturale vocazione alla extraterritorialità» si è definito Internet «quale catalizzatore essenziale della globalizzazione, in quanto esso travalica i confini degli stati nazionali, supera le barriere doganali, elimina le differenze culturali fra i popoli» (così T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, cit., p. 11).

²⁸ L’ inquadramento di Internet nella categoria dei beni comuni si deve soprattutto a S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, Il Mulino, 2013³, pagg. 465-469, ove si mette a paragone il diritto di accesso all’acqua con il diritto di accesso ad Internet, entrambi configurabili come diritti fondamentali: l’accesso ai beni comuni, infatti, deve necessariamente configurarsi come diritto fondamentale della persona. Su Internet, in particolare, l’A. osserva che, «attraverso il progressivo e generalizzato riconoscimento del diritto fondamentale all’accesso, mostra come attraverso l’estensione di questo diritto la rete si configuri come uno spazio comune. Una volta di più, dunque, è il riconoscimento di un diritto fondamentale a produrre un common, che in questo caso, come già si è detto per la cittadinanza, assume un vero carattere globale».

²⁹ T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet* cit., p. 13, secondo cui Internet è diventato «il luogo dove si manifestano le intolleranze, si esercitano le censure e si imbavaglia il dissenso online».

³⁰ Di fronte ai rischi per la democrazia, sovente invocati di fronte al fenomeno delle *fake news*, la dottrina maggioritaria ha espresso finora dissenso per una forma di regolamentazione sulla “qualità” delle notizie o per l’istituzione di un’apposita Autorità indipendente con poteri regolatori e sanzionatori (in questo senso, T.E. FROSINI, *Internet e democrazia*, in *Dir. Inf.*, 2017, fasc. 4-5, pagg. 657 ss.).

E per fare questo non si può prescindere dai diritti: diritti vecchi e diritti nuovi, che possono germinare da quelli vecchi e crescere.

Tra i “diritti nuovi” sembra poter acquisire un posto di sempre maggior rilievo proprio il diritto di accesso a Internet.

Uno degli inventori del *web*, Tim Berners-Lee, ha avuto ad affermare: «*to be offline today is to be excluded from opportunities to learn and earn, to access valuable services, and to participate in democratic debate. If we do not invest seriously in closing this gap, the last billion will not be connected until 2042. That's an entire generation left behind*»³¹.

Essere fuori da Internet, oggi, rischia di significare di perdere opportunità di comunicazione, di crescita e di apprendimento, di confronto e di manifestazione del pensiero, di accesso ai servizi della pubblica amministrazione, di partecipazione al dibattito democratico, di accesso ai sistemi di *e-commerce*, e via dicendo: essere fuori da Internet, negli anni a venire, potrebbe significare sempre più essere fuori dal mondo.

«*Digito ergo sum*», ha affermato Tommaso Edoardo Frosini³² parafrasando Descartes.

Il diritto di accesso a Internet³³ sembra, quindi, essere ormai quasi indubabilmente un diritto fondamentale³⁴. Non solo perché lo ha ormai

³¹ In questi termini, T. BERNERS-LEE, *The web is under threat. Join us and fight for it*, in webfoundation.org/2018/03/web-birthday-29/

³² T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, cit., p. 62.

³³ In dottrina, il diritto di accesso a Internet è stato letto sotto un duplice prisma. Da un lato, inteso come diritto di accesso al contenuto e, quindi, come strumento necessario per la manifestazione del pensiero; dall'altro, è stato inteso come diritto sociale e, pertanto, come «*una pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche, al pari dell'istruzione, della sanità e della previdenza. Un servizio universale, che le istituzioni nazionali devono garantire ai loro cittadini attraverso investimenti statali, politiche sociali ed educative, scelte di spesa pubblica*». In questo senso, T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, cit., pagg. 14-15.

³⁴ Franco Pizzetti, già Presidente dell'Autorità Garante per la Privacy dal 2005 al 2012, è andato forse anche oltre, sottolineando che «*il tema della rete, del suo funzionamento, della possibilità di accesso ai suoi servizi e, più in generale, la questione dell'accesso al sistema delle telecomunicazioni non è più configurabile solo come un diritto di libertà, e men che mai il diritto di accesso alla rete può configurarsi soltanto come una forma più moderna del tradizionale diritto alla libertà di informazione, di comunicazione e di diffusione del pensiero*» (così F. PIZZETTI, *La governance di Internet e i diritti fondamentali. Uno sguardo sul futuro in una prospettiva di "diritto pubblico mondiale"*, in O. POLLICINO, E. BERTOLINI, V. LUBELLO (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Roma, Aracne, 2013, p. 82.

espressamente previsto l'ONU in una propria recente Risoluzione (Risoluzione A/HRC/32/L.20 del 2016)³⁵ ma soprattutto perché, con lo spostamento di parte delle nostre vite sul *web*, escludere qualcuno da Internet significherebbe privarlo di qualcosa in più di uno strumento: significherebbe privarlo di irripetibili opportunità di conoscenza e, in ultima istanza, di vita.

4. Il diritto di accesso a Internet come pietra angolare.

Il diritto di accesso a Internet appare in effetti essere sempre più destinato ad atteggiarsi non solo come diritto fondamentale ma anche come base per l'esercizio di altri diritti fondamentali: basti pensare che, con lo spostamento della "vita" sul *web*, anche la libertà di espressione, di cui all'art. 21 Cost., finirà per essere condizionata dal diritto di accesso a Internet. È noto, d'altra parte, pensando proprio all'art. 21 Cost., che la libertà informatica è stata inquadrata come diritto di informarsi e di essere informati³⁶. E sul punto, significativamente, Rodotà ha osservato che «qualificare l'accesso a Internet come diritto fondamentale è un riflesso della funzione assegnata a tale diritto come condizione necessaria per l'effettività di altri diritti fondamentali – in particolare per il diritto alla libera costruzione della personalità e per la libertà di espressione»³⁷.

Ciò che si vorrebbe sostenere, in sostanza, è che il diritto di accesso a Internet

³⁵ United Nations, General Assembly, Resolution A/HRC/32/L.20. Tale Risoluzione, peraltro, è stata osteggiata da alcuni dei Paesi che maggiormente tendono a limitare il libero accesso alla rete, come la Cina e la Russia: «*the resolution did not receive universal backing, with several countries rejecting the resolution. Notably these were Russia, China and South Africa*» (cfr. *UN thinks internet access is a human right* in www.businessinsider.com/un-says-internet-access-is-a-human-right-2016-7).

³⁶ T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, cit., p. 58.

³⁷ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., pagg. 467-468. E ancora T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet* cit., p. 65, ha affermato che «*negare l'accesso alla rete significherebbe infatti ledere diritti umani fondamentali, quali la libertà di espressione, il diritto all'informazione, all'istruzione, allo sviluppo e all'eguaglianza*». Si è, infine, sottolineato «*il ruolo strumentale della rete rispetto all'esercizio dei diritti fondamentali e alla manutenzione della condizione di eguaglianza costituzionalmente garantita*» (cfr. P. COSTANZO, *La governance di Internet in Italia*, in O. POLLICINO, E. BERTOLINI, V. LUBELLO (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali* cit., pagg. 51-52).

sia non solo un diritto fondamentale ma anche, in un certo senso, *condicio sine qua non* per l'esercizio pieno di altri diritti fondamentali e per lo sviluppo della personalità.

E si potrebbe anche sostenere, in modo ancor più forte, che al giorno d'oggi ha ben poco senso discorrere di libertà di informazione senza considerare il fenomeno Internet, dal momento che sempre più cittadini considerano il *web* la loro primaria fonte di informazione.

Il processo, insomma, è stato avviato ed è inarrestabile. Se già nel maggio 2011, in una relazione dinanzi al Comitato per i diritti umani dell'ONU, è stato ribadito il carattere di diritto fondamentale dell'accesso a Internet³⁸, poi addirittura cristallizzato nella già citata Risoluzione ONU del 2016³⁹, negli anni a venire tale caratteristica sarà sempre più evidente, finendo per innervare tutti i settori del diritto.

In questa "missione", l'Europa è in prima linea. Si pensi che già nell'ormai "lontano" 2002, la cosiddetta direttiva sul servizio universale (Direttiva 2002/22/CE) prevedeva l'obbligo in capo agli Stati membri di provvedere a fornire un servizio "efficace" per l'accesso a Internet⁴⁰. E ancora, il considerando 4 della Direttiva 2009/140/UE può essere letto nel senso del

³⁸ F. LARUE, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression*, United Nations, General Assembly, Human Rights Council, Seventeenth Session, 16 May 2011, A/HRC/17/27, pag. 22: «given that the Internet has become an indispensable tool for realizing a range of human rights, combating inequality, and accelerating development and human progress, ensuring universal access to the Internet should be a priority for all States. Each State should thus develop a concrete and effective policy, in consultation with individuals from all sections of society, including the private sector and relevant Government ministries, to make the Internet widely available, accessible and affordable to all segments of population».

³⁹ United Nations, General Assembly, Resolution A/HRC/32/L.20.

⁴⁰ Direttiva 2002/22/CE. Si pensi, ad esempio, al considerando (8), ove si prevede che «In casi specifici in cui la connessione alla rete telefonica pubblica in postazione fissa è manifestamente insufficiente a consentire un accesso ad Internet di qualità soddisfacente, gli Stati membri dovrebbero poter esigere che la connessione sia portata al livello di cui fruisce la maggior parte degli abbonati, affinché la velocità di trasmissione sia sufficiente per l'accesso ad Internet. Se tali misure specifiche comportano un costo netto per i consumatori interessati, l'incidenza netta può rientrare nel calcolo del costo netto degli obblighi di servizio universale». O, ancora, all'art. 4, comma 2, che stabilisce che «la connessione fornita è in grado di supportare le comunicazioni vocali, facsimile e dati, a velocità di trasmissione tali da consentire un accesso efficace a Internet, tenendo conto delle tecnologie prevalenti usate dalla maggioranza degli abbonati e della fattibilità tecnologica».

riconoscimento di Internet quale diritto fondamentale, essendo Internet essenziale per l'esercizio di altri diritti fondamentali: «riconoscendo che Internet è essenziale per l'istruzione e l'esercizio pratico della libertà di espressione e l'accesso all'informazione, qualsiasi restrizione imposta all'esercizio di tali diritti fondamentali dovrebbe essere conforme alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»⁴¹.

Di fronte alle sfide poste dalla contemporaneità, in generale, e da Internet, in particolare, diversi sono i possibili approcci. Gli studiosi si dividono tra coloro che ritengono opportuno inserire in Costituzione un'espressa garanzia del diritto di accesso a Internet e coloro che ritengono tutto sommato inutile una revisione costituzionale in tal senso, potendosi trarre il diritto di accesso a Internet da altre disposizioni costituzionali.

Tra i sostenitori dell'inserimento in Costituzione del diritto di accesso a Internet, paragonato al diritto di accesso all'acqua⁴², vi è stato senz'altro Rodotà, il quale si è spinto a formulare una proposta in tal senso, come modifica dell'art. 21 della Costituzione. Il nuovo comma dell'art. 21, immaginato da Rodotà e ripreso nel disegno di legge costituzionale n. 2485 del 6 dicembre 2010, poi arenatosi, avrebbe previsto che «tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet, in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale»⁴³.

Ad ogni buon conto, anche senza un'espressa previsione costituzionale, il diritto di accesso a Internet resta un diritto costituzionale⁴⁴: lo si può considerare, infatti, un corollario del principio di eguaglianza (soprattutto in senso sostanziale) di cui all'art. 3 della Costituzione. I cittadini hanno diritto

⁴¹ Direttiva 2009/140/UE.

⁴² Il paragone è stato svolto, oltre che da Rodotà (S. RODOTÀ, *Il terribile diritto* cit., pag. 468), anche da uno degli inventori del *web*, Tim Berners-Lee, che ritiene il diritto di accesso a Internet un diritto umano «*on par with clean water, electricity, shelter and food*» (così T. BERNERS-LEE, *The web*, cit.).

⁴³ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, op. ult. cit., pag. 468.

⁴⁴ Cfr. T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a internet*, in *Rivista AIC*, 2011, fasc. 1.

a Internet, quindi, già in funzione della «pari dignità sociale», dovendo essere consentito loro il «pieno sviluppo della personalità» e dovendo essere loro garantita l'effettiva partecipazione «all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Ma ne hanno diritto anche in funzione della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 (la Costituzione, oltre alla parola e allo scritto fa riferimento a «ogni altro mezzo di diffusione») o ancora per la libertà d'impresa di cui all'art. 41. In definitiva, come già affermato in dottrina da Frosini, il mancato accesso a Internet oggi preclude l'esercizio della maggior parte dei diritti di cittadinanza garantiti dalla Costituzione⁴⁵.

Inoltre, a livello eurounitario, l'art. 3, Reg. 2015/2120/UE, stabilisce misure riguardanti «l'accesso ad un'Internet aperta»⁴⁶ ed è stato interpretato estensivamente dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, che ha recentemente ribadito l'importanza di garantire un equo accesso alla rete da parte degli utenti, senza discriminazioni o restrizioni⁴⁷.

Un'espressa previsione in Costituzione del diritto di accesso a Internet, in definitiva, avrebbe per lo più una valenza simbolica e, soltanto da questo punto di vista, finirebbe per rafforzare un diritto fondamentale che comunque è da ritenersi già insito nel nostro ordinamento e in quello eurounitario.

5. Regolamentazione e autoregolamentazione di Internet tra *hard law* e *soft law*.

Una volta ricostruito, sia pur molto brevemente, il diritto di accesso a Internet dal punto di vista teorico, ci si deve a questo punto chiedere se Internet possa essere suscettibile o meno di una regolamentazione senza comprometterne la

⁴⁵ T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, cit., p. 66.

⁴⁶ Più in particolare, il comma 1 chiarisce che «gli utenti finali hanno il diritto di accedere a informazioni e contenuti e di diffonderli, nonché di utilizzare e fornire applicazioni e servizi, e utilizzare apparecchiature terminali di loro scelta, indipendentemente dalla sede dell'utente finale o del fornitore o dalla localizzazione, dall'origine o dalla destinazione delle informazioni, dei contenuti, delle applicazioni o del servizio, tramite il servizio di accesso a Internet [...]».

⁴⁷ CGUE, Grande sez., 15 settembre 2020, C-807/18 e C-39/19, *Telenor Magyarország*.

sua naturale tendenza a essere luogo privilegiato per l'espressione di altri diritti.

Da una parte, infatti, una regolamentazione di Internet rischierebbe di compromettere il diritto a Internet; d'altra parte, però, senza una regolamentazione esterna del fenomeno, come sarà possibile continuare a garantire, rispetto all'universo del *web*, sempre più centro di vita virtuale, l'effettività di altri diritti fondamentali tutelati dalle Costituzioni delle democrazie stabilizzate?

Innanzitutto, ammesso che sia possibile una regolamentazione del *web*, stante la natura acefala, universalista e tendenzialmente libera del *web*⁴⁸, la domanda che prima ancora ci si dovrebbe porre riguarda proprio l'opportunità di una regolamentazione del fenomeno nel suo complesso.

Dovrà, inoltre, essere verificata quale sia la fonte più appropriata a disciplinare il *web*⁴⁹: ci si chiede, infatti, se Internet possa essere meglio regolato da più flessibili fonti di *soft law*⁵⁰ (in luogo della tradizionale *hard*

⁴⁸ Sulla sfuggevolezza di Internet alla regolamentazione statale e, più in generale, sulla necessità di un diritto transnazionale per la sua disciplina, cfr. S. SASSI, *Diritto transnazionale e legittimazione democratica*, Milano, Cedam, 2018, pagg. 56 ss.; nonché A. GATTI, *Istituzioni e anarchia nella Rete. I paradigmi tradizionali della sovranità alla prova di Internet*, in *Dir. Inf.*, 2019, fasc. 3, pagg. 711 ss., che mette in relazione la crisi della sovranità statale con il fenomeno, per sua natura acefalo, di Internet. Cfr. anche, sulla crisi (presunta o tale) dello Stato nell'era di Google, L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, fasc. 4, pagg. 1111 ss.

⁴⁹ Sulla contraddizione di un Internet che «non ha sovrano» e che tuttavia ha bisogno di regole, cfr. S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, Laterza, 2014, pagg. 7 ss., il quale osserva che le discussioni sul futuro di Internet sono ormai proiettate «oltre le ripulse iniziali, che avevano considerato come un attentato alla sua natura libertaria ogni ipotesi di arrivare appunto a regole, percepite come un inaccettabile vincolo». Su una possibile governance di Internet, con lo sguardo rivolto direttamente al nostro Paese, cfr. P. COSTANZO, *La governance di Internet in Italia*, in O. POLLICINO, E. BERTOLINI, V. LUBELLO (a cura di), *op. cit.*, pagg. 41 ss.

⁵⁰ Già particolarmente vasta è la letteratura sulla categoria della *soft law*. Tra i vari contributi, si rinvia in particolare ad A. SOMMA, *Soft law sed law: diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2008, fasc. 3, pagg. 437 ss.; sull'inquadramento nel sistema delle fonti, cfr. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, Cedam, 2008; B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, 2003, fasc. 1, pagg. 5-16; Sull'iniziale successo della *soft law* specialmente nell'ambito del commercio internazionale, per la maggiore versatilità della disciplina offerta, cfr. S.M. CARBONE, *I principi Unidroit quale "soft law" applicabile ai contratti del commercio internazionale: tra autonomia privata e ordinamenti statali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, fasc. 4, pagg. 809-824; nonché S.M. CARBONE, *Il diritto non scritto nel commercio internazionale, Due modelli di codificazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pag. 25, secondo cui gli strumenti di *soft law*, «per i più limitati tempi relativi alle specifiche modalità di elaborazione ed alla flessibilità che li caratterizza anche

law), stanti le sue “naturali” caratteristiche; o se, come osservato dalla dottrina, «soft law, no law»⁵¹ e, quindi, a maggior ragione, un fenomeno “sfuggente” come Internet necessiterebbe di una regolamentazione meno sfuggente. Ma la *soft law* può essere considerata davvero così sfuggente?

Come potrebbe, d'altra parte, essere immaginabile una regolamentazione “rigida” e unitaria di un fenomeno universale? Quale ordinamento avrebbe la forza di imporsi rispetto a un fenomeno tanto sfuggente?

La regolamentazione di Internet, dunque, rischia di essere per lo più demandata ai “padroni” di casa: avremo, quindi, il diritto di Facebook, il diritto di Twitter e il diritto di Google.

In effetti, i colossi del *web* appaiono, allo stato, i soli soggetti in grado di dettare norme davvero su larga scala sui più svariati aspetti del *web* e in grado anche di farle rispettare, nonostante la loro natura di *soft law*, possedendo “le chiavi di casa” delle proprie piattaforme⁵².

*in funzione della possibile incidenza sulla loro disciplina di eventuali interventi operati dagli ordinamenti statali e dall'esercizio dell'autonomia privata, maggiormente si prestano a fornire una disciplina dei rapporti del commercio internazionale coerente con le esigenze della pratica degli affari». In merito all'avanzata della soft law, stante l'incapacità dell'hard law di tenere il passo dei progressi tecnologici, si veda anche T.E. FROSINI, *Le declinazioni del governare*, Torino, Giappichelli, 2018, pag. 81, ove si osserva significativamente che «per quanto riguarda il valore e la forza della legge negli stati contemporanei, questa risulta significativamente indebolita dall'incapacità di regolare la complessità del reale e le continue trasformazioni dei processi sociali e tecnologici. E quindi in buona parte sostituita da altri modi di normare, dalla soft law al diritto dei privati». E ancora lo stesso A. ha messo in evidenza come «il baricentro della produzione giuridica si sta spostando sui regimi privati, ovvero su accordi stipulati da attori globali, su regolamenti commerciali delle imprese multinazionali, su normative interne alle organizzazioni internazionali, su sistemi di negoziato interorganizzativi e su processi mondiali di standardizzazione» (T.E. FROSINI, *Rappresentanza e legislazione nell'età della globalizzazione*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, ESI, 2017, vol. 8, pag. 296). Più specificamente, sul rapporto tra *soft law* e *hard law* in relazione alla regolamentazione di fenomeni connessi ad Internet, sulla protezione dei dati personali cfr. M.C. GAETA, *Hard law and soft law on data protection: What a DPO should know to better perform his or her tasks*, in *EJPLT*, 2019, fasc. 2, pagg. 61 ss.; sull'autoregolamentazione dei *social network*, cfr. P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it*, 2020, fasc. 11, pagg. 265 ss.*

⁵¹ R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, pagg. 31-40.

⁵² Cfr. M.W. MONTEROSSO, *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contratto e impr.*, 2021, fasc. 3, pagg. 920 ss., secondo cui «la piattaforma si caratterizza invero come modello di business fondato su una comunità digitale, all'interno della quale i singoli membri, come coordinati dall'impresa che ne detiene il controllo, contribuiscono alla crescita della piattaforma medesima (e insieme alla produzione di valore digitale) in un rapporto di reciproca interdipendenza. All'interno di questa struttura, il potere regolatorio-tecnologico di cui gode

L'autoregolamentazione da parte dei giganti del *web* si inserisce in un più complesso quadro globale, in cui emerge a più livelli e con spazi di sempre maggior rilevanza la capacità normativa dei privati⁵³.

Alla sempre più significativa diffusione del diritto dei privati e di distinte forme di autoregolamentazione si accompagna anche l'emersione di forme di giustizia privata⁵⁴.

In questo contesto, si colloca la tendenza, in seno alle cosiddette *Big Tech*, di istituire organismi paragiurisdizionali, in grado di rendere decisioni vincolanti rispetto a ciò che accade sulle proprie piattaforme, basandosi essenzialmente sulla propria *self-refulation*: è il caso dell'*Oversight Board* di Facebook.

Tracciate queste coordinate essenziali, che si approfondiranno nel corso del lavoro e in particolare nel Capitolo IV, va subito chiarito che, nonostante l'indubbia suggestione dell'espressione *soft law no law*⁵⁵, il ruolo della *soft law* è dell'autoregolamentazione è destinato a crescere e a guadagnare forse finanche una centralità con riguardo alla disciplina del fenomeno Internet. Si deve ammettere, infatti, che, soprattutto in determinati settori e specialmente per quanto riguarda il *web*, appare preferibile la diversa espressione, sempre maturata in dottrina, secondo cui *soft law sed law*⁵⁶.

Il successo della *soft law* e dell'autoregolamentazione per la disciplina di Internet si spiega per l'indifferenza di questi strumenti rispetto ai confini

l'impresa-piattaforma non costituisce un fattore di per sé stigmatizzato. È precisamente la capacità di quest'ultima di esercitare le funzioni di controllo sul mercato e sui suoi partecipanti (in termini di accesso, uscita, qualità dei contenuti, standard di sicurezza, flusso di dati e informazioni) a generare credibilità e fiducia presso i terzi. Una prospettiva che risulta vieppiù confermata e rafforzata dalla serie di norme che articolano la proposta di legge sui servizi digitali».

⁵³ Cfr. S. SILEONI, *Autori delle proprie regole* cit., pag. 19, secondo cui «l'emersione di una capacità normativa dei privati, distinta rispetto alla classica capacità negoziale e di concertazione, è al tempo stesso causa e conseguenza di una modifica del ruolo degli attori pubblici».

⁵⁴ Su queste tematiche, si rinvia a F. MARONE, *Giustizia arbitrale e Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pagg. 15-52.

⁵⁵ R. BIN, *op. ult. cit.*, pagg. 31-40.

⁵⁶ A. SOMMA, *Soft law sed law* cit.

statali⁵⁷, che può far considerare questi strumenti alla stregua di un diritto (davvero) globale.

In effetti, la *soft law* ha sicuramente il pregio di rendere uniforme l'applicazione del diritto⁵⁸ e, nel caso in cui provenga da multinazionali quali sono le *Big Tech*, di farlo a livello globale e con inusitata effettività. È vero che, generalmente, la *soft law* non s'impone sui destinatari, ma alcune fattispecie di *soft law 2.0* assumono finanche valore vincolante⁵⁹, come nel caso delle regole che germinano dai colossi del *web*⁶⁰: queste ultime, divengono di fatto obbligatorie per gli utenti delle piattaforme Internet, pena il mancato utilizzo della piattaforma stessa. In questo senso, la *soft law* si impone mediante un meccanismo di coercizione indiretta, che funziona a livello globale sulla generalità degli utenti e che è molto efficace.

Ulteriore vantaggio della *soft law*, in ambito digitale, è quello di sapersi adattare con prontezza a contesti mutevoli, resistendo così ai rischi di obsolescenza tecnologica molto più delle fonti di *hard law*: l'adeguatezza tecnologica della *soft law*, chiaramente, si spiega anche per le caratteristiche di autoregolamentazione di queste norme, che provengono da chi quella tecnologia la produce o la commercializza⁶¹. Al contrario, come si metterà in

⁵⁷ In questo senso, particolarmente attuale è la riflessione di S. SILEONI, *op. ult. cit.*, pag. 23, riferita in generale alla diffusione di forme di autoregolamentazione e che ben si sposa con quanto sta avvenendo in relazione ad Internet: «*gli strumenti di autoregolamentazione hanno il pregio dell' "indifferenza" rispetto ai confini statali. Approvati dai loro stessi destinatari, o da chi li rappresenta come categoria economica o sociale, essi sono in grado di sfuggire ai criteri di territorialità e ben possono superare i confini statali, grazie alla possibilità di individuare i destinatari in base non al criterio territoriale, ma a quello personalistico, divenendo efficaci per tutti i soggetti che, a prescindere dal luogo in cui operano, appartengono alle categorie rappresentate dai sottoscrittori*».

⁵⁸ Cfr. S. SILEONI, *op. ult. cit.*, pag. 23

⁵⁹ A livello di diritto nazionale, nel settore dei contratti pubblici, è nota l'esperienza delle linee guida vincolanti dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, su cui si rinvia a F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2017, fasc. 3, pagg. 763 ss.; sul progressivo superamento della *soft law* per la disciplina degli appalti pubblici in Italia, sia consentito richiamare A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Il quadro delle fonti secondarie in materia di appalti all'indomani della conversione in legge del decreto "sblocca-cantieri"*, in D. CAPOTORTO, A. MASSARI (a cura di), *Gli appalti pubblici dopo la conversione del decreto "sblocca-cantieri"*, Rimini, Maggioli, 2019, pagg. 17 ss.

⁶⁰ Si rinvia, in particolare, al Capitolo IV relativo all'autoregolamentazione di Facebook e all'istituzione dell'*Oversight Board*.

⁶¹ Sulla rilevanza dei fattori tempo, complessità e tecnica per il successo della *soft law* si richiama ancora S. SILEONI, *op. ult. cit.*, pagg. 23-33.

evidenza nel prosieguo della trattazione, i legislatori e i giudici spesso ignorano la tecnologia dietro al diritto, portando quest'ultimo ad essere spesso inefficace o comunque inadeguato alle sfide poste dal mondo digitale⁶².

In definitiva, le regole che germinano in seno ai colossi del *web* costituiscono pur sempre diritto e sono pienamente vincolanti, a livello mondiale, nonostante l'origine indubbiamente non democratica e la sottoposizione a logiche di *business* ben più che ai diritti fondamentali.

Sarà questo il diritto dell'era digitale? Prevarrà “il diritto di Google”?

6. La difficile transizione dell'età digitale da età dei mercati a «età dei diritti».

Lo scenario di un'annunciata “vittoria” della *soft law* e della *self-regulation*, dunque, ci riporta finalmente al punto di partenza di questa riflessione e alla domanda iniziale: come fare per rendere l'età digitale anche l'età dei diritti?

La realizzazione di quest'utopia resta possibile?

La risposta appare ancor più difficile e ancor più problematica se si riflette sulla maggiore fortuna riscossa finora dalla *soft law*, in generale, e dalla *self-regulation*, in particolare, per la disciplina dei fenomeni giuridici legati al *web*: una fortuna, peraltro, che sembra difficilmente arrestabile e riconducibile nei più rassicuranti e familiari binari dell'*hard law*.

Probabilmente allora, per garantire i diritti, occorre prima individuare un metodo per garantire l'effettività del diritto, vale a dire cioè anche dell'*hard law*, rispetto a un fenomeno sfuggente quale è Internet, che per sua natura maggiormente si presta a una *self-regulation*.

Deve comunque precisarsi che la *self-regulation* non va certo scoraggiata,

⁶² Su questi temi, sia consentito rinviare ad A. IANNOTTI DELLA VALLE, *The (in)adequacy of the law to new technologies: the example of the Google/Cnil and Facebook cases before the Court of Justice of the European Union*, in *EJPLT*, 2020, fasc. 2, pagg. 172 ss.

anche perché sarebbe una battaglia contro i mulini a vento che non vale la pena combattere; va semmai “indirizzata”, con gli strumenti di cui ancora dispone l’*hard law*, per garantire il rispetto di regole che abbiano un’origine democratica e per preservare i diritti fondamentali che costituiscono la grande eredità del costituzionalismo occidentale.

Una strada percorribile per garantire l’effettività dell’*hard law* rispetto al multiforme universo del *web* appare quella già intrapresa, in alcuni settori, dal legislatore eurounitario⁶³.

Nel campo della protezione dei dati personali, il Reg. 2016/679/UE (GDPR) ha indubbiamente esteso la portata globale del diritto eurounitario.

L’estensione dell’ambito di applicazione territoriale del diritto eurounitario, in questo caso, è stata resa possibile dalle previsioni di cui agli articoli 2 e 3 del Regolamento⁶⁴.

⁶³ Nel suo approccio alla regolamentazione della tecnologia, la Commissione europea fa significativamente riferimento a una «sovranità tecnologica europea». Cfr. Comm. eu., *Shaping Europe’s digital future*, COM (67) final, pag. 2, «European technological sovereignty starts from ensuring the integrity and resilience of our data infrastructure, networks and communications. It requires creating the right conditions for Europe to develop and deploy its own key capacities, thereby reducing our dependency on other parts of the globe for the most crucial technologies. Europe’s ability to define its own rules and values in the digital age will be reinforced by such capacities. European technological sovereignty is not defined against anyone else, but by focusing on the needs of Europeans and of the European social model. The EU will remain open to anyone willing to play by European rules and meet European standards, regardless of where they are based».

⁶⁴ Dal punto di vista oggettivo, l’art. 2, comma 1, chiarisce che il Regolamento si applica «al trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali e al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti in un archivio o destinati a figurarvi», con le eccezioni previste al successivo comma 2.

Dal punto di vista territoriale, ai sensi dell’art. 3, il Regolamento si applica «al trattamento dei dati personali effettuato nell’ambito delle attività di uno stabilimento da parte di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento nell’Unione, indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell’Unione» e si applica, altresì, «al trattamento dei dati personali di interessati che si trovano nell’Unione effettuato da un titolare del trattamento o da un responsabile del trattamento che non è stabilito nell’Unione, quando le attività di trattamento riguardano:

- a) l’offerta di beni o la prestazione di servizi ai suddetti interessati nell’Unione, indipendentemente dall’obbligatorietà di un pagamento dell’interessato; oppure
- b) il monitoraggio del loro comportamento nella misura in cui tale comportamento ha luogo all’interno dell’Unione».

Il Regolamento si applica, infine, «al trattamento dei dati personali effettuato da un titolare del trattamento che non è stabilito nell’Unione, ma in un luogo soggetto al diritto di uno Stato membro in virtù del diritto internazionale pubblico».

In breve, il GDPR si applica a tutte le imprese che trattano i dati personali di soggetti residenti nell'Unione europea a prescindere dalla sede dell'impresa. La circostanza che il Regolamento si applichi a qualsiasi società, a prescindere dall'ubicazione della sede legale, purché si abbia riguardo al trattamento di dati di cittadini residenti nell'Unione europea, estende notevolmente l'ambito applicativo del diritto europeo ed evita facili elusioni della disciplina.

Nel consentire al diritto eurounitario di varcare i confini della stessa Unione europea il GDPR fa sì che tale diritto venga “preso sul serio” e che anche i diritti ivi contenuti vengano “presi sul serio”.

In sostanza, il metodo adottato dal GDPR, che definisce l'ambito applicativo con il criterio della residenza del soggetto interessato, sembra poter costituire la strada giusta per provare ad imporre la tutela anche di altri diritti, e soprattutto dei diritti fondamentali, nei confronti dei nuovi operatori economici nell'era di Internet⁶⁵.

Dunque, tirando le fila del discorso, un'età digitale che sia anche “età dei diritti” dovrà, in primo luogo, garantire l'effettività del diritto di accesso a Internet, da considerarsi quale base per l'esercizio anche di altri diritti fondamentali.

In secondo luogo, ma non certo da ultimo, la sfida sarà quella di garantire l'effettività dei diritti fondamentali di stampo più tradizionale, che

⁶⁵ La circostanza che il GDPR consenta al diritto eurounitario di varcare gli stessi confine dell'Unione è stata valutata positivamente dalla dottrina internazionale. Si vedano, sul punto, C. KUNER, D. JERKER, B. SVANTESSON, F. H. CATE, O. LYNSKEY, C. MILLARD, N. N. LOIDEIAN, *The GDPR as a chance to break down borders*, in *International Data Privacy Law*, November 2017, 7, IV, 231 ss. Anche in Italia, si è già sottolineato che «*Il Regolamento (UE) 2016/679 fornisce un importante contributo alla tutela dell'individuo all'interno del nuovo mondo digitale e, si auspica, possa concorrere alla realizzazione di soluzioni internazionalmente condivise rispetto a fenomeni che hanno assunto oggi una dimensione globale*» (così A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2018, fasc. 4, pagg. 799 ss.). E, ancora, G. D'IPPOLITO, *Il principio di limitazione della finalità del trattamento tra data protection e antitrust. Il caso dell'uso secondario di big data*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2018, fasc. 6, pagg. 943 ss., ha sottolineato che «*il GDPR si propone un obiettivo più ambizioso e che trascende il suo ambito di applicazione territoriale. Oltrepassando i confini europei il GDPR mira infatti a instaurare, su scala mondiale, nuove prassi che si basino su una raccolta e trattamento dei dati personali più rispettoso dei diritti fondamentali dell'uomo*».

costituiscono l'eredità del costituzionalismo occidentale, in un mondo in cui il diritto deriva sempre meno dai Parlamenti e sempre più da soggetti privati, tra cui un posto di spicco spetta certamente ai colossi del *web*. In quest'ottica, senza dimenticare l'importanza che la *soft law* continuerà a rivestire, il metodo adottato dal legislatore eurounitario con il GDPR appare applicabile anche ad altri settori.

CAPITOLO II - Il ruolo cruciale della tutela della concorrenza da un punto di vista costituzionalistico

1. Le ragioni di attualità di un diritto costituzionale della concorrenza ai tempi delle *Big Tech*. - 2. La concorrenza dai fondamenti costituzionali ed eurounitari all'individuazione di una concezione di antitrust per il mondo digitale. - 3. Il caso *Google Android*: una decisione tecnologicamente adeguata ed esemplificativa della rinnovata centralità dell'antitrust. - 4. *segue*. La dimostrazione di un abuso di posizione dominante oggi: non solo ortodossia antitrust ma anche conoscenza delle nuove tecnologie. - 5. Il diritto della concorrenza come principale strumento per l'*hard law* di imporsi sulle *Big Tech*.

1. Le ragioni di attualità di un diritto costituzionale della concorrenza ai tempi delle *Big Tech*.

Il diritto della concorrenza assume oggi una rinnovata centralità all'interno dell'Unione europea⁶⁶, che sin dall'inizio lo ha considerato uno dei suoi valori fondanti. Nell'era delle cosiddette *Big Tech*, infatti, specialmente grazie all'operato della Commissione europea, il diritto della concorrenza sta diventando il principale strumento per l'*hard law*⁶⁷ di matrice eurounitaria di

⁶⁶ Sulla concorrenza nella disciplina eurounitaria, in generale, cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea. Profili sostanziali*, Torino, Utet, 2018. Ancor più in generale, sull'evoluzione della tutela della concorrenza nel nostro ordinamento, a partire dalle origini statunitensi, cfr. M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. 3, Milano, Giuffrè, 2010, pagg. 195 ss. Su queste tematiche, sia consentito anche richiamare A. IANNOTTI DELLA VALLE, *La tutela della concorrenza ai tempi di Google Android tra fondamenti costituzionali e analisi tecnologica*, in *Dir. Inf.*, 2021, fasc. 2, pagg. 283-315.

⁶⁷ Particolarmente vasta è ormai la letteratura sulla contrapposizione tra *soft law* e *hard law*. Si vedano, in particolare, E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti* cit.; A. SOMMA, *Soft law sed law* cit., 2008, fasc. 3, pagg. 437 ss.; T.E. FROSINI, *Rappresentanza e legislazione* cit., pagg. 297 ss.; S. SILEONI, *Autori delle proprie regole* cit., pagg. 13-46. In senso critico, riguardo all'effettiva precettività della *soft law*, R. BIN, *Soft law, no law* cit., pagg. 31-40. Sulla *soft law* nell'ordinamento italiano, con particolare riguardo agli appalti pubblici e ai profili costituzionalistici, cfr. F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione* cit., pagg. 763 ss. Sul rapporto tra *soft law* e *hard law* in relazione alla regolamentazione di fenomeni connessi ad Internet, cfr. M.C. GAETA, *Hard law and soft law on data protection* cit., pagg. 61 ss.; P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network* cit., pagg. 265 ss.

imporsi sullo strapotere economico⁶⁸ di società come Google o Microsoft, che in certi casi costituiscono multinazionali ormai forse persino più potenti di gran parte degli Stati nazionali.

Il peso economico di queste società può essere evidenziato da un'analisi dello S&P500⁶⁹, cioè dell'indice delle 500 società più importanti quotate nelle borse di New York, NYSE e Nasdaq, come emerge dalla tabella e dai due seguenti grafici: il primo, relativo al peso economico delle *Big Tech* all'interno delle prime dieci società dello S&P500, e il secondo, che considera la loro incidenza rispetto a tutte le prime 500 società.

CAPITALIZZAZIONE PRIME DIECI SOCIETÀ INDICE S&P500		
Società	Ticker	Capitalizzazione (triloni di dollari)
Apple	AAPL	2,329
Microsoft Corp	MSFT	2,227
Alphabet C	GOOG	1,837
Alphabet A	GOOGL	1,836
Amazon	AMZN	1,663
Facebook	FB	0,915021
Berkshire Hathaway	BRK-A	0,63491
JP Morgan Chase	JPM	0,4824
Johnson & Johnson	JNJ	0,42303
Exxon Mobil	XOM	0,2604

Tabella n. 1: le prime dieci società dell'indice S&P500, di cui le prime sei sono *Big Tech*

Tra le prime dieci società per capitalizzazione dell'indice S&P500, sei di queste sono *Big Tech*: Apple, Microsoft, Google (Alphabet C e A), Amazon e Facebook (tabella n. 1). Il 60% della capitalizzazione totale delle prime dieci società dell'indice è costituito, quindi, da società operanti nel settore delle tecnologie informatiche (grafico n. 1).

⁶⁸ In merito ai rischi derivanti dalla posizione assunta dalle *Big Tech*, cfr. T.E. FROSINI, *Internet e democrazia* cit., pag. 670. Si veda, poi, N. PETIT, *The 'Moligopoly Hypothesis' and Holistic Competition: A Primer*, in *SSRN online*, 2016, il quale ha ipotizzato per le *Big Tech* una posizione "moligopolistica", basata su un ibrido tra le figure di oligopolio e monopolio.

⁶⁹ Dati tratti da <https://www.borsaitaliana.it/notizie/sotto-la-lente/sp500.htm>, visualizzati in data 14.10.2021.

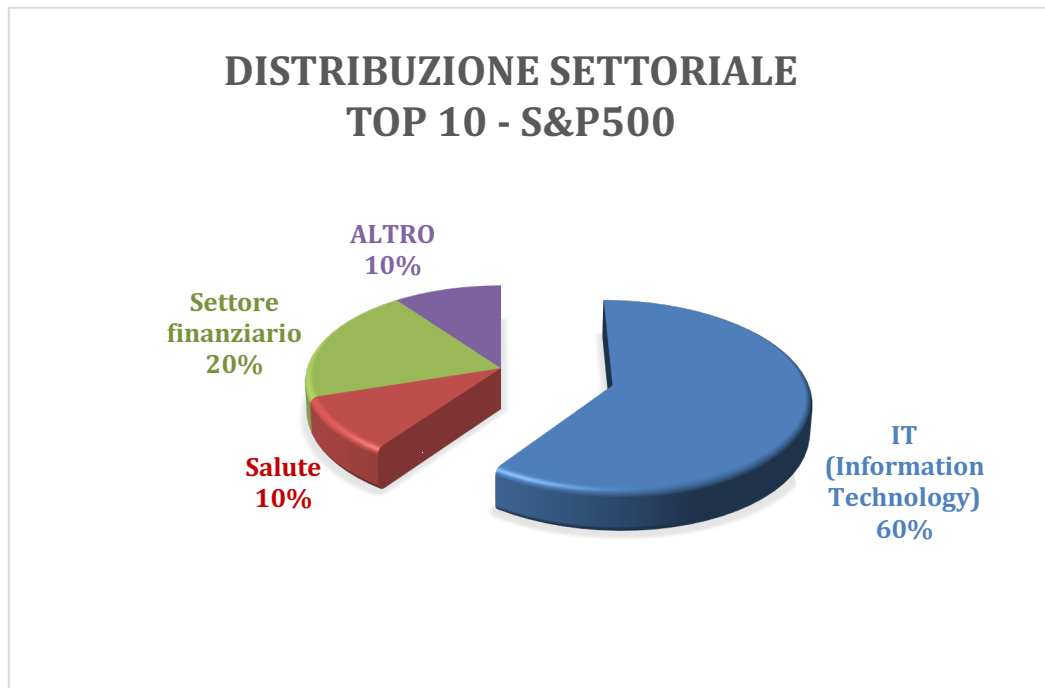


Grafico n. 1: distribuzione settoriale delle prime 10 società dell'indice S&P500

Inoltre, le prime dieci società per capitalizzazione rappresentano il 21% del totale delle società selezionate nell'indice S&P500, ovverosia delle prime 500 società quotate presso il NYSE e il Nasdaq. Ciò rende evidente come una parte considerevole della ricchezza mondiale si stia concentrando in capo a poche società operanti nell'ambito della tecnologia, capaci di istituire posizioni dominanti difficilmente scalfibili nei rispettivi settori (grafico n. 2).

CAPITALIZZAZIONE S&P500



Grafico n. 2: capitalizzazione delle 500 società dell'indice S&P500

In un contesto globale in cui le *Big Tech* detengono un potere economico immenso e in continua crescita, l'utilizzo sempre più frequente di un approccio universalistico da parte dell'Unione europea sta portando in molti casi all'applicazione del diritto eurounitario perfino al di là dei confini della stessa Unione⁷⁰. Questo tipo di approccio, in generale, costituisce uno dei modi con cui l'*hard law* potrebbe ancora dimostrarsi efficace nei confronti delle *Big Tech*, anche nell'ottica di una maggiore tutela dei diritti.

In questo senso, centrale è il ruolo assunto dal diritto antitrust⁷¹, sia a livello nazionale che soprattutto a livello europeo, come dimostrato dalle più recenti

⁷⁰ Con riguardo all'approccio universalistico del diritto eurounitario quale strumento per garantire l'effettività dell'*hard law* rispetto al multiforme universo del *web*, sia consentito rinviare ad A. IANNOTTI DELLA VALLE, *L'età digitale come "età dei diritti"* cit., fasc. 16.

⁷¹ In generale, sul diritto della concorrenza nell'epoca delle *Big Tech*, cfr. M. JAMISON, *Applying antitrust in digital markets: foundations and approaches*, in *bciptf.org*, 2020; V. FALCE, M. GRANIERI, *La "search neutrality" tra regolazione e abuso di posizione dominante*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2016, fasc. 2, pagg. 289-312; V. VISCO COMANDINI, *Google e i mercati dei servizi di ricerca su Internet*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2013, fasc. 3, pagg. 541 ss.; in un'ottica comparatistica tra Stati Uniti e America Latina, cfr. A. PALACIOS LLERAS, *Constitutional*

decisioni della Commissione e da ultimo dalla pronuncia *Google Android*⁷². L'entità delle sanzioni irrogate, nel solo caso di Google pari complessivamente all'incredibile cifra di 8,25 miliardi di euro negli ultimi tre anni, inevitabilmente finisce per orientare la politica commerciale delle *Big Tech* in tutto il mondo⁷³.

Si è scritto che la posizione dominante assunta dalle *Big Tech* rechi in sé il rischio di un «potentato economico così forte da condizionare non solo e non tanto il mercato economico ma piuttosto anche il mercato delle idee»⁷⁴. Attraverso il diritto della concorrenza, dunque, può passare anche la tutela dei diritti? Un «ridimensionamento» delle *Big Tech*, nell'ottica di una concorrenza costituzionalmente orientata, può agevolare oltre al mercato anche i consumatori e, in ultima istanza, i cittadini?

Questa visione interventista, che per anni ha distinto l'Unione europea dagli Stati Uniti d'America⁷⁵, potrebbe a breve essere adottata anche oltreoceano. È recentissima, infatti, l'accusa, partita dal Dipartimento di Giustizia americano, secondo cui Google proteggerebbe illegalmente il proprio monopolio sui motori di ricerca e sui *search advertising*⁷⁶: si tratta di quella

Traditions and Competition Law Regimes: A Primer, in *Global Antitrust Review*, 2013, pagg. 49 ss.; con riguardo all'incidenza dell'utilizzo dell'I.A. negli abusi di posizione dominante di Google, cfr. A.M. GAMBINO, C. MANZI, *Intelligenza artificiale e tutela della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2019, fasc. 7, pagg. 1657 ss.

⁷² Comm. eu., decisione 18 luglio 2018, caso AT.40099, *Google Android*.

⁷³ Google si è per il momento adeguata a quanto richiesto alla Commissione in relazione alle diverse fattispecie, pur coltivando in taluni casi il contenzioso volto alla riduzione o all'annullamento delle sanzioni. Cfr., sul punto, A.M. GAMBINO, C. MANZI, *Intelligenza artificiale* cit., pagg. 1657 ss.

⁷⁴ Così T.E. FROSINI, *Internet e democrazia* cit., pag. 670, che significativamente aggiunge che «ampliare, allargare, espandere l'offerta di e su Internet, per intensificare il pluralismo delle informazioni, delle opinioni, delle idee» consentirà di «consolidare Internet quale strumento al servizio della democrazia e delle libertà». Dello stesso A., in tema di diritti e Internet, si veda anche il volume, giunto alla seconda edizione, ID., *Liberté Egalité Internet*, Napoli, 2019².

⁷⁵ Sulle differenze tra approccio europeo e americano all'antitrust, almeno fino ad oggi, cfr. G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma-Bari, Laterza, 2019, pagg. 20-21; G. PRIEST, F. ROMANI, *L'antitrust negli Stati Uniti e in Europa. Analisi e psicoanalisi di una divergenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, pagg. 151 ss.

⁷⁶ Secondo il Dipartimento di Giustizia «the Google of today is a monopoly gatekeeper for the internet [...] For many years, Google has used anticompetitive tactics to maintain and extend its monopolies in the markets for general search services, search advertising, and general search text advertising—the cornerstones of its empire». L'intero atto di accusa innanzi alla Corte è disponibile a questo link: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1328941/download>.

che è stata già definita dal New York Times «*the government's most significant challenge to a tech company's market power in a generation and one that could reshape the way consumers use the internet*»⁷⁷. L'enfasi di queste parole non sembra mal posta. In effetti, se anche gli Stati Uniti dovessero condividere l'approccio già adottato in questi anni dalla Commissione europea, l'attuale panorama di Internet potrebbe sensibilmente mutare, ridimensionando l'attuale potere delle *Big Tech* e in particolare di Google. Si tratta di un risultato in parte certo auspicabile ma solo se questo ridimensionamento corrisponderà agli interessi dei consumatori e, più in generale, dei cittadini.

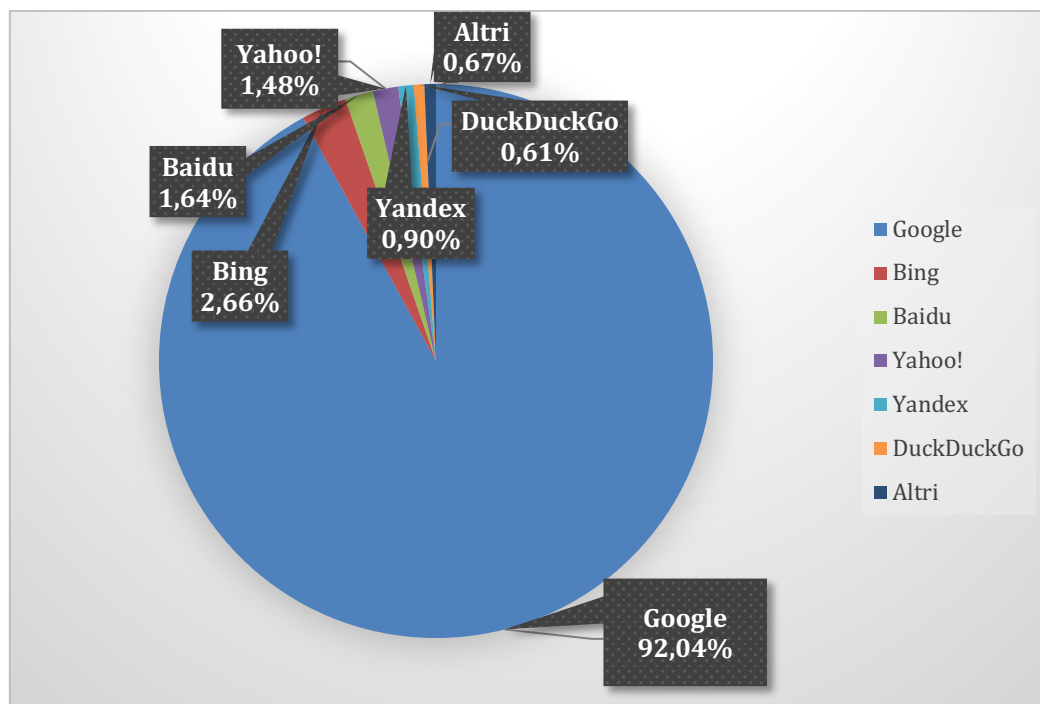


Grafico n. 3: quote di mercato dei motori di ricerca a livello globale da settembre 2020 a settembre 2021⁷⁸

⁷⁷ C. KANG, D. MCCABE, D. WAKABAYASHI, *U.S. Accuses Google of Illegally Protecting Monopoly*, in *The New York Times*, 20 ottobre 2020.

⁷⁸ I dati aggiornati sono disponibili al seguente link: <https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share>

Non sembra, tuttavia, opportuno analizzare in dettaglio già in questa sede la recentissima *lawsuit* del Dipartimento di Giustizia statunitense, che meriterà specifici approfondimenti quando lo scenario sarà maggiormente definito. Quanto si dirà, a livello più generale, sui principi che hanno guidato l'approccio interventista della Commissione europea potrà, però, valere anche in relazione al caso che sarà deciso dalla *U.S. District Court in the District of Columbia*.

Nel presente lavoro ci si concentrerà, invece, sulla decisione resa dalla Commissione europea nel caso *Google Android*, pur nella consapevolezza dell'esistenza di altre decisioni di grande importanza⁷⁹, non soltanto perché è la più recente tra quelle rese pubbliche e ancora *sub iudice* presso il Tribunale di primo grado dell'Unione europea⁸⁰, ma anche perché è una delle più rilevanti per l'entità della sanzione irrogata e per il metodo seguito, rivelandosi paradigmatica del discorso che s'intende in questa sede svolgere. Si tratta, infatti, una decisione complessa, di oltre 300 pagine, le cui argomentazioni, partendo dallo schema classico delle decisioni in materia di abuso di posizione dominante, presuppongono un'approfondita conoscenza delle tematiche tecnologiche sottese, resa possibile anche dall'imponente

⁷⁹ I casi riguardanti Google finora decisi dalla Commissione europea sono tre. Il primo dei tre casi riguardava un abuso di posizione dominante relativo al servizio *Google Shopping* (AT.39740). Alla società di Mountain View, con decisione del 27 giugno 2017, fu irrogata dalla Commissione europea una sanzione di 2,42 miliardi di euro. La seconda decisione è quella sul caso *Google Android* su cui ci si soffermerà in questa sede. Vi è, infine, una terza e ultima sanzione irrogata a Google, pari a 1,49 miliardi di euro, per un abuso di posizione dominante riscontrato nel campo dei *search advertising*. Quest'ultima decisione non è stata ancora resa pubblica sul portale della Commissione europea, dovendo essere depurata degli aspetti rilevanti per il business di Google (cfr. Comm. eu., *Press release. Antitrust: Commission fines Google €1.49 billion for abusive practices in online advertising*, 20 marzo 2019, in <https://ec.europa.eu/commission/presscorner>). Sulle decisioni della Commissione europea sui casi *Google Shopping* e *AdSense*, cfr. G. CINTRA GUIMARÃES, *Global technology and legal theory. Transnational constitutionalism, Google and the European Union*, New York, Routledge, 2019, pagg. 74-82; A. BUTTÀ, "Google Search (Shopping)": una panoramica sul caso "antitrust" della Commissione europea, in *Rivista italiana di Antitrust*, 2018, fasc. 1, pagg. 16 ss.; G. DE MINICO, *Does the European Commission's decision on Google open new scenarios for the Legislator?*, in *Osservatorio costituzionale*, 2017, fasc. 3; S. BROS, J.M. RAMOS, *Google, Google Shopping and Amazon: The Importance of Competing Business Models and Two-Sided Intermediaries in Defining Relevant Markets*, in *The Antitrust Bulletin*, 2017, vol. 62, fasc. 2; I. DE CESARE, *Concorrenza e utilità sociale*, in *Federalismi.it*, 2020, fasc. 8, pagg. 55 ss.

⁸⁰ Si tratta della causa T-604/18.

istruttoria svolta e dall'ascolto di tecnici ed esponenti dei principali operatori dei settori coinvolti.

L'analisi, dunque, partirà da un inquadramento costituzionale⁸¹ della tematica, soprattutto nell'ottica di individuare la concezione di concorrenza più adatta alle peculiarità poste dalla posizione delle *Big Tech* nell'economia globale. Si proseguirà, poi, attraverso l'analisi della decisione *Google Android*, letta anche dal punto di vista tecnologico. Si tenterà, infine, una prima risposta ai quesiti sopra ipotizzati: se la decisione *Google Android* regge, può il diritto della concorrenza costituire un argine allo strapotere delle *Big Tech* nell'interesse dei cittadini? Oppure forse quello della concorrenza è per certi versi un mito?

L'ampiezza delle domande che lo studio del diritto della concorrenza pone, specialmente se rapportato alla novità storica costituita dalla posizione dominante delle *Big Tech*, richiede di assumere un angolo visuale ben specifico: quello dello studioso del diritto costituzionale, con una particolare attenzione non soltanto alle teorie economiche ma anche al funzionamento delle nuove tecnologie sottese all'applicazione del diritto. È proprio la peculiare posizione assunta dalle *Big Tech*, infatti, a rendere quanto mai urgente un'analisi della tutela della concorrenza da un punto di vista pubblicistico e con la sensibilità del «giurista tecnologico»⁸²: in ballo ci sono non solo il mercato ma anche i diritti.

⁸¹ Per un inquadramento costituzionale della tematica si veda, su tutti, il volume M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza* cit., contenente gli atti dell'omonimo convegno romano del 10 maggio 2018. Con alcune modifiche rispetto ai contributi contenuti nel volume, cfr. anche M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quad. cost.*, 2019, fasc. 2, pagg. 315 ss.; G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in *Quad. cost.*, 2019, fasc. 3, pagg. 597 ss. Da ultimo, per un ampio inquadramento del diritto costituzionale della concorrenza, riferito anche all'era digitale, si veda I. DE CESARE, *Concorrenza e utilità sociale* cit., pagg. 55 ss.

⁸² Si sta formando una nuova figura di «giurista tecnologico [...] il cui compito è quello di farsi interprete delle trasformazioni che si stanno verificando nella società sulla base dello sviluppo della tecnologia, e dell'impatto che questa sta avendo sul diritto, sui diritti» (in questo senso, T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo* cit., pag. 465; sul rinnovato ruolo del giurista nella "società tecnologica", cfr. V. FROSINI, *Il giurista e le tecnologie* cit., pagg. 9 ss.; ID., *The lawyer in technological society* cit., pagg. 293 ss.).

Più in particolare, un'analisi tecnologica del diritto⁸³ - che abbia alla sua base un'indispensabile ibridazione dei saperi - risulta essere l'unico modo per verificare la tenuta di una decisione come quella resa dalla Commissione europea nel caso *Google Android*. Nel XXI secolo, infatti, lo sviluppo delle nuove tecnologie è così rapido e incessante da richiedere una costante interazione del giurista con gli specialisti di altre branche del sapere, che si occupano di studiare le tecnologie da un punto di vista tecnico⁸⁴. Soltanto avendo contezza del mondo tecnico che si accinge a disciplinare, il diritto potrà provare a tenere il passo con lo sviluppo delle nuove tecnologie e, ove necessario, precorrerle. Per lo studioso, poi, tenere conto del concreto funzionamento delle tecnologie di volta in volta oggetto dell'attenzione del diritto, grazie anche all'interazione con ingegneri, informatici e matematici, costituisce talvolta l'unico modo per verificare davvero se il diritto abbia o meno raggiunto il suo scopo. Ciò è a maggior ragione vero in materia di concorrenza e, più specificamente, nei casi di abuso di posizione dominante: basti pensare che soltanto una conoscenza approfondita dei prodotti tecnologici di cui si discute consente di analizzare criticamente la delimitazione dei mercati rilevanti e quindi la sussistenza di una posizione dominante, che potrebbe esistere o meno a seconda dell'ampiezza del mercato considerato.

⁸³ Cfr. L. GATT, R. MONTANARI, I.A. CAGGIANO, *Consenso al trattamento dei dati personali* cit., pag. 339.

⁸⁴ Sulla metodologia dell'ibridazione dei saperi, cfr. L. GATT, I.A. CAGGIANO (a cura di), *Social Networks and Multimedia habitats* cit.; sul punto, sia consentito anche rinviare ad A. IANNOTTI DELLA VALLE, *The (in)adequacy of the law to new technologies* cit., pag. 182.

2. La concorrenza dai fondamenti costituzionali ed eurounitari all'individuazione di una concezione di antitrust per il mondo digitale.

La materia del diritto della concorrenza è stata a lungo ritenuta appannaggio degli studiosi del diritto commerciale⁸⁵ ma, in un'epoca in cui le autorità antitrust e la Commissione europea⁸⁶ assumono un ruolo cruciale per controbilanciare il potere delle *Big Tech*, è a maggior ragione necessario leggerla in un'ottica costituzionale.

Nel testo originario della Costituzione repubblicana del 1948 non vi era alcun riferimento esplicito alla tutela della concorrenza e, nonostante la stessa potesse essere dedotta da alcune disposizioni, per lungo tempo il dibattito non è parso destare l'interesse della dottrina costituzionalistica. Un punto di svolta si aveva certamente con l'entrata in vigore della legge n. 287/1990, recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato, il cui art. 1 citava quale suo fondamento proprio l'art. 41 della Costituzione, e con l'ormai celebre relazione di Giuliano Amato al VI convegno annuale

⁸⁵ È significativo che M. AINIS, *Introduzione*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza* cit., pag. 93, parli oggi di «una competenza concorrente sulla concorrenza» dei costituzionalisti.

⁸⁶ Si veda il considerando 15, Reg. 2003/01/CE, secondo cui «la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri dovrebbero formare insieme una rete di pubbliche autorità che applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta cooperazione». Sul punto cfr. B. CARAVITA, *I fondamenti europei della concorrenza*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza* cit., pagg. 41 ss., nonché M. MIDIRI, *Privacy e antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant*, in *Federalismi.it*, 2020, fasc. 14, pag. 217, nt. 33, che afferma che «la rete europea delle Autorità della concorrenza (European Competition Network) è sede di cooperazione per l'applicazione degli artt. 102 e 102 TFUE», segnalando altresì che la direttiva 2019/1/UE «mira a consolidare la rete delle autorità nazionali e a favorire il mutuo riconoscimento dei loro accertamenti, che sarebbe compromesso da uno statuto giuridico disomogeneo». Sul modello a rete e il suo funzionamento, in generale, cfr. su tutti S. CASSESE, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in ID., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 21 ss. In merito all'esigenza alla base dell'istituzione di una rete di autorità antitrust, indipendenti dalla politica e altamente specializzate, cfr. C. OSTI, R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2019, fasc. 2, pag. 207, che ricordano che «lo stesso sistema delle autorità amministrative o agencies nasce proprio dalla volontà politica di delegare certe decisioni a un apparato burocratico indipendente e altamente specializzato [...] La delega non nasce solo dalla esigenza [...] di affidare l'attuazione del sistema regolatorio ad organismi che, per specializzazione, dotazione, indipendente e, in genere, efficienza e rapidità, superino le ristrettezze e le pastoie che rendono in sostanza obsolete e inadatte al compito le corti tradizionali, ma anche dal disegno di delegare talune decisioni, che mal si prestano al dibattito politico, ad organi [...] isolati dalle istanze rappresentative e, quindi, meno soggetti alle logiche periclitanti e assai ondivaghe del sistema politico stesso».

dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti del 1991⁸⁷, dedicata al “mercato nella Costituzione”⁸⁸: infatti, nello spirito che aveva animato un anno prima anche il legislatore⁸⁹, Amato suggeriva, in sostanza, un'interpretazione evolutiva della Carta⁹⁰.

Alla luce di ciò, pure in assenza di un esplicito richiamo, sarebbero stati rintracciabili nella nostra Carta i fondamenti costituzionali della concorrenza. Si potrebbe pensare, ad esempio, al già citato art. 41 Cost.⁹¹, il cui richiamo all'«utilità sociale» può certamente ricomprendere la tutela della

⁸⁷ Gli atti dell'intero convegno, tenutosi a Ferrara l'11 e il 12 ottobre 1991, sono in AA.VV., *La Costituzione economica*, Padova, 1997, pagg. 1-187. Sulla Costituzione economica, cfr., tra gli innumerevoli contributi, M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. 5, Torino, Utet, 1990, pagg. 375 ss.; S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2012; G. DE VERGOTTINI, *La costituzione economica italiana: passato e attualità*, in *Diritto e società*, 2010, fasc. 3-4, pagg. 346 ss.; L. TORCHIA, *Diritto ed economia fra Stati e mercati*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, Napoli, Jovene, 2016.

⁸⁸ Cfr. G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in AA.VV., *op. ult. cit.*, pagg. 7-19, il quale non negava certo che i costituenti, in assenza di una «cultura del mercato», avessero consapevolmente voluto lasciare al solo codice civile la tutela della concorrenza, «nella ovvia presunzione che essa corrisponda ad interessi privati, non pubblici»: l'intento era quello di difendere l'iniziativa economica privata dell'imprenditore assoggettandolo non alla concorrenza ma a controlli e indirizzi pubblici. La relazione metteva anche in evidenza come, allo stato, nella produzione giuridica legata al diritto pubblico dell'economia, fosse regolarmente assente la tutela della concorrenza. Tuttavia, con grande lucidità, Amato dimostrava di cogliere lo spirito dei tempi, segnalando che, per il tramite dell'allora Comunità europea, era ormai entrata in Italia la cultura del mercato e, con essa, «le regole per salvaguardarne la concorrenzialità e per ottenere, per questa strada, efficienza economica». Il testo della relazione è stato poi pubblicato anche in *Quad. cost.*, 1992, fasc. 1. Nello stesso fasc. 1, cfr. anche G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, ivi, pagg. 21 ss. Cfr. anche N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1998, pag. 96, che pure evidenzia che «la Carta repubblicana ignora l'economia di mercato [...] Il mercato non riceve né garanzie né tutele costituzionali». Sulle possibilità correttive del potere pubblico, come base anche dell'azione della Commissione europea in materia antitrust, cfr. invece G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza* cit., in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali* cit., pagg. 20-21.

⁸⁹ G. AMATO, *op. ult. cit.*, pag. 17, secondo cui tale legge segnava «in modo formale un cambio della guardia che investe la stessa interpretazione della Costituzione».

⁹⁰ G. AMATO, *op. ult. cit.*, pagg. 17-18, il quale affermava, quindi, che la Costituzione si rivelava «un contenitore adatto per la stessa cultura del mercato, capace oggi di entrarvi e di dare alle sue norme significati sicuramente diversi da quelli a cui pensarono i suoi autori».

⁹¹ In generale, cfr. S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, Padova, Cedam, 2002, pag. 216, secondo cui «i sistemi di confronto concorrenziale finalizzati alla conclusione dei contratti risultano strumentali alla garanzia della libertà dell'iniziativa economica privata sancita dall'articolo 41». Tuttavia, «le procedure di valutazione comparativa concorrenziale soddisfano un insieme di interessi che in ogni caso non si esauriscono nella tutela dei tre valori della convenienza economica del contratto, del controllo sulla imparziale condotta dell'amministrazione procedente e nello sviluppo del mercato e della concorrenza».

concorrenza⁹², specialmente se vista come vantaggio per l'efficienza economica e anche per i cittadini/consumatori⁹³. Si potrebbe anche guardare, però, all'art. 3 della Carta, come si avrà modo di verificare nel prosieguo, con specifico riferimento alle esigenze poste dal mondo digitale.

Oggi un riferimento esplicito alla tutela della concorrenza in Costituzione è presente all'interno del nuovo art. 117 della Carta, in seguito alla legge cost. n. 3/2001. Tuttavia, si tratta di un richiamo effettuato solo nell'ambito della distribuzione di competenze tra Stato e Regioni, dunque almeno in apparenza non particolarmente significativo. Più precisamente, il richiamo è effettuato al comma 2, lett. e), che inserisce la tutela della concorrenza tra le materie a competenza esclusiva dello Stato. In realtà, il riferimento non alla concorrenza in sé, ma alla «tutela» della concorrenza, rende il richiamo più significativo di quanto possa sembrare a una prima lettura: la concorrenza, resa oggetto di tutela, diverrebbe così un bene costituzionalmente rilevante⁹⁴. A ben vedere, però, il fondamento costituzionale della concorrenza è da ricercarsi anche nel comma 1 di tale art. 117, che assoggetta formalmente l'Italia ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, e quindi, in ultima

⁹² Nello stesso senso, C. PINELLI, T. TREU, *Introduzione. La Costituzione economica a sessant'anni dalla Costituzione*, in C. PINELLI, T. TREU (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, Il Mulino, 2010, pag. 9, secondo cui «il richiamo dell'art. 41 all'utilità sociale ben può riferirsi alla concorrenza quale strumento per promuovere l'utilità sociale»; cfr. anche G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza cit.*, pag. 18.

⁹³ Cfr. G. PITRUZZELLA, *op. ult. cit.*, pag. 23, che osserva che «in Europa si ragiona di efficienza soprattutto in termini di benessere del consumatore e quindi del surplus di benessere che l'intervento antitrust gli assicura».

⁹⁴ Nel senso della valorizzazione del disposto del “nuovo” art. 117 Cost. in materia di tutela concorrenza, cfr. G. CORSO, *Il mercato. Profili costituzionali*, in www.spisa.unibo.it, pag. 20, il quale osserva che «il nuovo art. 117 Cost. non si limita a stabilire che la “materia” concorrenza rientra tra le materie di competenza esclusiva dello Stato: prevede anche che la concorrenza sia oggetto di “tutela”. Non si tratta quindi di una semplice regola di competenza, nel riparto tra Stato e regione, ma è un bene o valore giuridico, a carattere oggettivo [...]». Anche I. DE CESARE, *op. cit.*, pag. 65, ritiene che il riconoscimento esplicito della «tutela della concorrenza tra le materie di competenza legislativa esclusiva statale» ne sancisce «la posizione di bene costituzionalmente rilevante». Tra i primi commenti a valorizzare la costituzionalizzazione della tutela della concorrenza cfr. anche S. CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, in *Federalismi.it*, 2002. Al contrario, L. BUFFONI, *La “tutela della concorrenza” dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le istituzioni del federalismo*, Rimini, 2003, pagg. 345 ss. sminuisce la portata innovativa della disposizione, relegandola alla «logica di *actio finium regundorum tra Stato ed autonomie territoriali*» e, quindi, per l'A., «è proprio su quel terreno che si gioca prevalentemente la portata innovativa di quella espressa menzione».

istanza, tale fondamento deve essere rinvenuto anche nel diritto dell'Unione europea⁹⁵.

Stante il valore sovraordinato del diritto dell'Unione europea nel nostro ordinamento, soggetto soltanto ai cosiddetti controlimiti⁹⁶, il fondamento forse più significativo della tutela della concorrenza è stato quindi rinvenuto⁹⁷ nell'art. 3, comma 3, del Trattato sull'Unione europea (TUE)⁹⁸ nonché nell'art. 3, lett. b), e nell'art. 119 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

Più in particolare, ai sensi dell'art. 3, comma 3, TUE, nella nuova formulazione seguita al Trattato di Lisbona, «l'Unione instaura un mercato interno» e «si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato [...] su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale [...]». Inoltre, l'art. 3, comma 1, lett. b), TFUE, specifica che, tra le materie di competenza esclusiva dell'Unione, vi è «la definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno». L'art. 119, comma 1, del medesimo TFUE chiarisce poi inequivocabilmente che l'azione degli Stati membri e dell'Unione, volta

⁹⁵ Cfr. B. CARAVITA, *I fondamenti europei* cit., pag. 37.

⁹⁶ Con l'espressione controlimiti ci si riferisce a quei principi supremi dell'ordinamento costituzionale che non possono essere intaccati nemmeno dal diritto eurounitario e rispetto ai quali quest'ultimo deve inevitabilmente cedere. La teoria dei controlimiti è stata sviluppata dalla Corte costituzionale in conseguenza dell'affermazione della primazia del diritto comunitario e della diretta applicabilità dei regolamenti comunitari. In sostanza, la Corte chiarisce, a partire dalla storica sentenza 98/1965 e a seguire con le sentenze 183/1973 e 170/1984 (fino alle sentenze 1146/1988, 232/1989, 348/2007, 349/2007), che il primato del diritto comunitario - oggi dell'Unione europea - non possa giungere a compromettere i valori costituzionali fondamentali, intesi quali "controlimiti" alle limitazioni di sovranità di cui all'art. 11 della Costituzione e oggi, più correttamente, quali limiti al primato delle singole norme eurounitarie nel nostro ordinamento. Cfr., su tutti, M. CARTABIA, L. CHIEFFI, *Art. 11*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, vol. 1, Torino, Utet, 2006, pagg. 263 ss., che chiariscono che «nel sistema italiano le norme comunitarie godono di un "primato con riserva" sulle norme interne, dato che prevalgono su tutte le norme interne, comprese quelle di rango costituzionale, eccezion fatta, però, per i diritti inviolabili e i principi inderogabili contenuti nella Costituzione».

⁹⁷ Così B. CARAVITA, *op. ult. cit.*, pagg. 39-40.

⁹⁸ Sulla valenza di queste norme e, in particolare, dell'art. 3, comma 3, TUE, cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza* cit., pag. 3, secondo cui «il legislatore di Lisbona ha così confermato i principi fondamentali, fra loro strettamente collegati, dell'unità del mercato e della concorrenza: la nozione di mercato interno [...] è inscindibilmente legata alla libertà di concorrenza, dato che l'abbattimento delle barriere economiche tra Stati membri, condizione essenziale per l'unità del mercato, consente alle imprese di offrire beni e servizi in un mercato più vasto e, per conseguenza, agli utilizzatori di disporre di migliore e più ampia scelta per la soddisfazione della domanda».

all'adozione di una politica economica comune, debba essere «condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza». Il richiamo è anche ripetuto al comma 2, ove si legge che la politica monetaria deve altresì tendere le politiche economiche generali dell'Unione ispirate alla libera concorrenza.

In definitiva, fondamenti di rango costituzionale del diritto della concorrenza sono rinvenibili in Costituzione ma ancor di più nel diritto eurounitario: ciò che è significativo è che si tratta, in ogni caso, di fondamenti costituzionali, stanti le disposizioni di cui agli articoli 11 e 117, comma 1, della Costituzione, se non si vuole rinvenire un fondamento già negli articoli 3 e 41 della Carta.

Da ultimo, dal momento che l'analisi si concentrerà nel prosieguo su una decisione della Commissione europea, occorre dare atto brevemente della configurazione del sistema antitrust, a livello europeo e nazionale, data dal regolamento 2003/01/CE⁹⁹. Il regolamento è ispirato al principio, contenuto nel considerando 15, secondo cui «la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri dovrebbero formare insieme una rete di pubbliche autorità che applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta cooperazione». Lo Stato, quindi, non si occupa direttamente della materia antitrust¹⁰⁰, trattandosi di materia altamente tecnica che richiede autorità specializzate e indipendenti, non influenzabili dalla politica¹⁰¹:

⁹⁹ Sul punto cfr. B. CARAVITA, *I fondamenti europei* cit., pagg. 41 ss.

¹⁰⁰ Lo Stato può derogare ai principi dell'antitrust nei casi previsti dall'art. 43 della Costituzione potendo «riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale».

¹⁰¹ Cfr. C. OSTI, R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook* cit., pag. 208, che ricordano che «lo stesso sistema delle autorità amministrative o agencies nasce proprio dalla volontà politica di delegare certe decisioni a un apparato burocratico indipendente e altamente specializzato [...] La delega non nasce solo dalla esigenza [...] di affidare l'attuazione del sistema regolatorio ad organismi che, per specializzazione, dotazione, indipendente e, in genere, efficienza e rapidità, superino le ristrettezze e le pastoie che rendono in sostanza obsolete e inadatte al compito le corti tradizionali, ma anche dal disegno di delegare talune decisioni, che mal si prestano al dibattito

peraltro, lo stesso regolamento 2003/01/CE, al considerando 35, prevede che, «al fine di realizzare la piena applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, gli Stati membri dovrebbero designare delle autorità appositamente preposte all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato quali autorità pubbliche competenti». È lo stesso legislatore europeo, dunque, a prevedere che di diritto della concorrenza si occupino, a livello nazionale, le autorità garanti e, a livello europeo, la Commissione europea e che «le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sono automaticamente private della loro competenza qualora la Commissione avvii un procedimento», senza possibilità per le autorità nazionali di adottare provvedimenti in contrasto con quelli della Commissione¹⁰².

Fatte queste fondamentali premesse, occorre individuare la concezione di concorrenza più adatta alle peculiarità poste dalla posizione delle *Big Tech* nell'economia globale.

Nel corso della sua lunga storia, la concorrenza ha assunto molte vesti, sia in ambito economico che giuridico, in relazione all'evoluzione del contesto storico e fattuale di riferimento, rivelandosi ciascuna la più adatta a descrivere la funzione della concorrenza in una certa realtà e rispetto a determinati soggetti.

Una specifica concezione di concorrenza, dunque, lungi dall'essere in sé errata, potrebbe non attagliarsi perfettamente alla nuova conformazione del diritto antitrust nell'epoca delle *Big Tech*, che necessariamente assume caratteristiche del tutto peculiari. Nell'era digitale, infatti, il potere

politico, ad organi [...] isolati dalle istanze rappresentative e, quindi, meno soggetti alle logiche periclitanti e assai ondivaghe del sistema politico stesso».

¹⁰² Cfr. M. MIDIRI, *Privacy e antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant*, in *Federalismi.it*, 2020, fasc. 14, pag. 217, nt. 33, che afferma che «la rete europea delle Autorità della concorrenza (European Competition Network) è sede di cooperazione per l'applicazione degli artt. 102 e 102 TFUE», segnalando altresì che la direttiva 2019/1/UE «mira a consolidare la rete delle autorità nazionali e a favorire il mutuo riconoscimento dei loro accertamenti, che sarebbe compromesso da uno statuto giuridico disomogeneo». Sul modello a rete e il suo funzionamento, in generale, cfr. su tutti S. CASSESE, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in ID., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003, 21 ss.

economico è venuto a concentrarsi nelle mani di soggetti quasi monopolisti o comunque in posizione dominante, ciascuno nel proprio mercato rilevante di riferimento: soggetti talmente potenti da rivoluzionare lo stesso significato che il diritto antitrust debba assumere.

Ciò non vuol dire, però, che alcune delle concezioni di concorrenza elaborate tanto dai giuristi quanto dagli economisti non possano adattarsi almeno in parte all'epoca delle *Big Tech*, in una sorta di interpretazione evolutiva di quei principi.

Di certo, l'individuazione di una concezione di concorrenza per l'era digitale non potrà prescindere da un confronto con i principi dell'ordoliberalismo, per la forte influenza che questa teoria economica ha avuto soprattutto in Europa a partire dagli anni '20, nella Repubblica di Weimar, fino a tutta la seconda metà del '900. I principi dell'ordoliberalismo, infatti, pur in un mondo ormai profondamente mutato dall'epoca per cui furono pensati, possono essere in parte adattati al discorso che si vuole in questa sede svolgere sul potere economico delle *Big Tech*¹⁰³ e letti in un'ottica costituzionalmente orientata¹⁰⁴. Come è noto, quella ordolibérale costituisce una visione della concorrenza¹⁰⁵ tradizionalmente contrapposta a quella del neoliberalismo

¹⁰³ Cfr. M. WÖRSDÖRFER, *Ordoliberalism 2.0: Towards a New Regulatory Policy for the Information Age*, in *SSRN online*, pag. 26, che mette in connessione i principi dell'ordoliberalismo alle esigenze dettate dalla comparsa sulla scena economica delle *Big Tech*: «*too much concentrated economic power might translate into too much political power, thereby, undermining democracy and the rule of law (and potentially leading to a 'road to serfdom')*. *Antitrust and anti-monopoly laws can thus be seen as ultimate checks and balances on private socio-economic and political power and as a necessary aspect of a functioning democracy. Taken together, the paper has shown that German neo- or ordoliberalism has the potential to inform and enrich the current debate on how to regulate big tech. Together with the (ordoliberal-inspired) E.U. competition policy it could provide the normative basis for a new regulatory paradigm – one that takes not only the economic, but also the socio-political implications of big business into account and that includes both ex-ante and ex-post deterrents*».

¹⁰⁴ Di ordoliberalismo in una rinnovata prospettiva costituzionale si discute già, ad esempio, nella dottrina francese. Cfr. H. RABAULT, *L'ordolibéralisme: vers un constitutionnalisme économique?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2019, fasc. 4, pagg. 91-101.

¹⁰⁵ F. BÖHM, W. EUCKEN, H. GROSSMANN-DORTH, *Il nostro compito. Il Manifesto dell'Ordoliberalismo del 1936*, in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010.

della scuola di Chicago¹⁰⁶: quest'ultima, infatti, propende maggiormente ai principi del *laissez-faire*¹⁰⁷ e mira in primo luogo all'efficienza economica, a scapito anche del pluralismo degli operatori economici. Secondo la visione ordoliberal, al contrario, la finalità della concorrenza avrebbe dovuto essere molto più ampia di quella della mera efficienza economica e sarebbe dovuta servire a garantire il benessere dei consumatori¹⁰⁸ e, in ultima istanza, a preservare la società dal rischio di potentati economici che limitassero la libertà. Sarebbe stato così garantito anche il funzionamento della democrazia¹⁰⁹ e la tutela della concorrenza avrebbe avuto un carattere strumentale¹¹⁰ rispetto a questo obiettivo primario. Libera concorrenza in libero Stato, si potrebbe dire.

È chiaro che, in un'epoca ove il principale rischio è rappresentato proprio dalla costituzione di potentati economici ad opera delle *Big Tech*, la concorrenza debba essere letta in chiave strumentale rispetto all'obiettivo di salvaguardare, oltre al mercato economico, anche il «mercato delle idee»¹¹¹. Di qui l'attualità del pensiero economico ordoliberal.

Anche un'analisi più prettamente giuridica consente di addivenire alle medesime conclusioni. Infatti, l'inserimento del diritto della concorrenza in un quadro costituzionale impone altresì che si guardi alla concorrenza non

¹⁰⁶ Cfr. I. HERRERA ANCHUSTEGUI, *Competition Law through an Ordoliberal Lens*, in *Oslo Law Review*, 2015, fasc. 2, pag. 152, secondo cui l'ordoliberalismo, oltre a distinguersi dalla scuola di Chicago, si distingue anche dalla scuola di Harvard e dalla scuola cosiddetta post-Chicago.

¹⁰⁷ G. AMATO, *Relazione Generale*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza* cit., pag. 28.

¹⁰⁸ I. HERRERA ANCHUSTEGUI, *op. cit.*, pagg. 159-160, che afferma: «*protecting the competitive process and parties' economic freedom ensures that the interests of consumers are satisfied and their wellbeing is guaranteed*».

¹⁰⁹ Cfr. J. HIEN, C. JOERGES (a cura di), *Ordoliberalism law and the rule of economics*, Portland, 2017; D.J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New" Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1994, fasc. 42, pagg. 49 ss. Nella dottrina italiana, in proposito, cfr. G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza* cit., pagg. 15-16, secondo cui, proprio in questo quadro, «*la tutela della concorrenza diventa una parte essenziale della Costituzione di una società libera e democratica*».

¹¹⁰ Si legge nel Manifesto dell'ordoliberalismo, infatti, che «*la concorrenza è un mezzo e non un fine in sé*» dal momento che il fine è garantire «*il buon funzionamento dell'attività economica e condizioni di vita decenti e umane*» (cfr. F. BÖHM, W. EUCKEN, H. GROSSMANN-DORTH, *op. cit.*, pag. 50). Sul punto, cfr. R. BIN, *La concorrenza nel bilanciamento tra valori*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza* cit., pag. 65

¹¹¹ Cfr. T.E. FROSINI, *Internet e democrazia* cit., pag. 670.

soltanto in termini di efficienza economica¹¹². A tale scopo, non sarà sufficiente considerare le due tradizionali concezioni di concorrenza “nel mercato” o “per il mercato”, su cui continua a soffermarsi prevalentemente anche la giurisprudenza costituzionale¹¹³.

L’accezione di concorrenza “nel mercato” è intesa quale strumento di eliminazione di vincoli alla libera esplicazione di attività imprenditoriale e alla competizione tra imprese. Prediligere questa concezione, tuttavia, consentirebbe di cogliere soltanto un aspetto della concorrenza, legato essenzialmente alla libertà di iniziativa economica e all’efficienza. Non è questo però l’aspetto su cui appare più importante porre l’accento nell’era digitale.

La concezione di concorrenza “per il mercato”, invece, mira alla più ampia partecipazione degli operatori economici al mercato, anche mediante la predisposizione di procedure di evidenza pubblica¹¹⁴ sempre più efficaci e

¹¹² Una concezione improntata esclusivamente a criteri di efficienza economica è quella prevalsa, negli ultimi decenni e fino a questo momento, in attesa della decisione della *U.S. District Court in the District of Columbia*, negli Stati Uniti. Cfr. M. FIORILLO, *Concorrenza ed eguaglianza*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza* cit., pag. 76; G. GHIDINI, E. AREZZO, *La prospettiva costituzionale della tutela della concorrenza*, in AA. VV., *Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, pag. 872; G. PRIEST, F. ROMANI, *L’antitrust negli Stati Uniti* cit., pagg. 151 ss.

¹¹³ Da ultimo, cfr. Corte cost., 8 luglio 2020, n. 141, che, richiamando alcune precedenti sentenze, afferma che «la nozione di “concorrenza” di cui al secondo comma, lettera e), dell’art. 117 Cost., non può non riflettere quella operante in ambito europeo [...]. Essa comprende, pertanto, sia le misure legislative di tutela in senso proprio, intese a contrastare gli atti e i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull’assetto concorrenziale dei mercati, sia le misure legislative di promozione, volte a eliminare limiti e vincoli alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese (concorrenza “nel mercato”), ovvero a prefigurare procedure concorsuali di garanzia che assicurino la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (concorrenza “per il mercato”). In questa seconda accezione, attraverso la «tutela della concorrenza», vengono perseguite finalità di ampliamento dell’area di libera scelta dei cittadini e delle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi [...] (sentenze n. 137 e n. 83 del 2018; nello stesso senso, sentenza n. 125 del 2014)». In merito alla concorrenza dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale, si veda G. AMATO, *Corte costituzionale e concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2017, fasc. 3, pagg. 425 ss.

¹¹⁴ Con specifico riguardo a tutela della concorrenza e procedure di evidenza pubblica, cfr. M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. Amm.*, 2016, fasc. 1-2, pagg. 71 ss.; F. MERUSI, *La tormentata vita della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2011, fasc. 2, pagg. 413 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell’Unione e nella Costituzione (all’indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, fasc. 5, pagg. 723 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, fasc. 1-2, pagg. 15 ss.;

capillari. Anche questa visione, però, è parziale perché non consente di cogliere appieno la complessità dei problemi che la tutela della concorrenza pone nell'epoca delle *Big Tech*. Tra le due concezioni¹¹⁵, tuttavia, maggiore considerazione merita quella della concorrenza “per il mercato”, potendo essere letta nel senso di garantire ai cittadini migliori servizi e quindi maggiore benessere, nell’ottica del raggiungimento dell’«utilità sociale». In effetti, in un inquadramento costituzionale del moderno antitrust, è di sicura rilevanza il richiamo all’«utilità sociale» di cui all’art. 41 della Costituzione¹¹⁶, potendo quest’ultimo ricomprendere anche il concetto, centrale nell’era digitale, di benessere dei consumatori e della collettività¹¹⁷. È significativo rilevare che la stessa Corte costituzionale, sin dal 1982, ha ritenuto che la tutela della concorrenza fosse anche «diretta alla protezione della collettività, in quanto l’esistenza di una pluralità di imprenditori, in

cfr., non da ultimo, S. VINTI, *op. ult. loc. cit.*, per il quale «nei procedimenti di assegnazione di risorse pubbliche scarse prevalgono esigenze di equità distributiva e di tutela di fondamentali valori costituzionali che scaturiscono dal principio di uguaglianza». Sugli stessi temi, sia consentito anche richiamare, A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Gli affidamenti in house nel quadro della tutela della concorrenza alla luce di un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2021, fasc. 1, pagg. 197-218. Nell’ottica di una concorrenza “per il mercato”, in materia di appalti pubblici, si veda, da ultimo, Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100, che preserva per le amministrazioni l’obbligo di motivazione in caso di ricorso all’*in house providing*, destinato così a conservare natura eccezionale rispetto al ricorso al mercato. La pronuncia ha il merito di riportare l’attenzione sulla funzione positiva della concorrenza, non soltanto per garantire un risparmio alla pubblica amministrazione quanto soprattutto per i benefici che porta al tessuto economico delle imprese e, in definitiva, agli stessi cittadini.

¹¹⁵ Su queste due concezioni, in un’ottica costituzionale, si rinvia ad A. MORRONE, *La concorrenza tra Unione Europea, Stato e Regioni*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *op. ult. cit.*, pag. 108; B. CARAVITA, *I fondamenti europei cit.*, pag. 37, nt. 9; M. AINIS, *Introduzione cit.*, pagg. 96-97. Con riguardo alla concorrenza “per il mercato”, con riferimento al caso specifico delle *Big Tech* e in particolare di Facebook, cfr. C. OSTI, R. PARDOLESI, *L’antitrust ai tempi di Facebook cit.*, pag. 199. Sul caso Facebook innanzi all’antitrust tedesco, cfr. anche M. MIDIRI, *Privacy e antitrust cit.*, pagg. 220 ss.

¹¹⁶ Cfr. Corte cost. n. 46/1963 e n. 97/1969. Sul punto, anche G. CORSO, *op. ult. cit.*, pag. 20, evidenzia che «la concorrenza non è più soltanto una conseguenza della libertà di iniziativa economica privata». Dunque, la «“libertà di concorrenza” come manifestazione della libertà di iniziativa economica privata» è «suscettibile di limitazioni giustificate da ragioni di “utilità sociale” e da “fini sociali”».

¹¹⁷ Secondo I. DE CESARE, *op. cit.*, pag. 102, «la concorrenza può e deve trovare fondamento nell’art. 41, comma 2, Cost., perché è in questo fondamento che si ritrova la necessità che il legislatore, nel rispetto del diritto europeo, ne orienti la disciplina verso la realizzazione del benessere sociale, fine riconosciuto esplicitamente anche nel Trattato di Lisbona, ma soprattutto principio fondamentale dell’ordinamento nazionale». Cfr. anche G. CORSO, *op. ult. cit.*, pag. 22, il quale chiarisce che «concorrenza che non è più soltanto libertà di concorrenza, ma è un bene o un valore a beneficio dei consumatori».

concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi»¹¹⁸.

Occorre però, a questo punto, fare un passo ulteriore e leggere il principio di concorrenza anche e soprattutto come esplicazione del principio di eguaglianza, di cui all'art. 3 della Costituzione¹¹⁹.

Se è vero che la tutela della concorrenza debba essere sempre orientata al benessere della collettività¹²⁰, un diritto antitrust che realmente miri al raggiungimento di tale benessere deve far sì che tutti i cittadini possano accedere in egual modo a quelli che possono essere definiti i prodotti della tecnologia. Tali prodotti, infatti, *in primis* quelli connessi alla rete Internet, al giorno d'oggi indubbiamente concorrono al «pieno sviluppo della persona umana»¹²¹, secondo l'impostazione della nostra Carta ispirata all'eguaglianza sostanziale¹²². In quest'ottica, l'accesso ai servizi dell'era

¹¹⁸ Corte cost., 2 dicembre 1982, n. 223; nello stesso senso, più di recente, Corte cost., 20 maggio 2013, n. 94; Corte cost., 29 ottobre 2015, n. 210. Sulla sentenza n. 94/2013, cfr. I. DE CESARE, *op. cit.*, pag. 66; M. LIBERTINI, *Sulla legittimità costituzionale delle norme che impongono l'esclusività dell'oggetto sociale delle Società Organismi di Attestazione (S.O.A.) e vietano la partecipazione al capitale delle stesse da parte degli organismi di certificazione delle imprese*, in *Giur. cost.*, 2013, fasc. 3, pagg. 1663-1675.

¹¹⁹ Cfr. M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza cit.*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza cit.*, pag. 53, secondo cui «nessuno contesta [...] che l'obbligo di impedire la formazione di autorità o poteri privati si fonda sul compito prescritto alla Repubblica dall'art. 3, comma 2, Cost., che è reso operativo in subiecta materia dall'art. 41, comma 2, con riguardo ai limiti che l'iniziativa economica subisce in nome della garanzia delle libertà costituzionali». Sulla concorrenza come strumento per la tutela dell'eguaglianza, cfr. anche M. FIORILLO, *Concorrenza ed eguaglianza*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *op. ult. cit.*, pagg. 76 ss., secondo cui «un'Authority, che svolga un'effettiva funzione di garanzia e controllo, diventa strumento di libertà, di uguaglianza e, se vogliamo anche di pluralismo, nella misura in cui trasforma le differenze fra i soggetti imprenditoriali in fattore di crescita dell'intera collettività, e con effetti inevitabilmente benefici sulla coesione sociale e politica della collettività di riferimento». Cfr. anche G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza cit.*, pag. 23, secondo cui, in assenza di un intervento antitrust (sul modello europeo più che americano), rischiano di accentuarsi le diseguaglianze.

¹²⁰ Cfr. I. DE CESARE, *op. cit.*, pag. 101, secondo cui, favorendo il benessere della collettività, il diritto antitrust va «nella direzione di favorire una maggiore interconnessione tra gli Stati europei, eliminando le diseguaglianze, i disagi e l'isolamento a cui alcuni territori sono stati esposti per anni e, sostanzialmente, realizzando anche in questo campo quella promozione sociale».

¹²¹ Cfr. T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet cit.*, pag. 65.

¹²² Si ricorda, a tal proposito, che le disposizioni della cosiddetta Costituzione economica sono integrate «da un insieme di principi che va oltre i rapporti economici formalmente e strettamente intesi, primo fra tutti il principio di uguaglianza sostanziale di cui al secondo comma dell'articolo 3 [...] il modello economico delineato dalla Costituzione è un modello economico misto, nel quale l'economia di mercato convive con l'intervento pubblico finalizzato a correggerne le dinamiche verso fini di utilità sociale, in ultima analisi rivolte a quella eguaglianza sostanziale dell'articolo 3,

digitale e specialmente l'utilizzo della rete non possono essere orientati o limitati in alcun modo da posizioni dominanti di sorta. In questo senso, il diritto antitrust si riconnette strettamente anche alla tutela dei diritti: mirando al benessere della collettività¹²³ e alla libera fruizione dei servizi dell'era digitale, potrebbe, infatti, costituire il varco attraverso cui far transitare la «pari dignità sociale», di cui all'art. 3, comma 1, della Carta.

In definitiva, la tutela della concorrenza nell'era digitale deve mirare al benessere della collettività, preservandone la libertà dal rischio di potentati economici, secondo un adattamento dei principi dell'ordoliberalismo, e si ritiene debba riconnettersi, in primo luogo, all'art. 3 della Costituzione.

La tutela della concorrenza, però, non deve mai comportare un peggioramento dei servizi o inutili aggravii per l'utenza. Ad esempio, se *Google Search*¹²⁴ viene percepito dall'utenza come il motore di ricerca più efficace e affidabile, la tutela della concorrenza non potrà mirare a scoraggiare o a renderne più complesso l'utilizzo¹²⁵. Anche con questo dato di fatto sarà necessario fare i conti, se si mira davvero al benessere dei consumatori e, in ultima istanza, dei cittadini.

che rappresenta forse il più importante elemento di novità della nostra Costituzione» (così, da ultimo, F. MARONE, *Introduzione al Forum "Emergenza Covid e questioni economiche"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2020, fasc. 2, pagg. 2-3). Quanto affermato più in generale, riguardo al rapporto tra disposizioni della Costituzione economica e principio di eguaglianza sostanziale, sembra valere anche in relazione alla tutela della concorrenza.

¹²³ Cfr. G. PITRUZZELLA, *op. ult. cit.*, pag. 25.

¹²⁴ Esistono sul mercato svariati motori di ricerca ma un ruolo centrale è detenuto da *Google Search*: il "web search engine" sviluppato da Google Inc. nel 1997 oggi detiene il 92,04 % di "market share" (dati da settembre 2020 a settembre 2021). Si veda anche il grafico n. 1.

¹²⁵ In risposta alla causa intentata dal Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti innanzi alla Corte del *District of Columbia*, Google significativamente afferma «*people use Google because they choose to, not because they're forced to, or because they can't find alternatives*». Allo stesso modo, in relazione all'abbinamento con il browser Safari sui dispositivi Apple, Google afferma «*Apple features Google Search in its Safari browser because they say Google is "the best"*». Inoltre, in relazione al sistema operativo Android, che è anche l'oggetto della decisione della Commissione europea che si prenderà in esame nel prosieguo, Google chiarisce: «*on Android devices, we have promotional agreements with carriers and device makers to feature Google services. These agreements enable us to distribute Android for free, so they directly reduce the price that people pay for phones. But even with these agreements, carriers and device makers often preload numerous competing apps and app stores*». Per l'intera replica di Google alla notizia della *lawsuit* intentata dal Dipartimento di Giustizia americano, nelle parole del responsabile *Global Affairs* della società, cfr. K. WALKER, *A deeply flawed lawsuit that would do nothing to help consumers*, in <https://blog.google/outreach-initiatives/public-policy/response-doj>.

3. Il caso *Google Android*: una decisione tecnologicamente adeguata ed esemplificativa della rinnovata centralità dell'antitrust.

La decisione resa dalla Commissione europea il 18 luglio 2018 nel caso *Google Android*¹²⁶ e pubblicata oltre un anno dopo, il 28 novembre 2019, appare paradigmatica di quanto si vuole affermare in merito alle peculiarità che il diritto della concorrenza assume in relazione al mondo digitale e alla sua sempre maggiore rilevanza.

La decisione ha individuato un abuso di posizione dominante da parte di Google LLC ai sensi dell'art. 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e dell'art. 54 dell'accordo SEE: in breve, tale abuso consiste in quattro distinte infrazioni tutte riguardanti le condizioni contenute negli accordi associati all'utilizzo del sistema operativo per *smart devices* Android, nonché taluni servizi e applicazioni collegati a tale sistema operativo.

La Commissione europea, per tali condotte abusive, ha irrogato a Google una sanzione pari a 4,34 miliardi di euro per il periodo dal 1° gennaio 2011 ad oggi.

La decisione ha la struttura classica delle decisioni in tema di abuso di posizione dominante: si individuano, infatti, con ordine, il mercato rilevante, la posizione dominante e, soltanto in ultimo luogo, l'abuso di tale posizione dominante. Si seguono, in sostanza, i “dogmi” di quella che è stata definita l'«ortodossia antitrust»¹²⁷.

Si tratta di una decisione molto lunga e di non semplice lettura, di 327 pagine, in cui la Commissione ricostruisce il complesso quadro dell'abuso di posizione dominante di Google grazie a un'accurata analisi (anche

¹²⁶ Per un primo commento, basato sul comunicato stampa diramato inizialmente dalla Commissione europea, C. CARLI, *Big (digital) è davvero bad?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2018, fasc. 3, pagg. 397-417.

¹²⁷ Così C. OSTI, R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook* cit., pag. 197.

tecnologica) dei mercati e dei prodotti e all'audizione dei rappresentanti dei principali *competitor* di Google (o presunti tali), le cui prospettazioni sono state utilizzate sia per l'individuazione del mercato rilevante che per l'individuazione della posizione dominante e del successivo abuso.

Ciò chiarito in via preliminare, occorre verificare più nel dettaglio in che modo la Commissione europea sia giunta a irrogare una sanzione tanto significativa, nell'ambito di un giudizio che pare già costituire una pietra miliare nel diritto antitrust dell'era digitale e che per questo si ritiene in questa sede di trarre ad esempio.

La prima parte della decisione¹²⁸, dopo la ricostruzione del fatto, delle vicende societarie di Google Inc., poi Google LLC, e della controllante Alphabet nonché dei presunti errori procedurali compiuti durante l'inchiesta, si occupa di definire i prodotti coinvolti, individuandoli in: *smart mobile device*, sistemi operativi per *smart device*, applicazioni, *app stores*, interfacce di programmazione di applicazioni, motori di ricerca, *browser* per la navigazione in Internet. Ciascuno di questi prodotti è accuratamente definito, risultandone una sorta di glossario tecnologico particolarmente minuzioso. Allo stesso modo, sono accuratamente definite le relazioni tra questi prodotti nell'ambito di "un ecosistema" quale è considerato il sistema operativo Android. Al fine di individuare tali relazioni, per ciascun prodotto è spiegato in dettaglio il funzionamento: ad esempio, per i motori di ricerca, il *core business* di Google, ci si preoccupa di definire il funzionamento degli algoritmi di ricerca. Inoltre, al fine di individuare la relazione tra gli algoritmi di ricerca con il sistema operativo e quindi con l'oggetto più specifico della decisione, la Commissione chiarisce dettagliatamente come sia stata implementata la funzione di ricerca in Android: vale a dire, quindi, attraverso i *widget*, la barra di ricerca rapida, l'applicazione apposita *Google Search*, la

¹²⁸ Comm. eu., *Google Android* cit., pagg. 1-54.

URL line nel *browser*, l'impostazione come pagina di default nel *browser*, la barra di ricerca in diverse schermate quali l'area di notifica e lo schermo di blocco, il pulsante di ricerca *hardware*, la possibilità di richiamare il motore di ricerca premendo a lungo il pulsante centrale, la ricerca tramite assistente vocale, l'inserimento del motore di ricerca tra i preferiti. Questa prima parte della decisione, dedicata all'individuazione dei prodotti e alle loro reciproche relazioni, non costituisce un inutile appesantimento dell'*iter* argomentativo: infatti, pur trattandosi di un'esposizione soltanto tecnica, apparentemente avulsa rispetto a qualsivoglia ragionamento giuridico, risulta poi cruciale per la delimitazione dei mercati rilevanti e anche per l'individuazione dell'abuso di posizione dominante.

La Commissione passa poi a chiarire in dettaglio quale sia l'attività di Google e le ragioni del suo progressivo spostamento sulle sempre più rilevanti piattaforme *mobile*.

L'interesse di Google per il mercato *mobile*, in effetti, è testimoniato, prima ancora che dallo sviluppo del sistema operativo Android, dall'accordo intercorso con Apple affinché, sin dal 2007, Google fosse il motore di ricerca di default sugli iPhone della casa di Cupertino.

Solo successivamente Google si è dedicata allo sviluppo di Android: un sistema operativo *mobile* basato su Linux e costruito con linguaggio di programmazione Java. Alla base dell'individuazione degli abusi, svolta nella seconda metà della decisione, vi è proprio la ricostruzione dell'apporto chiave di Google nello sviluppo di tale sistema operativo, realizzato in gran parte dal colosso di Mountain View, sia pure sotto una maschera *open source*, a differenza di un sistema operativo palesemente *in house* come iOS di Apple. Significativo nell'individuazione di uno stretto legame tra Google e Android è che Google abbia unilateralmente deciso quando e come Android dovesse essere rilasciato sul mercato, non solo per i produttori di *hardware*, ma anche da questi agli utenti finali. Inoltre, la *governance* di Android è gestita dalla stessa Google, la quale in questo modo ha potuto prevedere,

all'interno dello stesso sistema operativo, collegamenti con i suoi popolari servizi, tra cui alcuni creati *ad hoc*. Tra questi ultimi, il popolare *app store* noto come *Google Play* o *Play Store* (in una primordiale versione, *Android Market*), di gran lunga il più utilizzato *app store* al mondo, nonché i cosiddetti *Google Play Services*. Così facendo, Google ha creato per Android un vero e proprio “ecosistema” popolato dai propri servizi, da quelli storici (come il motore di ricerca) ai più recenti (come gli *app store*). Lo scopo ultimo di tale “ecosistema”, al contrario di quello Apple, risiede nell'implementazione di un modello di business che si basa sull'incremento degli utenti per i servizi *online* di Google, *in primis* il motore di ricerca, in modo da massimizzare i profitti derivanti dagli *advertising*¹²⁹. Per questo motivo, pur dopo la creazione di un proprio sistema operativo, Google ha mantenuto gli accordi con Apple affinché il proprio motore di ricerca restasse quello predefinito anche su Safari, il *browser* “*made in Cupertino*”.

È importante rilevare, poi, come Google si sia riservata il diritto di concedere l'approvazione finale per l'installazione di Android ai produttori di *hardware* (ad esempio Samsung o Huawei) che desiderino commercializzare i propri *device* con tale sistema operativo. Questo, poi, subisce di volta in volta specifici adattamenti sulla base delle peculiarità di quello specifico *hardware*. Peraltro, il produttore di *hardware* non è del tutto libero: qualora decidesse di preinstallare una o più app di Google sui propri *device*, dovrebbe installare obbligatoriamente una serie di altre app di Google stabilite dalla stessa Google, pena la mancata approvazione. È, inoltre, condizione necessaria per tutti i produttori *hardware* di dispositivi *mobile* con sistema operativo Android quella di impostare Google come motore di ricerca

¹²⁹ L'impostazione è condivisa da C. CARLI, *Big (digital)* cit., pag. 401, che ricorda come, «a differenza di Apple, Amazon e Microsoft, Google principalmente non vende hardware (telefoni, PC, tablet, ecc.) o software. Il suo modello di business ha come obiettivo principale quello di attrarre traffico internet sul proprio motore di ricerca, sulle proprie applicazioni e servizi ed il suo prodotto di punta rimane Google Search [...] Android sembra quindi essere solo il tassello di un più vasto mosaico volto a convogliare gli utenti di internet sui servizi offerti da Google».

predefinito sui propri *device*, nonché, in alcuni casi, di impostare *Google Chrome* come *browser* predefinito.

In definitiva, pare non possano esservi dubbi sul legame tra Google e Android, presupposto fondamentale affinché possa parlarsi di abuso di posizione dominante della società in relazione al popolare sistema operativo e ai servizi ad esso collegati.

Fatte queste premesse, che occupano le prime 54 pagine, la decisione assume a tutti gli effetti la struttura “classica” delle decisioni in tema di abuso di posizione dominante, passando all’individuazione dei mercati rilevanti¹³⁰ sulla base dei prodotti Google presi in esame (sistemi operativi *mobile*, *app store*, servizi di ricerca e *web browser*).

Più in particolare, i mercati rilevanti nel caso di specie risultano essere quattro: il mercato mondiale (Cina esclusa) della concessione di licenze per sistemi operativi per dispositivi mobili; il mercato mondiale (Cina esclusa) dei portali di vendita di applicazioni (*app store*) per Android; i mercati nazionali dei servizi di ricerca generica; il mercato mondiale dei *web browser* mobili non specifici del sistema operativo¹³¹.

Già in questa parte della decisione¹³² si evidenzia un connubio tra una metodologia classica del diritto antitrust, volta ad individuare la sostituibilità

¹³⁰ Il mercato rilevante, come chiarito dalla Commissione europea nella decisione 85/609/EEC (ECS/Akzo) del 14.12.1985, è «l’area commerciale nella quale si devono individuare le condizioni della concorrenza e il potere di mercato dell’impresa dominante». Cfr. A. PAPPALARDO, *op. cit.*, pag. 470, secondo cui «la delimitazione del mercato rilevante è [...] indispensabile per decidere se l’impresa A detenga (o meno) una posizione dominante ai sensi dell’art. 102. [...] Ciò richiede che si delimiti innanzitutto l’area virtuale – il mercato rilevante dei prodotti – che include, oltre x, prodotti (y, z, k...) di altre imprese che, essendo ad esso sostituibili, costituiscono, dal punto di vista dell’acquirente, un’alternativa rispetto a x; e in secondo luogo l’ambito territoriale – il mercato geografico dei prodotti – nel quale x e i prodotti sostituibili vengono effettivamente offerti al potenziale acquirente».

¹³¹ C. CARLI, *op. ult. cit.*, pag. 402, nell’evidenziare l’interconnessione tra i prodotti considerati, e quindi tra i mercati, si spinge a ipotizzare che potrebbero costituire un unico mercato: «il collegamento tra utenti ed il mondo di internet è composto da diverse piattaforme interconnesse tra loro e la principale interazione esistente è quella tra un sistema operativo, come Android, un browser e le App store. L’aspetto geniale in tutto ciò sta nel fatto che tutte le piattaforme appena descritte potrebbero essere considerate parte di un medesimo mercato».

¹³² Comm. eu., *Google Android* cit., pagg. 55-89.

dal lato della domanda e dell'offerta e la possibilità di concorrenza in un determinato mercato, e la metodologia più innovativa dell'analisi tecnologica del diritto. Nello specifico, l'analisi tecnologica risulta fondamentale per individuare cosa appartenga e cosa no ai quattro mercati rilevanti, evitando indebite sovrapposizioni e consentendo così un'accurata delimitazione, anche valorizzando le testimonianze degli altri operatori economici dei rispettivi settori, ricche di dettagli tecnici ampiamente disseminati, tra cui Apple, Microsoft, BlackBerry, Samsung, Nokia, Deutsche Telekom.

Nel definire i mercati rilevanti sulla base dei prodotti presi in esame, si chiarisce ulteriormente come i sistemi operativi *Apple iOS* (preinstallato soltanto su dispositivi Apple) e *Google Android* (reso disponibile anche per *hardware* prodotti da terzi) non possano dirsi appartenere allo stesso mercato. In sostanza, dal punto di vista dei sistemi operativi, non vi sarebbe una diretta concorrenza tra i due principali operatori del settore, stanti le differenze di prezzo tra i dispositivi e l'assenza di sostituibilità dal lato della domanda e dell'offerta.

Ragionamento analogo a quello svolto per i sistemi operativi viene effettuato anche in relazione agli *app store*¹³³ di Apple e di Google, che ugualmente non apparirebbero allo stesso mercato. Sull'esclusione di Apple dai mercati rilevanti per Google si concentrano, peraltro, le difese della stessa Google, volte a sostenere l'insussistenza di un'effettiva posizione dominante. Quello dell'assenza di concorrenzialità tra Mountain View e Cupertino, come si vedrà, costituisce un punto chiave (nonché un possibile punto debole) della decisione, su cui la Commissione si soffermerà anche nel prosieguo.

Individuati i mercati rilevanti sulla base dei prodotti presi in esame, la decisione passa poi a chiarire quali siano i mercati geograficamente rilevanti: questo perché il mercato rilevante potrebbe essere esteso a tutto il mondo o

¹³³ Secondo C. CARLI, *op. ult. cit.*, pag. 403, «il mercato dei sistemi *mOS* e quello delle *App stores* è chiaramente interdipendente. In tal modo sembra svelarsi un'ulteriore dinamica concorrenziale: i mercati per *mOS* e *App stores* potrebbero essere visti come sottomercati di una più estesa e generale dinamica concorrenziale».

rimanere di rilevanza soltanto nazionale a seconda del prodotto preso in considerazione.

I mercati della concessione di licenze per sistemi operativi e dal mercato degli *app store* sono considerati di rilevanza mondiale, ad esclusione della Cina: questi, infatti, sono prodotti identici in tutto il mondo, salvo che in Cina. Diverso discorso vale, invece, per i motori di ricerca, dal momento che la maggioranza degli utenti utilizza la propria versione nazionale (es. *google.it*, *google.fr*, *google.co.uk*)¹³⁴: per i motori di ricerca, dunque, si ritengono rilevanti solo i mercati nazionali¹³⁵.

Si passa, così, all'individuazione di una posizione dominante¹³⁶ nei quattro mercati considerati¹³⁷. Come da tradizione nel diritto della concorrenza, si chiarisce preliminarmente che una posizione dominante è di per sé lecita¹³⁸, se acquisita per propri meriti, e che ad essere illeciti sono gli abusi di tale

¹³⁴ Comm. eu., *Google Android* cit., pag. 88: «*even though general search services can be accessed by users anywhere in the world, the main general search services offer local sites in different countries and in a variety of language versions*».

¹³⁵ Su questo aspetto, invero, la motivazione della Commissione appare un po' semplicistica e simile, per certi versi, a quella adottata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella decisione *Google/CNIL*, in quest'ultima cui ha ritenuto di tutelare il diritto all'oblio soltanto nelle versioni nazionali dei motori di ricerca, essendo d'altronde quelle ad essere effettivamente usate dalla maggioranza degli utenti. Sul punto si rinvia al successivo Capitolo III e alla dottrina ivi citata.

¹³⁶ Pietre miliari nella definizione di cosa debba intendersi per posizione dominante sono costituite dalla sentenza resa nella causa C-27/76 del 14.2.1978 (*UBC*) e dalla sentenza resa nella causa C-86/76 del 13.2.1979 (*Hoffman-La Roche*) della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Nella sentenza *UBC*, la Corte afferma che «*la posizione dominante [...] corrisponde ad una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori*». Nella sentenza *Hoffman-La Roche*, poi, la Corte chiarisce che la posizione dominante «*non esclude l'esistenza di una certa concorrenza ma pone l'impresa che la detiene in grado, se non di decidere, almeno di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza e, comunque, di comportarsi sovente senza doverne tenere conto e senza che, per questo simile condotta le arrechi pregiudizio*». Sul punto, cfr. A. PAPPALARDO, *op. cit.*, pagg. 500 ss.

¹³⁷ Comm. eu., *Google Android* cit., pagg. 89 ss.

¹³⁸ Cfr. CGUE, C-413/14, *Intel*. In dottrina, cfr. A. PAPPALARDO, *op. cit.*, pagg. 457-459: «*la detenzione della posizione dominante non solleva, in quanto tale, alcuna questione di compatibilità con le regole della concorrenza dell'UE e in particolare con l'art. 102 [...] L'art. 102 non ha dunque per oggetto di prevenire la formazione di (eccessivo) potere economico [...] bensì di vietare che vengano posti in essere comportamenti abusivi e, qualora siano in corso, di mettervi fine*». Cfr. anche G. DE MINICO, *Does the European Commission's decision on Google* cit., pagg. 1-2, che, con riguardo al caso *Google Search (Shopping)* e alla detenzione del 95% di quota di mercato da parte di Google, aveva rilevato: «*this cannot be considered per se an evil because [...] EU antitrust law does not punish marked dominance as such, but only its abuse*».

posizione: «*the purpose of Article 102 TFEU is not to prevent an undertaking from acquiring on its own merits, a dominant position on a market*»¹³⁹, chiosa la Commissione.

Ad essere presi in considerazione dalla Commissione sono diversi fattori, ciascuno dei quali non è di per sé solo determinante. Innanzitutto, un ruolo di primo piano riveste l'esistenza di larghe quote di mercato, che tuttavia, in settori caratterizzati da cambiamenti così rapidi, possono rivelarsi effimere e quindi non indicative di per sé di una posizione dominante. Tra gli altri fattori considerati vi sono la mancanza di un potere d'acquisto degli acquirenti tale da controbilanciare lo strapotere di Google e la presenza di barriere all'ingresso¹⁴⁰ o all'espansione nel mercato per gli altri operatori economici del settore. Ciascuno di questi criteri, quindi, viene ad essere applicato al caso di specie, consentendo l'individuazione di una posizione dominante di Google nei quattro mercati sopra considerati e così delimitati. Anche in questo caso, il percorso argomentativo seguito dalla Corte è particolarmente analitico, individuando in ciascun mercato le quote di mercato di Google – nel mercato dei sistemi operativi *mobile* addirittura superiori al 90% a partire dal 2013 – con l'ausilio anche di schemi ed elementi grafici, seguendo probabilmente i principi del cosiddetto *legal design*¹⁴¹. La Commissione, quindi, afferma che sono proprio le quote di mercato detenute da Google a

¹³⁹ Comm. eu., *Google Android* cit., pag. 89.

¹⁴⁰ La natura (almeno in origine) libera e aperta del *web* potrebbe condurre a interrogarsi sul paradosso di un *web* che ha, invece, sviluppato mercati con forti barriere all'ingresso e posizioni dominanti ampiamente consolidate. In questo senso, cfr. I. DE CESARE, *op. cit.*, pag. 90, la quale per l'appunto osserva: «*concentrando l'attenzione sul rapporto tra Internet e concorrenza, le caratteristiche del cyberspace possono indurre a ritenere che il mercato (o i mercati) si sviluppino al suo interno in maniera "naturalmente" concorrenziale: nessuna barriera all'entrata, ammissione di qualsiasi competitor, incontro facile e globale tra domanda e offerta. Se si osserva come è attualmente il mercato digitale, la situazione appare essere ben diversa*».

¹⁴¹ L'importanza del *legal design* è stata sottolineata in diversi studi a livello internazionale tra cui si vedano, in particolare, G. BERGER-WALLISER, T.D. BARTON, H. HAAPIO, *From Visualization to Legal Design: A Collaborative and Creative Process*, in *American Business Law Journal*, 2017, vol. 54, n. 2, pagg. 347-392; A. ROSSI, R. DUCATO, H. HAAPIO, S. PASSERA, M. PALMIRANI, *Legal Design Patterns: Towards A New Language for Legal Information Design*, in E. SCHWEIGHOFER, F. KUMMER, A. SAARENPÄÄ (a cura di), *Internet of Things. Proceedings of the 22nd International Legal Infomatics Symposium*, Berna, 2019, pagg. 517-526. Tra gli studi italiani, cfr. L. AULINO, *Consenso al trattamento dei dati e carenza di consapevolezza: il legal design come un rimedio ex ante*, in *Dir. Inf.*, 2020, fasc. 2, pagg. 303 ss.

spingere gli sviluppatori a concentrarsi sul sistema operativo Android, rafforzando così ulteriormente una posizione dominante che ad avviso della Commissione indubbiamente sussiste, nel mercato dei sistemi operativi *mobile* e negli altri mercati connessi. L'esistenza di barriere all'ingresso nel mercato, peraltro, risulta confermata da quanto affermato da produttori di *hardware* quali Sony, Lenovo, Huawei, Acer, ascoltati nel corso dell'istruttoria.

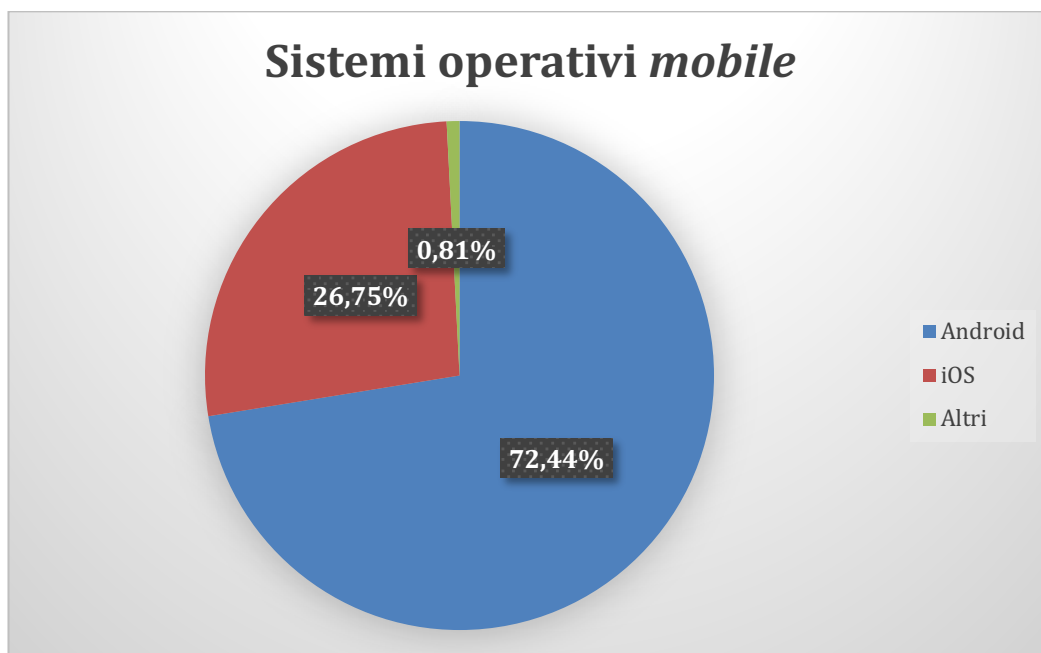


Grafico n. 4: quote di mercato dei sistemi operativi *mobile* a livello mondiale dal settembre 2020 al settembre 2021¹⁴²

L'unico vero "nodo", anche per l'affermazione di una effettiva posizione dominante, resta quello già messo in evidenza dell'esclusione di Apple dal perimetro dei mercati rilevanti di Google: si tratta, infatti, dell'unico soggetto astrattamente in concorrenza con Google, i cui prodotti tuttavia si differenzierebbero a tal punto da costituire un mercato a parte¹⁴³.

¹⁴² I dati aggiornati sono disponibili a questo link: <https://gs.statcounter.com/os-market-share/mobile/worldwide>

¹⁴³ Cfr. Comm. eu., *Google Android* cit., pagg. 109 ss.

Più in particolare, viene illustrata, anche con l'ausilio di esemplificazioni grafiche, la significativa differenza di prezzo tra i dispositivi Android, realizzati da produttori diversi e per ogni fascia di prezzo, e i dispositivi iOS, realizzati unicamente da Apple e collocati su una fascia di prezzo particolarmente elevata. La strategia di Google, in effetti, corrisponde a vedere Android installato sul maggior numero possibile di *device* nel mondo; al contrario, Apple mira a vendere *hardware* di alta fascia, sacrificando la diffusione del proprio *software*. La ragione risiede nel fatto che i maggiori guadagni di Google, come già messo in evidenza dalla Commissione nella parte introduttiva della decisione, risiedono nei servizi. Dunque, quanto più Android sarà diffuso, tanto più i servizi offerti da Google saranno redditizi. Anche per questa ragione, Google tende a imporre l'utilizzo dei propri servizi attraverso il sistema operativo Android, dando adito alle contestazioni di abuso di posizione dominante da parte della Commissione europea.

Peraltro, osserva la Commissione come gli stessi accordi intercorsi tra le due *Big Tech* testimonino come queste si riferiscano (per ora) a mercati diversi, almeno per quanto riguarda i prodotti oggetto di analisi collegati ai sistemi operativi Android e iOS. Inoltre, la difficoltà per gli utenti nel passaggio da Android a iOS, che comporta l'acquisto *ex novo* di app già acquistate su *Google Play* anche su *App Store*¹⁴⁴, costituisce una barriera tra due mercati che appaiono perciò distinti alla Commissione. E ancora, è ben difficile che gli sviluppatori di app possano lavorare in esclusiva per iOS, dal momento

¹⁴⁴ *De iure condendo*, un'ipotesi regolatoria atta a favorire la concorrenzialità, abbattendo le barriere tra iOS e Android, potrebbe puntare a incentivare gli sviluppatori a rendere disponibile la licenza di un'app sia su iOS che su Android, una volta acquistata e quando disponibile su entrambi i sistemi operativi. L'utente acquisterebbe così l'app una volta per tutte. Tale opzione, infatti, eliminerebbe in parte le barriere che riducono la mobilità degli utenti e aumenterebbe la concorrenza. Una regolamentazione in tal senso sarebbe indubbiamente sgradita agli sviluppatori di *software*, che vedrebbero ridotti i loro introiti, ma consentirebbe una maggiore concorrenzialità – eliminando in parte le barriere tra i due mercati rilevanti di Apple e Google – e soprattutto eviterebbe ai consumatori di acquistare due volte lo stesso prodotto. In questo modo, anche il consumatore meno benestante potrebbe concedersi il lusso di passare da Android a iOS e viceversa, non essendo (più) obbligato a dover riacquistare tutto il pacchetto di app a pagamento. L'esempio di un'ipotesi regolatoria di questo tipo, che andrebbe attentamente verificata, fa comprendere come una normazione pro-concorrenziale possa porsi nel senso della tutela del principio di eguaglianza nell'epoca delle *Big Tech*.

che i dispositivi Android – a causa dei prezzi più bassi e del grande numero di produttori di *hardware* – sono enormemente più diffusi.

Che quello della concorrenza con Apple sia comunque un possibile punto debole della decisione, stante lo *standing* mondiale della società di Cupertino, è testimoniato anche dalla condotta procedimentale della stessa Google le cui difese, non a caso, hanno dedicato ampio spazio all'inclusione di Apple nei mercati considerati ai fini dell'individuazione della posizione dominante.

I ragionamenti svolti per il mercato dei sistemi operativi per *device* mobili vengono riprodotti pedissequamente per gli altri tre mercati considerati, tutti ontologicamente collegati al primo, con il medesimo rigore metodologico. Per questa ragione, individuata una linea direttrice comune, non pare il caso di entrare nel dettaglio dei singoli aspetti dell'individuazione di una posizione dominante negli altri tre mercati, con l'unica notazione che le quote di mercato nel settore dei motori di ricerca – analizzate nazione per nazione per i motivi sopra chiariti – appaiono talmente schiacciati (ben oltre il 90%) da risultare largamente determinanti in quel caso rispetto agli altri criteri.

4. segue. La dimostrazione di un abuso di posizione dominante oggi: non solo ortodossia antitrust ma anche conoscenza delle nuove tecnologie.

Individuata una posizione dominante per tutti e quattro i mercati considerati, l'altra metà della decisione¹⁴⁵ si concentra sull'individuazione dell'abuso. Infatti, il raggiungimento di una posizione dominante non è in sé illegittimo, specialmente quando questa sia stata guadagnata – come spesso accade per le *Big Tech* – per aver raggiunto una supremazia tecnologica: nel caso di

¹⁴⁵ Comm. eu., *Google Android* cit., pagg. 161 ss.

Google, per aver elaborato più sofisticati algoritmi di ricerca¹⁴⁶ (per quanto attiene al tradizionale servizio *Google Search*) o sviluppato un sistema operativo così versatile, tale da essere installato sulla maggioranza dei *device* mobili del mondo (per quanto attiene ad Android). L'impresa che abbia raggiunto una posizione dominante, però, guadagna anche una speciale responsabilità¹⁴⁷, che le impedisce (o dovrebbe impedirle) di beneficiare del proprio potere economico – il cui utilizzo ovviamente di per sé non è illegittimo – per finalità invece illegittime, quali quelle di indebolire artatamente la concorrenza esistente ed evitare con pratiche scorrette che una concorrenza sorga.

La formulazione a maglie larghe dell'art. 102 del TFUE consente alla Commissione o alla giurisprudenza di individuare via via le ipotesi patologiche di utilizzo della posizione dominante, a prescindere dal modo in cui tale posizione sia stata raggiunta.

L'individuazione delle diverse condotte anticoncorrenziali da parte delle imprese in posizione dominante richiede già di norma un'esegesi particolarmente attenta, in assenza di criteri economici e giuridici prestabiliti in grado di definirne con certezza il perimetro. Può ben comprendersi allora perché la motivazione della Commissione, per giustificare l'irrogazione di una sanzione di portata storica, sia stata così rigorosa.

¹⁴⁶ Vi è, tuttavia, chi ha messo in luce come anche la costruzione della posizione di supremazia sul mercato, mediante l'utilizzo di algoritmi sofisticati riferibili alla più ampia categoria dell'intelligenza artificiale, possa dare luogo a comportamenti abusivi: con riferimento ai casi che hanno riguardato Google dinanzi alla Commissione europea e in particolare al caso *Google Shopping*, A.M. GAMBINO, C. MANZI, *Intelligenza artificiale* cit., pagg. 1657 ss., rilevano come questi abbiano «ben segnalato come l'utilizzo della I.A. possa potenziare la portata discriminatoria dell'abuso di posizione dominante».

¹⁴⁷ Per l'applicazione della teoria nella decisione in esame, cfr. Comm. eu., *Google Android* cit., pag. 162. La teoria è stata originariamente enunciata in CGUE, 9 novembre 1983, C-322/81, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin*. Cfr. G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza* cit., pag. 21, secondo cui «ben presente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia» è l'idea della «speciale responsabilità dell'impresa dominante». Con riguardo al caso Facebook deciso dall'autorità tedesca preposta all'attuazione della disciplina antimonopolistica (*Bundeskartellamt*), C. OSTI, R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook* cit., pag. 206, ove gli autori affermano che la teoria non può essere applicata indiscriminatamente a settori eterogenei accomunati soltanto dal fatto che se ne occupino le *Big Tech*, come la disciplina della protezione dei dati personali. Sulla gestione dei dati tra antitrust e *data protection*, cfr. anche G. D'IPPOLITO, *Il principio di limitazione della finalità del trattamento* cit., pagg. 943 ss.

Le due prime fattispecie di abuso sono state individuate nell'aver creato un legame tra prodotti distinti, che vengono invece venduti insieme ai consumatori, senza dare una libertà di scelta sulla possibilità di ottenere l'uno senza l'altro. Un legame con queste caratteristiche, tale da incidere sulla possibilità di concorrenza, è parso quello esistente tra i servizi *Google Search* e *Google Play* nonché tra questi due servizi e il *browser Google Chrome*.

Anche in questo caso, l'*iter* argomentativo seguito dalla Commissione è stato particolarmente elaborato e ha tenuto conto del confronto con i principali altri operatori del mercato e con i produttori di *hardware*. Più in particolare, è stato messo in evidenza come lo *store Google Play* non potesse essere ottenuto dagli utenti se non tramite l'applicazione *Google Search*, e viceversa, creando così un legame tra i due prodotti senza alcuna giustificazione oggettiva. Considerato che gran parte del traffico dati è ormai effettuato da *mobile*, lo stretto legame tra *Google Search* e *Google Play*, unitamente all'impossibilità di disinstallare l'app *Google Search*, ha avuto, per la Commissione, l'effetto di restringere la concorrenza, rafforzando artatamente la posizione dominante di Google.

Per quanto riguarda il *browser Google Chrome*, poi, è stato messo in evidenza come entrambe le app non possano essere ottenute utilizzando un diverso *browser* e come lo stesso Chrome non possa essere disinstallato¹⁴⁸. Anche il legame che unisce di fatto *Google Chrome* alle due precedenti applicazioni analizzate non gode, ad avviso della Commissione, di una giustificazione oggettiva da parte di Google, scoraggiando di converso gli utenti dall'utilizzare altri *web browser* mobili.

Per entrambi questi due casi di abuso di posizione dominante, è significativo come le conclusioni della Commissione risultino rafforzate da una

¹⁴⁸ Comm. eu., *Google Android* cit., pagg. 188-189, che, allo stesso tempo, chiarisce però che Chrome non è un *browser* preinstallato su tutti i dispositivi Android, a differenza di Safari di Apple, che su iOS raggiunge il 90% di utilizzo da parte degli utenti, essendo preinstallato su tutti gli iPhone.

comparazione “dati alla mano” proprio con quanto avviene nel mondo iOS di Apple, nonostante questo sia stato ritenuto dalla Commissione non in concorrenza con *Google Android*.

Più in particolare, la Commissione ha evidenziato che Google, istituendo legami tra le applicazioni considerate e imponendone in molti casi la preinstallazione, ha fatto sì che tali app venissero utilizzate in modo molto più massiccio sui dispositivi Android rispetto a quelli iOS: ad esempio, l'app *Google Search* raggiunge soltanto il 17% degli utenti Apple contro il 75% degli utenti Android e l'app *Google Drive* raggiunge nemmeno il 2% degli utenti Apple contro il 39% degli utenti Android. Certamente, questa pare essere una dimostrazione dell'effetto restrittivo sulla concorrenza delle misure adottate da Google nella programmazione di Android e nella politica commerciale nei confronti dei produttori di *hardware*.

Se le argomentazioni della Commissione appaiono tutto sommato convincenti, grazie al rigore metodologico che le contraddistingue, appare singolare che risulti decisiva proprio la comparazione con quel mondo Apple che la Commissione ha ritenuto un mercato rilevante a parte, escludendo la concorrenzialità tra Apple e Google. In sostanza, se il parametro di raffronto perfino della Commissione è Apple, a maggior ragione non del tutto peregrina appare la difesa di Google volta a dimostrare la presenza di una effettiva concorrenzialità con la casa di Cupertino. Già con riguardo a questi due abusi, questo sembra costituire un punto debole di una decisione altrimenti molto solida: punto debole su cui potranno puntare le difese di Google innanzi al Tribunale di primo grado dell'Unione europea e poi, eventualmente, innanzi alla Corte di Giustizia.

Proseguendo nell'analisi della decisione, occorre soffermarsi brevemente anche sugli altri due abusi rilevati. La Commissione, infatti, ha individuato un abuso nella circostanza che Google abbia subordinato la concessione di licenze ai produttori di *hardware* – nello specifico per il *Play Store* e

l'applicazione *Google Search* – al loro consenso al rispetto di obblighi antiframezzazione.

La frammentazione, nell'ottica della Commissione, costituisce uno strumento di tutela della concorrenza, favorendo l'emersione di nuovi operatori e lo sviluppo di prodotti più innovativi, quali possono essere le versioni alternative di un sistema operativo.

Al contrario, gli obblighi antiframezzazione introdotti da Google sarebbero atti ad ostacolare lo sviluppo di versioni alternative di Android, davvero *open source* e svincolate da Google (c.d. "*Android Forks*"). In questo modo, Google avrebbe evitato artatamente che nascesse una concorrenza, in ciò incorrendo in una violazione dell'art. 102 TFUE, senza peraltro che le "*Android Forks*" costituissero davvero una credibile minaccia alla propria posizione nel mercato. Ne deriva, dunque, ad avviso della Commissione, soltanto un inutile danno per i consumatori, ingiustificatamente privati della loro libertà di scelta.

La Commissione, nell'argomentare sulla sussistenza di un abuso, ha anzitutto evidenziato che non sussiste alcuna apparente giustificazione nel nesso tra la concessione delle suddette licenze e gli obblighi antiframezzazione, volti a limitare la libertà di azione dei produttori di *hardware*: una convinzione che risulta rafforzata se si guarda più nel dettaglio all'operato di Google, che prescinde dalle concrete caratteristiche della versione di Android installata sui *device*, con le due app preinstallate o meno.

A nulla sono valse le contestazioni di Google circa la necessità di obblighi antiframezzazione per garantire l'interoperabilità dell'ecosistema Android, dal momento che, secondo la Commissione, è prioritaria la funzione della frammentazione in ottica concorrenziale e per lo sviluppo di prodotti più innovativi¹⁴⁹. Potrebbe lasciare più di qualche dubbio, invece, la circostanza che non siano state prese in considerazione le contestazioni di Google circa

¹⁴⁹ Comm. eu., *Google Android* cit., pag. 262.

le maggiori limitazioni presenti negli “ecosistemi” Apple e BlackBerry, del tutto chiusi a diverse versioni dei propri sistemi operativi. Anche in questo caso, il confronto con il mondo Apple pare poter essere il “grimaldello” su cui Google punterà innanzi al Tribunale di primo grado dell’Unione europea ed eventualmente dinanzi alla Corte di Giustizia.

Infine, un quarto e ultimo abuso di Google individuato dalla Commissione è consistito nell’aver corrisposto pagamenti ai produttori di *hardware* a condizione che non preinstallassero alcun servizio di ricerca generica concorrente sui propri dispositivi. Tale condotta ha indubbiamente scoraggiato l’emersione di motori di ricerca concorrenti nel mercato rilevante dei servizi di ricerca generica, rendendone più difficile l’ingresso nel mercato e disincentivando così l’innovazione.

Anche in questo caso l’istruttoria della Commissione appare approfondita con il consueto rigore metodologico, tenendosi in considerazione le osservazioni di altri operatori del mercato.

A ben vedere, però, si discute in questo caso di preinstallazione del servizio di ricerca da parte del produttore e non di una generica possibilità di installare un diverso motore di ricerca da parte dell’utente, la cui limitazione sarebbe stata davvero restrittiva della concorrenza. Stando così le cose, anche in assenza di pagamenti o di divieti espliciti, appare difficile che i produttori di *hardware* potessero decidere di preinstallare un motore di ricerca diverso da Google (come Bing, Yahoo o DuckDuckGo), dal momento che oltre il 90% degli utenti utilizza attualmente Google e si aspetta di poter utilizzare Google con relativa immediatezza anche sui *device* Android che acquista. Ciò è a maggior ragione valido se si considera che, persino sul *browser* Safari di Apple¹⁵⁰, Google è il motore di ricerca predefinito. Sarebbe molto strano, allora, immaginare un *device* Android con Bing o Yahoo preinstallati, se

¹⁵⁰ Naturalmente, la circostanza che Apple non disponga di un proprio servizio di ricerca generico fa sì che, almeno in questo caso, non possa dubitarsi dell’assenza di concorrenzialità con Google.

finanche sugli iPhone si utilizza di default Google. In considerazione di ciò, quest'ultima fattispecie di abuso, in astratto certamente grave, appare forse in concreto meno restrittiva della concorrenza di quelle sopra analizzate, dal momento che richiederebbe la presenza nel mercato già allo stato attuale di concorrenti altrettanto appetibili per i produttori di *hardware* e soprattutto per l'utenza finale.

In definitiva, nonostante alcune debolezze, l'analisi della decisione da un punto di vista sia tecnico sia giuridico consente di affermare che si tratta di un perfetto esempio di ibridazione dei saperi, reso possibile anche dall'audizione di numerosi esperti e rappresentanti dei principali produttori *hardware* e *software* nonché dei presunti *competitor* di Google. Al classico impianto teorico tipico delle decisioni in tema di abuso di posizione dominante fin dalla fine degli anni '70 si sovrappone, dunque, un approccio innovativo, basato su un'analisi tecnologica molto seria e approfondita, che qui trova il suo culmine. Sebbene nel merito la decisione possa essere eventualmente ribaltata o mitigata dai pronunciamenti del Tribunale di primo grado dell'Unione europea e della Corte di Giustizia, facendo leva ad esempio sulla concorrenzialità tra Google e Apple, essa costituisce comunque un caso paradigmatico. La decisione, in sostanza, potrà e dovrà costituire un modello di rigore metodologico per la stessa Commissione europea nonché, forse, anche per i giudici togati, i quali non sempre hanno dato prova di essere predisposti a un'analisi (anche) tecnologica del diritto che, invece, pare essere un presupposto essenziale nell'epoca delle *Big Tech*, se si vogliono garantire adeguatamente anche i diritti¹⁵¹.

¹⁵¹ Sul legame tra abuso di posizione dominante e diritti fondamentali si veda la sentenza della Corte federale tedesca sul caso *Pechstein* (BGH, 6.16.2016, *Pechstein/International Skating Union*), richiamata anche da C. OSTI, R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook* cit., pag. 214, i quali osservano che tale sentenza «postula proprio che la “clausola generale” dell'abuso di posizione dominante conosca una “concretizzazione” attraverso i valori costituzionali; per cui, se si immagina che la protezione dei dati possa rientrare nell'area dei diritti fondamentali [...] si può vedere in questo caso un esempio di abuso da violazione dei diritti fondamentali». Sul punto, cfr.

Finora, infatti, i giudici togati eurounitari hanno mostrato una certa ritrosia a confrontarsi davvero con il mondo tecnologico, come confermato dalle due recenti decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea sui casi Google/CNIL e Facebook.

Più in particolare, nella sentenza Google/CNIL¹⁵² in materia di diritto all'oblio, la Corte, pur consapevole dell'ampiezza del fenomeno Internet, ha affermato che il gestore di un motore di ricerca non possa essere tenuto a procedere a una deindicizzazione in tutte le versioni del suo motore.

La delimitazione territoriale dell'obbligo di deindicizzazione rischia di creare un enorme *vulnus* nella tutela del diritto all'oblio¹⁵³ proprio a causa di una mancata analisi tecnologica della decisione da rendere da parte della Corte. Infatti, anche se non basterà digitare direttamente l'URL di una diversa versione di Google, con l'utilizzo di un *server proxy*¹⁵⁴ è comunque semplicissimo visualizzare un sito dall'Italia come se fossimo in Brasile o in Giappone¹⁵⁵, ipotesi che è stato possibile verificare personalmente riuscendo in pochi minuti a visualizzare Google "dall'estero" rimanendo in Italia.

anche M. MIDIRI, *Privacy e antitrust* cit., pagg. 222-223 e 233, secondo cui «essenziali diritti fondamentali sono entrati efficacemente nello sviluppo attuativo delle clausole della normativa antitrust e consumeristica».

¹⁵² CGUE, Grande Sezione, 24 settembre 2019, C-507/17, *Google/CNIL*. Su questa pronuncia, sia consentito rinviare ai maggiori approfondimenti contenuti in A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Il diritto all'oblio "preso meno sul serio" alla luce della sentenza Google/CNIL della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 2020, fasc. 2, pagg. 495-530. Si vedano anche O. POLLICINO, *L'"autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it*, 2019, fasc. 19; nonché G. BEVILACQUA, *La dimensione territoriale dell'oblio in uno spazio globale e universale*, in *Federalismi.it*, 2019, fasc. 23; da ultimo, sulla medesima Rivista, cfr. F. BALDUCCI ROMANO, *La Corte di Giustizia 'resetta' il diritto all'oblio*, in *Federalismi.it*, 2020, fasc. 3, pagg. 31 ss.; inoltre, con una particolare attenzione al difficile esercizio di una sovranità nei confronti dei giganti del web, cfr. M. OREFICE, *Diritto alla deindicizzazione: dimensione digitale e sovranità territoriale*, in *Rivista AIC*, 2020, fasc. 1, pagg. 653 ss.

¹⁵³ Cfr. ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Guidelines on the implementation of the judgment of the Court of Justice of the European Union judgment in the case "Google Spain and Inc. v. Agencia española de protección de datos (AEPD) and Mario Costeja González"* (C-131/12), 26 novembre 2014, in https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=667236, che già avevano chiarito che una tutela effettiva del diritto all'oblio non potesse essere attuata mediante una deindicizzazione limitata ai domini europei.

¹⁵⁴ Per la definizione di *proxy* cfr. A. LUOTENEN, K. ALTIS, *World-Wide Web Proxies*, in <http://courses.cs.vt.edu/~cs4244/spring.09/documents/Proxies.pdf>, pag. 1.

¹⁵⁵ In relazione a questo rischio, cfr. anche G. BEVILACQUA, *La dimensione territoriale* cit., pagg. 14-15, secondo cui «la strada proposta dalla Corte di giustizia sembra difficilmente percorribile in uno spazio virtuale dal momento che Internet per sua natura è privo di frontiere».

Questo vuol dire che sarà sempre possibile, per chi è davvero interessato a svolgere una ricerca a 360 gradi su una persona fisica, rintracciare anche i risultati per cui è stato riconosciuto il diritto all'oblio, rendendo così vana l'attuazione (geograficamente delimitata) di detto diritto.

A distanza di pochi giorni, con la sentenza Facebook¹⁵⁶, la stessa Corte, secondo una prospettiva almeno apparentemente diversa, ha dimostrato un'analogia disattenzione al profilo tecnologico¹⁵⁷, imponendo al popolare *social network* di rimuovere contenuti identici e/o equivalenti a quelli dichiarati illeciti, a livello mondiale e senza curarsi della realizzabilità tecnica di quanto imposto.

Si evidenzia, in definitiva, un approccio totalmente opposto a quello seguito dalla Commissione europea. Infatti, se la Commissione "si sporca le mani" con la tecnologia, entrando nel merito delle questioni tecnologiche e coniugando tecnologia e diritto, in seno alla Corte di Giustizia sembra perdurare un atteggiamento quasi snobistico, per non dire "pilatesco", nei confronti della tecnologia, lasciando la risoluzione dei problemi tecnologici alle stesse *Big Tech* e rischiando così di privare i diritti di un'effettiva tutela. Sarà interessante verificare come si regoleranno il Tribunale di primo grado e, con ogni probabilità, la stessa Corte di Giustizia, nel pronunciarsi rispetto a una decisione della Commissione europea tanto approfondita proprio dal punto di vista tecnologico. Arriverà il momento dell'analisi tecnologica anche per i giudici togati delle alte Corti europee?

¹⁵⁶ CGUE, Grande Sezione, 3 ottobre 2019, C-18/18, *Facebook*.

¹⁵⁷ Le due pronunce sono state per la prima volta messe in parallelo da O. POLLICINO, *L'"autunno caldo"* cit., pagg. 9-10, che giustifica «l'apparente contraddizione» tra le due decisioni essenzialmente sulla base delle diverse normative di riferimento: da un lato, il GDPR per quanto riguarda la sentenza Google/CNIL, dall'altro, la direttiva 2000/31/CE per quanto riguarda la sentenza Facebook. Per un confronto tra le due pronunce, sia consentito anche rinviare ad A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Il diritto all'oblio* cit., pagg. 523 ss.

5. Il diritto della concorrenza come principale strumento per l'*hard law* di imporsi sulle *Big Tech*.

Nella decisione *Google Android*, la Commissione si dichiara competente per l'applicazione dell'art. 102 TFUE e dell'art. 54 dell'accordo SEE alle condotte di Google individuate quali abusi di posizione dominante, costituenti un'infrazione unica e continuata, essendo attuata nello Spazio economico europeo ed essendo suscettibile di avere effetti sostanziali, immediati e prevedibili, nel medesimo SEE¹⁵⁸. L'incidenza delle condotte delle *Big Tech* anche nello Spazio economico europeo non vuol dire, però, che tali condotte non abbiano un'incidenza globale e che una tanto significativa sanzione non possa finire per avere analogamente una rilevanza globale.

In effetti, guardando già solo al caso *Google Android*, qui preso ad esempio, sembra proprio che l'eco di una simile sanzione non possa che riverberarsi a livello mondiale, dal momento che Google – nell'intento di evitare ulteriori sanzioni – non potrà certo modificare la propria strategia commerciale soltanto per l'Europa.

Dunque, in un'epoca in cui l'*hard law* fatica ad imporsi sulle *Big Tech*¹⁵⁹, il diritto europeo della concorrenza pare porsi al di fuori persino dei confini della stessa Unione europea e l'entità delle sanzioni orienta la politica commerciale delle *Big Tech* in tutto il mondo¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Comm. eu., *Google Android* cit., pagg. 308 ss.

¹⁵⁹ In merito all'incapacità dell'*hard law* di tenere il passo dei progressi tecnologici e alla conseguente avanzata della *soft law*, si veda T.E. FROSINI, *Le declinazioni del governare* cit., pag. 81, nonché, ID., *Rappresentanza e legislazione* cit., pag. 296). Sulla *self-regulation*, cfr. S. SILEONI, *Autori delle proprie regole* cit., pagg. 13-46, e, da ultimo, con specifico riguardo ai colossi del *web*, P. BONINI, *L'autoregolamentazione* cit., pagg. 265 ss. Sulla sfuggevolezza di Internet alla regolamentazione statale e, più in generale, sulla necessità di un diritto transnazionale per la sua disciplina, cfr. S. SASSI, *Diritto transnazionale e legittimazione democratica* cit., pagg. 56 ss.; nonché A. GATTI, *Istituzioni e anarchia nella Rete* cit., pagg. 711 ss., che mette in relazione la crisi della sovranità statale con il fenomeno, per sua natura acefalo, di Internet. Cfr. anche, sulla crisi (presunta o tale) dello Stato nell'era di Google, L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google* cit., pagg. 1111 ss.

¹⁶⁰ La sanzione ha il fine di rafforzare l'adempimento spontaneo, e non coattivo, dei destinatari della norma timorosi di essere sanzionati, nonché di incrementare la prassi imitativa degli stessi,

Se questo è vero, la peculiare rilevanza internazionale di decisioni come quella qui presa in esame deve indurre a riflettere proprio sul loro più profondo significato in termini di efficacia del diritto nell'era digitale. Indubbiamente, di fronte alle condotte più o meno abusive delle *Big Tech*, la Commissione europea adotta un'impostazione molto più intromissiva rispetto a quella finora seguita oltreoceano¹⁶¹. Agendo in questo modo, tuttavia, la Commissione si pone come un significativo argine al loro arbitrio e al loro potere a livello non soltanto europeo, considerata l'entità delle sanzioni. Può questa essere una via per far rispettare il diritto e i diritti anche dalle *Big Tech*?

Nell'ottica di un diritto costituzionale della concorrenza, rivolto a beneficio dei consumatori e quindi dei cittadini, certamente significativo appare il contributo della Commissione europea, sebbene sia sempre il caso di adottare cautela. Google, infatti, ha legittimamente conquistato la propria posizione dominante, come ammesso alla stessa Commissione, sviluppando prodotti particolarmente innovativi e molto amati dal pubblico, a partire dal cuore delle proprie attività, costituito dal motore di ricerca, proseguendo con *Google Android*, il sistema operativo *mobile* più diffuso al mondo, nonché con *Google Chrome*, *browser* affidabile e largamente utilizzato, o ancora con il proprio servizio *cloud Google Drive*, senza dimenticare *Google Maps*, servizio che ha ormai soppiantato i tradizionali navigatori GPS per auto. Bisogna fare attenzione, dunque, che la tutela della concorrenza sia sempre a beneficio dei consumatori e non il contrario.

conferendo all'*hard law* maggiore effettività. In tal senso, E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti* cit., pag. 37 ss.

¹⁶¹ Cfr. G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza* cit., pagg. 20-21, secondo cui «l'affidamento sulla capacità di istituzioni pubbliche altamente qualificate professionalmente e indipendenti rispetto agli interessi economici e alla politica (la Commissione europea e le Autorità della concorrenza nazionali) di correggere gli "eccessi" del potere economico privato [...] spiega il maggiore interventismo della Commissione europea e delle autorità nazionali di concorrenza rispetto al sistema antitrust statunitense e le perduranti differenze tra le due esperienze». La descritta diversità di approcci potrebbe venir meno, o quantomeno risultare molto più sfumata, a seguito della decisione che sarà resa dalla *U.S. District Court in the District of Columbia*, in relazione alle recenti accuse mosse dal Dipartimento di Giustizia americano, che si pongono sulla scia di quanto già affermato negli anni dalla Commissione europea.

In definitiva, da un lato, è certamente apprezzabile lo sforzo della Commissione europea di contenere gli abusi delle *Big Tech*, riuscendo così a far prendere sul serio il diritto eurounitario da parte di colossi ormai forse persino più potenti di molti Stati nazionali e che sembrano sfuggire ad ogni regolamentazione; dall'altro, bisogna fare attenzione che il "fervore" antitrust "*made in Bruxelles*" non vada a danno dei consumatori, che magari preferiscono continuare ad utilizzare *Google Search* come motore di ricerca predefinito semplicemente perché ha dimostrato di essere quello più affidabile. La concorrenza, quindi, non deve mai comportare un peggioramento dei servizi per l'utenza né causare aggravii di alcun genere ma essere sempre orientata al benessere dei consumatori.

Va pure considerato che il concetto di benessere dei consumatori può essere fatto derivare, in ultima istanza, dalla tutela del principio di eguaglianza in senso sostanziale, ai sensi dell'art. 3, comma 2, Cost.¹⁶², dal momento che Internet indubbiamente concorre al «pieno sviluppo della persona umana»¹⁶³, dovendo essere garantita la «pari dignità sociale»: anche in questo modo, oltre che favorendo la frammentazione del potere economico, la concorrenza concorrerebbe a cementare i pilastri della democrazia. Allo stesso tempo, però, si concorda sulla necessità di non scadere in una visione "populistica" dell'antitrust¹⁶⁴ che, in nome di una lotta ai privilegi delle *Big Tech*, finisca

¹⁶² Cfr. M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali* cit., pag. 53; M. FIORILLO, *Concorrenza* cit., pagg. 76 ss.

¹⁶³ Su tutti cfr. T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet* cit.; si rinvia per il resto al Capitolo I.

¹⁶⁴ Sui rischi di una deriva populistica, cfr. F. JENNY, J. PHILIPPE, *Populisme et concurrence*, in *Concurrences*, 2018, fasc. 3, pagg. 5 ss. Cfr. G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza* cit., pag. 23, che, da un lato, mette in guardia da rischi di derive populistiche; dall'altro, ipotizza un diritto antitrust che concorra altresì «al buon funzionamento della democrazia», contenendo «quell'eccesso di potere economico che, in assenza di interventi antitrust [...], pregiudica la libertà politica, si serve della sua capacità di condizionamento per ottenere dal potere politico privilegi e rendite di posizione, riuscendo così, invece di creare nuova ricchezza, ad accaparrarsi una maggiore fetta della ricchezza prodotta, accentuando le diseguaglianze». In questo senso, cfr. anche la condivisibile affermazione di G. AMATO, *Relazione Generale* cit., pagg. 27 ss., secondo cui «la concorrenza è geneticamente legata ai pilastri della democrazia, giacché entrambe combattono il potere abusivo, il potere non legittimato ed entrambe cercano di prevenirne la formazione e gli abusi dividendolo, addirittura diffondendolo fra più soggetti». Ad essere messo in risalto dall'A., nell'ottica del buon funzionamento della democrazia, è soprattutto il concetto di

per arrecare danni allo stesso sviluppo tecnologico e, in ultima istanza, agli stessi consumatori.

In questo delicato bilanciamento, che non può ignorare i fondamenti costituzionali della concorrenza, la decisione *Google Android*, tra luci e ombre, pare costituire comunque un passo avanti. Con questa pronuncia storica, infatti, la Commissione europea ha avuto la forza di imporsi su un gigante del mondo digitale, almeno in attesa dei pronunciamenti del Tribunale di primo grado dell'Unione europea e poi (probabilmente) della Corte di Giustizia, fornendo un modello di decisione particolarmente apprezzabile anche dal punto di vista del metodo. Il rigore adottato dalla Commissione, che coniuga i principi di quella che è stata definita l'«ortodossia antitrust»¹⁶⁵ ad un'approfondita conoscenza delle tecnologie sottese alla decisione, sembra dover costituire in ogni caso un modello negli anni a venire, sia per la stessa Commissione che per i giudici togati.

Quanto alla capacità dell'*hard law* di imporsi sulle *Big Tech*, si potrebbero ipotizzare diverse strade. Lo strumento più efficace, anche in prospettiva futura, è però senz'altro quello del diritto della concorrenza e, in particolare, dell'art. 102 TFUE, grazie anche alla sua formulazione “a maglie larghe” e alla conseguente intraprendenza della Commissione europea. Si potrà così tutelare, oltre al mercato economico, anche il «mercato delle idee»¹⁶⁶,

frammentazione, letto in chiave positiva anche dalla Commissione europea nella decisione *Google Android* e su cui si veda il precedente par. 4.; sul punto cfr. anche M. MANETTI, *op. ult. loc. cit.*, che pure dà atto che «la tutela della concorrenza mira ad impedire la formazione di soggetti economici talmente potenti da condizionare l'esercizio delle libertà e il funzionamento della democrazia», precisando che «tale visione della concorrenza appare pienamente legittimata dalla Costituzione».

¹⁶⁵ C. OSTI, R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook* cit., pag. 197.

¹⁶⁶ Così T.E. FROSINI, *Internet e democrazia* cit., pag. 670, il quale segnala anche come la posizione assunta dalle *Big Tech* metta in evidenza «un serio problema di privazione della libera concorrenza, che limita l'essenza della democrazia liberale, attraverso lo “abuso di posizione dominante” e la “dipendenza economica”». L'A., sottolinea, peraltro, come ciò implichi non solo un problema di *antitrust* ma anche un problema di tutela dei diritti e di libera circolazione delle idee: «il mercato delle idee [...] potrebbe essere condizionato dalle scelte imposte dalle grandi aziende di Internet, che sarebbero mirate anche al raggiungimento di un sistema più favorevole ai propri interessi economici. È auspicabile, quindi, una maggiore concorrenza nel comparto dell'Internet, consentendo ad altri soggetti di entrare nel mercato senza rischiare di essere compressi dalle grandi imprese, che operano come se fossero in regime monopolista».

secondo una visione strumentale della concorrenza già propria della tradizione ordoliberalale.

Si vedrà se tale approccio sarà o meno condiviso anche dalla *U.S. District Court in the District of Columbia*, nel decidere la *lawsuit* avviata dal Dipartimento di Giustizia americano contro Google, accusata di essere «*a monopoly gatekeeper for the internet*». Infatti, qualora la Corte distrettuale dovesse inserirsi sulla scia della Commissione europea, potrebbe aprirsi una nuova stagione per il mondo di Internet, con un conseguente ridimensionamento del potere economico delle *Big Tech* e, in particolar modo, di Google. Sarà però necessario che anche oltreoceano il rinnovato “fervore antitrust” tenga sempre a mente, quale interesse primario, il benessere dei consumatori, come auspica la stessa Google, forte delle preferenze degli utenti oltre che del proprio potere economico¹⁶⁷.

In definitiva, le importanti decisioni di questi anni, tra cui un posto di spicco spetta alla pronuncia *Google Android*, sono destinate indubbiamente ad avere un seguito, forse anche oltreoceano, che ci si augura sempre nell’ottica del benessere dei consumatori e della tutela dell’eguaglianza.

Sarebbe anche auspicabile, però, che, alle iniziative della Commissione in sede sanzionatoria, corrispondessero rinnovati impulsi anche a livello regolatorio, per far sì che la tutela della concorrenza conservi efficacia di fronte alle sfide sempre nuove poste dal mondo digitale, proprio nell’ottica di continuare a garantire il maggiore benessere dei consumatori e, in ultima istanza, dei cittadini.

¹⁶⁷ Significativo è il titolo delle già richiamate repliche pubbliche della società alla notizia della causa intentata dal Dipartimento di Giustizia americano: «*A deeply flawed lawsuit that would do nothing to help consumers*» (cfr. par. 1).

CAPITOLO III - La tutela dei diritti nell'età digitale: il caso emblematico del ridimensionamento del diritto all'oblio.

1. L'effettività dei diritti fondamentali alla prova della tecnologia: la vicenda del diritto all'oblio dalla configurazione *offline* a quella *online*. - 2. La sentenza *Google Spain* e il diritto all'oblio «preso sul serio». - 3. *segue*. L'eredità di *Google Spain*: una sentenza destinata ad essere progressivamente smantellata. - 4. L'insoddisfacente disciplina eurounitaria e l'occasione mancata del GDPR. - 5. La sentenza *Google/CNIL* e il diritto all'oblio «preso meno sul serio». - 6. L'(in)adeguatezza della giurisprudenza rispetto alle nuove tecnologie dal caso *Google/CNIL* al caso *Facebook*. - 7. La necessità di un approccio “tecnologico” per un'effettiva tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale.

1. L'effettività dei diritti fondamentali alla prova della tecnologia: la vicenda del diritto all'oblio dalla configurazione *offline* a quella *online*.

Il diritto all'oblio, che si tende a considerare come l'ultimo nato dei diritti della personalità, ormai ha già un'ampia storia dietro di sé, tanto da rendere possibile distinguere due diverse accezioni dello stesso diritto, *offline* e *online*.

Lo studio del diritto all'oblio, in entrambe le sue accezioni e in misura diversa, ha motivi di interesse e di attualità: del diritto all'oblio *offline*, che si immaginerebbe relegato a un ruolo di secondo piano, si sono di recente occupate le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁶⁸; del diritto all'oblio *online*, sempre più centrale nel dibattito giuridico a seguito della sentenza *Google Spain* della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 2014, è tornata ad occuparsi la stessa Corte del Lussemburgo con la sentenza *Google/CNIL* del settembre 2019¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Il riferimento è alla sentenza Cass. Civ., Sez. Un., 22 luglio 2019, n. 19681, avente ad oggetto il difficile bilanciamento tra il diritto all'oblio e il diritto alla rievocazione storica.

¹⁶⁹ CGUE, Grande Sezione, 24 settembre 2019, C-507/17 (*Google/CNIL*).

Anche se è su questo secondo aspetto, specificamente correlato all'attività dei motori di ricerca, che si intende concentrare la presente analisi, appare opportuno fornire qualche cenno ricostruttivo in tema di diritto all'oblio, che consenta di distinguere il diritto all'oblio *offline* da quello *online*.

La teorizzazione di un «*droit à l'oubli*» germinò, dapprima, nella dottrina e nella giurisprudenza francesi¹⁷⁰. La teorizzazione di un diritto all'oblio si deve, più in particolare, a una nota a sentenza del 1965 di Gérard Lyon-Caen¹⁷¹, relativa al provvedimento che chiuse in primo grado una vertenza giudiziaria che fu celebre nella Francia degli anni '60 e che vide coinvolto il produttore cinematografico di un film sul noto criminale Landru, assassino seriale di donne nella Francia di inizio '900. Il diritto all'oblio sarebbe emerso, nell'analisi di Lyon-Caen, come possibile fondamento giuridico delle ragioni di parte attrice, ovverosia di una delle amanti del criminale Landru: il film di Claude Chabrol, infatti, senza il suo consenso, avrebbe ricordato al pubblico un periodo drammatico della propria vita privata, che avrebbe desiderato fosse dimenticato. La sentenza, al contrario, aveva rigettato la domanda, evocando una «*prescription du silence*» e ricordando che la stessa amante aveva pubblicato in passato le sue memorie¹⁷².

¹⁷⁰ Per una ricostruzione delle origini del diritto all'oblio si veda M.R. MORELLI, *Oblio (diritto all')*, in *Enc. Dir., Agg. VI*, Milano, Giuffrè, 2002, pagg. 848 ss.; cfr. anche M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio*, Napoli, ESI, 2009, pagg. 216 ss.

¹⁷¹ G. LYON-CAEN, *Nota a Tribunal de Grande Instance Seine, 4 ottobre 1965*, in *Juris-classeur périodique*, 1966, fasc. 2, pagg. 14482 ss.

¹⁷² Facendo seguito alla controversia nata dal film sull'*affaire* Landru, un'altra nota vertenza francese riguardò la tematica del diritto all'oblio, sia pure mai esplicitamente definito in questi termini, in relazione ad un'opera cinematografica. In questo caso il film era «*Le pull-over rouge*», basato sulla vicenda di Christian Ranucci, una delle ultime persone ad essere condannate alla ghigliottina nella Francia moderna (più precisamente, nell'anno 1976). I parenti della vittima di Ranucci (o presunta tale, se si vuole dare spazio ai dubbi sulla colpevolezza sollevati dallo stesso romanzo su cui era basato il film) domandavano la rimozione di alcune scene dal film, trattandosi di avvenimenti troppo recenti, aventi unicamente l'effetto di ravvivare il dolore dei parenti della vittima. Con la sentenza del 3 dicembre 1980 la *Cour de Cassation* cassò la sentenza della Corte di Appello che aveva riconosciuto tale diritto dei parenti della vittima, rilevando come questi non avessero precisato in che modo le sequenze incriminate portassero nocumento alla vita privata dei parenti e in cosa consistesse il loro carattere d'intimità, ai sensi dell'art. 9, comma 2, del Codice civile francese, dal momento che si trattava di vicende di dominio pubblico. Agli albori, infatti, la tutela del diritto all'oblio trovava accesso proprio per il tramite dell'art. 9 del Codice, secondo cui «*Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher*

La consacrazione del nuovo diritto sarebbe poi avvenuta nel 1970, sempre in Francia¹⁷³, con la sentenza della Corte di Appello di Parigi sull'*affaire* del cantante Jean Ferrat¹⁷⁴, sentenza che tuttavia riconosce il diritto all'oblio non tanto come diritto a far dimenticare alcuni fatti della propria vita (come poi è stato inteso anche dalla giurisprudenza italiana) bensì a farsi dimenticare come persone¹⁷⁵: il cantante Ferrat, infatti, chiese e ottenne dalla Corte il risarcimento dei danni da parte di un giornale che, dopo che egli si era ritirato a vivere in campagna sotto mentite spoglie per sfuggire alla notorietà raggiunta, aveva pubblicato con precisione nome, indirizzo, numero di telefono, vanificando così ogni suo sforzo.

Come è noto, in Italia iniziò a discutersi di diritto all'oblio a partire dagli anni '80 in dottrina¹⁷⁶, quindi oltre un decennio più tardi rispetto alla Francia, e il decennio ancora successivo per una compiuta elaborazione giurisprudenziale¹⁷⁷. In dottrina, il "nuovo" diritto emerse essenzialmente

ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée: ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé». Cfr. *Cour de Cassation*, 2 décembre 1980, in *Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile*, 1, n. 315.

¹⁷³ Nonostante i natali francesi, il riconoscimento del diritto all'oblio in Francia ha vissuto alterne vicende. Basti pensare che, nel 2014, quindi prima dell'entrata in vigore del GDPR, la Corte di Appello di Parigi aveva avuto modo di sottolineare che: «*le droit à l'oubli [...] n'a aucune reconnaissance légale et ne saurait prévaloir sur le droit du public à l'information exhaustive et objective [...] la relation de faits publics déjà divulgués ne peut constituer en elle-même une atteinte au respect dû à la vie privée*» (*Cour d'Appel Paris, Pôle 2, Chambre 7*, 26 février 2014). In detta pronuncia, dunque, si considerava preminente il diritto all'informazione sul diritto all'oblio, in assenza peraltro di una disciplina positiva di quest'ultimo.

¹⁷⁴ *Cour d'Appel Paris*, 15 maggio 1970, in *Recueil Dalloz-Sirey de doctrine, jurisprudence et de législation*, 1970, pagg. 466 ss.; nello stesso senso, *Cour d'Appel Paris*, 13 ottobre 1981, in *Recueil cit.*, 1983, agg. 420 ss.

¹⁷⁵ In questi termini anche M.R. MORELLI, *op. cit.*, pag. 849; cfr., sempre in relazione all'*affaire* Ferrat,

¹⁷⁶ L'emersione della tematica in Italia, sulla scia del dibattito francese, si deve, in particolare, ad A.T. AULETTA, *Riservatezza e droit à l'oubli*, in AA.VV., *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, Jovene, 1983, pagg. 129 ss.

¹⁷⁷ Nonostante taluni facciano risalire la prima pronuncia in tema di diritto all'oblio ad una sentenza della Cassazione del 1958, in cui il diritto venne in rilievo – ma poi negato – quale «*diritto al segreto del disonore*», in realtà, per una compiuta elaborazione giurisprudenziale del diritto all'oblio, si devono attendere gli anni '90, alcuni anni dopo, quindi, le prime elaborazioni della dottrina italiana in materia, con le sentenze del Tribunale di Roma del 15 maggio 1995 e della Corte di Cassazione n. 1834/1998.

come corollario del diritto alla riservatezza¹⁷⁸. Il problema, riassunto nelle parole di Amedeo Tommaso Auletta, che ne fu in Italia uno dei primi teorizzatori, era quello «di stabilire se la persona o le vicende legittimamente pubblicizzate possano sempre costituire oggetto di nuova pubblicizzazione o se, invece, il trascorrere del tempo e il mutamento delle situazioni non la rendano illecita»¹⁷⁹. Discorrere di diritto all'oblio in senso tradizionale, dunque, implicava valutare la legittimità o meno della ripubblicazione di una notizia in passato già legittimamente divulgata. Una tematica intrinsecamente legata al concetto di carta stampata.

Ad ogni buon conto, non è secondario ricordare che, già nella sua prima configurazione, il diritto all'oblio aveva trovato un proprio fondamento costituzionale¹⁸⁰. Transitando per il tramite della clausola “aperta” di garanzia dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 della Carta¹⁸¹, unitamente agli altri diritti connessi allo sviluppo della persona, aveva trovato una base costituzionale dapprima nelle «ragioni e le “regioni” del diritto alla riservatezza»¹⁸², e quindi negli artt. 13, 15 e 21 della Costituzione, e poi, più significativamente, nel riconoscimento della «pari dignità sociale» di cui

¹⁷⁸ Ormai celebre è l'espressione di G.B. FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, fasc. 1, pagg. 801 ss., secondo cui il diritto all'oblio appartiene «alle ragioni ed alle “regioni” del diritto alla riservatezza».

¹⁷⁹ A.T. AULETTA, *op. cit.*, pag. 129.

¹⁸⁰ Deve essere ricordato che il diritto all'oblio, quale nuovo diritto della personalità di origine giurisprudenziale, è stato riconosciuto e garantito dai giudici pur in assenza di una disciplina legislativa, trattandosi di garanzie costituzionali direttamente applicabili. Si è rilevato, infatti, che «la garanzia costituzionale apprestata [...] al diritto all'oblio, quale diritto della persona di nuova emersione (o nuova manifestazione essenziale alla realizzazione della persona), è direttamente e immediatamente attuabile dal giudice, senza necessità di intermediazione legislativa; anche, quindi, nell'attuale mancanza di una compiuta disciplina in materia» (così M.R. MORELLI, *op. cit.*, pag. 852).

¹⁸¹ In questo senso, M.R. MORELLI, *op. ult. loc. cit.*; sull'emersione di nuovi diritti nell'età contemporanea, cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti* cit.; sui diritti connessi al fenomeno Internet, cfr., su tutti, O. POLLICINO, E. BERTOLINI, V. LUBELLO (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali* cit.; G. DE MINICO, *Internet: i diritti fondamentali in una nuova democrazia*, in *Percorsi costituzionali*, 2014, fasc. 1, pagg. 115-131. Da ultimo, cfr. O. POLLICINO, *La sfida degli algoritmi va affrontata in base alla Costituzione*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 marzo 2020, pag. 27, ove si afferma, a proposito dell'emersione di sempre nuovi diritti nell'era digitale e citando espressamente anche il diritto all'oblio: «La previsione di nuovi diritti non sempre si traduce in una protezione più adeguata dei diritti in gioco, al contrario. L'inflazione di diritti può comportare anche una maggiore conflittualità e, alla resa dei conti, un abbassamento della tutela complessiva riconosciuta alla posizione (già debole, come si diceva) degli individui».

¹⁸² La citazione, ormai celebre, è di G.B. FERRI, *op. ult. loc. cit.*

all'art. 3 della Costituzione, dal momento che «non vi può essere tutela dell'identità personale senza tutela della dignità»¹⁸³.

Il fondamento costituzionale del diritto all'oblio, così configurato, deve ritenersi intatto anche per la nuova accezione di diritto all'oblio, emersa nel mondo di Internet.

Il diritto all'oblio, infatti, ha guadagnato nuova centralità nell'era digitale¹⁸⁴, cambiando di fatto anche pelle¹⁸⁵ ma non perdendo la sua connotazione di

¹⁸³ Così T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet* cit., pagg. 120 ss.

¹⁸⁴ Come rilevato ancora da T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet* cit., pag. 127, il diritto all'oblio «si declina come una pretesa a riappropriarsi della propria storia personale, e quindi come una sorta di diritto all'autodeterminazione informativa, ovvero il diritto del singolo a decidere in prima persona sulla cessione e l'uso dei dati che lo riguardano». Collocando tale diritto nel nuovo contesto digitale, l'A. lo considerava come «applicazione teorica della dottrina del diritto di libertà informatica, enunciata a inizio anni Ottanta, nel suo duplice volto: negativa e positiva. La libertà informatica negativa esprime il diritto di non rendere di dominio pubblico certe informazioni di carattere personale, privato, riservato; la libertà informatica positiva, invece, esprime la facoltà di esercitare un diritto di controllo sui dati concernenti la propria persona che sono fuoriusciti dalla cerchia di privacy per essere divenuti elementi di input di un programma elettronico; e dunque libertà informatica positiva, o diritto soggettivo riconosciuto, di conoscere, di correggere, di togliere o di aggiungere dati in una scheda personale elettronica. Ecco che cos'è il diritto di libertà informatica assume una nuova forma del tradizionale diritto di libertà personale, come diritto di controllare le informazioni sulla propria persona, come diritto dello habeas data» (cfr., sul punto, anche ID., *op. ult. cit.*, pagg. 105 ss., originariamente pubblicato in ID., *Il diritto all'oblio e la libertà informatica*, in *Dir. Inf.*, 2012, pagg. 910 ss.). La dottrina della libertà informatica era stata elaborata da V. FROSINI, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, in N. MATTEUCCI (a cura di), *Privacy e banche dei dati*, Bologna, Il Mulino, 1981, pagg. 37 ss. (ora in ID., *Informatica diritto e società*, Milano, Giuffrè, 1992, pagg. 173 ss.) e, con specifico riferimento a Internet in ID., *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Dir. Inf.*, 2000, fasc. 2, pagg. 271 ss. Tale teoria, infatti, si riaffaccia con forza con riferimento a Internet, divenendo «una pretesa di libertà in senso attivo, non libertà da ma libertà di, che è quella di valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere». In questo senso, T.E. FROSINI, *Internet e democrazia* cit., pagg. 657 ss., secondo cui uno dei principali «meriti» di Internet consiste nella valorizzazione della libertà dell'individuo e, soprattutto, della sua libertà di espressione. Libertà di espressione che, dunque, non può non essere adeguatamente considerata in un bilanciamento con il diritto all'oblio. Cfr. anche, in lingua spagnola, ID., *Internet y democracia*, in *EJPLT*, 2019, fasc. 2, pagg. 1 ss.

¹⁸⁵ In generale, per un approccio anche di tipo filosofico sul diritto all'oblio nell'era digitale, cfr. V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. Il diritto all'oblio nell'era digitale*, trad. it., Milano, Egea, 2016. L'A. (pagg. 88 ss.) individua le principali caratteristiche del ricordo digitale, che contribuiscono a definire a contrario anche il diritto all'oblio di tali ricordi, nell'accessibilità e nella durevolezza delle informazioni personali, che non consente agli esseri umani di sfuggire al loro passato, nonché nell'universalità: chiunque, infatti, può entrare in possesso di informazioni su di una data persona a partire da database differenti. Una delle soluzioni proposte dall'A. per garantire l'oblio dei ricordi digitali sarebbe imporre una data di scadenza per le informazioni. L'obiettivo dichiarato sarebbe quello di «ribaltare la norma: da conservare (le informazioni) per sempre a cancellarle dopo un certo periodo» (pag. 175). La soluzione proposta dall'A. non presenterebbe particolari difficoltà di tipo tecnico ma è da ritenere, in definitiva, non condivisibile perché comprimerebbe eccessivamente il diritto all'informazione e priverebbe Internet della sua funzione di miniera del sapere umano.

diritto inviolabile. Al diritto all'oblio tradizionalmente inteso, legato al concetto di carta stampata e ancora oggi all'attenzione della giurisprudenza ai massimi livelli¹⁸⁶, si è affiancato un diritto all'oblio 2.0, legato al mondo del *web* e che necessita di essere opportunamente distinto dal primo anche a livello sistematico. Abbiamo, dunque, un “diritto all'oblio *online*”¹⁸⁷ diverso dal “diritto all'oblio *offline*” fino a quel momento conosciuto e studiato.

¹⁸⁶ Dell'argomento si è occupata, molto di recente e ai massimi livelli, proprio la Corte di Cassazione con la già citata sentenza delle Sezioni Unite pubblicata nel luglio 2019 (Cass. Civ., Sez. Un., 22 luglio 2019, n. 19681). La sentenza, come si è avuto modo di chiarire, ha ad oggetto il difficile bilanciamento tra il diritto all'oblio (nella fattispecie consistente nella ripubblicazione dei dati personali di un omicida 27 anni dopo la commissione del reato) e il diritto alla rievocazione storica. La sentenza, espressamente riferita al diritto all'oblio tradizionalmente inteso e, quindi, alla ripubblicazione di un articolo su carta stampata e non al diritto all'oblio in relazione a Internet: sono le stesse Sezioni Unite, infatti, a precisare che dal caso in esame rimane «*escluso ogni collegamento con i problemi posti dalla moderna tecnologia e dall'uso della rete internet. Si tratta cioè dell'ipotesi in cui non si discute della legittimità della pubblicazione, quanto, invece, della legittimità della ripubblicazione di quanto è stato già a suo tempo diffuso senza contestazioni*». Pur riferendosi espressamente ed esclusivamente al diritto all'oblio inteso in senso classico, la sentenza offre comunque significativi spunti di riflessione. Infatti, ad esito di un lungo percorso argomentativo che ricostruisce la “storia” giurisprudenziale del diritto all'oblio, le Sezioni Unite hanno chiarito che il giudice di merito «*ha il compito di valutare l'interesse pubblico, concreto ed attuale alla menzione degli elementi identificativi delle persone che di quei fatti e di quelle vicende furono protagonisti. Tale menzione deve ritenersi lecita solo nell'ipotesi in cui si riferisca a personaggi che estino nel momento presente l'interesse della collettività, sia per ragioni di notorietà che per il ruolo pubblico rivestito; in caso contrario, prevale il diritto degli interessati alla riservatezza rispetto ad avvenimenti del passato che li feriscano nella dignità e nell'onore e dei quali si sia ormai spenta la memoria collettiva*». Dunque, se nel caso di Vittorio Emanuele di Savoia, il diritto alla rievocazione storica prevale sul contrapposto interesse alla riservatezza e all'oblio, stanti l'evidente notorietà pubblica del soggetto e il conseguente interesse della collettività, d'altra parte non sarà giustificata la rievocazione storica nel caso in cui il protagonista del reato non sia un personaggio noto o che non vi siano motivi per un rinnovato interesse pubblico (ciò a maggior ragione quando, come nel caso di specie, siano trascorsi molti anni dalla commissione del reato e il reo abbia scontato la sua pena). Tutte queste considerazioni, sia pure espressamente non riferite al diritto all'oblio in Internet, possono certamente valere, *mutatis mutandis*, anche per il diritto all'oblio “*online*”, potendo la notorietà della persona costituire anche in quel caso un valido parametro per decidere sulla legittimità delle richieste di oblio. Sull'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (Cass. civ., sez. 3^a, 5 novembre 2018, n. 28084) cfr. F. DI CIOMMO, *Oblio e cronaca: rimessa alle Sezioni Unite la definizione dei criteri di bilanciamento*, in *Corr. Giur.*, 2019, fasc. 1, pagg. 5 ss. Sulla sentenza delle Sezioni Unite si veda V. CUFFARO, *Una decisione assennata sul diritto all'oblio*, in *Corr. Giur.*, 2019, fasc. 10, pagg. 1195 ss.

¹⁸⁷ Nell'ambito dello stesso diritto all'oblio “*online*”, peraltro, dobbiamo distinguere due diverse ipotesi. Una prima situazione consistente nell'esigenza di contestualizzare una notizia reperibile in rete e legittimamente pubblicata anni prima, aggiornandola al contesto attuale (questa era la fattispecie all'esame della Corte di Cassazione nella controversia decisa con sentenza n. 5525 del 2012). Diverso è, invece, il caso in cui l'interessato fa valere il diritto alla cancellazione dei dati ovvero, per quanto riguarda i motori di ricerca, alla deindicizzazione (queste ultime sono le ipotesi considerate nel caso *Google Spain* e su cui ci si concentrerà maggiormente anche in questa sede).

La rivoluzione di Internet, come è noto a tutti, ha investito ogni settore della vita sociale e, di conseguenza, ha profondamente mutato anche il volto del diritto, che ai mutamenti della società deve inevitabilmente reagire¹⁸⁸.

La stessa struttura di Internet dà vita a un mondo in cui l'immagazzinamento di dati e di informazioni non conosce confini e non conosce obsolescenza¹⁸⁹: una notizia di dieci, venti, trenta anni fa, infatti, potrà essere sempre agevolmente richiamata e rievocata nel mondo del *web*, specialmente se indicizzata in un motore di ricerca¹⁹⁰ come Google, rendendo molto più

¹⁸⁸ In tal senso è esemplificativo il brocardo *ubi societas ibi ius*. Su queste tematiche sia consentito rinviare a A. IANNOTTI DELLA VALLE, *L'età digitale come "età dei diritti"* cit.

¹⁸⁹ Sul punto, T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet* cit., pag. 117, ha già sottolineato come «il diritto all'oblio, generato dalla giurisprudenza e consolidato dalla legislazione, ha dovuto fare i conti con Internet, la "rete delle reti", dove tutto ciò che è stato inserito nel web rimane come una memoria illimitata e senza tempo, ovvero un deposito di dati di dimensioni globali». La stessa Corte di Cassazione, peraltro, in una nota pronuncia del 2012, aveva osservato che Internet «è dotato di una memoria illimitata e senza tempo, emblematico essendo al riguardo il comune riferimento al "mare di internet", all'"oceano di memoria" in cui gli internauti "navigano". La memoria della rete internet non è un archivio, ma un deposito di archivi. Nella rete internet le informazioni non sono in realtà organizzate e strutturate, ma risultano isolate, poste tutte al medesimo livello ("appiattite"), senza una valutazione del relativo peso, e prive di contestualizzazione, prive di collegamento con altre informazioni pubblicate» (Cass. civ., sez. 3^a, 5 aprile 2012, n. 5525). Dunque, come correttamente rilevato da F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione, diritto di limitazione del trattamento e diritto all'oblio*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2019, pag. 373, «la grande rilevanza assunta negli ultimi anni dal diritto all'oblio si deve principalmente al fatto che in Internet ogni materiale – notizia, prodotto editoriale o semplice dato – che viene pubblicato per la prima volta da qualcuno, in un certo sito e tramite un certo server, non solo resta in Rete sostanzialmente per sempre e viene copiato, anche in automatico, da o in svariati altri siti e/o server, ma soprattutto, attraverso i motori di ricerca, può essere rinvenuto in qualsiasi momento da chiunque in modo semplice ed immediato».

¹⁹⁰ Se è vero che digitando un URL è possibile accedere al "sito" richiesto ed ottenerne le informazioni contenute e che poi dalla prima pagina raggiunta è possibile "spostarsi" sulle successive mediante *hyper-link* è anche vero che gli utenti "poco professionali" (che oggi rappresentano la grandissima maggioranza e che hanno determinato il successo planetario di Internet) non sarebbero in grado di farlo. Per sopperire a questi problemi si diffusero in un primo tempo i "portali" cioè siti di cui è facile ricordare l'URL (es. www.tiscali.it) partendo dai quali si possono raggiungere "molte" informazioni e, successivamente, i "motori di ricerca", spesso impostati nei *browser* come "home page".

Oggi moltissimi *browser*, quando si attivano sui nostri dispositivi (PC, telefonino, tablet, ecc.), ci "portano" direttamente al sito "<https://www.google.com>" da cui siamo soliti iniziare le nostre ricerche. I "motori di ricerca" disponibili sono tantissimi ma un ruolo centrale sul mercato è detenuto da *Google Search*. Infatti, *Google Search* è un "web search engine" sviluppato da Google Inc. nel 1997 e oggi detiene il 92.04% di "market share" (settembre 2021), vale a dire una posizione di quasi monopolio. A tal proposito, T.E. FROSINI, *Internet e democrazia* cit., pag. 670, rileva come tale posizione di quasi monopolio metta in evidenza «un serio problema di privazione della libera concorrenza, che limita l'essenza della democrazia liberale, attraverso lo "abuso di posizione dominante" e la "dipendenza economica"». L'A., sottolinea, peraltro, come ciò implichi non solo un problema di *antitrust* ma anche un problema di tutela dei diritti e di libera circolazione delle idee:

difficile – se non in certi casi impossibile – “essere dimenticati”¹⁹¹. Eppure, “essere dimenticati” assume un rilievo fondamentale per l’individuo che, se ha commesso un fatto, ha diritto a non essere ricordato per quel fatto per tutta la vita, ignorando tutta la sua successiva crescita umana e sociale, nonché il suo eventuale reinserimento a seguito dell’espiazione di una pena.

D’altra parte, sarebbe sbagliato guardare a questo tipo di progresso esclusivamente in ottica negativa: le illimitate possibilità nel reperimento delle informazioni offerte oggi dal *web* costituiscono la realizzazione del sogno di “centomila” biblioteche disponibili a portata di *click*, dal proprio computer o addirittura dal proprio *smartphone*, in ogni momento: la conoscenza dell’umanità resa accessibile a tutti, ovunque ci si trovi.

Il duplice profilo, negativo e positivo, derivante dalla illimitata capacità di Internet di memorizzare dati ci fa subito comprendere quanta attenzione occorra dedicare alla tutela del diritto all’oblio nell’era digitale e del

in effetti, come si osserva, «dall’angolazione democratica [...] si possono temere rischi di un potentato economico così forte da condizionare non solo e non tanto il mercato economico ma piuttosto anche il mercato delle idee. Che potrebbe essere condizionato dalle scelte imposte dalle grandi aziende di Internet, che sarebbero mirate anche al raggiungimento di un sistema più favorevole ai propri interessi economici. È auspicabile, quindi, una maggiore concorrenza nel comparto dell’Internet, consentendo ad altri soggetti di entrare nel mercato senza rischiare di essere compressi dalle grandi imprese, che operano come se fossero in regime monopolista. [...] Ampliare, allargare, espandere l’offerta di e su Internet, per intensificare il pluralismo delle informazioni, delle opinioni, delle idee. Anche così si potrà consolidare Internet quale strumento al servizio della democrazia e della libertà».

¹⁹¹ In relazione alla carta stampata, la tematica del diritto all’oblio poteva essere sollevata soltanto allorché fosse occorsa una nuova pubblicazione, sempre su carta stampata, di una notizia già in passato legittimamente pubblicata: il *discrimen* tra la legittimità della pubblicazione originaria e l’illegittimità della pubblicazione successiva sarebbe stato dato dal fattore tempo, vero e proprio elemento caratterizzante del diritto all’oblio. Nell’era digitale, invece, come si è evidenziato, «non è più possibile considerare esclusivamente il caso della ripubblicazione della notizia o della rievocazione mediante una riproduzione cinematografica, avendo Internet mutato tale temporalità generando “un tempo sempre presente”. il ciclo della carta, riferibile soprattutto alle notizie pubblicate sui quotidiani, che veniva dimenticata e per lo più distrutta l’indomani, consentiva la dimenticanza del fatto di cronaca del giorno a seguito del trascorrere di un breve periodo di tempo, ponendo il problema della legittimità di un nuovo pubblico ricordo di quel fatto solo al momento di una nuova pubblicazione, di una nuova diffusione della notizia dimenticata. Il digitale e Internet hanno riproposto la problematica dell’esistenza e della tutelabilità del diritto dell’individuo ad essere dimenticato in termini nuovi, scardinando i precedenti riferimenti normativi e travolgendo le stesse definizioni di “diritto all’oblio” che i giuristi avevano elaborato, imperniate sulla ripubblicazione» (così S. MARTINELLI, *Diritto all’oblio e motori di ricerca. Memoria e privacy nell’era digitale*, Milano, Giuffrè, 2017, pag. 87).

contrapposto diritto all'informazione¹⁹²: da un lato, per garantire agli individui di riappropriarsi dei propri dati, quando ne abbiano diritto, per evitare di restare indeterminatamente esposti alla divulgazione di notizie non più attuali¹⁹³; dall'altro, per evitare di privare indiscriminatamente l'umanità di un formidabile strumento di conoscenza e di informazione¹⁹⁴.

Lo studio del diritto all'oblio nell'era digitale, dunque, pone una sfida impegnativa ai giuristi, per certi versi emblematica di una delle più grandi problematiche dell'era digitale in senso ampio: la tutela dei diritti fondamentali del singolo¹⁹⁵, che rischia di essere travolta dal mondo di

¹⁹² Il diritto all'informazione, d'altra parte, vive di nuova luce in un mondo digitale che va verso la tendenziale illimitata accessibilità delle informazioni. Una limitazione di tale accessibilità, dunque, si tradurrebbe in una limitazione del diritto all'informazione, che gode della copertura costituzionale dell'art. 21, nonché della stessa libertà informatica, per come questa è stata tratteggiata in dottrina. Basti pensare che la stessa libertà informatica è stata inquadrata come diritto di informarsi e di essere informati (in questo senso, T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet* cit., pag. 58). Sulla dottrina della libertà informatica, originariamente teorizzata da V. FROSINI, *La protezione della riservatezza* cit., pagg. 37 ss., anche con specifico riferimento a Internet in ID., *L'orizzonte giuridico* cit., pagg. 271 ss., si rinvia alla precedente nota 17.

¹⁹³ Va considerato come il diritto all'oblio non sia tanto un diritto "contro" la memoria o la memoria sociale, bensì "contro" l'automatismo della memoria in Internet, "contro" quella che viene definita «*remembrance by default*»: in questi termini G. CINTRA GUIMARÃES, *Global technology and legal theory* cit., 2019, pag. 154, secondo cui: «*this is not exactly a right against memory, or against social memory. It is a right against automatic remembrance, against this new sort of "remembrance by default"*».

¹⁹⁴ È anche opportuno considerare, come già rilevato dalla più attenta dottrina, come «*la libera circolazione delle informazioni può produrre la formazione di una coscienza civile e politica più avvertita con un richiamo non più episodico agli interessi e alla capacità di giudizio del singolo cittadino*» (così T.E. FROSINI, *Internet e democrazia* cit., pag. 663). In questo senso, dunque, Internet può contribuire al rafforzamento della democrazia. Dunque, per quanto interessa in questa sede, la tutela del diritto all'oblio non dovrà mai andare a scapito del contrapposto diritto all'informazione, che costituisce uno degli strumenti attraverso cui si esplica il funzionamento della democrazia nell'era digitale.

¹⁹⁵ Occorre ricordare, alla luce dei dati pubblicati dalla stessa Google (all'indirizzo https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=en_GB) come, al 5 febbraio 2020, l'89,5% delle richieste di deindicizzazione provenga da singoli individui.

Internet¹⁹⁶, contrapposta alla tutela dei diritti della collettività, che da quella stessa rete Internet trae enormi benefici¹⁹⁷.

Il bilanciamento non potrà e non dovrà pendere con decisione da una parte o dall'altra ma dovrà necessariamente prendere in considerazione ogni possibile sfumatura. Non senza considerare che quello che può apparire “semplice” agli occhi di un giurista, nella lettura di una norma o di una sentenza, può nascondere altre significative (talvolta inimmaginabili)

¹⁹⁶ Sia consentito rinviare, su queste tematiche, alla più ampia trattazione contenuta in A. IANNOTTI DELLA VALLE, *op. ult. loc. cit.* In merito all'avanzata della *soft law*, stante l'incapacità dell'*hard law* di tenere il passo dei progressi tecnologici, si veda anche T.E. FROSINI, *Le declinazioni del governare* cit., pag. 81, che segnala come la forza della legge statale «risulta significativamente indebolita dall'incapacità di regolare la complessità del reale e le continue trasformazioni dei processi sociali e tecnologici. E quindi in buona parte sostituita da altri modi di normare, dalla *soft law* al diritto dei privati»; si veda anche ID., *Rappresentanza e legislazione* cit., pag. 296, che osserva come «il baricentro della produzione giuridica si sta spostando sui regimi privati [...]». In questo senso, dunque, il diritto di Internet rischia di divenire il diritto “di” Google. Sulla sfuggevolezza di Internet alla regolamentazione statale e, più in generale, sulla necessità di un diritto transnazionale per la disciplina di «ambiti settoriali che, per la loro natura transnazionale, né lo Stato né l'ordinamento internazionale sono in grado di regolare», cfr. S. SASSI, *Diritto transnazionale* cit., pagg. 56 ss.; con più specifico riferimento alla materia della protezione dei dati personali e alla necessità di una sua disciplina transnazionale, cfr. i contributi contenuti nel volume G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai “safe harbour principles” al “privacy shield”*, Roma, Roma Tre-Press, 2016; ancora in merito alla necessità di una disciplina transnazionale in materia cfr. G. CINTRA GUIMARÃES, *Global technology* cit., pag. 171, secondo cui «what is certain is that privacy risks posed by the activities of companies like Google to European citizens are global or transnational in nature. They present constitutional (or transconstitutional) problems related to the enforcement of fundamental rights recognized at the supranational level – rights that, according to international standards, are valid “online”, as well as “offline” – against global flows of data controlled mainly by transnational corporations and available on “bulk demand” to the intelligence services of multiple nation states, especially the US. Therefore, the protection of privacy must also be articulated transnationally (or transconstitutionally)». Da ultimo, A. GATTI, *Istituzioni e anarchia nella Rete* cit., pagg. 711 ss., mette in relazione la crisi della sovranità statale con il fenomeno, per sua natura acefalo, di Internet: «È sulla dimensione digitale che, forse per la prima volta, un fenomeno del tutto nuovo, frutto dell'evoluzione tecnologica, recide il nucleo del principio di trasmissibilità, anche indiretta, del potere. Si tratta della nascita di uno spazio virtuale dove l'informazione diviene bene immateriale che circola in modo globalizzato, inter-attivo e onnicentrico e dove le pretese di sovranità statale si stemperano per via delle difficoltà di esercitarla di fatto».

¹⁹⁷ Si richiama ancora la significativa affermazione di Tim Berners-Lee: «to be offline today is to be excluded from opportunities to learn and earn, to access valuable services, and to participate in democratic debate. If we do not invest seriously in closing this gap, the last billion will not be connected until 2042. That's an entire generation left behind» (così T. BERNERS-LEE, *The web is under threat* cit.). Essere fuori da Internet, oggi, rischia di significare di perdere opportunità di comunicazione, di crescita e di apprendimento, di confronto e di manifestazione del pensiero, di accesso ai servizi della pubblica amministrazione, di partecipazione al dibattito democratico, di accesso ai sistemi di *e-commerce*, e via dicendo: essere fuori da Internet, negli anni a venire, potrebbe significare sempre più essere fuori dal mondo. Anche per questo, tra i “diritti nuovi”, il diritto di accesso alla rete Internet sta acquisendo un sempre maggior rilievo. Su questi temi sia consentito rinviare alla più ampia trattazione contenuta in A. IANNOTTI DELLA VALLE, *op. ult. loc. cit.*

problematiche alla luce della tecnologia che c'è dietro quelle parole. Agli interpreti è, dunque, riservato il delicato compito di effettuare un bilanciamento tra diritti tutti meritevoli di tutela senza mai dimenticare la tecnologia che è necessaria per realizzare concretamente detto bilanciamento. Un compito, questo, che finora non è sempre stato adeguatamente svolto dal legislatore e nelle più significative decisioni sul tema, ivi compresa la recente sentenza Google/CNIL del 2019.

Che il diritto all'oblio stia vivendo una mutazione ontologica, nello spostarsi da una dimensione *offline* a una dimensione *online*, è dimostrato dalle statistiche rese pubbliche dalla stessa Google¹⁹⁸.

Per quanto riguarda le categorie di siti *web* di cui viene richiesta la deindicizzazione, le richieste pervenute a Google in materia di diritto all'oblio appartengano ormai soltanto nella misura del 18,5% alla categoria dei siti di notizie, laddove i quotidiani cartacei costituivano l'ambito d'elezione del diritto all'oblio tradizionalmente inteso.

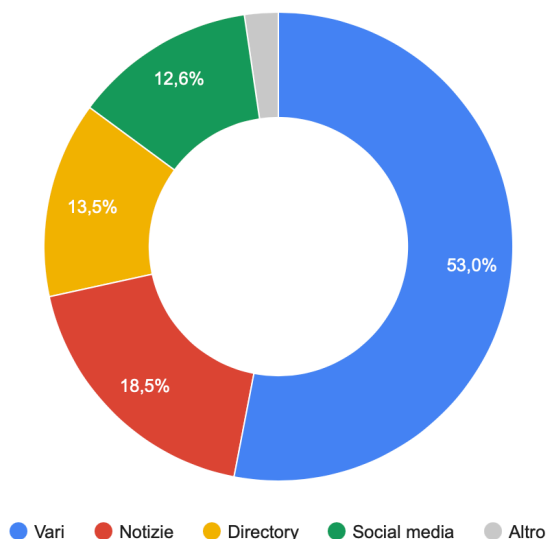


Grafico n. 5: categorie di siti di cui è stata richiesta la deindicizzazione dal 20.1.2016 al 23.10.2021 (fonte Google.com)

¹⁹⁸ I dati, aggiornati al 23 ottobre 2021, sono stati tratti dalla pagina https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=en_GB, ove Google fornisce i dati costantemente aggiornati sulle richieste in materia di oblio.

Risulta in forte espansione, invece, l'incidenza dei *social network*, che, come categoria, si attesta già sul 12,6% delle richieste totali, superata di poco dai siti aggregatori di informazioni (cosiddetti siti *directory*).

Basti pensare che il dominio www.facebook.com costituisce, di gran lunga, il dominio cui appartiene la maggioranza delle richieste di deindicizzazione da *Google Search*: si tratta, infatti, di 73.109 richieste, di cui 29.267 accolte. Tra i primi dieci domini, peraltro, non possono non notarsi Twitter, YouTube, Google Plus e Instagram.

DOMINI CON MAGGIOR NUMERO DI DEINDICIZZAZIONI		
Domini	Rimozioni	Richieste
annuaire.118712.fr	32.083	37.269
www.facebook.com	29.267	73.109
twitter.com	26.220	56.914
groups.google.com	18.136	34.418
profileengine.com	11.567	13.429
plus.google.com	8.936	35.575
scontent.cdninstagram.com	8.305	13.979
mrkoll.se	8.194	11.023
pbs.twimg.com	8.134	18.632

Tabella n. 2: domini con maggior numero di deindicizzazioni da *Google Search*

Inoltre, le percentuali relative alle richieste di deindicizzazione, rispetto alle diverse categorie di contenuti, rivelano l'evoluzione di tendenza delle richieste rispetto alla tradizionale accezione di diritto all'oblio.

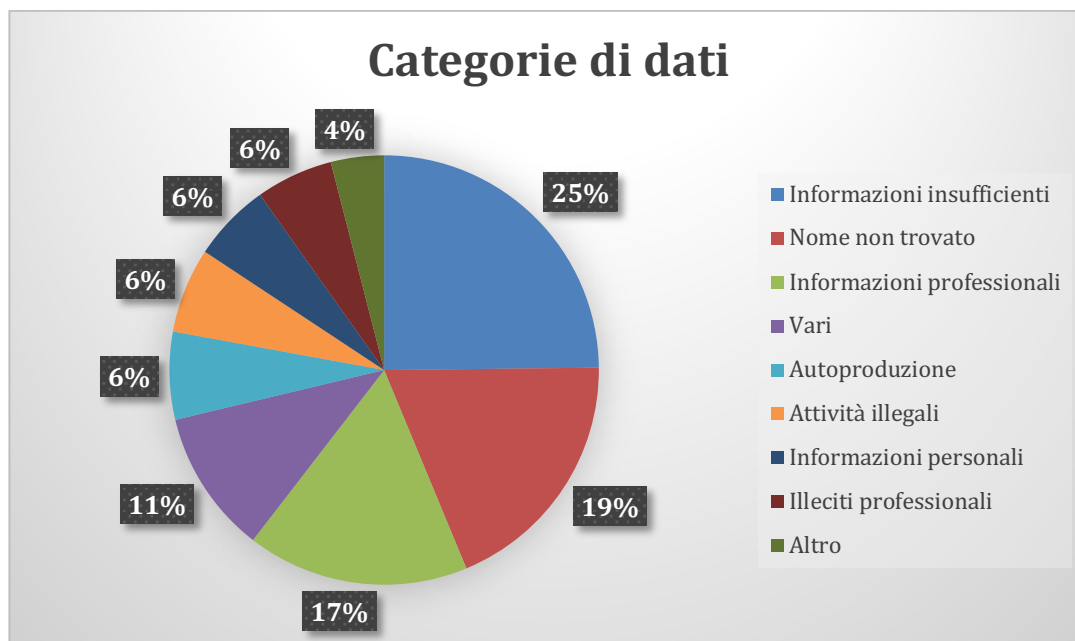


Grafico n. 6: categorie di dati di cui è stata richiesta la deindicizzazione dal 20.1.2016 al 23.10.2021

È significativo segnalare che soltanto il 6,4% delle richieste riguarda episodi criminali avvenuti nel passato (ipotesi, invece, centrale nei primi casi di oblio) e soltanto il 5,9% riguarda informazioni personali. Al contrario, in costante espansione risulta la categoria delle “informazioni insufficienti”, che costituisce l’oggetto del 24,8% delle richieste, e delle “informazioni professionali”, che costituisce il 16,7% delle richieste.

In definitiva, l’analisi sin qui svolta dimostra ulteriormente come, nel mondo di Internet, il diritto all’oblio stia “cambiando pelle”.

2. La sentenza *Google Spain* e il diritto all’oblio «preso sul serio»¹⁹⁹.

¹⁹⁹ L’espressione è quella celebre di R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* cit., fatta propria da T.E. FROSINI, *Google e il diritto all’oblio “preso sul serio”*, in *Dir. Inf.*, 2014, fasc. 4-5, pagg. 563 ss.

Nel 2014, la sentenza *Google Spain* della Corte di Giustizia dell'Unione europea²⁰⁰, resa nella causa C-131/12, dimostrò di “prendere sul serio” il diritto all'oblio²⁰¹, riportando l'attenzione sul fatto che i dati appartengono a noi e che possiamo tendenzialmente sempre riappropriarcene²⁰², al ricorrere

²⁰⁰ Numerosi sono i commenti alla sentenza *Google Spain*. *Ex multis*, si segnalano quelli contenuti in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio dopo la sentenza Google Spain*, Roma, Roma Tre-Press, 2015; nonché quelli contenuti nei fascicoli n. 4 e n. 5 della Rivista *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, interamente dedicata alla sentenza *Google Spain*, tra cui si segnalano T.E. FROSINI, *Google e il diritto all'oblio “preso sul serio”* cit.; O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in *Dir. Inf.*, 2014, fasc. 4-5, pagg. 569 ss.; S. SICA, V. D'ANTONIO, *La procedura di de-indicizzazione*, in *Dir. Inf.*, 2014, fasc. 4-5, pagg. 703 ss.; G.M. RICCIO, *Diritto all'oblio e responsabilità dei motori di ricerca*, in *Dir. Inf.*, 2014, fasc. 4-5, pagg. 753 ss.; con specifico riferimento agli aspetti penalistici, R. FLOR, *Dalla data retention al diritto all'oblio. Dalle paure orwelliane alla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia. Quali effetti per il sistema di giustizia penale e quali prospettive de jure condendo?*, in *Dir. Inf.*, 2014, fasc. 4-5, pagg. 775 ss.; con riguardo al ruolo delle Autorità Garanti all'indomani della sentenza della Corte di Giustizia, F. PIZZETTI, *Le Autorità Garanti per la Protezione dei Dati Personali e la sentenza della Corte di Giustizia sul caso Google Spain: è tempo di far cadere il “velo di Maya”*, in *Dir. Inf.*, fasc. 4-5, pagg. 805 ss. Per una lettura della sentenza inserita nel quadro del diritto eurounitario in quel momento vigente, e quindi alla Direttiva 95/46/CE, cfr. F. MELIS, *Il diritto all'oblio e i motori di ricerca nel diritto europeo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015, fasc. 2, pagg. 171 ss. Sulla sentenza *Google Spain* ancora rilevanti sono i contributi di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete: traversie dell'informazione ai tempi di Google*, in *Nuovi Quaderni del Foro Italiano*, 2014, fasc. 1; G. SCORZA, *Corte di giustizia e diritto all'oblio: una sentenza che non convince*, in *Corr. giur.*, 2014, 12, pagg. 1473 ss.; G. FINOCCHIARO, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems*, in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali* cit., pagg. 134 ss. Ampio spazio alla sentenza è dedicato anche da S. MARTINELLI, *Diritto all'oblio e motori di ricerca* cit., pagg. 125-192. Dello stesso A., con specifico riferimento al bilanciamento dei diritti e degli interessi coinvolti nonché alle problematiche poste dalla deindicizzazione, all'indomani della sentenza *Google Spain* e alla luce di alcune significative pronunce del Garante per la protezione dei dati personali italiano, ID., *Diritto all'oblio e motori di ricerca: il bilanciamento tra memoria e oblio in Internet e le problematiche poste dalla de-indicizzazione*, in *Dir. Inf.*, 2017, fasc. 3, pagg. 565 ss. Nella letteratura spagnola, tra i commenti alla decisione *Google Spain*, cfr. A. RALLO, *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

²⁰¹ In questo senso T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet* cit., pag. 125, ha sottolineato che la decisione è «di sicura importanza e, piaccia o no, segna uno spartiacque nel digital right to privacy. Perché impone ai motori di ricerca, a partire da Google, l'applicazione della normativa europea sulla protezione dei dati personali, valorizzando oltremodo il cd. diritto all'oblio». Tali considerazioni erano state originariamente pubblicate in T.E. FROSINI, *Google e il diritto all'oblio* cit., pagg. 563 ss.; dello stesso A. e sullo stesso tema cfr. anche T.E. FROSINI, *Diritto all'oblio e Internet*, in *Federalismi.it*, 2014, Focus TMT, fasc. 1, nonché, più di recente e con maggiori dettagli anche il più recente contributo ID., *La tutela dei dati e il diritto all'oblio*, in *Rassegna parlamentare*, 2018, fasc. 4, pagg. 497 ss.

²⁰² La dottrina aveva già definito il diritto all'oblio come «pretesa a riappropriarsi della propria storia personale» (così C. CHIOLA, *Appunti sul c.d. diritto all'oblio e la tutela dei dati personali*, in *Percorsi Costituzionali*, 2010, fasc. 1, pag. 39) nonché come «mezzo per ricostruire la dimensione sociale dell'individuo, evitando che la vita passata possa costituire un ostacolo per la vita presente» (in questi termini, M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio* cit., pag. 121). Sembrerebbe che, nella sentenza *Google Spain*, ci sia un po' di tutte queste definizioni, che trovano attuazione con riferimento al mondo digitale e ai motori di ricerca.

di determinate condizioni²⁰³. Un vero e proprio diritto soggettivo²⁰⁴ a essere dimenticati attuato mediante l'obbligo di deindicizzazione di una determinata informazione da parte del gestore di un motore di ricerca, a richiesta dell'interessato e solo in determinati casi²⁰⁵. Infatti, dal momento che un'informazione circola davvero in rete proprio grazie alla sua indicizzazione, soltanto la deindicizzazione avrebbe potuto garantire realmente il diritto all'oblio, al di là della cancellazione dell'informazione dal sito fonte²⁰⁶.

²⁰³ In particolare, ad avviso della Corte di Giustizia, il trattamento dei dati può risultare illegittimo se i dati siano inesatti, inadeguati, non pertinenti o eccessivi rispetto alle finalità del trattamento (in tal modo violando l'art 12, lett. b), della Direttiva 95/46/CE), o ancora quando i dati risultino non aggiornati ovvero siano stati conservati per un arco di tempo superiore a quello necessario, «*a meno che la loro conservazione non si imponga per motivi storici, statistici o scientifici*».

²⁰⁴ In questi termini, G.M. RICCIO, *op. cit.*, pag. 753.

²⁰⁵ È opportuno ricordare che l'accezione del diritto all'oblio inteso come diritto alla deindicizzazione, affermata nella sentenza *Google Spain*, ha trovato accoglimento anche nell'art. 11 della Dichiarazione dei diritti in Internet, secondo cui «*ogni persona ha diritto di ottenere la cancellazione dagli indici dei motori di ricerca dei riferimenti ad informazioni, che, per il loro contenuto o per il tempo trascorso dal momento della loro raccolta, non abbiano più rilevanza pubblica*». La Dichiarazione, pur non avendo un vero e proprio valore giuridico, non essendo stata recepita a livello legislativo, ha un importante valore simbolico: il testo, infatti, è stato elaborato dalla Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet a seguito della consultazione pubblica, delle audizioni svolte e della riunione della stessa Commissione del 14 luglio 2015.

²⁰⁶ Correttamente si è rilevato che «*non basta riconoscere all'interessato il diritto di pretendere la cancellazione dei dati nei confronti del titolare del singolo trattamento per risolvere il problema e, dunque, tutelare effettivamente l'interesse protetto, giacché quanto meno, a tal fine, è necessario che il diritto a chiedere la deindicizzazione sia considerato ricompreso nel diritto alla cancellazione*» (così F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione cit.*, pag. 373).

D'altra parte, assumendo questa direzione, la pronuncia evidentemente sfavorevole oltremodo Google²⁰⁷ e lo fece con un impianto argomentativo²⁰⁸

²⁰⁷ Anche per questo motivo la sentenza *Google Spain* ricevette grossa enfasi e un'accoglienza molto negativa nella nazione di Google, gli Stati Uniti d'America, pure a livello mediatico. Si pensi all'intervento, apparso sul *New York Times*, J. ZITTRAIN, *Don't force Google to "forget"*, in *New York Times*, 14 maggio 2014, anche online all'indirizzo www.nytimes.com/2014/05/15/opinion/dont-force-google-to-forget.html. In tale articolo il riconoscimento del diritto all'oblio da parte della Corte di Giustizia veniva considerato in termini estremamente severi e giudicato quale una forma di censura, che negli Stati Uniti sarebbe stata considerata addirittura incostituzionale: «*This is a form of censorship, one that would most likely be unconstitutional if attempted in the United States*». In un altro passaggio del medesimo articolo, peraltro, la decisione veniva ad essere criticata per l'eccessivo ruolo "creativo" della Corte, necessitando una simile materia di una regolamentazione da parte del legislatore: «*How an individual's reputation is protected online is too important and subtle a policy matter to be legislated by a high court, which is institutionally mismatched to the evolving intricacies of the online world*». Sulla circostanza che il diritto all'oblio sia avvertito come diritto fondamentale essenzialmente dall'Unione europea, cfr. anche G. CINTRA GUIMARÃES, *Global technology* cit., pag. 170, che osserva: «*the right to be forgotten [...] is a European invention. It does not necessarily match international human rights standards, not to mention the multiple national constitutional standards of different nation states outside Europe*». Sulla diversa concezione della protezione dei dati personali in Europa e negli Stati Uniti, cfr. G. SARTOR, M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google e i rapporti regolatori USA/EU*, in *Dir. Inf.*, 2014, fasc. 4-5, pagg. 657 ss., ove si rileva che «*l'evoluzione delle norme sociali e dei valori giuridici ha fatto sì che in Europa l'idea della privacy si collegasse a quella della dignità [...] Negli Stati Uniti invece, l'idea di privacy è rimasta prevalentemente incentrata sulla tutela dello spazio vitale dell'individuo, circoscritto dalla sua persona e proprietà, rispetto alle intrusioni da parte dello Stato, tanto nella raccolta d'informazioni quanto nella limitazione della libertà di scelta [...] In particolare, l'assoluta preminenza della libertà di espressione (freedom of speech) negli Stati Uniti limita l'ambito della protezione della privacy rispetto alla pubblicazione d'informazioni personali mediante ogni tipo di mezzi di comunicazione, Internet inclusa*». Per quanto specificamente interessa in questa sede, poi, gli stessi Autori rilevano che «*la preminenza della libertà di espressione preclude, nel diritto statunitense, ogni spazio per il diritto all'oblio su Internet: se un'informazione è stata legittimamente diffusa al pubblico, può continuare a essere distribuita, e può essere ripubblicata senza limiti. Quindi, mentre negli ordinamenti europei il diritto all'oblio rispetto a informazioni pregiudizievoli per l'interessato e non più attuali è variamente riconosciuto, negli Stati Uniti non c'è praticamente alcun limite alla pubblicazione di informazioni verose su eventi passati*». Dunque, in ragione dell'assoluta preminenza della libertà di espressione negli Stati Uniti, ben si comprende l'accoglienza a dir poco negativa ricevuta oltreoceano dalla sentenza *Google Spain*, letta non tanto in funzione di tutela dei diritti del singolo quanto come l'imposizione (eventualmente anche oltre i confini dell'Unione europea) di una compressione della libertà di espressione considerata inaccettabile. Con specifico riguardo alla sentenza *Google Spain*, infatti, gli Autori evidenziano: «*sembra indubbio che questa decisione contribuire ad accrescere il divario tra Europa e Stati Uniti in materia di protezione dei dati. Infatti, la costruzione della Corte sembra del tutto incompatibile con alcuni principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statunitense. Essa è in evidente conflitto con la libertà di parola garantita dalla costituzione statunitense: non solo la Corte afferma che la privacy può limitare la libertà di espressione, ma attribuisce alla prima un ruolo almeno presuntivamente prevalente sulla seconda. Inoltre, la tesi della Corte appare incompatibile con l'idea dell'immunità del provider rispetto alle informazioni prodotte da terzi, immunità conferita dal Communication Decency Act (CDA) statunitense e interpretata in modo assai esteso dai giudici americani*». Sui conflitti regolatori USA-UE in materia di protezione dei dati personali cfr. anche G. RESTA, *La sorveglianza elettronica di massa e il conflitto regolatorio USA/UE*, in *Dir. Inf.*, 2015, fasc. 4-5, pagg. 697 ss., il quale, con specifico riguardo alla sentenza *Google Spain*, afferma che essa costituisca, unitamente al GDPR, «*un vero e proprio atto di esercizio della "sovranità digitale"*» da parte dell'Unione europea, proprio a causa dell'estensione dell'ambito di applicazione della Direttiva 95/46.

talvolta fallace²⁰⁹, non solo non considerando quasi per nulla i profili “tecnologici” sottesi a una decisione di questa portata, ma non contemplando nemmeno adeguatamente il diritto all’informazione, che pure era centrale nelle conclusioni (di segno opposto) dell’avvocato generale²¹⁰. *Dulcis in fundo*, la pronuncia assegnava a Google una funzione che non dovrebbe esserle propria e che la stessa Google ha accettato malvolentieri²¹¹: quella di “giudice”²¹² sulle richieste in materia di diritto all’oblio, inteso come deindicizzazione.

Che la si critichi o la si apprezzi, la sentenza *Google Spain* ha costituito certamente una svolta epocale nella materia, destinata a divenire sempre più importante, della tutela dei diritti nell’era digitale e ha costituito una svolta specialmente per quanto riguarda quel diritto all’oblio 2.0, la cui esigenza nasce nel mondo di Internet e che la Corte ha contribuito a far emergere.

²⁰⁸ Più in generale, sullo stile argomentativo delle sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione europea, cfr. l’ampia trattazione di G. ALPA, *Comparazione e diritto straniero nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea*, in *Contratto e impresa*, 2016, fasc. 4-5, pagg. 879 ss.

²⁰⁹ L’impianto argomentativo della sentenza *Google Spain* è stato ampiamente criticato da O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio* cit., pagg. 569 ss., il quale metteva soprattutto in evidenza come non fosse stato adeguatamente svolto dalla Corte il bilanciamento con il diritto all’informazione, nonostante l’avvocato generale si soffermasse molto di più sul punto, per giungere a conclusioni difformi da quelle della Corte. Sullo stesso punto, critiche nei confronti della sentenza sono anche le considerazioni di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Dal diritto all’oblio* cit., pagg. 5 ss.

²¹⁰ Oltre a ribaltare le conclusioni dell’avvocato generale, la Corte di Giustizia aveva anche superato quanto affermato dall’*Article 29 Working Party*, secondo cui sarebbe possibile «un’attribuzione di responsabilità laddove intervenga un’influenza effettiva» e non, quindi, nel caso dei motori di ricerca come Google. Sul punto anche G.M. RICCIO, *op. ult. loc. cit.*; cfr. ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Opinion* 1/2008, in http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148_en.pdf.

²¹¹ Cfr. GOOGLE, *Come state implementando la recente decisione della Corte di giustizia dell’Unione europea (CGUE) relativa al diritto all’oblio?*, in <https://policies.google.com/faq?hl=it>: «Queste valutazioni sono complesse e, in quanto organizzazione privata, potremmo non essere nella posizione giusta per prendere decisioni in merito al tuo caso».

²¹² Cfr. G. CINTRA GUIMARÃES, *Global technology* cit., pag. 158, secondo cui, in ragione della sentenza, Google assumeva «the role of a “court of first instance”». Si deve rilevare come, ad avviso dell’A., la circostanza non sarebbe del tutto negativa: il ruolo di “Tribunale di primo grado” in materia di oblio svolto da Google consentirebbe, infatti, un incremento della convergenza, dell’uniformità e della ripetibilità delle decisioni in materia, aiutando a superare i particolarismi dei singoli Garanti *privacy* dei diversi Stati membri. L’attribuzione a Google di questo ruolo di “giudice”, tuttavia, è stata aspramente criticata in dottrina per altro genere di considerazioni, su cui si tornerà nel prosieguo, fin dalla pubblicazione della sentenza (cfr. O. POLLICINO, *Google rischia di “vestire” un ruolo para-costituzionale*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 maggio 2014).

Anche per questo, all'indomani della sentenza Google/CNIL del settembre 2019, è importante rileggere la sentenza *Google Spain*: non certo per interrogarsi sull'interpretazione della non più vigente Direttiva 95/46²¹³ ma per verificare cosa di quella svolta giurisprudenziale sia rimasto e cosa sia cambiato rispetto al 2014, in cosa la Corte di Giustizia abbia corretto il tiro e in cosa la tutela del diritto sia stata depotenziata. Ma occorre rileggere la sentenza anche per un'altra ragione: per verificare se, in fondo, il filo conduttore tra le due decisioni non sia la sostanziale indifferenza, al di là di qualche formula di stile e di qualche riferimento asciutto, alla tecnologia da cui originano le problematiche che occupano la Corte. A questo scopo, si rende opportuna, se non necessaria, «un'analisi [...] tecnologica»²¹⁴ della decisione.

²¹³ La Direttiva – ormai abrogata – è risalente a un periodo storico, il 1995, sia pure non lontanissimo nel tempo, del tutto imparagonabile ai tempi attuali in termini di sviluppo tecnologico: «un'epoca in cui Internet si riduceva a un fenomeno di nicchia» (così A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *op. ult. loc. cit.*), in cui quindi le problematiche giuridiche sottese al mondo della rete erano ben diverse da quelle attuali.

²¹⁴ Cfr. L. GATT, R. MONTANARI, I.A. CAGGIANO, *Consensus al trattamento dei dati personali cit.*, pag. 339. La prospettiva d'indagine suggerita dagli Autori, che si condivide anche nell'impostazione del presente lavoro, assume la denominazione di “analisi tecnologica del diritto”. In effetti, nel prossimo futuro, appare difficile poter prescindere da un angolo di visuale “tecnologico”, anche nell'analisi del diritto, senza dimenticare l'indispensabile interazione con gli specialisti di altre branche del sapere. Il ruolo sempre più significativo svolto dalla tecnologia nella nostra società, infatti, impone al diritto di occuparsi sempre più spesso di materie che riguardino espressamente o comunque sottendano l'utilizzo delle nuove tecnologie. Pertanto, un'analisi che ambisca ad essere davvero critica, sia con riguardo alla normativa sia con riguardo alla giurisprudenza, non potrà prescindere da una conoscenza della tecnologia che c'è dietro il diritto e che ha reso necessario l'intervento del diritto: in caso contrario, sarà anche impossibile verificare se il diritto abbia o meno raggiunto il suo scopo e ogni commento risulterebbe superfluo. In sostanza, come si è osservato, si va formando una nuova figura di giurista, quella del «giurista tecnologico [...] il cui compito è quello di farsi interprete delle trasformazioni che si stanno verificando nella società sulla base dello sviluppo della tecnologia, e dell'impatto che questa sta avendo sul diritto, sui diritti» (in questo senso, T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo cit.*, pag. 465; sul rinnovato ruolo del giurista nella “società tecnologica”, cfr. V. FROSINI, *Il giurista e le tecnologie cit.*, pagg. 9 ss.; ID., *The lawyer in technological society cit.*, pagg. 293 ss.). Sempre dal punto di vista metodologico, con specifico riguardo all'approccio dello studioso di diritto costituzionale, in dottrina si è valorizzata una «impostazione interdisciplinare», non per giustificare «indebiti sconfinamenti di campo» ma per «individuare gli snodi in cui il Diritto costituzionale può dare il proprio contributo analitico, nonché quelli in cui tale disciplina, per pervenire ad esiti ricostruttivi soddisfacenti, deve valorizzare gli apporti di altre scienze. Il diritto costituzionale risulterà servente rispetto ad altre discipline in alcuni casi, mentre in altri il rapporto si invertirà» (in questi termini, G. FERRAIUOLO, *Costituzione Federalismo Secessione. Un itinerario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pag. 15). A maggior ragione, dunque, in uno studio di diritto pubblico che ambisca a trattare di tematiche giuridiche connesse a Internet e alle nuove tecnologie, si impone un approfondimento di tipo interdisciplinare: pertanto, pur dall'angolo di visuale dello studioso pubblicista, l'analisi non può prescindere da una

Nel voler rileggere oggi la sentenza *Google Spain* è forse anche opportuno cominciare col riepilogarne le vicende, sia pure con la brevità che si impone per la narrazione di fatti ormai per lo più noti e già oggetto di innumerevoli approfondimenti. La vertenza, come è noto, traeva origine dal reclamo del sig. Costeja González, ormai per sempre celebre a dispetto delle sue aspirazioni²¹⁵, all'*Agencia Espanola de Proteccion de Datos* (AEPD) nei confronti della società *La Vanguardia Ediciones SL*, editrice di un quotidiano di larga diffusione in Catalogna, nonché nei confronti di *Google Spain* e Google Inc.

Da un lato, il sig. Costeja chiedeva che fosse ordinato a *La Vanguardia Ediciones* di sopprimere o modificare le pagine online del quotidiano *La Vanguardia* su cui appariva un annuncio, menzionante il suo nome, per una vendita all'asta di immobili connessa a un pignoramento effettuato per la riscossione coattiva di crediti previdenziali; dall'altro, il sig. Costeja chiedeva che fosse ordinato a *Google Spain* o a Google Inc. di eliminare o di occultare i suoi dati personali, in modo che cessassero di comparire tra i risultati di ricerca.

A sostegno della propria domanda di "oblio", il sig. Costeja sottolineava che il pignoramento era stato interamente definito da svariati anni e che la menzione dello stesso era ormai priva di qualsivoglia rilevanza.

conoscenza non solo di altre branche del diritto ma anche della tecnologia che impone l'intervento del diritto.

²¹⁵ L'aspetto paradossale della vicenda, che ha cristallizzato la fama mondiale del sig. Costeja in una pronuncia destinata a rimanere ben impressa nella memoria non solo dei giuristi di professione, è stato fin da subito messa in evidenza dai commentatori. A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio* cit., pag. 4, rilevano come, «secondo la logica del paradosso estremo, il suo nome e le sue vicende sono saliti sulla ribalta mediatica a livello planetario e, quantunque l'affaire venga etichettato nel database istituzionale come *Google Spain* e *Google Inc.*, saranno verosimilmente a lungo ricordati negli annali della giurisprudenza europea». Probabilmente, la difesa del sig. Costeja avrebbe dovuto chiedere fin dall'inizio (e, quindi, fin dal reclamo all'*Agencia Espanola de Proteccion de Datos*) l'oscuramento dei propri dati personali nelle pronunce pubblicate. In questo modo, invece, dal punto di vista personale, la "vittoria" giudiziaria del sig. Costeja ha rappresentato senza dubbio una "vittoria di Pirro", se la si spoglia del suo enorme significato simbolico.

La decisione dell'AEPD accoglieva solo in parte il reclamo del sig. Costeja, respingendo il reclamo nella parte in cui era diretto contro *La Vanguardia*. La pubblicazione della notizia dell'asta, infatti, costituiva un atto dovuto, essendo avvenuta per ordine del Ministero del Lavoro e degli Affari sociali e avendo lo scopo di conferire la massima pubblicità alla stessa vendita.

D'altra parte, però, il reclamo nei confronti di *Google Spain* e Google Inc. veniva accolto, dal momento che i gestori di motori di ricerca, ad avviso dell'Agenzia, effettuano un trattamento di dati personali per il quale sono responsabili, agendo come intermediari della società dell'informazione e dovendo quindi essere ritenuti assoggettati alla disciplina in materia di protezione dei dati personali.

Avverso questa decisione dell'Agenzia erano rivolti i due ricorsi separati di *Google Spain* e Google Inc. all'*Audiencia Nacional*, che ne disponeva la riunione.

L'*Audiencia Nacional* rilevava che la decisione sarebbe dipesa dalla definizione degli obblighi in capo ai motori di ricerca in materia di tutela dei dati personali e, dunque, dalla risoluzione, da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea, di alcune questioni pregiudiziali di interpretazione relative all'applicazione della direttiva 95/46 in materia di protezione dei dati personali rispetto alle nuove tecnologie.

Le questioni pregiudiziali erano raggruppate in tre filoni: il primo, riguardante l'ambito di applicazione territoriale della direttiva 95/46²¹⁶; il

²¹⁶ Il primo gruppo di questioni pregiudiziali risultava articolato in questo modo:
«1) Per quanto concerne l'ambito territoriale di applicazione della direttiva [95/46] e, di conseguenza, della normativa spagnola sulla protezione dei dati, si chiede:
a) Se debba ritenersi che esista uno "stabilimento" ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva [95/46], qualora ricorrano una o più delle seguenti circostanze:

secondo, riguardante l'attività dei motori di ricerca intesi quali fornitori di contenuti sempre ai sensi della direttiva 95/46²¹⁷, contenente anche quesiti relativi all'obbligo in capo ai motori di ricerca di provvedere direttamente alla cancellazione dei *link* verso pagine *web* pubblicate da terzi²¹⁸; il terzo

-
- *l'impresa che gestisce il motore di ricerca apre in uno Stato membro una succursale o una filiale destinata alla promozione e alla vendita degli spazi pubblicitari proposti dal motore di ricerca e l'attività della quale si dirige agli abitanti di tale Stato;*
 - *la società madre designa una filiale situata in tale Stato membro come suo rappresentante e responsabile del trattamento di due file specifici contenenti i dati dei clienti che hanno stipulato contratti con detta società per la fornitura di servizi pubblicitari;*
 - *la succursale o la filiale stabilita in uno Stato membro trasmette alla società madre, avente sede al di fuori dell'Unione europea, i reclami e le ingiunzioni che le vengono presentati tanto dalle persone interessate quanto dalle autorità competenti perché sia rispettato il diritto alla protezione dei dati, anche quando tale collaborazione abbia carattere volontario.*

b) *Se l'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), della direttiva [95/46] debba essere interpretato nel senso che si configura un "ricorso a strumenti situati nel territorio di detto Stato membro" qualora un motore di ricerca:*

- *utilizzi dei "web spiders" o dei crawler per localizzare e indicizzare le informazioni contenute in pagine web alloggiate su server situati in tale Stato membro*
- *utilizzi un nome di dominio proprio di uno Stato membro e indirizzi le ricerche e i risultati in funzione della lingua di tale Stato membro.*

c) *Se possa considerarsi come un ricorso a strumenti, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), della direttiva [95/46], la memorizzazione temporanea delle informazioni indicizzate dai motori di ricerca su Internet. In caso di risposta affermativa a quest'ultimo quesito, se si possa ritenere soddisfatto tale criterio di collegamento quando l'impresa si rifiuti di rivelare il luogo in cui archivia detti indici, adducendo ragioni di concorrenza.*

d) *A prescindere dalla risposta ai precedenti quesiti, e specialmente nel caso in cui la Corte ritenesse inapplicabili i criteri di collegamento previsti dall'articolo 4 della direttiva [95/46]. Se, alla luce dell'articolo 8 della [Carta], la direttiva [95/46] debba essere applicata nello Stato membro nel quale si trova il centro di gravità del conflitto e nel quale è possibile ottenere una tutela più efficace dei diritti dei cittadini dell'Unione (...).*

²¹⁷ Il secondo gruppo di quesiti era così articolato: «2) Per quanto concerne l'attività dei motori di ricerca quali fornitori di contenuti in relazione alla direttiva [95/46], si chiede:

a) *Riguardo all'attività [di Google Search] quale fornitore di contenuti, consistente nel localizzare le informazioni pubblicate o messe in rete da terzi, nell'indicizzarle in maniera automatica, nel memorizzarle temporaneamente e infine nel metterle a disposizione degli utenti di Internet secondo un determinato ordine di preferenza, qualora tali informazioni contengano dati personali di terzi: Se un'attività come quella descritta debba considerarsi rientrante nella nozione di "trattamento di dati" ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della direttiva [95/46].*

b) *In caso di risposta affermativa al quesito precedente, e sempre con riferimento ad un'attività come quella sopra descritta:*

Se l'articolo 2, lettera d), della direttiva [95/46] debba essere interpretato nel senso che la società che gestisce [Google Search] deve essere considerata "responsabile del trattamento" dei dati personali contenuti nelle pagine web da essa indicizzate».

²¹⁸ Le lettere c) e d) del secondo quesito chiedevano alla Corte di chiarire: «c) *In caso di risposta affermativa al quesito precedente:*

Se l'[AEPD], al fine di tutelare i diritti enunciati agli articoli 12, lettera b), e 14, [primo comma,] lettera a), della direttiva [95/46], possa ordinare direttamente [a Google Search] di rimuovere dai propri indici un'informazione pubblicata da terzi, senza rivolgersi previamente o simultaneamente al titolare della pagina web in cui è inserita tale informazione.

d) *In caso di risposta affermativa al quesito precedente:*

quesito, infine, riguardante la portata del diritto di cancellazione e/o opposizione al trattamento di dati in relazione al diritto all'oblio²¹⁹.

La Corte decideva di esaminare per prima la seconda questione pregiudiziale, ritenendo dirimente, per la risoluzione delle altre due, stabilire se l'attività di un motore di ricerca «*quale fornitore di contenuti*» dovesse essere qualificata come trattamento dei dati personali ai sensi dell'allora vigente art. 2, lett. b), Direttiva 95/46²²⁰, e, in tal caso, se il motore di ricerca dovesse essere considerato altresì «responsabile» del suddetto trattamento di dati personali. *Google Spain* e Google Inc. ritenevano che l'attività dei motori di ricerca non potesse essere qualificata quale trattamento dei dati, non operando essi una selezione tra i dati personali e le altre informazioni trattate; in ogni caso, poi, anche qualora di trattamento di dati si trattasse, per la difesa di Google mai si sarebbe potuto parlare di responsabilità del trattamento, dal momento che il motore di ricerca non ha conoscenza dei dati in questione e non esercita alcun controllo sugli stessi. Sul fronte opposto, il sig. Costeja González, la cui posizione era rafforzata dalle osservazioni presentate dai governi spagnolo, italiano, austriaco e polacco, nonché dalla stessa Commissione europea, affermava che l'attività in questione costituisse un trattamento di

Se i motori di ricerca siano sollevati dall'obbligo di rispettare i diritti di cui sopra qualora l'informazione contenente i dati personali sia stata lecitamente pubblicata da terzi e rimanga sulla pagina web di origine».

²¹⁹ In questi termini era posto, infine, l'ultimo quesito: «3) Per quanto concerne la portata del diritto di cancellazione e/o opposizione al trattamento di dati in relazione al diritto all'oblio, si chiede: Se si debba ritenere che i diritti di cancellazione e congelamento dei dati, disciplinati dall'articolo 12, lettera b), e il diritto di opposizione al loro trattamento, regolato dall'articolo 14, [primo comma,] lettera a), della direttiva [95/46], implicino che l'interessato può rivolgersi ai motori di ricerca per impedire l'indicizzazione delle informazioni riguardanti la sua persona pubblicate su pagine web di terzi, facendo valere la propria volontà che tali informazioni non siano conosciute dagli utenti di Internet, ove egli reputi che la loro divulgazione possa arrecargli pregiudizio o desideri che tali informazioni siano dimenticate, anche quando si tratti di informazioni pubblicate da terzi lecitamente».

²²⁰ L'art. 2, lett. b), Direttiva 95/46, definiva in questi termini il trattamento dei dati personali: «qualsiasi operazione o insieme di operazioni compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'elaborazione o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'impiego, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, nonché il congelamento, la cancellazione o la distruzione».

dati personali ai sensi della sopra menzionata direttiva e che vi fosse altresì una responsabilità del trattamento, essendo il gestore del motore di ricerca a determinare le finalità e gli strumenti del trattamento.

La Corte, come è noto, aderiva a questa seconda impostazione e, per farlo, muoveva da una serie di considerazioni.

Innanzitutto, la Corte, richiamando propria precedente giurisprudenza²²¹, evidenziava come l'operazione consistente nel far comparire su una pagina Internet dei dati personali andasse generalmente e per ciò solo considerata come un "trattamento"²²² nei sensi di cui alla più volte citata direttiva. D'altra parte, rilevava ancora la Corte, non è contestato che i dati trovati, indicizzati e memorizzati dai motori di ricerca costituiscano dati personali e, ancora, non è contestato che l'attività del motore di ricerca consista nel raccogliere i dati

²²¹ Cfr. CGUE, 6 novembre 2003, C-101/01, *Lindqvist*. In tale pronuncia, la Corte aveva, tra le altre cose, chiarito che «l'operazione consistente nel fare riferimento, in una pagina Internet, a diverse persone e nell'identificarle vuoi con il loro nome, vuoi con altri mezzi, ad esempio indicando il loro numero di telefono o informazioni relative alla loro situazione lavorativa e ai loro passatempi, costituisce un «trattamento di dati personali interamente o parzialmente automatizzato» ai sensi [...] della direttiva [...] 95/46/CE», non configurandosi nessuna ipotesi eccezionale. Ma è pure significativo come, nella stessa sentenza, la Corte abbia affermato che «non si configura un «trasferimento verso un paese terzo di dati» ai sensi dell'art. 25 della direttiva 95/46 allorché una persona che si trova in uno Stato membro inserisce in una pagina Internet - caricata presso una persona fisica o giuridica che ospita («web hosting» provider) il sito Internet nel quale la pagina può essere consultata e che è stabilita nello Stato stesso o in un altro Stato membro - dati personali, rendendoli così accessibili a chiunque si colleghi ad Internet, compresi coloro che si trovano in paesi terzi». Quest'ultimo punto viene evidenziato dalla dottrina più critica nei confronti della sentenza *Google Spain* per mettere in luce come la giurisprudenza precedente fosse «all'insegna della cautela e del bilanciamento tra interessi contrapposti». In particolare, la sentenza *Lindqvist* testimonierebbe «gli sforzi ermeneutici volti a contenere la portata espansiva insita in alcuni concetti chiave della direttiva 95/46/CE e la scelta di non assecondare i legislatori nazionali in alcune esasperazioni, pur animate dal desiderio di proteggere in maniera più intensa i diritti degli interessati» (entrambe le citazioni sono di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio* cit., pagg. 4-5). Sulla sentenza *Lindqvist* cfr. anche G. CINTRA GUIMARÃES, *Global technology* cit., pagg. 132-134, ove la si considera un precedente di *Google Spain*. Per l'A. «the case is interesting because it concerns the potential privacy harms stemming from the actions of ordinary citizens who publish information about their peers without the use of any particularly complex technology besides the setting up of a webpage».

²²² S. SICA, V. D'ANTONIO, *La procedura di de-indicizzazione* cit., pagg. 703 ss., hanno rilevato come la qualificazione dell'attività dei motori di ricerca in termini di trattamento dei dati personali costituisca «il momento fondativo dell'intera impostazione decisionale della sentenza». Infatti, come rilevano gli Autori, «la Corte di giustizia, con la qualificazione quale trattamento di dati personali delle operazioni di ricerca ed organizzazione dei risultati proposti dai gestori di search engine, pone le basi per l'applicabilità agli stessi dell'intero corpo disciplinare proprio della direttiva 95/46/CE ed, in particolare, dei meccanismi di esercizio dei diritti degli interessati previsti dalla normativa comunitaria».

che egli “estrae”, “registra”, “organizza”, “conserva”, “comunica”, “mette a disposizione”, tutte attività espressamente considerate quali “trattamento” secondo quanto era testualmente previsto al più volte citato art. 2, lett. b), Direttiva 95/46.

Per quanto riguarda l’individuazione del motore di ricerca quale “responsabile” del trattamento, l’argomentazione muoveva altresì da rilievi testuali e, quindi, dalla lettura dell’art. 2, lett. d), della Direttiva, che definiva il responsabile come «la persona fisica o giuridica, l’autorità pubblica, il servizio o qualsiasi altro organismo che, da solo o insieme ad altri, determina le finalità e gli strumenti del trattamento di dati personali». La Corte, in modo invero forse un po’ troppo semplicistico, affermava, dunque, che “responsabile” del trattamento sarebbe stato il motore di ricerca, dal momento che sarebbe stato questi a «determinare le finalità e gli strumenti di tale attività»²²³.

L’obiettivo era ben presto chiarito allorché la Corte precisava come fosse proprio l’aggregazione delle informazioni presenti sulla rete Internet sul conto di una persona, ad opera di un motore di ricerca, a consentire di tracciare un profilo più o meno dettagliato su quella persona, incidendo così, in modo significativo e in aggiunta rispetto all’attività del sito *web* fonte originaria dell’informazione, sui diritti fondamentali alla vita privata e alla protezione dei dati personali.

La comprensione dell’esigenza di protezione in capo ai singoli, derivante dalla diffusione di una notizia “a macchia d’olio” causata dall’indicizzazione

²²³ Affermava, infatti, la Corte che «sarebbe contrario non soltanto al chiaro tenore letterale di tale disposizione, ma anche alla sua finalità – consistente nel garantire, mediante un’ampia definizione della nozione di “responsabile”, una tutela efficace e completa delle persone interessate – il fatto di escludere dalla nozione di cui sopra il gestore di un motore di ricerca per il motivo che egli non esercita alcun controllo sui dati personali pubblicati sulle pagine web di terzi». Secondo G.M. RICCIO, *Diritto all’oblio* cit., pagg. 753 ss., mentre sembra corretto qualificare le attività compiute dai motori di ricerca come trattamento di dati personali, «è discutibile, invece, che il gestore di un motore di ricerca possa essere considerato responsabile (o titolare, se si utilizza la terminologia italiana) del trattamento di dati personali [...] pur in presenza di un processo automatizzato di ricerca e di una selezione volontaria dei contenuti».

della stessa su di un motore di ricerca, costituisce indubbiamente l'intuizione più significativa e condivisibile della Corte: in questo senso, il cuore della decisione *Google Spain* risulta essere la tutela del diritto all'oblio inteso come diritto alla deindicizzazione, ritenuto prevalente sul diritto all'informazione degli utenti e sugli interessi economici del gestore del motore di ricerca²²⁴.

È significativo che la sentenza parli di deindicizzazione molto più che di oblio²²⁵. Nel mondo del *web*, infatti, una notizia "esiste" in quanto è indicizzata su un motore di ricerca: una notizia che non sia indicizzata, al contrario, è destinata a scomparire nei meandri della rete e a causare così anche una minore (se non del tutto irrilevante) compressione dei diritti del singolo di cui tratta. È evidente allora, e in questo è corretta l'intuizione della Corte, che il rischio della compressione dei diritti fondamentali alla *privacy* e alla protezione dei dati personali emerge proprio in relazione all'attività del motore di ricerca²²⁶. D'altra parte, però, è pur vero che il motore di ricerca non effettua, né potrebbe realisticamente effettuare, un controllo su quei dati, con le tecnologie a sua disposizione. Ed è questo uno dei punti non adeguatamente considerati dalla Corte. Dal punto di vista "tecnologico", infatti, la Corte ritiene sufficiente chiarire che il mancato utilizzo da parte del gestore del sito da cui origina la notizia dei protocolli di esclusione quali

²²⁴ In questo senso, cfr. F. PIZZETTI, *Le Autorità Garanti* cit., pagg. 805 ss., secondo cui «questo è l'aspetto più importante, nuovo e originale della decisione».

²²⁵ Per S. SICA, V. D'ANTONIO, *La procedura di de-indicizzazione* cit., pagg. 703 ss., non è casuale che la sentenza faccia esplicito riferimento non tanto all'oblio quanto alla deindicizzazione. Per gli Autori, infatti, «con buona probabilità, la Grande Chambre non aveva in animo di definire lo stato dell'arte del right to be forgotten al tempo di Internet, bensì di disciplinare una posizione giuridica che, pur all'oblio connessa, presenta tratti di indubbia peculiarità in quanto specifica dei rapporti tra individui e motori di ricerca che scandagliano costantemente la Rete». Secondo F. PIZZETTI, *op. ult. loc. cit.*, «la decisione si limita a prendere in esame la domanda di pronuncia pregiudiziale, e quindi si limita a giudicare del diritto a ottenere la deindicizzazione dei dati personali sui motori di ricerca. Per questo non si tratta di una decisione in materia di diritto all'oblio. Essa infatti non garantisce affatto che la informazione di cui si chiede la cancellazione sia espunta dalla rete, ma solo dal motore di ricerca».

²²⁶ Ancora S. SICA, V. D'ANTONIO, *op. ult. loc. cit.*, affermano che «nel disegno della Corte di giustizia, sembrerebbe assistersi ad una sorta di "ripensamento" del diritto all'oblio, seppur inteso nella sua accezione dinamica e "tecnologica": diritto non più (o non soltanto) alla dimenticanza di sé, bensì al mero ridimensionamento della propria visibilità telematica».

“*robot.txt*” o di codici di programmazione come “*noindex*” o “*noarchive*” non liberi il motore di ricerca da una sua responsabilità per il trattamento dei dati personali. L’argomentazione, in verità, non appare dirimente: se è vero che la mancata scelta “a monte” sulla non indicizzazione, da parte del gestore del sito, non incide sull’attività “a valle” del motore di ricerca, non si capisce perché per questo stesso motivo però debba affermarsi che il motore di ricerca sia automaticamente responsabile del trattamento. Non una parola, infatti, è spesa sulla circostanza, pure messa in evidenza dalla difesa di Google, che il motore di ricerca non possa effettuare alcun controllo su larga scala sui dati trattati.

La risoluzione del gruppo di quesiti dedicati all’ambito di applicazione territoriale, affrontata subito dopo dalla Corte di Giustizia, era guidata dall’obiettivo, comune alla Direttiva 95/46 nella lettura che ne fornisce la Corte²²⁷, di «evitare che una persona venga esclusa dalla protezione garantita da tale direttiva e che tale protezione venga elusa, prevedendo a tal fine un ambito di applicazione territoriale particolarmente esteso». L’obiettivo era raggiunto attraverso una serie di deduzioni logiche.

La visualizzazione di dati personali su una pagina di risultati di ricerca, infatti, costituisce essa stessa trattamento dei dati ed è accompagnata da pubblicità correlate ai termini di ricerca; tali attività pubblicitarie si inquadrano nel contesto dell’attività pubblicitaria e commerciale dello stabilimento del responsabile del trattamento, intendendosi come stabilimento *Google Spain* (con sede in Spagna e, quindi, nell’Unione europea) e come responsabile del trattamento Google Inc. (con sede negli Stati Uniti d’America).

Dunque, la stretta correlazione tra le attività dello stabilimento e quelle del responsabile del trattamento, resa evidente dalle attività pubblicitarie

²²⁷ Tale obiettivo è rintracciabile nei considerando da 18 a 20 della Direttiva 95/46 nonché nell’art. 4.

connesse al trattamento degli stessi dati e che interessano proprio lo stabilimento, fa sì che debba applicarsi il diritto della sede dello stabilimento. Quindi, il diritto spagnolo e soprattutto il diritto dell'Unione europea.

Attraverso questo percorso argomentativo, invero non sempre lineare, la Corte riusciva quindi a garantire l'applicazione a Google della Direttiva 95/46, così come da essa interpretata. Una diversa interpretazione, infatti, avrebbe pregiudicato l'effetto utile della Direttiva stessa: secondo la Corte, una tutela efficace e completa delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche in materia avrebbe potuto essere garantita solo se l'applicazione della Direttiva fosse stata imposta anche nei confronti dei motori di ricerca: d'altronde, un'informazione su Internet "esiste" davvero solo in quanto indicizzata.

Ad avviso della Corte, pertanto, «l'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 95/46 deve essere interpretato nel senso che un trattamento di dati personali viene effettuato nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile di tale trattamento nel territorio di uno Stato membro, ai sensi della disposizione suddetta, qualora il gestore di un motore di ricerca apra in uno Stato membro una succursale o una filiale desinata alla promozione e alla vendita degli spazi pubblicitari proposti da tale motore di ricerca e l'attività della quale si dirige agli abitanti di detto Stato membro».

La Corte passava, poi, ad esaminare il gruppo di quesiti, riconducibili alle lettere c) e d) del secondo quesito, relativi alla sussistenza, in capo al gestore di un motore di ricerca, di un obbligo di rimozione dai propri indici di un'informazione pubblicata da terzi, senza che fosse necessario per l'interessato rivolgersi previamente o simultaneamente al titolare della pagina *web* in cui è inserita tale informazione.

La Corte rispondeva positivamente a tale quesito chiarendo che effettivamente il gestore di un motore di ricerca è obbligato, alla ricorrenza delle condizioni fissate dagli articoli 12, lett. b), e 14, comma 1, lett. a),

Direttiva 95/46, a sopprimere, dall'elenco dei risultati, i *link* verso pagine *web* pubblicate da terzi contenenti informazioni relative alla persona interessata e ciò «anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine *web* di cui trattasi e ciò eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine *web* sia di per sé lecita».

Ebbene, nel giungere a queste affermazioni, la Corte non prendeva minimamente in considerazione i rilievi di Google, secondo cui l'editore del sito *web* sarebbe stato l'unico in grado di valutare la liceità di tale pubblicazione e a disporre dei «mezzi più efficaci e meno restrittivi per rendere inaccessibili le informazioni stesse». In particolare, con l'espressione «*mezzi più efficaci*», la difesa di Google intendeva evidentemente riferirsi alla tecnologia necessaria per far fronte ad un'eventuale risposta positiva alla domanda posta dall'*Audiencia Nacional*. Profilo, quest'ultimo, indubbiamente sottovalutato dalla Corte, in nome di una più efficace tutela del diritto, tutelato agli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²²⁸, al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali. Per la Corte, dunque, i diritti fondamentali vanno garantiti²²⁹ e nel modo più rapido possibile, costi quel che costi: riassumendo, se la Corte pensa ai diritti, Google pensi alla tecnologia che serve per il raggiungimento dello scopo. D'altronde, come ricorda la Corte, «un trattamento di dati personali, [...] effettuato dal gestore di un motore di ricerca, può incidere significativamente sui diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali».

²²⁸ Per un commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si veda, su tutti, R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, Il Mulino, 2001.

²²⁹ Afferma la Corte, infatti, che «*le disposizioni della direttiva 95/46 [...] devono necessariamente essere interpretate alla luce dei diritti fondamentali che, secondo una costante giurisprudenza, formano parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza e che sono ormai iscritti nella Carta*».

La Corte giungeva, infine, ad occuparsi della terza questione, con cui l'*Audiencia Nacional* si chiedeva, in sostanza, se fosse consentito alla persona interessata di esigere dal gestore di un motore di ricerca che questi sopprima dall'elenco di risultati *link* riguardanti la propria persona pubblicati legittimamente da terzi e contenenti informazioni veritiere, «a motivo del fatto che tali informazioni possono arrecarle pregiudizio o che essa desidera “l'oblio” di queste informazioni dopo un certo tempo». Ed eccoci, quindi, letteralmente alla questione relativa al riconoscimento di un vero e proprio diritto all'oblio, da esercitare eventualmente nei confronti proprio di un motore di ricerca, quale è Google (e non solo Google).

La risoluzione della questione, come è noto, fu positiva, nonostante il contrario avviso non solo di Google Inc. e *Google Spain* ma anche dei governi ellenico, austriaco e polacco, nonché soprattutto della Commissione europea, che ritenevano che il diritto alla cancellazione potesse derivare soltanto da un'esplicita incompatibilità con la Direttiva 95/46, ai sensi degli articoli 12, lett. b), e 14, comma 1, lett. a), della stessa.

La Corte rilevava, anzitutto, che l'incompatibilità con le finalità della Direttiva 95/46 poteva derivare non soltanto dall'inesattezza dei dati ma anche dall'inadeguatezza, non pertinenza o eccessività degli stessi in rapporto alle finalità del trattamento, ovvero dal loro mancato aggiornamento o, ancora, alla loro conservazione per un arco di tempo superiore a quello necessario.

In questo modo, in presenza di dette condizioni, il diritto fondamentale all'oblio prevale non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca ma anche sull'interesse del pubblico a trovare l'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona, ad eccezione naturalmente del caso in cui il ruolo pubblico del soggetto giustifichi l'interesse preponderante ad avere accesso all'informazione di cui si chiede la cancellazione.

Le affermazioni della Corte sono il portato di quello che parte della dottrina ha definito un «(non) bilanciamento» con i diritti all'informazione e alla libera espressione ²³⁰, definiti invece «primari» nelle conclusioni dell'Avvocato generale²³¹. La Corte, infatti, valorizza oltremodo gli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, relativi al diritto al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati, ignorando invece completamente gli articoli 11 e 16, relativi alla libertà di informazione e di espressione e alla libertà di impresa²³². Il bilanciamento tra gli articoli, nelle conclusioni dell'Avvocato generale, aveva portato alla prevalenza dei secondi rispetto ai primi, nel caso di specie; la Corte, invece, preferisce evitare ogni serio bilanciamento, se non con un riferimento piuttosto vago all'interesse economico del motore di ricerca e all'interesse del pubblico a reperire l'informazione, orientando assiologicamente la pronuncia verso una tutela piena del diritto all'oblio, con alcune limitate eccezioni relative essenzialmente all'eventuale ruolo pubblico svolto dal richiedente.

Purtroppo, il mancato bilanciamento, indebolendo l'*iter* argomentativo della Corte ed esponendolo a critiche e ripensamenti, finisce per rendere il diritto all'oblio un diritto non così graniticamente definito, tant'è che il legislatore europeo del Regolamento 2016/679 (noto con l'acronimo GDPR) – che

²³⁰ Così O. POLLICINO, *Un digital right to privacy* cit., pagg. 569 ss.; ad approdi analoghi giunge anche l'analisi di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio* cit. In senso contrario, cfr. F. PIZZETTI, *Le Autorità Garanti* cit., pagg. 805 ss., secondo cui il motivo di tale mancato bilanciamento da parte della Corte risiederebbe nel fatto che non si tratterebbe di una vera e propria decisione in materia di oblio, dal momento che essa non garantisce che l'informazione sia espunta dalla rete ma solo deindicizzata dal motore di ricerca: «per questo non viene messa in gioco la libertà di stampa e di manifestazione del pensiero [...] per questo non è una decisione che si pone il problema del corretto bilanciamento tra diritto alla cancellazione e diritto all'accesso al dato [...]».

²³¹ Cfr. anche T.E. FROSINI, *Internet e democrazia* cit., pag. 657, secondo cui una delle più importanti caratteristiche di Internet è quella di valorizzare la libertà di individuo, che nella fattispecie corrisponde soprattutto alla libertà di espressione.

²³² O. POLLICINO, *op. ult. loc. cit.*, rileva come in ciò non sia «difficile cogliere un indizio piuttosto serio di un bilanciamento tra diritti contrastanti che non può non nascere asimmetrico, del tutto sbilanciato, già in partenza, a favore delle ragioni di tutela della privacy digitale [...] In altre parole, la regola è la soccombenza del diritto (derubricato in mero interesse) all'accesso all'informazione a favore dei diritti che riguardano la protezione della sfera privata e dei dati personali degli utenti, l'eccezione è la possibile prevalenza, in determinati casi ed a certe condizioni, del primo sui secondi». Un rapporto regola-eccezione, dunque, che, come rileva l'A., non trova precedenti né nelle conclusioni dell'Avvocato generale né nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

abroga la Direttiva 95/46 - ha (di fatto) pavidamente preferito non disciplinarlo. Ma su questo si avrà modo di tornare.

3. segue. L'eredità di *Google Spain*: una sentenza destinata ad essere progressivamente smantellata.

Tirando le fila del discorso sin qui svolto, trascorsi quasi sei anni dalla pronuncia, il principale effetto della sentenza *Google Spain* risulta essere quello di aver attribuito a Google la funzione di “giudice” in materia delle richieste di diritto all’oblio, consentendo, sia pure nel modo forse non più opportuno²³³, la tutela dello stesso diritto. La funzione non è stata accolta con entusiasmo da Google, che evidentemente ritiene di non essere il soggetto più “competente” a svolgerla, in considerazione anche delle responsabilità e dei costi che evidentemente la stessa funzione comporta.

Afferma, significativamente, Google nelle *Faq*²³⁴ da essa stessa pubblicate: «Queste valutazioni sono complesse e, in quanto organizzazione privata,

²³³ Perplexità sulla possibilità per Google di svolgere un ruolo “para-costituzionale”, per le sue caratteristiche di giurisdizionalità e per la necessità di operare un bilanciamento tra diritti, erano state espresse dalla dottrina sin dal momento della pubblicazione della sentenza. Cfr. il commento, pubblicato all’indomani della sentenza, O. POLLICINO, *Google rischia di “vestire” un ruolo para-costituzionale* cit.; successivamente, lo stesso A., ha avuto modo di precisare ulteriormente il suo iniziale intervento, chiarendo come a suo avviso vi fosse una evidente «necessità di prevedere una riserva di giurisdizione nei casi di una possibile restrizione (in questo caso a seguito di bilanciamento) dei diritti fondamentali in gioco», rilevando invece come tale «necessità [...] non sembra essere stata presa in considerazione dalla Corte di Giustizia che, in sostanza, delega ad un operatore privato, che però svolge, di fatto, sul web, una funzione pubblica di natura para-costituzionale, di operare quel bilanciamento di interessi che viene teorizzato dalla stessa Corte tra diritto alla privacy e diritto ad essere informati» (così O. POLLICINO, *Un digital right to privacy* cit., pagg. 569 ss.); cfr., con considerazioni di segno analogo, anche A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Dal diritto all’oblio* cit., pag. 3. Per S. SICA, V. D’ANTONIO, *La procedura di de-indicizzazione* cit., pagg. 703 ss., sarebbe stato auspicabile affidare tale ruolo ai Garanti nazionali o, almeno, «prevederne l’interpello necessario da parte dei motori di ricerca: ciò avrebbe consentito un’indubbia garanzia di obiettività di giudizio, con effettivo contemperamento degli interessi in contrapposizione». In senso più positivo, invece, cfr. le già richiamate considerazioni di G. CINTRA GUIMARÃES, *Global technology* cit., pag. 158, secondo cui il ruolo svolto da Google consentirebbe una maggiore uniformità delle decisioni in materia di oblio.

²³⁴ Le *Faq* sono disponibili all’indirizzo <https://policies.google.com/faq?hl=it>. Quanto alla procedura di bilanciamento, di certo complessa e delicata per un’organizzazione privata non avente carattere propriamente giurisdizionale, Google afferma, *claris verbis*, che «si tratta di una procedura complessa perché dobbiamo valutare ogni singola richiesta e effettuare un

potremmo non essere nella posizione giusta per prendere decisioni in merito al tuo caso».

Quanto ai costi, invece, basti pensare all'organizzazione che è necessario mettere in piedi soltanto per garantire che ogni singola richiesta venga esaminata, con almeno migliaia di richieste al giorno.

In effetti, il numero di richieste pervenute a Google, ad oggi, risulta certamente cospicuo: al 5 febbraio 2020²³⁵ le richieste sono state 886.587, riguardando complessivamente 3.478.572 URL, comportando quindi un'intensa attività in capo al gestore del motore di ricerca.

Ciò che stupisce, rispetto ad alcuni timori del “*day after*” della sentenza *Google Spain* - che immaginavano l'esplosione di un numero di richieste «indiscriminate»²³⁶ di deindicizzazione - è la percentuale comunque

bilanciamento tra il diritto dell'individuo a controllare i suoi dati personali ed il diritto di tutti di conoscere e distribuire le informazioni. [...] Nel valutare la richiesta, considereremo se i risultati includono informazioni obsolete relative alla tua vita privata. Considereremo inoltre se vi è un interesse pubblico a che le informazioni rimangano nei nostri risultati delle ricerche, ad esempio se riguardano frodi finanziarie, negligenza professionale, condanne penali o la tua condotta pubblica in relazione a un pubblico ufficio (eletto o non eletto)». Per migliorare il proprio approccio, Google afferma che lavorerà a stretto contatto con le autorità per la protezione dei dati e con altre autorità per perfezionare il nostro approccio.

²³⁵ Alla pagina https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=en_GB Google fornisce dati costantemente aggiornati in materia di richieste riguardanti il diritto all'oblio.

²³⁶ Così A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio* cit., pag. 2. Cfr. anche M.C. D'ARIENZO, *I nuovi scenari della tutela della privacy nell'era della digitalizzazione alla luce delle recenti pronunce sul diritto all'oblio*, in *Federalismi.it*, 2015, fasc. 2, pagg. 25 ss., la quale ricordava l'onerosità del compito affidato ai motori di ricerca, rischiando di diventare una complicazione ingestibile specialmente per Google: per l'A., infatti, «*al di là delle difficoltà tecniche riscontrate, in assenza di parametri oggettivi di riferimento, la soluzione adottata appare quanto meno rischiosa, se solo si considera che la decisione proviene da un soggetto del tutto sprovvisto degli strumenti idonei a valutare in concreto quando la privacy prevale sull'informazione, a maggior ragione se, come pare, ciò avvenga sulla base di valutazioni del tutto soggettive che non offrono alcuna garanzia in termini di imparzialità, ma che al contrario potrebbero dare luogo ad ulteriori violazioni e abusi*». Ancora sui possibili rischi cfr. S. SICA, V. D'ANTONIO, *La procedura di deindicizzazione* cit., pagg. 703 ss., i quali evidenziavano come «*sebbene la decisione della Corte di giustizia taccia completamente sul punto, sarebbe ingenuo — rectius, illogico — attendersi che il gestore del motore di ricerca sia mosso, nel vagliare le istanze proposte dai consociati, da una finalità diversa da quella di impresa: siffatta prospettiva, che non può non animare qualsivoglia operatore di mercato, nella maggior parte dei contesti economici, indica come obiettivo primario, innanzitutto, la minimizzazione del rischio*». Quanto alla procedura, gli stessi Autori rilevano come «*il problema più rilevante, in ogni caso, consiste, senza dubbio alcuno, nell'assenza di una qualsivoglia garanzia di un contraddittorio minimo: il prestatore non è obbligato ad agevolare un indiretto “dialogo” tra l'autore della notification ed i soggetti titolari dell'opposto interesse alla permanenza del contenuto (identificabili vuoi nel titolare del sito sorgente, vuoi nella collettività degli utenti, vuoi ancora in un soggetto che pure abbia una posizione qualificata rispetto alla medesima informazione da deindicizzare), ma il più delle volte svolgerà direttamente un sommario*

piuttosto elevata di accoglimento, come si evidenzia nell'immagine sotto riportata: risulta, infatti, che, al 5 febbraio 2020, il 46,1% degli URL per cui era stata avanzata richiesta di deindicizzazione sia stato effettivamente deindicizzato.

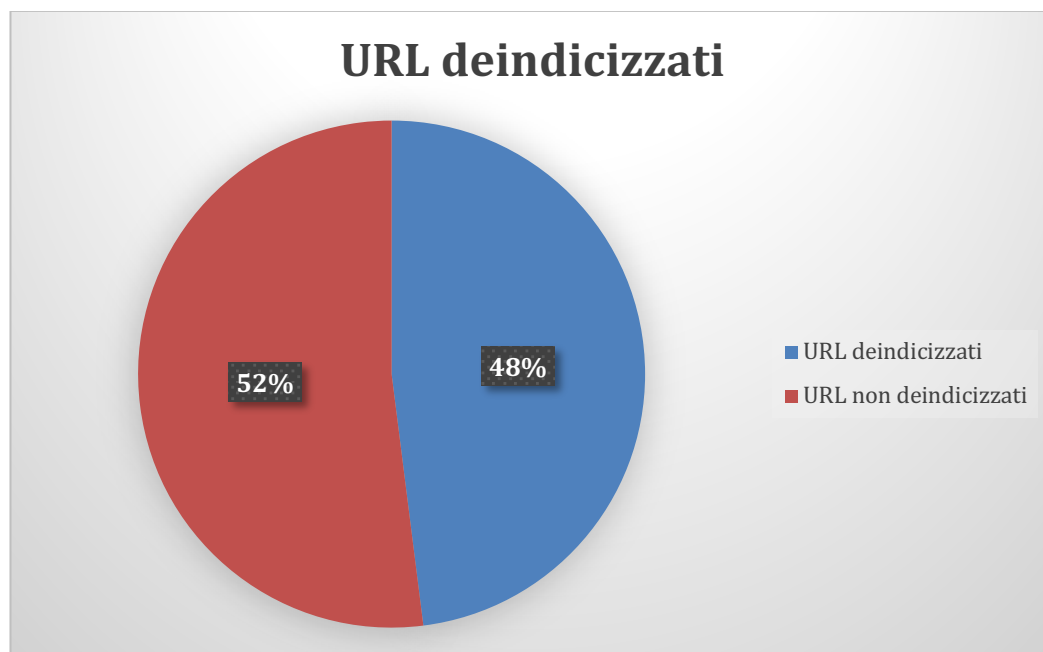


Grafico n. 7 – percentuali degli URL deindicizzati e non deindicizzati al 23.10.2021²³⁷

Ciò dimostra, da un lato, che le richieste, sia pure in numero ingente, non siano state avanzate in modo del tutto indiscriminato e che “l’esplosione” sia stata in qualche modo controllata; dall’altro, si evidenzia come Google abbia finora svolto con serietà lo “scomodo” ruolo attribuitele dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea²³⁸, non rigettando o accogliendo

bilanciamento valoriale agendo in via immediata sull’informazione, decidendo di oscurarla o di preservarne la visibilità».

²³⁷ I dati degli URL deindicizzati al 13.10.2021 sono della stessa Google LLC e pubblicati all’indirizzo: https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=en_GB

²³⁸ A tal proposito, nelle già citate *Faq* messe a disposizione online, Google afferma: «Siamo preoccupati per le sue conseguenze, ma riteniamo anche che sia importante rispettare la decisione della Corte e ci stiamo adoperando per predisporre una procedura conforme alla legge».

indiscriminatamente tutte le richieste pervenute ma, anzi, “prendendo sul serio” il diritto all’oblio²³⁹.

In definitiva, la sentenza *Google Spain* ha sicuramente raggiunto l’obiettivo di far “prendere sul serio” il diritto all’oblio, ovverosia un diritto in gran parte rivendicato da singoli individui²⁴⁰, da un colosso come Google.

Tuttavia, anche a diversi anni di distanza dalla pubblicazione, l’impressione è quella di trovarsi di fronte a una pronuncia non particolarmente solida e destinata, per questo motivo, ad essere progressivamente “smantellata”.

La sentenza, infatti, da un lato, correttamente individua l’esigenza alla base dell’enunciazione dei propri principi di diritto, essendo proprio l’indicizzazione della notizia su di un motore di ricerca a rischiare di comprimere i diritti del singolo più della pubblicazione della notizia in sé su di un sito qualunque.

Dall’altro, l’impressione, resta quella di una sentenza che presenta diversi profili di debolezza²⁴¹ nel proprio impianto argomentativo, dall’enunciazione della responsabilità del trattamento in capo al motore di ricerca (ignorando i

²³⁹ Non si sono, in definitiva, verificati i timori di quella parte della dottrina, secondo cui la pressione imposta ai gestori dei motori di ricerca dalla sentenza *Google Spain* avrebbe portato a non effettuare il bilanciamento necessario in questi casi e a sottovalutare la delicatezza delle decisioni da prendere. Cfr. A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Dal diritto all’oblio* cit., pag. 3, i quali ipotizzavano, all’indomani della sentenza, che «siffatta pressione, e il rischio di conseguenti strascichi dinanzi ai garanti nazionali, potrebbero indurre il provider a rispondere positivamente a tutti, spezzando in maniera indiscriminata il link con la fonte del dato sgradito, senza nemmeno esercitare quel minimo bilanciamento che la Corte di giustizia ammette per le personalità di spicco. O forse spingerà, come pure si vocifera (col probabile intento di innescare un’ondata di esecrazione per il pericolo di oscuramento dell’informazione), a mettere a disposizione di chiunque un apposito “online tool” da utilizzare per la rimozione dei propri dati dalla ricerca». D’altra parte, pur non essendosi verificate le paventate ipotesi, non può non essere preso in considerazione che Google, in quanto soggetto privato, non appare il più indicato per svolgere questo delicato compito, così come la stessa Google ammette.

²⁴⁰ Si ribadisce ancora come, al 23 ottobre 2021, l’89,5% delle richieste di deindicizzazione risulti provenire da singoli individui.

²⁴¹ La dottrina ha già individuato profili di debolezza della sentenza *Google Spain* anche sotto l’angolo visuale tecnologico. Tra questi, S. SICA, V. D’ANTONIO, *La procedura di de-indicizzazione* cit., pagg. 703 ss., hanno evidenziato un rischio di aggiramento della deindicizzazione richiesta e ottenuta dal motore di ricerca: «visto che, anche dopo la deindicizzazione, l’informazione rimane comunque in Rete, all’utente, anche tramite il medesimo motore di ricerca, potrebbe essere comunque consentito di raggiungere la pagina sorgente, utilizzando forme di interrogazione del provider maggiormente articolate e circostanziate».

rilievi in termini di controllo) all’ambito di applicazione territoriale, punto su cui si concentrano i ripensamenti della Corte con la sentenza *Google/CNIL* del 2019.

Non senza sottovalutare la sostanziale insussistenza di un reale bilanciamento con i diritti d’informare e di essere informati, tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e non adeguatamente considerati nell’*iter* argomentativo seguito dai giudici del Lussemburgo²⁴², nonostante le conclusioni di segno opposto dell’Avvocato generale.

In effetti, alcuni dei punti di debolezza della sentenza *Google Spain* conducono oggi a un parziale ripensamento di quanto era stato affermato nel 2014, sia pure non sempre in termini espliciti. Un “ripensamento” che era possibile leggere dietro le righe di una pavida formulazione della norma in tema di cancellazione del GDPR, che (misteriosamente) dimentica la deindicizzazione, e che oggi è possibile leggere, per altri versi ma in modo forse ancor più rilevante, nella sentenza *Google/CNIL* della Corte di Giustizia del settembre 2019, che ridefinisce l’ambito di applicazione territoriale del diritto all’oblio.

In definitiva, se nel 2014 il diritto all’oblio era preso “sul serio”, oggi lo è un po’ meno. Se questo avviene, però, forse è anche perché il diritto all’oblio non è stato dotato di “un’impalcatura” giuridica adeguata dal legislatore europeo nemmeno all’indomani della sentenza *Google Spain*, che pure aveva dimostrato l’urgenza di una regolamentazione compiuta e puntuale.

4. L’insoddisfacente disciplina eurounitaria e l’occasione mancata del GDPR.

La sentenza *Google Spain*, come si è visto, aveva configurato il diritto all’oblio come diritto alla deindicizzazione dei dati da parte del motore di

²⁴² Cfr. ancora O. POLLICINO, *Un digital right to privacy* cit.

ricerca, individuato quale responsabile del trattamento: un diritto che, come rilevato dalla dottrina, si inseriva nella più ampia “libertà informatica”, alla stregua di un diritto all’«autodeterminazione informativa»²⁴³.

Piaccia o no, la sentenza *Google Spain* aveva creato indubbiamente uno sconvolgimento nel mondo di Internet, costringendo giganti come Google (e non solo) ad adeguarsi repentinamente alla pronuncia, senza che vi fosse un quadro normativo chiaro alla base. Ne derivava una situazione in cui Google si ritrovava ad essere “arbitro” delle richieste in materia di diritto all’oblio, sulla base dell’impianto argomentativo non sempre adeguato di una decisione della Corte di Giustizia e soprattutto sulla base della propria *self-regulation* e dei pareri del proprio comitato di esperti. Il vuoto normativo lasciato dall’*hard law* eurounitaria andava, dunque, colmato e con urgenza, per non lasciare praterie all’avanzata della *soft law*²⁴⁴ “made in Google” e della *self-regulation*²⁴⁵ che, se non ostacolata, avrebbe necessitato quantomeno di essere indirizzata. E ciò nell’interesse della stessa Google, che ha dimostrato di accettare malvolentieri il compito di “giudice”. Un quadro normativo non chiaro, peraltro, non può che danneggiare gli stessi interessi economici della società, nell’incertezza costante delle normative da applicare.

²⁴³ Così T.E. FROSINI, *op. cit.*, pag. 127.

²⁴⁴ Sul concetto di *soft law* si vedano E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti* cit.; A. SOMMA, *Soft law sed law* cit., pagg. 437 ss.; S. SILEONI, *Autori delle proprie regole* cit., pagg. 13-46. In senso critico, riguardo all’effettiva precettività della *soft law*, R. BIN, *Soft law, no law* cit., pagg. 31-40. Sul rapporto tra *soft law* e *hard law* in relazione alla regolamentazione di fenomeni connessi a Internet, sia consentito ancora rinviare ad A. IANNOTTI DELLA VALLE, *op. ult. loc. cit.*; con specifico riferimento ad *hard law* e *soft law* nella materia della protezione dei dati personali, cfr. M.C. GAETA, *Hard law and soft law on data protection* cit., pagg. 61-78.

²⁴⁵ A proposito di una «*self-regulation*» per Internet, cfr. T.E. FROSINI, *Le sfide attuali del diritto ai dati personali*, in corso di pubblicazione in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, pagg. 33 ss., il quale intende la *self-regulation* di Internet in un’ottica del tutto positiva. Afferma, infatti, l’A.: «*continuo a ritenere che Internet debba svolgersi come un diritto spontaneo. Un diritto pari a quello della lex mercatoria, con la quale si regolavano i rapporti commerciali nel medioevo. Una lex informatica, dunque; che può avvalersi di una co-regulation, in cui le leggi statali, ovvero europee, si verrebbero a integrare con una politica di self-regulation da parte degli utenti di Internet. Una sorta di applicazione del principio di sussidiarietà, in cui la co-regulation dello Stato può venire in sussidio alla self-regulation degli utenti, quando questi la evocano ovvero quando la necessitano*».

Con queste premesse, era lecito attendersi da parte del legislatore eurounitario una compiuta disciplina positiva del diritto all'oblio, che tenesse conto del nutrito dibattito dottrinale e giurisprudenziale degli ultimi anni e tentasse di mettere ordine e chiarezza.

In effetti, la rubrica dell'art. 17 del Reg. 2016/679/UE²⁴⁶, «Diritto alla cancellazione (“diritto all'oblio”)²⁴⁷», lascerebbe per l'appunto intendere

²⁴⁶ Art. 17, Reg. 2016/679/UE, Diritto alla cancellazione (“diritto all'oblio”): «1. L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se sussiste uno dei motivi seguenti:

- a) i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati;
- b) l'interessato revoca il consenso su cui si basa il trattamento conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), o all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), e se non sussiste altro fondamento giuridico per il trattamento;
- c) l'interessato si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, e non sussiste alcun motivo legittimo prevalente per procedere al trattamento, oppure si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 2;
- d) i dati personali sono stati trattati illecitamente;
- e) i dati personali devono essere cancellati per adempiere un obbligo giuridico previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento; (27)
- f) i dati personali sono stati raccolti relativamente all'offerta di servizi della società dell'informazione di cui all'articolo 8, paragrafo 1.

2. Il titolare del trattamento, se ha reso pubblici dati personali ed è obbligato, ai sensi del paragrafo 1, a cancellarli, tenendo conto della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione adotta le misure ragionevoli, anche tecniche, per informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali.

3. I paragrafi 1 e 2 non si applicano nella misura in cui il trattamento sia necessario:

- a) per l'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione;
- b) per l'adempimento di un obbligo giuridico che richieda il trattamento previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento;
- c) per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica in conformità dell'articolo 9, paragrafo 2, lettere h) e i), e dell'articolo 9, paragrafo 3;
- d) a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, nella misura in cui il diritto di cui al paragrafo 1 rischi di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento degli obiettivi di tale trattamento;
- e) per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria».

²⁴⁷ Nella versione in lingua inglese la rubrica risulta «Right to erasure (“right to be forgotten”)». Si tenga conto che l'espressione «right to be forgotten» ricorre anche nei considerando 65, 66 e 156. Più in particolare, il considerando 65, con un primo riferimento al diritto all'oblio, prevede che «un interessato dovrebbe avere il diritto di ottenere la rettifica dei dati personali che lo riguardano e il “diritto all'oblio” se la conservazione di tali dati viola il presente regolamento o il diritto dell'Unione o degli Stati membri cui è soggetto il titolare del trattamento». Riferendosi, tra l'altro, al diritto all'oblio, il considerando 156 prevede che «gli Stati membri dovrebbero essere autorizzati a fornire, a specifiche condizioni e fatte salve adeguate garanzie per gli interessati, specifiche e deroghe relative ai requisiti in materia di informazione e ai diritti alla rettifica, alla cancellazione,

che, all'indomani della sentenza *Google Spain*, si sia voluta dare finalmente una disciplina compiuta del diritto all'oblio: indubbiamente, il riferimento espresso al "nuovo" diritto nella rubrica dell'articolo costituisce un'assoluta novità a livello europeo²⁴⁸ e un riconoscimento in ogni caso importante, frutto di una lunga elaborazione dottrinale prima e giurisprudenziale poi.

L'occasione, d'altronde, era di quelle imperdibili, essendosi reso possibile per il legislatore eurounitario di approfittare dello strumento del regolamento, già prescelto per la nuova disciplina in materia di dati personali, per normare finalmente anche il diritto all'oblio, con l'indubbio vantaggio che il regolamento, al contrario della precedente direttiva, sarebbe stato direttamente applicabile negli Stati membri, senza necessità di un'attuazione a livello nazionale.

Il nuovo regolamento in materia di dati personali, pertanto, avrebbe davvero costituito l'occasione perfetta per dettare finalmente una disciplina uniforme sul territorio dell'Unione anche in tema di diritto all'oblio, tema reso scottante dalla sentenza *Google Spain* e su cui vi era urgenza di provvedere. Le attese, in verità, se avevano creato speranze sul continente, avevano destato preoccupazioni oltreoceano, stante il diverso approccio alla tematica del diritto all'oblio dei giuristi statunitensi, che privilegiano la tutela del diritto all'informazione²⁴⁹.

all'oblio, alla limitazione del trattamento, alla portabilità dei dati personali, nonché al diritto di opporsi in caso di trattamento di dati personali per finalità di archiviazione nel pubblico interesse, per finalità di ricerca scientifica o storica o per finalità statistiche». Sul considerando 66, più rilevante ai fini della presente analisi, ci si soffermerà nel prosieguo.

²⁴⁸ Cfr. F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione* cit., pag. 371.

²⁴⁹ A tal proposito, si veda la precedente nota 40. Cfr. i già citati contributi di J. ZITTRAIN, *Don't force Google* cit.; G. CINTRA GUIMARÃES, *Global technology* cit., pag. 170; G. SARTOR, M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google* cit., pagg. 657 ss.; G. RESTA, *La sorveglianza elettronica* cit., pagg. 697 ss.; nonché F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione* cit., pag. 372, nota 25, con la dottrina ivi richiamata.

Ebbene, prima di addentrarsi nell'analisi, conviene chiarire subito che l'art. 17 non fornisce le tanto attese risposte²⁵⁰, recando invece una disciplina positiva non dissimile tutto sommato da quella della precedente disciplina e creando confusione tra il diritto alla cancellazione e il diritto all'oblio, considerati quale un'endiadi nella rubrica dell'articolo, pur essendo in realtà diversi.

Come si è correttamente rilevato, «del tutto estranei ai contenuti del Regolamento restano, invece, i nodi più rilevanti che la prassi e la recente giurisprudenza hanno evidenziato rispetto al diritto all'oblio, soprattutto se considerato nell'ottica delle nuove tecnologie informatiche ed in particolare di Internet»²⁵¹.

In effetti, il paragrafo 1 dell'art. 17 non fa altro che fissare il principio secondo cui l'interessato ha il diritto di chiedere la cancellazione dei dati personali che lo riguardano (non quindi la deindicizzazione come in *Google Spain*) al ricorrere di determinate condizioni. Normando unicamente la cancellazione non si comprende se la disciplina positiva intenda riferire tale dovere di procedere alla cancellazione anche ai motori di ricerca o meno, in qualità di responsabili del trattamento.

²⁵⁰ La dottrina prevalente concorda sulla circostanza che il GDPR non rechi le tanto attese novità in tema di diritto all'oblio. Cfr., su tutti, F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione* cit., pag. 358 ss.; S. ZANINI, *Il diritto all'oblio nel Regolamento europeo 679/2016: quid novi?*, in *Federalismi.it*, 2018, fasc. 15; D. BARBIERATO, *Osservazioni sul diritto all'oblio e la (mancata) novità del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2017, fasc. 6, pagg. 2100 ss.; M.C. D'ARIENZO, *I nuovi scenari* cit., pagg. 20 ss.

²⁵¹ Come si è correttamente rilevato, «del tutto estranei ai contenuti del Regolamento restano, invece, i nodi più rilevanti che la prassi e la recente giurisprudenza hanno evidenziato rispetto al diritto all'oblio, soprattutto se considerato nell'ottica delle nuove tecnologie informatiche ed in particolare di Internet». In questi termini, F. DI CIOMMO, *op. ult. cit.*, pag. 377, che chiarisce anche come «al di là della già accennata inesistenza di una definizione normativa del diritto all'oblio nulla, ad esempio, si dice nel Regolamento circa la tempistica relativa al trattamento dei dati personali che può rendere lo stesso lesivo del diritto all'oblio (in definitiva, le nuove norme non offrono criteri all'interprete per giudicare la vetustà di una notizia ovvero il fatto che la stessa non è più di interesse pubblico), né circa il ruolo che rispetto al trattamento di dati on-line svolgono i motori di ricerca o i provider gestori dei siti Internet, diversi dai siti sorgente, su cui i dati in questione sono ugualmente disponibili on-line in quanto copiati da quelli. Inoltre, nulla il Regolamento dice circa lo spinoso problema dell'archiviazione di un'informazione in pubblici registri, né circa il tema della deindicizzazione di contenuti in Internet, sul quale negli ultimi anni, proprio riguardo al diritto all'oblio, [...] si sono registrati importanti arresti giurisprudenziali e si è aperto un ampio dibattito dottrinale, non solo in Europa ma in tutto il mondo».

La chiave di lettura, d'altra parte, è fornita dal considerando 66, ove si afferma che, per rafforzare il diritto all'oblio, è opportuno estendere il diritto alla cancellazione, rendendo così palese l'equivoco che tende ad assimilare i due concetti²⁵².

A dispetto dell'ambiziosa rubrica, dunque, il contenuto del paragrafo 1 non ha affatto un contenuto originale, se confrontato con l'art. 12 della previgente Direttiva 95/46/CE, ove garantisce «b) a seconda dei casi, la rettifica, la cancellazione o il congelamento dei dati il cui trattamento non è conforme alle disposizioni della presente direttiva, in particolare a causa del carattere incompleto o inesatto dei dati; c) la notificazione ai terzi, ai quali sono stati comunicati i dati, di qualsiasi rettifica, cancellazione o congelamento, effettuati conformemente alla lettera b), se non si dimostra che è impossibile o implica uno sforzo sproporzionato».

A ben vedere, quindi, il diritto alla cancellazione, come pure la disciplina della notificazione a terzi (presente anche nel GDPR e di cui si dirà), erano già contenuti nella precedente disciplina: il regolamento, dunque, non fa altro che specificare il contenuto di un diritto già garantito sulla base delle previgenti norme²⁵³, ossia il diritto alla cancellazione²⁵⁴, nulla dicendo

²⁵² Il considerando 66, in particolare, prevede che, «per rafforzare il «diritto all'oblio» nell'ambiente online, è opportuno che il diritto di cancellazione sia esteso in modo tale da obbligare il titolare del trattamento che ha pubblicato dati personali a informare i titolari del trattamento che trattano tali dati personali di cancellare qualsiasi link verso tali dati personali o copia o riproduzione di detti dati personali. Nel fare ciò, è opportuno che il titolare del trattamento adotti misure ragionevoli tenendo conto della tecnologia disponibile e dei mezzi a disposizione del titolare del trattamento, comprese misure tecniche, per informare della richiesta dell'interessato i titolari del trattamento che trattano i dati personali». Ad ogni buon conto, dal punto di vista della tecnica legislativa, particolarmente apprezzabile risulta essere quantomeno il riferimento alla "tecnologia disponibile", che dimostra l'intenzione del legislatore eurounitario di non perdere di vista la tecnologia che c'è dietro il diritto.

²⁵³ In questo senso anche S. ZANINI, *Il diritto all'oblio* cit., pagg. 12-13, secondo cui «non troppo velato» è il richiamo alla previgente disciplina, concludendo che il GDPR «non ci offre, infatti, la tanto bramata disciplina del diritto all'oblio (come la sua rubrica fa intendere), ma semplicemente, come anticipato, una più ampia e dettagliata regolamentazione del già noto istituto della cancellazione»

²⁵⁴ Si è rilevato in dottrina, peraltro, come il Regolamento non si preoccupi nemmeno di specificare le concrete modalità di cancellazione, «atteso che il Regolamento non prevede alcun automatismo, né il momento preciso a partire dal quale l'interessato può invocare il diritto all'oblio, con la conseguenza che la valutazione deve essere fatta caso per caso, ferma restando la inevitabile cedevolezza del diritto all'oblio nei confronti del diritto di cronaca fino a quando permane l'interesse pubblico alla notizia» (così M.C. D'ARIENZO, *I nuovi scenari* cit., pagg. 20-21).

davvero in relazione al diritto all'oblio, inteso, a partire dalla sentenza *Google Spain*, principalmente quale diritto alla deindicizzazione. In effetti, a dispetto della rubrica, il diritto all'oblio non viene né definito né disciplinato. Sempre a ben vedere, peraltro, la stessa rubrica dell'articolo, la cui portata innovativa è stata valorizzata dai commentatori, è meno ambiziosa di quello che apparrebbe, relegando il diritto all'oblio tra parentesi, quasi quale sottoinsieme del diritto alla cancellazione²⁵⁵. In questo modo, però, si finisce per dimenticare che il diritto all'oblio, semmai, potrebbe ricomprendere il (vecchio) diritto alla cancellazione, unitamente al (nuovo) diritto alla deindicizzazione derivante dalla sentenza *Google Spain*. Tutt'altro rispetto a quello che emerge dalla lettura della disposizione, che appare confusa e poco consapevole di cosa sia cancellazione e cosa sia oblio.

Inoltre, non può non rilevarsi come il reiterato richiamo all'elemento del consenso²⁵⁶, che certamente costituisce una delle basi giuridiche per il lecito

²⁵⁵ Così, anche in dottrina, F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione* cit., pagg. 371-372, ha già rilevato come «il legislatore europeo, ponendo il richiamo al diritto all'oblio solo tra parentesi e nell'ambito di una disposizione dedicata alla cancellazione dei dati personali, sembra aver voluto inquadrare l'istituto riconducendolo nell'alveo del tema relativo alla cancellazione dei dati che l'interessato può ottenere in determinati casi». L'A. ricorda, peraltro, come «durante i lavori preparatori, il testo del Regolamento si esprimeva in termini diversi ed infatti conteneva, sempre nella rubrica dell'art. 17, la formula "right to be forgotten or right to erase" (in italiano, "diritto all'oblio o diritto alla cancellazione"). Sennonché, tale formula è stata, alla fine, abbandonata, vuoi per il timore di alcuni parlamentari europei circa la confusione che la congiunzione avversativa, in assenza di specificazioni, avrebbe potuto determinare, vuoi per l'ostracismo di alcuni commentatori americani i quali ritenevano che la rubrica estesa della norma inducesse a considerare la stessa deputata a disciplinare aspetti ulteriori rispetto alla mera cancellazione del dato». Ebbene, probabilmente la formulazione inizialmente prescelta avrebbe consentito di valorizzare il diritto all'oblio indipendentemente dal diritto alla cancellazione, di cui invece finisce per essere un sottoinsieme venendo posto tra parentesi.

²⁵⁶ Pur non trattandosi specificamente di diritto all'oblio, in tema di consenso, va ricordato che il 21 gennaio 2019 la CNIL ha inflitto a Google LLC una sanzione pari a 50 milioni di euro per non aver reso in modo sufficientemente trasparente le proprie *privacy policies* all'utenza, non consentendo così di esprimere consapevolmente il consenso in ordine al trattamento dei dati personali. Nella deliberazione, a proposito di consenso, si osserva anche: «the option of giving specific consent for each purpose must be offered to people before the option "Accept all", or "Refuse all", and this must be without them having to perform any particular action to access it, like clicking on "More options". In view of the foregoing, the Restricted Committee considers that this type of user journey offers different guarantees from those proposed in this case, with this journey allowing the user to consent specifically and separately to the processing of their data for a specific purpose by a clear positive action, and this option being offered to them immediately and prior to the "Accept all" feature». Cfr. CNIL, *Délibération de la formation restreinte n° SAN – 2019-001 du 21 janvier 2019*

trattamento dei dati personali, non appaia affatto risolutivo²⁵⁷, specialmente in relazione ai motori di ricerca e alla tematica della deindicizzazione: l'indicizzazione, infatti, come è noto, prescinde dal consenso. Una disciplina basata sul consenso, dunque, non potrà risolvere i problemi legati all'indicizzazione dei dati che è ciò che davvero conta in materia di diritto all'oblio, come correttamente intuito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Google Spain*: è la presenza di quei dati su un motore di ricerca, infatti, a renderli davvero pubblici e a esporli sulla piazza del *web*, non certo la presenza su un anonimo sito sperduto nella galassia dell'Internet, irrintracciabile per chiunque in assenza di un'indicizzazione.

Riferendosi soltanto alla cancellazione e non alla deindicizzazione il legislatore eurounitario ha dunque voluto fare un passo indietro²⁵⁸ rispetto alla sentenza *Google Spain* della Corte di Giustizia? Ha forse inteso riportare l'accento sulla cancellazione del dato sul sito fonte, in luogo della deindicizzazione dal motore di ricerca? Oppure si è trattato, più

prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société GOOGLE LLC, in <https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/san-2019-001.pdf>.

²⁵⁷ Sull'inefficacia dello strumento del consenso al trattamento dei dati personali si vedano L. GATT, R. MONTANARI, I.A. CAGGIANO, *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale* cit., pagg. 340 ss.; I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, in *DIMT* (online), 2017, pagg. 1 ss.; M.C. GAETA, *Data protection and self-driving cars: the consent to the processing of personal data in compliance with GDPR*, in *Communications Law*, 2019, fasc. 1, pagg. 15 ss.; M.C. GAETA, *La protezione dei dati personali nell'internet of things: l'esempio dei veicoli autonomi*, in *Dir. Inf.*, 2018, fasc. 1, pagg. 171 ss.; A. MANTELERO, *The future of consumer data protection in the E.U. Rethinking the "notice and consent" paradigm in the new era of predictive analytics*, in *Computer Law & Security Review*, 2014, Vol. 30, pagg. 643 ss.; A. VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, Napoli, ESI, 2019; J. MIŠEK, *Consent to personal data processing – The panacea or the dead end?*, in *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2014, fasc. 8, pagg. 69 ss.; D.J. SOLOVE, *Privacy self-management and the Consent Dilemma*, in *Harv. Law Rev.*, 2013, Vol. 126, pagg. 1880 ss.

²⁵⁸ F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione* cit., pag. 372, a tal proposito, ha messo in rilievo «il serio rischio che, a dispetto dell'espresso richiamo svolto all'istituto, paradossalmente la nuova disciplina, se non interpretata nel modo giusto, finisca per svuotare (almeno parzialmente) di contenuto il concetto stesso di diritto all'oblio, in quanto, per l'appunto, se lo si ritenesse mera espressione del diritto alla cancellazione dei dati, o comunque ricompreso in quest'ultimo, esso perderebbe gran parte della sua connotazione tipica [...], attorno alla quale invece, per opera pretoria, negli ultimi lustri, si sono riconosciuti all'interessato anche (quanto meno) il diritto alla deindicizzazione (c.d. delisting) dai motori di ricerca di Internet dei contenuti considerati illeciti, il diritto alla anomizzazione del dato (che così perde la sua qualifica di personale) e il diritto alla esatta contestualizzazione del dato non più attuale che sia messo a disposizione del pubblico».

semplicemente, soltanto di una pigra trasposizione di una disciplina già positivizzata? E, in quest'ultimo caso, il diritto alla deindicizzazione può ritenersi implicitamente ricompreso in un più ampio diritto alla cancellazione?

Quest'ultima ipotesi appare di gran lunga quella preferibile²⁵⁹, nonché la più verosimile, essendo improbabile che il legislatore eurounitario abbia voluto compiere un simile passo indietro rispetto ai pronunciamenti della Corte di Giustizia, pur conferendo al diritto all'oblio "dignità di rubrica".

Il diritto all'oblio, e quindi alla deindicizzazione, sarebbe quindi ricompreso nel più ampio diritto alla cancellazione, con buona pace della più ordinata categorizzazione di cui sopra. E in effetti, considerare il diritto alla deindicizzazione ricompreso all'interno del diritto alla cancellazione, questo sì disciplinato dall'art. 17, è l'unico modo per far sì che l'incerta formulazione del GDPR non depotenzi il diritto all'oblio faticosamente emerso per via giurisprudenziale²⁶⁰.

Ad ogni buon conto, le risposte a queste domande potranno trovare conferma solo dalla giurisprudenza e, in effetti, è già possibile individuare degli elementi attraverso la lettura dei più recenti pronunciamenti della Corte di Giustizia.

Più apprezzabili, invece, risultano essere i contenuti dei paragrafi 2 e 3 dell'art. 17, pur non mostrando anch'essi un contenuto particolarmente innovativo o dirompente.

Il paragrafo 2 riguarda la necessità che il titolare del trattamento, obbligato ai sensi del paragrafo 1 a cancellare i dati trattati, adotti le misure ragionevoli per informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi *link*, copia o

²⁵⁹ Nello stesso senso F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione* cit., pag. 360.

²⁶⁰ Così, ancora, F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione* cit., pag. 373, secondo cui, affinché vi sia una tutela del diritto all'oblio, quantomeno «è necessario che il diritto a chiedere la deindicizzazione sia considerato ricompreso nel diritto alla cancellazione».

riproduzione dei suoi dati personali. Fin qui si tratta di principi già desumibili dalla precedente Direttiva, seppure non adeguatamente specificati. Certo, l'esplicita previsione di un obbligo di comunicazione costituisce una novità²⁶¹ ma, come molte delle novità recate dal GDPR, rischia di rilevarsi una formula vuota e sterile, in assenza di un'adeguata specificazione dell'obbligo e della relativa responsabilità, nonché in presenza di ipotesi potenzialmente illimitate di eccezioni alla regola. Innanzitutto, precisamente a quali altri "titolari del trattamento" deve essere indirizzata la comunicazione della richiesta dell'interessato? In dottrina vi è già chi ha avanzato delle ipotesi, avendo rilevato la confusa formulazione del paragrafo: l'obbligo, in capo al titolare, sarebbe quello di comunicare la richiesta di cancellazione «a tutti coloro i quali trattano i medesimi dati da lui pubblicati, e che, in altre parole, hanno ricavato tali dati proprio dalla sua pubblicazione». In questo modo, si aggiunge, la norma sembra «voler attribuire al titolare del trattamento una responsabilità derivante dall'aver pubblicato il dato» da cui «origina l'obbligo di comunicazione in parola»²⁶². Peraltro, tornando a Google e, più in generale, ai motori di ricerca, ci sarebbero anche altre domande da porsi. Intendendo il motore di ricerca quale "titolare del trattamento" e volendo ritenere la deindicizzazione compresa nelle maglie larghe del più ampio diritto alla cancellazione, Google sarebbe obbligata, in forza del paragrafo 2 qui in esame, a dare comunicazione della richiesta a tutti quelli che trattano i medesimi dati?

Pure interpretata in questo modo, e quindi nella prospettiva più ampia possibile, la norma rischia di apparire sterile, dal momento che l'obbligo è limitato, nella sua concreta possibilità di attuazione, dalla «tecnologia

²⁶¹ Secondo S. ZANINI, *Il diritto all'oblio* cit., pagg. 14, il contenuto innovativo del paragrafo 2 si manifesterebbe proprio con «il superamento del modello classico di rapporto intercorrente tra titolare e interessato, delineato della Direttiva 95/46/CE e definito "bipolare"»: per l'A, infatti, nel modello del GDPR vengono coinvolti e presi in considerazione soggetti ulteriori, i quali, disponendo dei dati, sono tenuti a loro volta a precedere alla cancellazione. Deve però ritenersi, come si vedrà, che tale portata innovativa rischia di ridimensionarsi in assenza di un'adeguata specificazione.

²⁶² In questo senso, F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione* cit., pagg. 360-362.

disponibile», dai «costi di attuazione», nonché dalla ragionevolezza delle misure da adottare. Ipotesi talmente vaghe da privare la formulazione di ogni tipo di precettività.

D'altra parte, sotto l'angolo visuale "tecnologico" in questa sede prescelto, la formulazione del paragrafo 2 si fa apprezzare ove menziona espressamente la necessità di tenere conto della «tecnologia disponibile», dimostrando di tenere a mente l'approccio "tecnologico" che dovrebbe caratterizzare la normativa in queste materie. È molto semplice, infatti, imporre degli obblighi, se non si tiene conto della tecnologia che c'è dietro. Questo tipo di approccio, dunque, dovrebbe più spesso essere utilizzato dal legislatore quando si cimenta con materie che, per le loro intrinseche caratteristiche, necessitano un confronto con la tecnologia che c'è dietro.

Più "classico" appare, invece, il riferimento alla necessità di tenere conto dei costi di attuazione dell'obbligo di notifica.

In definitiva, l'apparente novità della norma cela il rischio che, dietro alle larghe maglie della disposizione, la notifica non trovi concreta applicazione. La norma del paragrafo 2, quindi, pur apprezzabile nel metodo "tecnologico", per aver finalmente adeguatamente considerato la tecnologia dietro al diritto, rischia di rimanere sostanzialmente inattuata.

5. La sentenza Google/CNIL e il diritto all'oblio preso meno sul serio.

Se Atene piange, Sparta non ride. Nel quadro di sostanziale incertezza giuridica seguito alla sentenza *Google Spain* e all'entrata in vigore del GDPR, l'oblio non riceveva la sperata regolamentazione anche se il vero "sconfitto" continuava certamente ad essere Google: infatti, pur non essendo stata riconosciuta una compiuta tutela normativa al diritto all'oblio nel testo del GDPR, a dispetto di più ambiziose "rubriche", il "potente" motore di ricerca risultava ancora il destinatario di una serie di obblighi anche

territorialmente molto estesi, derivanti per lo più dalla sentenza del 2014, che gli affidavano peraltro un improbabile ruolo para-costituzionale di “giudice” in materia di diritto all’oblio dalla stessa non desiderato.

In questo contesto si inserisce la nuova pronuncia della Corte di Giustizia in materia di diritto all’oblio, resa nella causa C-507/17 e nota come *Google/CNIL*, destinata a far parlare molto di sé²⁶³.

Rispetto alla sentenza *Google Spain*, la sentenza *Google/CNIL* del 2019 rappresenta certamente un passo indietro nella tutela del diritto all’oblio e un punto a favore per il motore di ricerca di Mountain View²⁶⁴.

La nuova sentenza, infatti, delimita territorialmente il diritto all’oblio, circoscrivendo l’obbligo di deindicizzazione alle sole versioni del motore di ricerca corrispondenti a tutti gli Stati membri dell’Unione europea, senza necessità che la deindicizzazione avvenga in tutte le versioni del motore di ricerca a livello globale.

Prima di passare ad analizzare il contenuto della sentenza, verificando la tenuta del suo *iter* argomentativo e i rischi che essa comporta in termini di tutela del diritto, è opportuno riepilogare brevemente i termini della controversia.

Per Google, già all’indomani della sentenza *Google Spain*, attribuire al diritto all’oblio una valenza europea e non globale era divenuta una priorità.

L’approccio di Google alla tematica della deindicizzazione era volto, in sostanza, a contenere “i danni” derivanti dalla necessità di dare attuazione

²⁶³ Trattandosi di una pronuncia recente la letteratura in merito non è ancora particolarmente vasta. Si segnalano soprattutto le riflessioni di O. POLLICINO, *L’“autunno caldo” della Corte di giustizia* cit.; nonché G. BEVILACQUA, *La dimensione territoriale dell’oblio in uno spazio globale* cit.; da ultimo, sulla medesima Rivista, cfr. F. BALDUCCI ROMANO, *La Corte di Giustizia “resetta” il diritto all’oblio* cit., pagg. 31 ss.; con una particolare attenzione al difficile esercizio di una sovranità nei confronti dei giganti del *web*, nonché all’esercizio di una funzione paragiurisdizionale da parte della stessa Google e al conseguente rischio di una compromissione del principio del *due process*, cfr. M. OREFICE, *Diritto alla deindicizzazione* cit., pagg. 653 ss.; cfr. anche M. ASTONE, *Right to be forgotten online e il discutibile ruolo dei gestori dei motori di ricerca*, in *Diritto di Internet*, 2020, fasc. 1, pagg. 27-28.

²⁶⁴ P. FLEISCHER, *Implementing a European, not global, right to be forgotten*, in <https://europe.googleblog.com/2015/07/implementing-european-not-global-right.html>.

alla sentenza del 2014, riconoscendo l'esistenza di un obbligo di deindicizzazione soltanto in riferimento alle versioni del motore di ricerca il cui nome di dominio corrisponde a uno Stato membro.

Questo approccio non era stato condiviso dalla *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL), autorità amministrativa indipendente garante per la protezione dei dati personali in Francia, che, con decisione del 21 maggio 2015, aveva intimato a Google di procedere alla cancellazione di taluni *link* dall'elenco dei risultati in tutte le versioni del suo *search engine*.

In un documento del 2015 pubblicato dalla stessa Google, a firma del proprio *Global Privacy Counsel* Peter Fleischer e significativamente intitolato «*Implementing a European, not global, right to be forgotten*», il motore di ricerca aveva pubblicamente assunto una posizione nettamente contraria all'approccio fatto proprio dalla CNIL, secondo cui il diritto all'oblio avrebbe comportato l'obbligo di deindicizzazione da tutte le versioni del motore di ricerca. Google si spingeva, addirittura, ad affermare che la posizione della CNIL avrebbe reso il *web* il posto meno libero del mondo²⁶⁵. A sostegno della propria tesi, Google sottolineava come l'introduzione di un obbligo di deindicizzazione generalizzato fosse sproporzionato e non necessario rispetto allo scopo, dal momento che, stando ai dati aggiornati al 2015 in possesso del motore di ricerca, circa il 97% degli utenti francesi faceva riferimento soltanto alla versione locale *google.fr*, ignorando le altre. Preso atto del rifiuto di Google di conformarsi alla decisione presa, la CNIL aveva, quindi, inflitto alla stessa Google una sanzione pari ad euro 100.000,00, con deliberazione del 10 marzo 2016.

²⁶⁵ Cfr. P. FLEISCHER, *op. ult. loc. cit.*: «*if the CNIL's proposed approach were to be embraced as the standard for Internet regulation, we would find ourselves in a race to the bottom. In the end, the Internet would only be as free as the world's least free place. We believe that no one country should have the authority to control what content someone in a second country can access*». In merito a tale documento cfr. G. CINTRA GUIMARÃES, *Global technology cit.*, pag. 155, il quale, a tal proposito, osservava «*after all, most companies, Google included, apply worldwide restrictions when they limit access to content that allegedly violates intellectual property rights. If property is enforced globally, so should privacy be*».

A seguito della decisione della CNIL, sfavorevole a Google, il gestore del motore di ricerca ne chiedeva l'annullamento al Consiglio di Stato della Repubblica francese (*Conseil d'État*), che rimetteva infine tre connesse questioni pregiudiziali di interpretazione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Con una prima questione, dirimente rispetto alle altre due, il *Conseil d'État* chiedeva alla Corte di chiarire se il gestore di un motore di ricerca, nel dare seguito a una richiesta di deindicizzazione, fosse tenuto ad eseguire tale deindicizzazione su tutti i nomi di dominio del suo motore.

Soltanto in caso di risposta negativa al primo quesito, il *Conseil d'État* chiedeva alla Corte di chiarire se la deindicizzazione dovesse essere effettuata sul solo dominio del motore di ricerca corrispondente allo Stato membro in cui era stata effettuata la domanda (es. google.fr) o se dovesse essere effettuata sui nomi di dominio del motore di ricerca corrispondenti a tutti gli stati membri (es. google.fr, google.it, google.de, ecc.).

Con una terza questione, infine, il *Conseil d'État* chiedeva alla Corte di chiarire se il gestore di un motore di ricerca, accogliendo una richiesta di deindicizzazione, fosse tenuto a sopprimere, con la tecnica del "blocco geografico", a partire da un indirizzo IP che si ritiene localizzato nello Stato di residenza del beneficiario del "diritto alla deindicizzazione", i risultati controversi delle ricerche effettuate a partire dal nome di quest'ultimo, o persino, più in generale, a partire da un indirizzo IP che si ritiene localizzato in uno degli Stati membri, e ciò indipendentemente dal nome di dominio utilizzato dall'utente di Internet che effettua la ricerca. Tale terza questione, che indubbiamente avrebbe richiesto un'analisi "tecnologica" da parte della Corte, era stata occasionata da una proposta della stessa Google alla CNIL.

Come anticipato, la Corte di Giustizia dell'Unione europea, con la sentenza del 24 settembre 2019 resa nella causa C-507/17, ha di fatto sposato la posizione di Google, sconfessando quella della CNIL.

La decisione è resa in relazione a una controversia cui era applicabile *ratione temporis* la vecchia direttiva 95/46, abrogata con effetto dal 25 maggio 2018, ma espressamente è resa anche ai sensi del regolamento 2016/679 (GDPR), la cui disciplina in tema di oblio, come si è visto, non può comunque essere considerata particolarmente innovativa.

La Corte di Giustizia, dunque, ha risposto negativamente al primo quesito, affermando che non sussiste un obbligo di deindicizzazione in tutte le versioni del motore di ricerca. La posizione prescelta, tuttavia, è risultata quella intermedia, essendosi ritenuto che tale obbligo di deindicizzazione sussista comunque nei domini riferibili a tutti gli Stati membri (google.fr, google.it, ecc.) e non soltanto nel dominio riferibile allo Stato membro in cui era stata effettuata la richiesta.

L'*iter* argomentativo seguito e il risultato raggiunto non possono essere esenti da critiche²⁶⁶, dal momento che ignorano le preoccupazioni dell'Avvocato generale in merito alla tecnologia²⁶⁷.

²⁶⁶ In dottrina si è già evidenziato che quella scelta dalla Corte è «una soluzione di compromesso che però non giova alla effettività della tutela del diritto in questione» (così O. POLLICINO, *L'“autunno caldo”* cit., pag. 7). Sull'inadeguatezza della decisione cfr. anche F. BALDUCCI ROMANO, *op. cit.*, pagg. 44 ss., il quale rileva come la decisione offra «soluzioni inadeguate, anche perché parziali ed insufficienti».

²⁶⁷ L'Avvocato generale, in effetti, dedicava ampio risalto alla risoluzione della terza questione pregiudiziale, relativa all'utilizzo della tecnica del “blocco geografico” per evitare che una persona resti libera di effettuare la ricerca su altra versione del motore di ricerca. Una tecnica che, lo si ricorda, era stata proposta dalla stessa Google in sede di giudizio dinanzi alla CNIL e che comunque si presterebbe aggiramenti con l'utilizzo di un *server proxy*. Ad ogni buon conto, nonostante l'attenzione prestata dall'Avvocato generale all'aspetto tecnologico, la Corte non dedica particolare spazio alla risoluzione della terza questione pregiudiziale né, più in generale, alla problematica tecnologica sottesa. Cfr. CGUE, *Conclusioni motivate dell'Avvocato generale Maciej Szpunar nella causa C-507/17*, 10 gennaio 2019, in <http://curia.europa.eu>, ove si osserva che «69. [...] una persona rimane libera di effettuare le proprie ricerche sugli altri nomi di dominio del motore di ricerca. Ad esempio, l'estensione google.fr non è limitata alle ricerche effettuate a partire dalla Francia. 70. Tuttavia, tale possibilità può essere limitata mediante la tecnologia detta del «blocco geografico». 71. Il blocco geografico è una tecnica che limita l'accesso al contenuto Internet in funzione della collocazione geografica dell'utente. Nell'ambito di detto sistema, la localizzazione dell'utente è determinata grazie a tecniche di geolocalizzazione, quali la verifica dell'indirizzo IP dell'utente. Il blocco geografico, che costituisce una forma di censura, è ritenuto ingiustificato nel diritto del mercato interno dell'Unione dove è stato fatto oggetto, in particolare, di un regolamento volto a impedire ai professionisti operanti in uno Stato membro di bloccare o limitare l'accesso alle loro interfacce online a clienti di altri Stati membri, che desiderano effettuare operazioni transfrontaliere. 72. Una volta ammesso il blocco geografico, poco importa quale nome di dominio

Se la sentenza del 2014 era sfavorevole a Google nella misura in cui garantiva oltremodo un diritto all'oblio senza adeguatamente considerare i contrapposti diritti - affidando peraltro a Google l'indesiderato ruolo di "giudice" sulle richieste in tema di oblio²⁶⁸ - la sentenza del 2019 è sostanzialmente favorevole al colosso della *Silicon Valley*. Infatti, delimitando territorialmente la tutela del diritto all'oblio, indubbiamente favorisce gli interessi di Google ma lo fa con una decisione che si espone a critiche ancor maggiori rispetto alla precedente, non considerando che gli sviluppi tecnologici consentono facilmente di aggirare la portata della pronuncia e di non prendere sul serio il diritto all'oblio.

La circostanza, peraltro, era già stata segnalata dal CNIL nel giudizio *a quo* ma non è stata minimamente presa in considerazione dalla Corte di Giustizia. È cruciale, invece, che decisioni che riguardano l'economia digitale tengano in considerazione gli strumenti tecnologici esistenti e la loro adeguatezza a garantire l'effettività della decisione.

L'analisi dell'*iter* argomentativo seguito consente di verificare di cosa sia consapevole la Corte e di cosa non sia consapevole.

Innanzitutto, la Corte mostra consapevolezza che la deindicizzazione effettuata su tutte le versioni di un motore di ricerca costituisca la strada più idonea per tutelare il diritto all'oblio. Ciò dal momento che Internet è «una rete globale senza frontiere e i motori di ricerca conferiscono ubiquità alle

del motore di ricerca sia utilizzato. Pertanto, propongo di rispondere alla terza questione prima della seconda».

²⁶⁸ A tal proposito, parte della dottrina ha individuato nella sentenza Google/CNIL un'occasione persa per rimodulare la funzione paragiurisdizionale di Google, per come era stata pensata ai tempi di Google Spain. Cfr. M. OREFICE, *Diritto alla deindicizzazione* cit., pag. 687, secondo cui «non solo l'intervento di Google, ma anche quello dell'Autorità di Controllo, in funzione pseudo-giudiziale si deve ritenere di dubbia compatibilità costituzionale, perché viola il divieto per qualunque potere diverso da quello giudiziario di dirimere la lite sulle libertà fondamentali, tanto più se, con il reclamo al Garante, l'interessato esaurisce l'esperibilità delle azioni». Infatti, per ID., *op. cit.*, pag. 691, «piuttosto la Corte sarebbe dovuta intervenire per correggere l'attribuzione del potere regolatorio e giustiziale a un privato e riportare sui giusti binari costituzionali ed europei gli attori coinvolti ristabilendo la corretta ladder of intervention tracciata sopra». In merito a queste tematiche si veda anche G. DE MINICO, *Antiche libertà e nuova frontiera digitale*, Torino, Giappichelli, 2016, pagg. 204-206.

informazioni e ai *link* contenuti in un elenco di risultati visualizzato a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona fisica» e che «in un mondo globalizzato l'accesso da parte degli utenti di Internet, in particolare quelli localizzati al di fuori dell'Unione, all'indicizzazione di un *link*, che rinvia a informazioni concernenti una persona il cui centro di interessi si trova nell'Unione, può quindi produrre effetti immediati e sostanziali sulla persona in questione anche all'interno dell'Unione».

La Corte, quindi, dimostra di avere contezza di quanto ampio sia il fenomeno Internet e che la deindicizzazione in una sola versione del motore di ricerca non possa offrire, in effetti, una tutela piena.

In tal senso, la decisione pare porsi quasi come un implicito invito al legislatore eurounitario a intervenire, dal momento che si afferma che «allo stato attuale, non sussiste [...] un obbligo, derivante dal diritto dell'Unione, di effettuare tale deindicizzazione su tutte le versioni del suo motore».

Nonostante vi sia consapevolezza del depotenziamento che la decisione infliggerà alla tutela del diritto all'oblio, sulla base di altre argomentazioni, la Corte afferma che il gestore di un motore di ricerca non possa essere tenuto a procedere a una deindicizzazione in tutte le versioni del suo motore²⁶⁹.

Le argomentazioni alla base della decisione attengono essenzialmente alla circostanza che molti Stati terzi non riconoscono il diritto alla deindicizzazione o comunque adottino un approccio diverso per tale diritto²⁷⁰: il riferimento, non troppo velato, è evidentemente agli Stati Uniti,

²⁶⁹ In dottrina vi è già chi auspica futuri rinvii pregiudiziali che consentano alla Corte di rimodulare la portata del diritto all'oblio, se non altro con riferimento a quei casi in cui non vi sia la necessità di un bilanciamento con il diritto all'informazione: «*in tali casi, non solo il diritto alla protezione dei dati personali dovrebbe prevalere, ma ad ogni interessato dovrebbe riconoscersi il diritto di ottenere la rimozione, a livello globale, dei risultati delle ricerche effettuate a partire dal proprio nome. Solo così si potrà accordare una tutela soddisfacente del diritto [...]*» (così F. BALDUCCI ROMANO, *op. cit.*, pagg. 45-46).

²⁷⁰ O. POLLICINO, *L' "autunno caldo"* cit., pag. 6, ha correttamente rilevato come la decisione assuma le caratteristiche di un «*vorrei ma non posso*»: infatti, «*la best option sarebbe quella dell'applicazione globale del diritto alla deindicizzazione, ma si tratterebbe, a detta della Corte, quasi di una colonizzazione giuridica europea nel segno di un'egemonia culturale nei confronti di altri paesi che attribuiscono un diverso valore alla privacy digitale*».

ove la sentenza *Google Spain*, come già ricordato, aveva ricevuto un'accoglienza non troppo calorosa²⁷¹. La Corte, dunque, provando a fare tesoro delle considerazioni critiche avanzate nei confronti della propria precedente sentenza sul punto, afferma che il diritto alla protezione dei dati va considerato alla luce della sua funzione sociale e temperato con altri diritti fondamentali. Nel fare ciò sottolinea soprattutto che «l'equilibrio tra il rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, da un lato, e la libertà di informazione degli utenti di Internet, dall'altro, può variare notevolmente nel mondo», constatando, tra l'altro, che l'art. 17 del GDPR non ha inteso effettuare alcun bilanciamento per quanto riguarda la portata di una deindicizzazione fuori dall'Unione (e, in effetti, come si è visto, non disciplina affatto la deindicizzazione).

Dunque, sulla base di un'interpretazione letterale sia dell'art. 12, lett. b.), e dell'art. 14, comma 1, lett. a), della previgente Direttiva 95/46, sia dell'art. 17 del Regolamento 2016/679/UE, la Corte chiarisce come il legislatore eurounitario non abbia affatto inteso estendere il diritto alla cancellazione (e quindi il diritto all'oblio citato solo in rubrica) all'infuori dei confini degli Stati membri²⁷².

Da ciò deriva, ad avviso della Corte, l'assenza di un obbligo, allo stato attuale, per il gestore di un motore di ricerca che accoglie una richiesta di deindicizzazione di effettuare tale deindicizzazione su tutte le versioni del suo motore.

²⁷¹ Cfr. J. ZITTRAIN, *Don't force Google* cit.; G. CINTRA GUIMARÃES, *Global technology* cit., pag. 170; nella dottrina italiana, cfr. G. SARTOR, M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google* cit., pagg. 657 ss.; G. RESTA, *La sorveglianza elettronica* cit., pagg. 697 ss.

²⁷² L'utilizzo di questo argomento letterale ha già destato diverse perplessità nei primi commentatori, soprattutto in relazione all'enfasi fornita all'art. 17 del GDPR: «*la sentenza ricerca, all'interno dell'articolo 17 del RGPD, la disciplina della portata territoriale del diritto all'oblio. È tuttavia opportuno osservare che, nonostante l'enfasi della rubrica di tale disposizione, "Diritto alla cancellazione («diritto all'oblio»)", essa non crea un nuovo diritto soggettivo, bensì definisce il contenuto di una pretesa strumentale del diritto alla protezione dei dati personali, al preciso scopo di adeguare la legislazione ai principi affermati dalla sentenza Google Spain*» (così F. BALDUCCI ROMANO, *op. cit.*, pag. 36).

L'obbligo, tuttavia, è da ritenersi sussistente sui domini riferibili a tutti gli Stati membri, dal momento che il legislatore europeo ha evidentemente inteso estendere, in modo uniforme, la disciplina in materia di protezione dei dati personali con la scelta dello strumento normativo del regolamento e quindi - come già precisato - di una fonte direttamente applicabile in tutto il territorio dell'Unione. È proprio il GDPR, infatti, a consentire alla Corte di affermare che la deindicizzazione sia da effettuare, in linea di principio, per tutti gli Stati membri.

Orbene, se alcune delle considerazioni della Corte appaiono tutto sommato condivisibili²⁷³, nel voler fare tesoro anche di alcune “leggerezze” individuate dalla dottrina nell'*iter* argomentativo della precedente sentenza *Google Spain*²⁷⁴, la pronuncia risulta essere criticabile sotto altri profili²⁷⁵.

Infatti, proprio come la sentenza *Google Spain*, la sentenza *Google/CNIL* non tiene in adeguata considerazione il profilo tecnologico e non può essere considerato sufficiente, a tal proposito, lasciare integralmente a Google il

²⁷³ Ci si potrebbe chiedere come possa la parziale delimitazione del diritto alla deindicizzazione (nelle sole versioni del motore di ricerca riferibili agli Stati membri e non *worldwide*) derivare da un'interpretazione letterale dell'art. 17, GDPR, se, come si è visto, tale disposizione disciplina in realtà la cancellazione e non l'oblio. A chi scrive parrebbe comunque un esercizio sterile quello di voler criticare la sentenza soltanto sulla base dell'approccio letterale prescelto, essendo preferibile concentrarsi su altre lacune dell'impianto argomentativo, alla luce dell'approccio “tecnologico” che si è deciso di seguire nella presente analisi.

²⁷⁴ È stato sottolineato come nella decisione si riscontrino, da parte della Corte di Giustizia, proprio «la volontà di attenuare le implicazioni sistemiche più problematiche discendenti da *Google Spain*, e, quindi, di confinare al territorio dell'Europa sia il bilanciamento asimmetrico tra diritto alla privacy digitale e diritto a essere informati, sia il fatto che spetti ad un operatore privato il compito di effettuare in concreto tale bilanciamento» (così O. POLLICINO, *L'”autunno caldo”* cit., pag. 5). Anche F. BALDUCCI ROMANO, *op. cit.*, pag. 42, rileva come sembri che «la Corte abbia voluto ascoltare le obiezioni di extraterritorialità sollevate da alcuni commentatori della sentenza *Google Spain*».

²⁷⁵ Ci si potrebbe chiedere, innanzitutto, come possa la parziale delimitazione del diritto alla deindicizzazione (nelle sole versioni del motore di ricerca riferibili agli Stati membri e non *worldwide*) derivare da un'interpretazione letterale dell'art. 17, GDPR, se, come si è visto, tale disposizione disciplina in realtà la cancellazione e non l'oblio. A chi scrive parrebbe comunque un esercizio sterile quello di voler criticare la sentenza soltanto sulla base dell'approccio letterale prescelto, essendo preferibile concentrarsi su altre lacune dell'impianto argomentativo, alla luce dell'approccio “tecnologico” che si è deciso di seguire nella presente analisi.

gravoso compito di «adottare misure sufficientemente efficaci»²⁷⁶, disinteressandosi totalmente della realizzabilità tecnica di una tutela del diritto all'oblio così configurato e non prendendo in considerazione i facili aggiramenti che potrebbero derivarne.

L'idiosincrasia della Corte per gli aspetti più strettamente tecnico-informatici si rileva, innanzitutto, dalla sostanziale mancata risposta alla terza questione pregiudiziale: la Corte, infatti, non si preoccupa di chiarire se debba o meno essere utilizzata la cosiddetta tecnica del "blocco geografico" e se questa sia sufficiente a garantire tutela, limitandosi soltanto a imporre a Google l'adozione di misure «efficaci».

Ciò che più conta, però, anche a prescindere dall'applicazione della suddetta tecnica del "blocco geografico", è che la delimitazione territoriale dell'obbligo di deindicizzazione crea un enorme *vulnus* nella tutela del diritto all'oblio²⁷⁷ e, se ciò rischia di avvenire, è proprio a causa di una mancata analisi tecnologica della decisione da rendere da parte della Corte.

Ora, da un lato è vero che non basterà digitare google.com.br oppure google.co.jp per visualizzare i risultati che apparirebbero dal Brasile o dal Giappone, aggirando così i limiti imposti dalla territorialità. Tuttavia, anche

²⁷⁶ Afferma la Corte, infatti, che «è compito [...] del gestore del motore di ricerca adottare, se necessario, misure sufficientemente efficaci per garantire una tutela effettiva dei diritti fondamentali della persona interessata. Tali misure devono soddisfare tutte le esigenze giuridiche e avere l'effetto di impedire agli utenti di Internet negli Stati membri di avere accesso ai link in questione a partire da una ricerca effettuata sulla base del nome di tale persona o, perlomeno, di scoraggiare seriamente tali utenti».

²⁷⁷ Cfr. ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Guidelines on the implementation of the judgment of the Court of Justice of the European Union judgment in the case "Google Spain"* cit., ove già era possibile leggere affermazioni in tal senso: «limiting de-listing to EU domains on the grounds that users tend to access search engines via their national domains cannot be considered a sufficient mean to satisfactorily guarantee the rights of data subjects according to the ruling. In practice, this means that in any case de-listing should also be effective on all relevant domains, including .com». Dunque, già le linee guida dell'Article 29 Working Party sull'implementazione della sentenza *Google Spain* avevano chiarito che una tutela effettiva del diritto all'oblio non potesse essere attuata mediante una deindicizzazione limitata ai domini europei. Questo aspetto è stato particolarmente messo in luce da O. POLLICINO, *L'"autunno caldo"* cit., pag. 7, che osserva come «la rimozione territoriale a livello europeo non costituirebbe un rimedio efficace tale da garantire l'irrepetibilità di un link derivante dai risultati di ricerca offerti da Google». Più in generale, con riguardo alle linee guida, cfr. S. MARTINELLI, *Diritto all'oblio e motori di ricerca* cit., pag. 197, secondo cui «per garantire la protezione dell'interessato dalla diffusione universale dei dati, non può ritenersi sufficiente la mera deindicizzazione sui domini europei o nazionali».

se non basterà digitare direttamente l'URL di una diversa versione di Google, con l'utilizzo di un *server proxy*²⁷⁸ è comunque semplicissimo visualizzare un sito dall'Italia come se fossimo in Brasile o in Giappone, ipotesi che è stato possibile verificare personalmente riuscendo in pochi minuti a visualizzare Google “dall'estero” rimanendo in Italia.

Questo vuol dire che sarà sempre possibile, per chi è davvero interessato a svolgere una ricerca a 360 gradi su una persona fisica, rintracciare anche i risultati per cui è stato riconosciuto il diritto all'oblio, rendendo così vana l'attuazione (geograficamente delimitata) di detto diritto.

La tutela resterebbe effettiva, dunque, soltanto di fronte all'utente medio e in realtà poco interessato alla ricerca di informazioni, che si limiterà a una ricerca rapida sulla propria versione del motore di ricerca, senza ulteriormente approfondire e passando di lì a pochi minuti ad altra attività. L'oblio sarebbe viceversa inesistente per tutti quelli realmente interessati a scoprire con chi hanno a che fare. La domanda a questo punto è: la Corte di Giustizia ha effettivamente inteso restringere il campo di applicazione del diritto all'oblio? Oppure la decisione è solo frutto di inaccuratezza tecnologica?

La Corte, da un lato, ha dimostrato di aver compreso l'ampiezza del fenomeno di Internet²⁷⁹; dall'altro, però, il peggiore rischio sembra essere

²⁷⁸ Per la definizione di *proxy* cfr. A. LUOTENEN, K. ALTIS, *World-Wide Web Proxies* cit., secondo cui: «*The primary use of proxies is to allow access to the Web from within a firewall [...]. A proxy is a special HTTP [HTTP] server that typically runs on a firewall machine. The proxy waits for a request from inside the firewall, forwards the request to the remote server outside the firewall, reads the response and then sends it back to the client*». In sostanza, con la metodologia sopra descritta, un server che opera fuori dai confini entro cui esiste una restrizione è capace di ricevere e poi ritrasmettere qualsiasi documento il cui accesso è vietato localmente.

²⁷⁹ Proprio la natura globale di Internet ha giustificato il diverso approccio seguito dalla Corte Suprema canadese in tema di deindicizzazione, improntato a un'applicazione extraterritoriale. Cfr. Supreme Court of Canada, 28 giugno 2017, SSC 34, *Google Inc. v. Equustek Solutions Inc.*: «*the Internet has no borders — its natural habitat is global. The only way to ensure that the interlocutory injunction attained its objective was to have it apply where Google operates — globally. If the injunction were restricted to Canada alone or to google.ca, the remedy would be deprived of its intended ability to prevent irreparable harm, since purchasers outside Canada could easily continue purchasing from D's websites, and Canadian purchasers could find D's websites even if those*

considerato quello che un soggetto, che si trovi fisicamente al di fuori dell'Unione europea, possa visualizzare informazioni relative a una persona il cui centro di interessi si trova all'interno dell'Unione.

Tali considerazioni inducono a ritenere che la Corte ignori il vero rischio insito nella pronuncia, ossia che una persona, fisicamente localizzata in uno Stato membro dell'Unione, possa visualizzare informazioni per cui è stato riconosciuto l'oblio su di un'altra persona il cui centro di interessi sia nell'Unione, attraverso l'utilizzo di un *server proxy*, una metodologia alla portata di tutti con una semplice ricerca su Google.

6. L'(in)adeguatezza della giurisprudenza rispetto alle nuove tecnologie dal caso Google/CNIL al caso Facebook.

La pronuncia Google/CNIL non può che essere confrontata con un'altra recentissima sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea riguardante Facebook (C-18/18), del 3 ottobre 2019, orientata a criteri del tutto opposti ma che con la pronuncia sopra analizzata ha in comune la scarsa attenzione alla tecnologia sottesa all'applicazione della sentenza.

A maggior ragione la pronuncia Facebook desta interesse se si considera quanto già osservato in dottrina, secondo cui «la decisione merita anch'essa di essere fin da ora segnalata in quanto la questione affrontata - relativa alla pubblicazione su una pagina personale di foto e commenti ritenuti lesivi del diritto della personalità - presenta significative assonanze con il tema limitrofo, della riservatezza e dunque del diritto all'oblio»²⁸⁰. Anche per

websites were de-indexed on google.ca». La sentenza canadese è opportunamente già richiamata e messa in relazione alla pronuncia Google/CNIL da G. BEVILACQUA, *op. ult. cit.*, pag. 16, cui si rinvia per un maggiore approfondimento.

²⁸⁰ Così V. CUFFARO, *Una decisione assennata cit.*, pag. 1197, sia pure incidentalmente rispetto ad un'analisi dedicata alla già citata sentenza Cass. Civ., Sez. Un., 22 luglio 2019, n. 19681.

questa assonanza, quindi, appare opportuno mettere in parallelo le due pronunce, rese dalla Corte a distanza di pochi giorni, pure in questa sede²⁸¹.

Il caso di specie riguardava la condivisione, da parte di un utente di *Facebook*, sulla propria pagina del *social network* e senza limitazioni di visibilità, di una notizia pubblicata da un sito di informazione *online*, in cui figurava la foto di un deputato della Camera dei rappresentanti del Parlamento austriaca e un proprio commento con contenuti considerati diffamatori in primo e secondo grado.

La Corte suprema austriaca decideva, infine, di sollevare tre questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, richiedendo, in sostanza, se in capo a un *host provider* come Facebook vi sia l'obbligo di rimuovere informazioni «*identiche*» a quelle considerate illecite «a livello mondiale», «nello Stato membro interessato», «dell'utente interessato a livello mondiale», «dell'utente interessato nello Stato membro interessato». In secondo luogo, si richiedeva se detto obbligo, oltre a valere per le informazioni «*identiche*», dovesse valere anche per quelle «dal contenuto equivalente» e se questo obbligo insorga «non appena il gestore sia venuto a conoscenza di tale circostanza».

Ebbene, a conferma della sostanziale indifferenza della Corte di Giustizia a tematiche tecnologiche, già constatata nella pronuncia Google/CNIL, nella sentenza Facebook si impone al gestore del *social network* un obbligo di rimuovere contenuti identici e/o equivalenti a quelli dichiarati illeciti, a livello mondiale e senza curarsi della realizzabilità tecnica di quanto imposto.

²⁸¹ Le due pronunce sono già state messe in parallelo da O. POLLICINO, *L' "autunno caldo"* cit., pagg. 9-10, che giustifica «*l'apparente contraddizione*» tra le due decisioni essenzialmente sulla base delle diverse normative di riferimento: da un lato, il GDPR per quanto riguarda la sentenza Google/CNIL, dall'altro, la direttiva 2000/31/CE per quanto riguarda la sentenza Facebook. Per un confronto tra le due pronunce, sia consentito anche rinviare ad A. IANNOTTI DELLA VALLE, *The (in)adequacy of the law to new technologies* cit., pag. 172 ss.

In tale pronuncia, infatti, si è stabilito che «Il diritto dell'Ue non preclude a un fornitore come Facebook l'obbligo a rimuovere commenti identici e, in determinate circostanze, commenti equivalenti precedentemente dichiarati illegali». La rimozione, in tal caso, avverrebbe in tutto il mondo e non unicamente negli Stati membri, differenziandosi in questo modo dall'approccio seguito in tema di oblio per la sentenza Google/CNIL.

Infatti, nonostante le assonanze della tematica trattata con il diritto all'oblio, il "metodo" utilizzato dalla Corte per addivenire alla decisione appare improntato a diversi parametri rispetto alla sentenza Google/CNIL di poco precedente. Una tale diversità di approccio forse non è adeguatamente giustificata, pur considerando i "silenzi" del GDPR in materia di oblio, dal momento che la formulazione dell'art. 18 della Direttiva 2000/31/CE, applicabile al caso di specie, non appare troppo più "ricca" di quella dell'art. 17 del Reg. 2016/679/UE²⁸².

È effettivamente probabile, come già segnalato in dottrina²⁸³, che la Corte di Giustizia abbia voluto reagire all'istituzione, da parte di Facebook, dell'*Oversight Board*, destinata ad assumere decisioni vincolanti rispetto ai contenuti pubblicati sul *social network*, di cui si dirà nel Capitolo IV.

Senza dilungarsi ulteriormente su questo aspetto, che meriterà apposite riflessioni, pare opportuno effettuare alcune osservazioni, in relazione al caso Facebook, dall'angolo visuale in questa sede prescelto. Va rilevato, infatti,

²⁸² L'assenza di limiti all'applicazione globale del principio di diritto enunciato è ricavata dalla Corte dall'interpretazione dell'art. 18, par. 1, Direttiva 2000/31/CE, dal momento che, ad avviso della Corte, tale articolo dota gli Stati membri di un potere discrezionale particolarmente ampio «*per quanto riguarda i ricorsi e le procedure che consentono l'adozione dei provvedimenti necessari*». Cfr. art. 18 cit.: «*Gli Stati membri provvedono affinché i ricorsi giurisdizionali previsti dal diritto nazionale per quanto concerne le attività dei servizi della società dell'informazione consentano di prendere rapidamente provvedimenti, anche provvisori, atti a porre fine alle violazioni e a impedire ulteriori danni agli interessi in causa*». Alla luce del tenore letterale della disposizione, l'interpretazione fornita dalla Corte non appare così scontata, neppure alla luce dei citati considerando 58 e 60 della Direttiva.

²⁸³ Cfr. O. POLLICINO, *L'"autunno caldo"* cit., pagg. 10-11, secondo cui «*non può forse stupire che rispetto all'ipotesi di una privatizzazione della giustizia digitale su scala globale, la Corte di giustizia, nel caso Facebook che si commenta, abbia risposto con la possibilità di un'applicazione globale dell'ingiunzione giudiziale relativa alla rimozione di contenuti illeciti*».

come la Corte non si preoccupi dei limiti tecnologici che impedirebbero di far rispettare il diritto dell'Unione europea fuori dai confini dell'Unione europea: la pronuncia, in effetti, obbliga di fatto Facebook a implementare la codificazione di algoritmi molto complicati per assicurare l'attuazione in tutto il mondo del principio di diritto enunciato. Algoritmi resi ancora più complicati dalla necessità di scovare messaggi con «contenuto equivalente»: cosa si intende, infatti, per equivalente e come potrà l'algoritmo individuare quei post che la Corte definisce come quelli «il cui contenuto rimane, in sostanza, invariato» e in cui «lo stesso messaggio sia formulato in modo leggermente diverso»? Sebbene la Corte riconosca che, in base all'art. 15, Direttiva 2000/31/CE, non possa esservi realisticamente un obbligo di sorveglianza in capo a Facebook²⁸⁴, in realtà non è comunque ben chiaro quale algoritmo possa garantire una valutazione automatica che abbia un margine di errore accettabile e che non finisca per travolgere nel calderone attività che costituiscono libera espressione del pensiero, come ad esempio la satira.

In definitiva, la Corte impone a Facebook l'utilizzo di tecnologie indubbiamente complesse e di cui ignora sostanzialmente l'esistenza (né, in verità, sembra preoccuparsene). In questo modo espone Facebook al rischio di un'inadeguatezza della tecnologia esistente rispetto al diritto. Dunque, una probabile inadeguatezza tecnologica che però cela una ben più sicura inadeguatezza del diritto rispetto al mondo delle nuove tecnologie.

Concludendo, indubbiamente la materia trattata nella sentenza Facebook è parzialmente diversa da quella della sentenza Google/CNIL, così come diverso è il quadro normativo di riferimento, ma ciò non giustifica una tale diversità di approccio rispetto alla sentenza Google/CNIL.

²⁸⁴ Infatti, per la Corte, «*differenze nella formulazione di tale contenuto equivalente rispetto al contenuto dichiarato illecito non devono, ad ogni modo, essere tali da costringere il prestatore di servizi di hosting interessato ad effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto*».

L'unico elemento in comune, che davvero lega le due pronunce rese a distanza di pochissimi giorni, è la sostanziale assenza di un'attenzione alla tecnologia "dietro" il diritto, al di là delle formule di stile.

In effetti, l'assenza di una reale attenzione alla tecnologia sottesa alle enunciazioni giuridiche pare essere il filo conduttore di tutte le pronunce analizzate, da *Google Spain* fino alle più recenti sentenze Google/CNIL e Facebook.

7. La necessità di un approccio "tecnologico" per un'effettiva tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale.

Volendo giungere a delle prime conclusioni, pur nella consapevolezza delle rapidissime evoluzioni cui il diritto delle nuove tecnologie ci ha abituati, anche nel suo versante pubblicistico, è possibile partire dall'analisi sin qui effettuata per individuare nella mancanza di reale attenzione alla tecnologia sottesa all'applicazione del diritto il minimo comun denominatore delle più importanti pronunce in materia di diritto all'oblio.

L'Unione europea è ben consapevole che la rivoluzione digitale sta imprimendo al mondo una delle più grandi trasformazioni dall'epoca della rivoluzione industriale ed è altrettanto consapevole che occorre essere pronti per la sempre maggiore penetrazione delle nuove tecnologie nelle nostre vite²⁸⁵. Evidentemente, l'unico modo con cui l'Unione potrà essere davvero

²⁸⁵ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, Al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni sulla revisione intermedia dell'attuazione della strategia per il mercato unico digitale. Un mercato unico digitale connesso per tutti*, COM(2017) 228, 10 maggio 2017, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=COM:2017:228:FIN>, ove emerge una forte consapevolezza sulla necessità dell'intervento del diritto nel mondo digitale: «*Ondate successive di rivoluzioni tecnologiche hanno trasformato le società e le economie umane apportando benefici a lungo termine sia per quanto riguarda la crescita economica che la qualità della vita. La rivoluzione digitale attualmente in corso può produrre una nuova trasformazione. [...] Il completamento del mercato unico digitale dell'UE ha anche bisogno di un ambiente giuridico stabile e trasparente per stimolare l'innovazione, lottare*

pronta di fronte all'avanzare delle nuove tecnologie sarà utilizzando gli strumenti di essa stessa dispone e quindi soprattutto il diritto. Il riferimento, da un lato, è alla *soft law* che, in materia di nuove tecnologie, spesso precede l'*hard law* e tende a occuparne gli spazi in modo pressoché incontrollabile²⁸⁶; dall'altro, però, vi è la consapevolezza che le problematiche più serie poste dalle nuove tecnologie richiederanno l'intervento dell'*hard law*.

Indubbiamente, la rete Internet è stata una delle più importanti innovazioni del XX secolo.

contro la frammentazione del mercato e consentire a tutti gli operatori di sfruttare le nuove dinamiche di mercato a condizioni eque ed equilibrate. Un ambiente giuridico stabile e trasparente creerà quel senso di affidabilità che è essenziale per ottenere la fiducia imprese e consumatori. [...] È di fondamentale importanza, per tutte le parti interessate, garantire che le misure siano adottate, attuate integralmente e rigorosamente rispettate, in un lasso di tempo che sia compatibile con il rapido sviluppo dell'economia digitale. La Commissione intende utilizzare l'intero arsenale di strumenti politici e di opportunità di finanziamento di cui dispone per contribuire a questo fine, ma è essenziale poter contare sul sostegno incondizionato degli Stati membri, del Parlamento europeo, del Consiglio e dei soggetti interessati; se così non dovesse essere, il mercato unico digitale non potrà mai diventare una realtà. Due terzi degli europei ritengono che le più recenti tecnologie digitali abbiano un impatto positivo sulla società, sull'economia e sulla loro esistenza quotidiana. La maggioranza degli intervistati è del parere che l'UE, le autorità degli Stati membri e le imprese debbano adottare misure volte a porre rimedio alle questioni sollevate in merito alla digitalizzazione». Per alcuni primi tentativi di realizzazione dei propositi della Commissione Europea si veda, ad esempio, la proposta di regolamento concernente il rispetto della vita privata e la protezione dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche, destinato a rimpiazzare la Direttiva 2002/58/CE con una disciplina direttamente applicabile, sul modello del GDPR. Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications)*, 10 gennaio 2017.

²⁸⁶ Per quanto riguarda l'Unione europea, il riferimento è evidentemente ad una *soft law* pur sempre di origine euorunitaria, come le linee guida dell'*European Data Protection Board* (EDPB). Proprio in tema di diritto all'oblio, fino al 5 febbraio 2020 si è tenuta una consultazione nell'ambito del procedimento di approvazione delle nuove linee guida, la cui bozza è già disponibile online. Cfr. EDPB, *Guidelines 5/2019 on the criteria of the Right to be Forgotten in the search engines cases under the GDPR*, in https://edpb.europa.eu/our-work-tools/public-consultations-art-704/2019/guidelines-52019-criteria-right-be-forgotten-search_it. Sempre in tema di diritto all'oblio, restando a livello di *soft law*, cfr. anche le già citate linee guida ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Guidelines on the implementation of the judgment of the Court of Justice* cit. In merito alla *soft law* relativa alla materia della protezione dei dati personali cfr. i già citati S. SILEONI, *Autori delle proprie regole* cit., pagg. 13-46, e M.C. GAETA, *Hard law and soft law on data protection* cit., pagg. 61 ss.

Il *web* rappresenta uno straordinario strumento di divulgazione dell'informazione, di implementazione della libertà di espressione²⁸⁷ e, più generalmente, di diffusione della cultura, per la prima volta nella storia accessibile a un pubblico così vasto.

Contemporaneamente, però, il *web*, proprio per la sua intrinseca caratteristica di cristallizzare le informazioni in esso contenute in una «forma durevole e incancellabile»²⁸⁸, presenta un «lato oscuro»²⁸⁹ da arginare mediante il rafforzamento di alcuni diritti fondamentali dell'uomo, incluso il diritto all'oblio su cui si è incentrata la presente analisi: tale diritto, naturalmente, andrà bilanciato con il diritto all'informazione, che attiene al versante più “positivo” di Internet, inteso quale biblioteca delle biblioteche dell'umanità.

Al termine di questa lunga e comunque inevitabilmente non esaustiva disamina in tema di diritto all'oblio, uno dei diritti assurto a “nuova vita” nell'era digitale, la vera domanda resta: se molti dei diritti che la Repubblica “riconosce e garantisce” restano, ancora oggi, lettera morta, come possiamo immaginare che ricevano tutela effettiva i nuovi diritti dell'era digitale e tra questi il diritto all'oblio?

Con generale riguardo ai diritti fondamentali dell'uomo nell'era digitale e al ruolo più coraggioso e rilevante che necessariamente dovrà assumere l'*hard law* affinché il diritto di Internet non diventi il diritto di Google, il diritto di

²⁸⁷ Significativamente, sul punto, T.E. FROSINI, *Internet e democrazia* cit., pagg. 657-658, rileva come «il fenomeno Internet abbia a che fare più con il liberalismo che con la democrazia. Perché più che condizionare il modo di essere del potere e la sua declinazione in termini di eguaglianza, mi sembra che valorizzi la libertà dell'individuo, che si estrinseca attraverso le potenzialità del *cd. net freedom*. Che vuol dire soprattutto libertà di espressione come mai finora si era potuta manifestare nel suo esercizio individuale. Oggi cercare, ricevere, diffondere, senza considerazione di frontiere, le informazioni e le idee è davvero possibile, grazie a Internet».

²⁸⁸ Così T. E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet* cit., pag. 118.

²⁸⁹ A. SORO, *La rete, gli haters e i rischi per la libertà di espressione*, in *Il Messaggero*, 15 settembre 2019. La portata tutto sommato contenuta di tali rischi, se comparati agli immensi benefici recati dal *web* alla libertà di espressione, è stata messa in risalto dal già citato contributo T.E. FROSINI, *Internet e democrazia* cit., pagg. 657 ss., nonché da ID., *No news is fake news*, in *DPCE*, 2017, fasc. 4, pagg. 5 ss.

Facebook e via dicendo, quindi un diritto non automaticamente ascrivibile alla *soft law* “*made in Silicon Valley*”²⁹⁰, si era già avuto modo di suggerire un’ipotesi di metodo²⁹¹.

Una strada percorribile per garantire l’effettività dell’*hard law* rispetto al multiforme universo del *web* era parsa quella già intrapresa, in alcuni settori, dal legislatore eurounitario, estendendo la portata globale del diritto dell’Unione europea anche oltre i confini del continente²⁹².

Ciò è già avvenuto nel campo della protezione dei dati personali, con il più volte citato Reg. 2016/679/UE (GDPR)²⁹³, sia pure non con specifico

²⁹⁰ Sul punto cfr., su tutti, T.E. FROSINI, *Rappresentanza e legislazione* cit., pag. 296, ove si segnala come la produzione giuridica si stia sempre più spostando sui regimi privati e sulle imprese multinazionali, il che, con riferimento a Internet, porta direttamente ai giganti della Silicon Valley. Con specifico riferimento al *web*, sia consentito rinviare anche a A. IANNOTTI DELLA VALLE, *L’età digitale* cit., pagg. 10 ss., in cui si era già avuto modo di evidenziare come, in ragione della difficoltà di immaginare una regolamentazione “rigida” e unitaria di un fenomeno universale e sfuggente come Internet, la sua regolamentazione rischi di essere per lo più demandata ai “padroni” di casa, vale a dire Google, Facebook, Twitter e altri. In effetti, i colossi del *web* appaiono, allo stato, i soli soggetti in grado di dettare norme davvero su larga scala sui più svariati aspetti del *web* e in grado anche di farle rispettare, nonostante la loro natura di *soft law*, possedendo “le chiavi di casa”. Peraltro, è innegabile che le regole che germinano in seno ai colossi del *web* costituiscano pur sempre diritto, nonostante l’origine indubbiamente non democratica e la sottoposizione a logiche di business ben più che ai diritti fondamentali. Osserva, inoltre, M. OREFICE, *Diritto alla deindicizzazione* cit., pag. 689, che, «*se è vero che l’autonomia privata di Google si è trasformata in sovranità, allora il privato dovrà acconsentire a limitazioni della sua sovranità*». Su queste tematiche si veda anche A. GATTI, *Istituzioni e anarchia nella Rete* cit., pagg. 711 ss., ove si mette in relazione la crisi della sovranità statale al fenomeno di Internet.

²⁹¹ Tale ipotesi è stata avanzata in A. IANNOTTI DELLA VALLE, *op. ult. cit.*, pagg. 12-13.

²⁹² Rispetto a questo “modello”, condivisibile o meno che sia, la Corte di Giustizia, con la pronuncia Google/CNIL, ha indubbiamente fatto «*un passo indietro*», come già sottolineato anche da O. POLLICINO, *L’“autunno caldo”* cit., pag. 7, nonché da F. BALDUCCI ROMANO, *op. cit.*, pag. 42, che parla di «*una vera e propria regressione rispetto ai risultati raggiunti dalla giurisprudenza*». Con la sentenza Facebook, d’altra parte, emerge ancora, ad avviso dell’A., «*la volontà di esercitare una sovranità europea digitale alla base del processo in corso ad opera dei giudici di Lussemburgo di europeizzazione di Internet*» (O. POLLICINO *op. ult. cit.*, pag. 11). Cfr. anche M. OREFICE, *Diritto alla deindicizzazione* cit., pag. 686, secondo cui «*il ruolo dell’Unione Europea è senza dubbio importantissimo e proprio per questo avrebbe potuto dare un segnale forte riconoscendo che se esiste un diritto alla deindicizzazione, l’individuo può beneficiarne solo se è effettivamente esercitato universalmente, diversamente è tamquam non esset*».

²⁹³ L’estensione dell’ambito di applicazione territoriale del diritto eurounitario, in questo caso, è stata resa possibile dalle previsioni di cui agli articoli 2 e 3 del Regolamento. In breve, il GDPR si applica a tutte le imprese che trattano i dati personali di soggetti residenti nell’Unione europea a prescindere dalla sede dell’impresa. La circostanza che il Regolamento si applichi a qualsiasi società, a prescindere dall’ubicazione della sede legale, purché si abbia riguardo al trattamento di dati di cittadini residenti nell’Unione europea, estende notevolmente l’ambito applicativo del diritto europeo ed evita facili elusioni della disciplina. La circostanza che il GDPR consenta al diritto eurounitario di varcare gli stessi confine dell’Unione è stata valutata positivamente dalla dottrina internazionale. Si vedano, sul punto, C. KUNER, D. JERKER, B. SVANTESSON, F.H. CATE, O.

riferimento al diritto all'oblio inteso come diritto alla deindicizzazione.

Nel consentire al diritto eurounitario di varcare i confini della stessa Unione europea il GDPR fa sì che tale diritto venga "preso sul serio" e che anche i diritti ivi contenuti vengano "presi sul serio".

In sostanza, il metodo adottato dal GDPR, che definisce l'ambito applicativo con il criterio del luogo in cui è avvenuto il trattamento, è parso poter costituire la strada giusta per provare ad imporre la tutela anche di altri diritti, e soprattutto dei diritti fondamentali, nei confronti dei nuovi operatori economici nell'era di Internet.

Con specifico riguardo al diritto all'oblio, inteso come diritto alla deindicizzazione dalla sentenza *Google Spain* e, più generalmente, dal GDPR come diritto alla cancellazione dei dati personali, sovengono ulteriori considerazioni.

Come si è avuto modo di mettere in evidenza, il vero problema della tutela del diritto all'oblio risiede nel fatto che i dati personali divengano sostanzialmente incancellabili una volta che siano stati pubblicati in rete. Si pensi ad esempio all'ipotesi in cui un dato personale venga messo in rete e, in un secondo momento, lo stesso venga cancellato in applicazione dell'art. 17, GDPR: questo non esclude che qualcuno abbia già salvato sul proprio *device* la pagina *web* che conteneva i dati personali. Orbene, quei dati personali non saranno mai cancellati.

Ecco perché la sentenza *Google Spain* aveva individuato la vera forma di tutela, in tema di diritto all'oblio *online*, proprio nella deindicizzazione: ciò

LYNSKEY, C. MILLARD, N.N. LOIDEIAN, *The GDPR as a chance to break down borders* cit., pagg. 231 ss. Anche in Italia, si è già sottolineato che «Il Regolamento (UE) 2016/679 fornisce un importante contributo alla tutela dell'individuo all'interno del nuovo mondo digitale e, si auspica, possa concorrere alla realizzazione di soluzioni internazionalmente condivise rispetto a fenomeni che hanno assunto oggi una dimensione globale» (così A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona* cit., pagg. 799 ss.). E, ancora, G. D'IPPOLITO, *Il principio di limitazione della finalità del trattamento* cit., pagg. 943 ss., ha sottolineato che «il GDPR si propone un obiettivo più ambizioso e che trascende il suo ambito di applicazione territoriale. Oltrepasando i confini europei il GDPR mira infatti a instaurare, su scala mondiale, nuove prassi che si basino su una raccolta e trattamento dei dati personali più rispettoso dei diritti fondamentali dell'uomo».

perché, anche se un dato personale “esiste” sul *web* ed è di fatto incancellabile, esso non esisterà più per la quasi totalità del pubblico del *web* se non (più) rintracciabile per il tramite di un motore di ricerca.

Peraltro, proprio la sentenza *Google Spain* non può non farci riflettere sulla delicatezza della tematica dell’oblio, anche per le conseguenze paradossali che la pronuncia ha avuto con riferimento alla controversia che l’aveva originata: di fatto, il sig. Costeja, che invocava l’oblio, non sarà mai dimenticato.

Ma la delicatezza della tematica dell’oblio emerge a maggior ragione con un’analisi tecnologica del diritto. Infatti, giungendo alla sentenza *Google/CNIL* e alla tematica della delimitazione territoriale dell’obbligo di deindicizzazione, una lettura “tecnologica” della decisione evidenzia un *vulnus* non indifferente nella tutela del diritto all’oblio, non adeguatamente preso in considerazione dalla Corte di Giustizia²⁹⁴: come si è evidenziato, infatti, resta ben possibile accedere dall’Italia o da altra parte del mondo a una diversa versione del motore di ricerca ove la notizia non sia stata deindicizzata tramite l’utilizzo di un *server proxy*, una metodologia, quindi, alla portata di tutti e individuabile con una semplice ricerca su Google.

Ci si chiede dunque quale possa essere il possibile punto d’incontro tra innovazione e tutela dei diritti fondamentali, tra i quali rientra il diritto alla

²⁹⁴ Cfr. M. OREFICE, *Diritto alla deindicizzazione* cit., pag. 690, secondo cui «la Corte perde un’occasione per sviluppare ulteriormente un humus di tutela di diritti individuali nell’era digitale, promuovendo la dignità umana nell’universo della rete». Ancora G. BEVILACQUA, *La dimensione territoriale dell’oblio* cit., pagg. 24-25, segnala che «se la deindicizzazione non è globale, l’effetto utile dell’oblio non si produce», proponendo di ricercare una soluzione «nel diritto internazionale e, in particolare, nella prassi internazionale in materia di diritti umani». In questo modo, per l’A., si assicurerebbe «protezione agli individui, anche al di là dei tradizionali spazi territoriali».

riservatezza²⁹⁵, in tutte le sue espressioni, incluso il diritto alla *privacy*²⁹⁶ e, più specificamente, il diritto all'oblio.

L'analisi sin qui svolta proprio in tema di diritto all'oblio rende possibile, in definitiva, individuare un'ulteriore ipotesi di metodo, basata su una seria analisi tecnologica, che s'impone sia per il legislatore sia per la giurisprudenza: sarà possibile dotare il diritto all'oblio, e gli altri diritti fondamentali nell'era digitale, di una tutela più efficace soltanto se si terrà realmente conto del funzionamento delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC). Soltanto così l'età digitale potrà divenire anche «l'età dei diritti»²⁹⁷.

²⁹⁵ Anche il diritto alla riservatezza, che costituisce la matrice del diritto all'oblio, in linea di principio, è considerato un diritto "nuovo" ed è costituzionalmente tutelato tramite un ancoraggio alla fattispecie aperta rappresentata dall'art. 2 della Costituzione (cfr. Cass civ, sez. III, sen., 8 giugno 1998, n. 5658). Sul diritto alla riservatezza si veda, da ultimo, G. VISINTINI, *Dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, in *Dir. Inf.*, 2019, fasc. 1, pagg. 1 ss. Sul rapporto tra diritto alla riservatezza e diritto alla protezione dei dati personali cfr. anche G. ALPA, *Prefazione*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003, pagg. VII ss., che mette in guardia sulla difficoltà di garantire una tutela efficace che tenga il passo dell'evoluzione delle tecnologie e che consideri adeguatamente il bilanciamento di interessi che implica.

²⁹⁶ T. E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet* cit., pag. 142, afferma esplicitamente che per il diritto alla *privacy* non sono ammesse soluzioni dubbie: «o è un diritto fondamentale oppure no».

²⁹⁷ L'espressione «età dei diritti» è quella celebre di N. BOBBIO, *L'età dei diritti* cit.

CAPITOLO IV - La giustizia privata delle *Big Tech*: l'inadeguatezza del "modello" Facebook per un'effettiva tutela dei diritti

1. Il mondo digitale nel quadro della crisi della sovranità statale. - 2. Esplosione di *soft law*: il mondo digitale e il processo di "privatizzazione" del diritto. - 3. Cosa hanno in comune il "modello" Facebook e il precedente di Google. - 4. La crisi della giurisdizione nell'era digitale: la nascita dell'*Oversight Board* di Facebook. - 5. Una "Corte" è fatta di giudici: l'autorevolezza del *Board* passa attraverso la nomina dei suoi membri. - 6. L'indipendenza giuridica ed economica da Facebook come requisito di credibilità: all'annuncio corrispondono i fatti? - 7. Il procedimento e le decisioni del *Board*: organismo paragiurisdizionale senza le garanzie della giurisdizionalità. - 8. Una "Corte" per ogni *Big Tech*: verso la "giurisdizione" del futuro?

1. Il mondo digitale nel quadro della crisi della sovranità statale.

L'istituzione da parte di Facebook dell'*Oversight Board*²⁹⁸, un organismo paragiurisdizionale con il compito di adottare decisioni motivate e vincolanti²⁹⁹ in merito ai contenuti pubblicati sul più importante *social network*³⁰⁰, va collocata nel più ampio quadro della crisi della sovranità statale e dell'erosione del monopolio statale sulla giurisdizione³⁰¹. Si tratta, infatti, di un modello di protezione dei diritti di tipo privatistico, alternativo

²⁹⁸ La traduzione italiana ufficiale, presente sul sito istituzionale dell'organo disponibile nelle principali lingue, è quella di «Comitato per il controllo».

²⁹⁹ L'art. 4 dello Statuto dell'*Oversight Board* prevede che la risoluzione di ogni caso sarà vincolante e Facebook la attuerà tempestivamente, a meno che l'attuazione di una risoluzione possa violare la legge.

³⁰⁰ La giurisdizione del *Board* si estende anche a Instagram, social network acquisito da Facebook Inc. nel 2012 per 1 miliardo di dollari. Cfr. B. UPBIN, *Facebook Buys Instagram For \$1 Billion. Smart Arbitrage*, in *Forbes*, 9 aprile 2012.

³⁰¹ Sulla crisi della sovranità e del monopolio statale della giurisdizione, nel quadro dell'emersione di giurisdizioni private, cfr. F. MARONE, *Giustizia arbitraria e Costituzione* cit., pagg. 15-52. Con specifico riguardo al *web*, cfr. A. GATTI, *Istituzioni e anarchia nella Rete. I paradigmi tradizionali della sovranità alla prova di Internet* cit., pagg. 711 ss., che mette in relazione la crisi della sovranità statale con il fenomeno, per sua natura acefalo, di Internet. Cfr. anche L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google* cit., pagg. 1111 ss.

a quello statuale³⁰² e originale nella sua conformazione, non essendo riconducibile a forme di giustizia arbitrale.

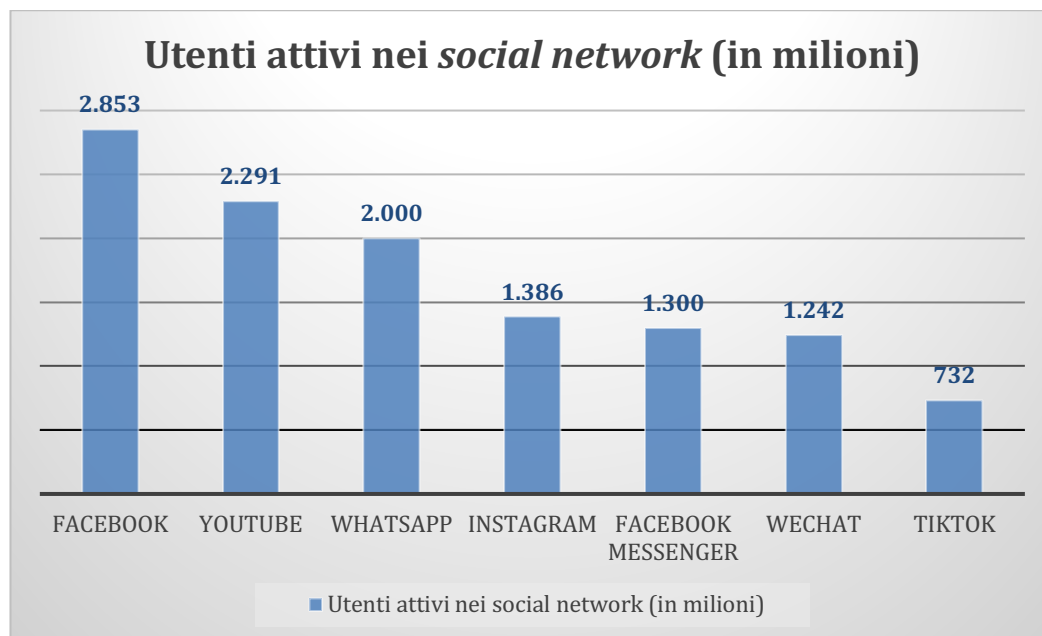


Grafico n. 8: utenti attivi dei principali *social network* nel mese di luglio 2021³⁰³

Il mutamento del contesto mondiale, che va evolvendosi nel senso della «destatalizzazione del diritto»³⁰⁴, reca con sé anche una destatalizzazione della giustizia: quest'ultima rischia di privare di effettività la tutela dei diritti fondamentali, se non si stabilisce un nucleo minimo di garanzie.

Se si considera, poi, il progressivo spostamento di una parte rilevante delle nostre vite sulle piattaforme digitali, allora l'istituzione da parte di Facebook

³⁰² Cfr. G. CERRINA FERONI, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche*, Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali, 16 febbraio 2021, in <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9542545>, che descrive il Board come «una vera e propria nuova tipologia di istituzione sociale che si pone come una realtà privatistica alternativa al modulo Stato». Sulla nascita del Board, sia consentito anche rinviare alla riflessione svolta in A. IANNOTTI DELLA VALLE, *A Facebook Court is born: towards the 'jurisdiction' of the future?*, in *EJPLT*, 2020, fasc. 2, pagg. 98 ss.

³⁰³ Si stima che, a luglio 2021, Facebook vantasse 2,853 miliardi di utenti attivi nel mondo e Instagram 1,386 miliardi. Cfr. <https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/>, visualizzato il 24 ottobre 2021.

³⁰⁴ In questi termini, S. CASSESE, *I tribunali di Babele* cit., pagg. 41-43, che suggerisce «di considerare l'interazione tra frammentazione dei regimi regolatori globali e proliferazione delle corti» anche per «constatare se esistano le condizioni per la formazione di un "diritto globale generale"».

di una propria “Corte” va valutata con particolare attenzione e con un’analisi a più livelli, che parta dalle categorie del costituzionalismo.

Il costituzionalismo, nel ventunesimo secolo, non può essere indifferente alla tecnologia: al contrario, la principale sfida che lo attende è proprio quella di preservare la tutela dei diritti fondamentali dell’individuo nel contesto della rivoluzione digitale³⁰⁵.

È vero che Facebook è una società privata e, in quanto tale, può legittimamente autoregolamentarsi ma, allorché essa ha assunto le caratteristiche di vera e propria *ἀγορά* virtuale dei nostri tempi, ciò che accade su Facebook non riguarda più soltanto Facebook ma tutti noi³⁰⁶.

Di per sé, l’emersione di giurisdizioni private non costituisce necessariamente un *vulnus* al diritto di difesa, potendo anzi portare a decisioni più rapide e a una giustizia più efficiente: ciò che deve preoccupare è l’eventuale assenza di garanzie per le parti, a maggior ragione quando vi è il rischio che ad essere compromessa sia anche la tutela dei diritti fondamentali.

È opportuno, quindi, che l’analisi che ci si propone di svolgere parta da una premessa sistematica sulle categorie della sovranità³⁰⁷ e della giurisdizione,

³⁰⁵ In questo senso, T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo* cit., pag. 466, che chiarisce che «la sfida che nel Ventunesimo secolo attende il costituzionalismo è, prevalentemente, quella riferita alla tecnologia, ovvero come dare forza e protezione ai diritti di libertà dell’individuo in un contesto sociale profondamente mutato dall’innovazione tecnologica e i suoi derivati in punto di diritto».

³⁰⁶ La presa d’atto da parte di Facebook dell’impossibilità di decidere da sé ogni caso relativo alla libertà di espressione sul *social network*, basandosi sulla propria autoregolamentazione, ha costituito una delle ragioni alla base dell’istituzione del *Board*, nonostante si possa dubitare che quest’ultima sia risolutiva, come si tenterà di mettere in evidenza nel prosieguo. Cfr. K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *The Yale Law Journal*, 2020, vol. 129, pag. 2435, che sottolinea: «the realization that Facebook - for the most part alone, and for the most part through a few people headquartered in Silicon Valley - was the sole creator and decider of the rules governing online speech struck many as deeply problematic».

³⁰⁷ Sull’attualità o meno di un dibattito sulla sovranità nel costituzionalismo italiano, M. CARTABIA, *The Legacy of Sovereignty in the Italian Constitutional Debate*, in N. WALKER (a cura di), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003; più di recente, cfr. F. BILANCIA, *Sovranità, Relazione al XXXI Convegno Annuale dell’Associazione italiana dei costituzionalisti (Trento 11-12 novembre 2016)*, in *Rivista AIC*, 2016, fasc. 3; A. MORRONE, *Sovranità. Relazione al XXXI Convegno Annuale dell’Associazione italiana dei costituzionalisti (Trento 11-12 novembre 2016)*, *ivi*, e O. CHESSA, *Sovranità: temi e problemi di un dibattito giuspubblicistico ancor attuale. Relazione al XXXI Convegno Annuale dell’Associazione italiana dei costituzionalisti (Trento 11-12*

non allo scopo di contribuire al dibattito costituzionalistico e filosofico in materia, ma con il più limitato fine di fornire le corrette coordinate entro cui inquadrare l'istituzione della "Corte" privata di Facebook.

Così come la formazione dello Stato moderno si era accompagnata all'affermazione della categoria teorico-generale della sovranità³⁰⁸, come suo essenziale presupposto³⁰⁹, così oggi la tendenziale inadeguatezza degli Stati nazionali nel contesto globale deriva dalla crisi della sovranità statale³¹⁰.

Dalla configurazione della categoria della sovranità come elemento costitutivo dello Stato, deriva anche la concezione della giurisdizione come

novembre 2016), *ivi*, che confermano come la categoria della sovranità sia ancora utile nella moderna scienza giuspubblicistica, per le sfide poste dal mondo contemporaneo. Per la ricostruzione dello stato attuale del dibattito giuridico e filosofico in materia, si rinvia ai menzionati contributi. Si deve però ricordare che «*i problemi connessi all'esplicazione del concetto di "sovranità" sono lunghi dall'essere risolti sia sul piano della riflessione teorica, politologica e costituzionalistica, sia su quello della valutazione delle conseguenze pratiche dei diversi punti di vista sulla configurazione dei rapporti tra Stato e cittadini e tra organi dello Stato*» (cfr. G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, fasc. 1, pag. 3).

³⁰⁸ F. BILANCIA, *Sovranità cit.*, pag. 3: «*Un primo punto fermo che si intende qui assumere, pertanto, è la coincidenza temporale, caratterizzante la stessa genesi materiale – se non teoretica – del diritto pubblico, tra la formazione delle entità statali e la comparsa del concetto di sovranità, [...]*». In tal senso, l'A. condivide l'affermazione secondo cui «*State and sovereignty emerge as concepts of modern Western rationalism*» di M. LOUGHLIN, *Why Sovereignty?*, in R. RAWLINGS, P. LEYLAND, A.L. YOUNG, *Sovereignty and the Law. Domestic, European and International Perspectives*, Oxford, 2013, pag. 34.

³⁰⁹ Secondo M.S. GIANNINI, *Sovranità (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, pagg. 224 ss., la sovranità «*è l'espressione dinamica della statalità*». Per G. BERTI, *Sovranità*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. 1, Milano, Giuffrè, 2007, pag. 1067, «*la sovranità è un flusso che prorompe dal vertice organizzativo dello Stato e si distribuisce tra le varie funzioni che questo svolge verso la società e verso gli uomini che la compongono [...] Così la sovranità conferisce contenuti ed efficacia alle leggi che compongono l'ordinamento normativo, ma allo stesso tempo, adattandosi e quindi modificandosi, conferisce impulsi e giustificazioni agli atti del potere esecutivo, anzi allo stesso potere della sua complessità, ripresentandosi come forza imperativa dei provvedimenti, esenti da obblighi di consenso o accettazione. Uguale vicenda si ripropone per la parte giudiziaria, ovvero per i meccanismi attraverso i quali si costruisce e si palesa la corporeità della giustizia: anche questa viene impartita dallo Stato attraverso l'emanazione di pronunce che si sovrappongono ai rapporti della vita quotidiana e ne definiscono i tratti giuridicamente validi ed effettivi. Insomma la sovranità definisce insieme lo Stato come unità politica, come organizzazione e come ordinamento giuridico*».

³¹⁰ T.E. FROSINI, *Elogio della sovranità*, in *Federalismi.it*, 2013, fasc. 12, osserva come la sovranità sia un concetto cangiante nel tempo, dal momento che «*nel corso della storia si è affrancata nella dimensione territoriale e di governo dello Stato, per poi sciogliersi nella titolarità in capo al popolo attraverso la declinazione del costituzionalismo liberale*». Sulla mutevolezza del concetto di sovranità, cfr. M.S. GIANNINI, *Sovranità cit.*, pag. 227, che afferma che «*anche il contenuto della sovranità, come accade per ogni nozione giuridica di vertice, è soggetta alle variabili, dipendenti e indipendenti, spazio-temporali; rispondere che ogni ordinamento ha le proprie supreme potestà pubbliche sarebbe errato, poiché le supreme potestà pubbliche dello Stato non sono tali perché supreme, ma perché sono dello Stato*».

sua diretta emanazione³¹¹, che conduce poi al principio del monopolio statale della giurisdizione³¹².

Dunque, anche la modalità di esercizio della giurisdizione, che si sposta sempre più al pubblico verso il privato, come dimostra l'esempio dell'*Oversight Board*, risente della crisi della sovranità statale.

L'epoca attuale, infatti, si caratterizza per fenomeni di «delocalizzazione della giurisdizione» e di «deteritorializzazione del potere giudiziario»³¹³: in questo contesto globale, si sta verificando la «crisi delle coordinate sovranità-territorio-giurisdizione, nelle quali si fondava appunto il dogma della statalità della giurisdizione e la postulazione del principio della giurisdizione “quale emanazione esclusiva della sovranità”»³¹⁴.

Sta venendo meno, in sostanza, quell'asimmetria tra pubblico e privato che aveva caratterizzato lo Stato moderno, in cui il potere veniva espresso essenzialmente secondo logiche gerarchiche e prevedibili dai cittadini³¹⁵.

Nel contesto attuale, al contrario, valgono sempre meno le logiche gerarchiche³¹⁶ e sempre più quelle di codeterminazione della regola di diritto, che, a sua volta, «incrocia più livelli normativi, con diversi gradi di vincolatività [...] più fonti interagiscono tra loro, mettendo in discussione antichi confini e storici assetti»³¹⁷.

³¹¹ Cfr. S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, pag. 223, che non considera positivamente «quando dal rilievo storico si passi insensibilmente a personificare o entificare lo Stato, attribuendo appunto la giurisdizione allo Stato, come una sua funzione, accanto alla legislazione e all'amministrazione, che costituirebbero le tre funzioni dello Stato, esaustive di tutti i suoi compiti e di tutti i suoi poteri».

³¹² Va chiarito che il principio riguarda essenzialmente la giurisdizione penale, l'unica che davvero non può che essere esercitata come funzione pubblica da un potere pubblico. Cfr. G. AMATO, F. CLEMENTI, *Forme di Stato e forme di governo*, Bologna, Il Mulino, 2006, pagg. 9 ss.

³¹³ In questi termini, N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, Giuffrè, 2007, pag. 180. Cfr. anche C. PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, pag. 19.

³¹⁴ C. PUNZI, *op. ult. cit.*, pag. 3.

³¹⁵ Cfr. F. MARONE, *Giustizia arbitrale cit.*, pag. 68.

³¹⁶ Per S. CASSESE, *I tribunali di Babele cit.*, pag. 44, il problema di dover ricercare i criteri regolatori dei rapporti tra più ordinamenti ha origine «dall'assenza di una gerarchia generale e prestabilita tra ordinamenti giuridici» e, in secondo luogo, «è collegato alla debolezza intrinseca del potere esecutivo statale».

³¹⁷ Così, G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pag. 25.

Questa tendenza, che comporta il sempre più frequente utilizzo di strumenti privatistici in luogo di quelli pubblicistici, si manifesta in molteplici forme³¹⁸. La più evidente, e forse significativa, è costituita dall'emersione sulla scena globale delle *Big Tech* e della loro attitudine a farsi autori delle proprie regole.

Il processo di cambiamento in atto, che sta investendo tutti i campi dell'esperienza giuridica, risente dei mutamenti della realtà economica, ove la posizione delle *Big Tech* assume un sempre maggior rilievo.

La dimostrazione di quanto la vicenda delle *Big Tech* risenta della crisi delle coordinate Stato-sovrani-giurisdizione si manifesta anche con riguardo all'ultima delle menzionate categorie: l'evoluzione del paradigma della sovranità, riversando i suoi effetti anche sulla concezione della giurisdizione³¹⁹, sta portando le *Big Tech* – già forti di un proprio apparato di regole di *soft law* – ad appropriarsi anche degli spazi della giurisdizione³²⁰.

In questo contesto globale, è proprio la giurisdizione a subire alcuni tra i cambiamenti più rilevanti, ramificandosi in una serie di modelli di tipo paragiudiziario³²¹, di cui la “Corte” di Facebook è solo l'ultima espressione, anche se forse la più rilevante in prospettiva futura.

³¹⁸ Cfr. S. CASSESE, *I tribunali di Babele* cit., pagg. 29-30, il quale, prende in esame ordinamenti giuridici nazionali, sovranazionali e globali: tra questi ultimi, il sistema regolato dal protocollo di Kyoto, l'ONU, il CIO, la FAO, la Banca Mondiale, il FMI, l'ICANN. Questi distinti ordini giuridici sono potenzialmente convergenti o confliggenti tra loro. In questo contesto, secondo l'A., «*in assenza di un ordine uniforme e di rapporti prestabiliti tra i sistemi giuridici titolari degli interessi, si registra una grande varietà di relazioni e di assetti. Mancano regole di sistema o generali, che disciplinino la collocazione e/o composizione dei rapporti tra gli ordinamenti giuridici (come, ad esempio, regole di rilevanza, di gerarchia, di supremazia)*». Cfr. anche K. KLONICK, *op. cit.*, pag. 2477, che evidenzia una similitudine tra la “Corte” di Facebook e quella dell'ICANN: «*compared to other adjudication models, the Board has a similar vision for global internet adjudication as ICANN's Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy, which sets forth a procedure for resolving domain-name disputes between registrars and customers*».

³¹⁹ Osserva F. MARONE, *op. ult. cit.*, pag. 70, che la sovranità dello Stato non è più assoluta ma incontra dei limiti e, quindi, la stessa giurisdizione, che di tale sovranità è espressione, finisce per subire limiti sempre più ampi, «*incrinando un monopolio sempre più eroso*» (così, in particolare, F. CARPI, *La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016, fasc. 3, pagg. 819 ss., pag. 813).

³²⁰ C. PUNZI, *op. ult. cit.*, pag. 11, «*una funzione diffusa nella società, situata a diversi livelli, pre-statuale come extra-statuale*».

³²¹ Cfr. S. CASSESE, *I tribunali di Babele* cit., pagg. 10 ss., che si chiede come possano convivere ordini giuridici diversi «*in un contesto come quello globale, caratterizzato dall'assenza di un ordine*

2. Esplosione di *soft law*: il mondo digitale e il processo di “privatizzazione” del diritto.

Il superamento di quella concezione della sovranità che aveva dato luogo al monopolio statale della giurisdizione si avverte anche nella sempre più forte diffusione di forme di *soft law*, a partire dal commercio internazionale e in sempre più settori dell’ordinamento, ivi inclusa la regolamentazione delle *Big Tech* e del mondo digitale.

A fronte dell’*hard law* costituita dal diritto statale, l’espressione *soft law*³²² nasce per descrivere quel complesso di disposizioni giuridiche, di natura spesso consuetudinaria, nate nell’ambito della *lex mercatoria*³²³ o del diritto

giuridico unitario e di una gerarchia di norme, dalla presenza di molte disposizioni non vincolanti (standards e *soft law*), da concorrenza o conflitto tra gli ordini giuridici, dove manca un principio di obbedienza (sostituito da uno di osservanza)»; cfr. anche C. PUNZI, *op. ult. cit.*, pag. 11.

³²² Nella già vasta letteratura sulla nozione di *soft law* si richiamano, in particolare, i già citati A. SOMMA, *Soft law sed law cit.*, pagg. 437 ss.; per quanto riguarda la collocazione nel sistema delle fonti, si richiamano E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti cit.*; B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti cit.*, pagg. 5-16; S. SILEONI, *Autori delle proprie regole cit.*, pagg. 13-46. Sull’iniziale successo della *soft law* specialmente nell’ambito del commercio internazionale, per la maggiore versatilità della disciplina offerta, cfr. S.M. CARBONE, *I principi Unidroit quale “soft law” cit.*, pagg. 809-824; nonché S.M. CARBONE, *Il diritto non scritto nel commercio internazionale cit.*, pag. 25. Più specificamente, sul rapporto tra *soft law* e *hard law* in relazione alla regolamentazione di fenomeni connessi ad Internet, cfr. M.C. GAETA, *Hard law and soft law on data protection cit.*, pagg. 61 ss.; P. BONINI, *L’autoregolamentazione dei principali Social Network cit.*, pagg. 265 ss.; sulla diffusione della *soft law* in rapporto alle forme di giustizia privata, cfr. F. MARONE, *Giustizia arbitrale cit.*, pagg. 240-241.

³²³ Cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006, pag. 66, che chiarisce che la *lex mercatoria* è costituita «da una triade fatta da legislazione privata, autogoverno e giudizio arbitrale». In dottrina, si è osservato, inoltre, che «la nuova *lex mercatoria*, la cui vincolatività non è ascrivibile a definite legittimazioni giuridiche, è il risultato dello spazio di autonomia progressivamente lasciato dagli Stati agli operatori economici» (così G. ZACCARIA, *La comprensione cit.*, pag. 75). Cfr. Anche G. ZACCARIA, *La comprensione cit.*, pag. 75. Non sono mancate, in dottrina, voci critiche, che manifestano preoccupazione per il crescente successo di una *lex mercatoria* che appare come «la più compiuta manifestazione di un diritto che sposa il pragmatismo e rinuncia a ogni pretesa di fondamento per incontrare le attese di un mondo troppo impegnato con i mezzi e i fini immediati per volgere lo sguardo all’indietro, alla ricerca di fondamenti» (così M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002, pag. 87). Partendo da questi presupposti, la critica mossa dall’A. potrebbe essere estensibile anche alle altre forme di diritto che partono “dal basso”. In senso contrario, cfr. G. ZACCARIA, *op. ult. cit.*, pag. 77, che evidenzia che «il diritto non è mai nato dall’alto, ma è sempre scaturito dal basso, da criteri assiologici condivisi e da comportamenti attuati, su cui si radica la sua vincolatività. La radice profonda del fenomeno giuridico è nella fiducia vicendevole tra soggetti che agiscono nel quadro del diritto».

internazionale, volte a regolare commerci, transazioni e scambi in modo rapido, flessibile e non vincolante. In sostanza, la *soft law* disciplina rapporti non soggetti ad alcuna normazione cogente e viene rispettata in virtù di un'adesione volontaria ai precetti della stessa³²⁴.

Riducendosi gli spazi del monopolio statale della giurisdizione, cresce il ruolo attivo di soggetti privati, tra cui un ruolo di preminenza è assunto dalle cosiddette *Big Tech*, con Facebook a fare da capofila. Il contesto, dunque, è quello di un «gigantesco processo di privatizzazione del diritto»³²⁵.

Attraverso sistemi di giustizia paragiurisdizionali, come quello recentemente istituito da Facebook, la *soft law* e le norme frutto della *self-regulation* delle *Big Tech* guadagnano uno spazio sempre più importante, non più confinate in un ruolo di fonte ausiliaria, ma eventualmente applicabili anche in via esclusiva dinanzi a un collegio giudicante, seppure formato da soggetti privati.

Lo sgretolamento dell'unità della giurisdizione, quindi, favorisce lo sviluppo delle giurisdizioni private ma sono anche le giurisdizioni private, di ritorno, a favorire lo sgretolamento dell'unità della giurisdizione.

Si passa, come si è notato, «dalla stagione storica in cui la giurisdizione è privilegio esclusivo della sovranità, esercitata in una determinata area territoriale, al principio opposto dell'equivalenza delle giurisdizioni, indipendentemente dal territorio nel quale devono manifestarsi gli effetti del provvedimento giurisdizionale»³²⁶.

A livello generale, se il monopolio statale dell'esercizio della giurisdizione è certamente in crisi, «sembra permanere, almeno nel contesto attuale, il suo monopolio nell'esercizio della coercizione»³²⁷: non è il caso di Facebook,

³²⁴ A tal proposito, si è chiarito che la *soft law*, «basandosi sull'autobbligazione dei partecipanti, valorizza la negoziazione e fa leva sulla minaccia di escludere dai benefici della cooperazione» (cfr. G. ZACCARIA, *La comprensione cit.*, pag. 25).

³²⁵ Così G. ZACCARIA, *La comprensione cit.*, pag. 23.

³²⁶ C. PUNZI, *op. ult. cit.*, pag. 18.

³²⁷ C. PUNZI, *op. ult. cit.*, pag. 13.

però, perché nello spazio digitale costituito dal popolare *social network* sarà la società di Palo Alto a dare attuazione alle decisioni dell'*Oversight Board*. In definitiva, nel panorama giuridico globale, gli Stati coesistono con organizzazioni internazionali e soggetti privati, spesso più potenti ed economicamente influenti di molti di loro³²⁸.

Sempre più organismi e organizzazioni internazionali, inoltre, si dotano di un proprio ordinamento giuridico e di una propria istanza giurisdizionale (o quasi-giurisdizionale). È il caso dell'Organizzazione Mondiale del Commercio³²⁹, che si è dotata di un suo sistema obbligatorio di accertamento giudiziale, o ancora, in ambito informatico, dell'ICANN, organismo formalmente privato che vede la partecipazione di rappresentanti di numerosi Stati, con lo scopo di assegnare gli indirizzi IP nell'ambito della rete Internet³³⁰.

E sempre il mondo digitale porta oggi alla nascita di un organismo paragiurisdizionale di Facebook.

In questo frastagliato contesto, si può richiamare l'efficace formula di sintesi di Ingolf Pernice, «*multilevel constitutionalism*»³³¹, volendo descrivere la peculiare struttura dei moderni ordinamenti giuridici, in cui diritto interno, diritto eurounitario, diritto internazionale e *soft law* di diversa natura e provenienza risultano interdipendenti tra di loro quali diversi "organi" di un unico "apparato" giuridico: quello che è stato anche definito «un complesso

³²⁸ Si vedano S. CASSESE, *Dopo lo Stato* cit.; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003; S. CASSESE, *Universalità del diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005.

³²⁹ L'Organizzazione Mondiale del Commercio (*World Trade Organization - WTO*) è un'organizzazione, dotata di un proprio sistema di giustizia interno, che opera sulla base dei principi e delle norme di carattere pattizio contenute nell'accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (cosiddetto GATT). Per maggiori approfondimenti si rinvia a M. VELLANO, *La Comunità Europea e i suoi Stati membri dinanzi al sistema di risoluzione delle controversie dell'organizzazione mondiale del commercio. Alcune questioni da risolvere*, in *La comunità internazionale*, 1996, pagg. 499 ss.

³³⁰ Sul punto, cfr. F. MARONE, *op. ult. cit.*, pag. 90, nonché G. ZACCARIA, *La comprensione* cit., pagg. 23-24.

³³¹ I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, 1999, fasc. 36, pagg. 703-750; I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 2002, fasc. 27, pagg. 511-529.

e mobile arcipelago di fonti in competizione tra loro, condizionato da elementi di natura fattuale più che normativa, da tentativi di regolazione impressi da punti diversi, anche non giuridici, e perciò caratterizzato, nella sua evoluzione, da grande fluidità, variabilità e instabilità»³³².

Da quanto detto sin qui sulla crisi del monopolio statale della giurisdizione sembra emergere che, in un contesto caratterizzato da epocali mutamenti³³³, si vada verso una sempre maggiore importanza del privato rispetto al pubblico.

In questo quadro, però, occorre fare molta attenzione a che siano rispettate le garanzie essenziali alla base di ogni procedimento giurisdizionale, affinché non vengano travolti i diritti fondamentali dell'individuo.

3. Cosa hanno in comune il “modello” Facebook e il precedente di Google.

Prima di addentrarsi nell'analisi della “Corte” di Facebook, pare opportuno verificare se prima della nascita del *Board* vi siano state altre esperienze paragonabili.

Apparentemente i precedenti non mancano e almeno uno è significativo per l'importanza della società cui si riferisce. Il *Google Advisory Council* è un organismo autorevolmente composto, istituito da un'altra *Big Tech*, ma la sua funzione indica un approccio totalmente diverso da quello di Facebook.

³³² In questi termini, G. ZACCARIA, *La comprensione* cit., pag. 56, rinviando a una definizione di A. PREDIERI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra Stato e Comunità Europea*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario (Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 15-16 ottobre 1990)*, Milano, Giuffrè, 1991, pag. 115.

³³³ Si è evidenziato che «il “terremoto” rappresentato dal corposissimo fenomeno dell'internazionalizzazione e della globalizzazione del diritto, che si accompagna all'erosione delle sovranità statuali e al diminuito rilievo dei confini territoriali, sconvolge e modifica nel profondo i paradigmi tradizionali del diritto moderno, tutti basati sulla dicotomia relativamente semplice interno/esterno, ereditati dal cosiddetto “modello Westfalia”» (così G. ZACCARIA, *La comprensione* cit., pag. 18).

A ben vedere, allora, l'istituzione della "Corte" di Facebook non risulta avere dei veri e propri precedenti: mancano sempre quelle caratteristiche di paragiurisdizionalità che costituiscono l'elemento di novità e il vero elemento di interesse costituzionalistico per il *Board*.

Il Consiglio di Google soltanto a prima vista sembra avere alcune similitudini con l'Organismo di Vigilanza ma le differenze sono più delle similitudini.

Una prima differenza è nella *ratio* giustificatrice dell'istituzione. Nel caso di Google, la necessità di dare attuazione alla rivoluzionaria decisione *Google Spain* (C-131/12)³³⁴ del 2014 della Corte di Giustizia dell'Unione europea: Google aveva bisogno di decidere cosa fare in materia di diritto all'oblio³³⁵ con riferimento a tutte le future richieste di deindicizzazione che sarebbero giunte a valle della pronuncia.

L'*Oversight Board*, invece, è un'iniziativa di Facebook, che s'inserisce nell'inerzia degli Stati nazionali e delle giurisdizioni tradizionali: non ha alcuna origine giurisdizionale ma si sovrappone alla giurisdizione.

Una seconda fondamentale differenza è nella funzione. Vero è che la Corte di Giustizia aveva reso Google "giudice" in materia di diritto all'oblio, una funzione che forse non dovrebbe esserle propria e che la stessa Google aveva accolto a malincuore³³⁶. Google, tuttavia, richiedeva all'*Advisory Council* non di prendere decisioni al suo posto ma di suggerire un approccio generale da adottare nelle successive decisioni da prendere.

L'*Advisory Council*, dunque, non era un "tribunale di Google", come l'*Oversight Board* lo è per Facebook.

³³⁴ CGUE, Grande sezione, 13 maggio 2014, C-131/12 (*Google Spain*).

³³⁵ Cfr. G. CINTRA GUIMARÃES, *Global technology and legal theory* cit., pag. 156, che osserva: «private companies such as Google will act as a sort of "court of first instance" in the implementation of the right, filtering the requests that will eventually end up being analyzed by data protection authorities and official tribunals». In merito al diritto all'oblio cfr., su tutti, T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet* cit., pagg. 117 ss.; sia consentito rinviare anche ad A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Il diritto all'oblio "preso meno sul serio"* cit., pagg. 495 ss. e alla dottrina ivi citata.

³³⁶ A proposito di questa nuova e forse indesiderata funzione, la stessa Google ha affermato che «queste valutazioni sono complesse e, in quanto organizzazione privata, potremmo non essere nella posizione giusta per prendere decisioni in merito al tuo caso». Cfr. GOOGLE, *FAQ sul diritto all'oblio*, in <https://policies.google.com/faq?hl=it>

Le due ragioni di differenza sono in realtà intimamente connesse. Google intendeva prendere decisioni “direttamente” nel campo del diritto all'oblio, senza preoccuparsi di fornire una parvenza indipendenza, perché la Corte di Giustizia espressamente le chiedeva di farsi “giudice”: non vi era, quindi, alcuna “facciata” da salvare, ma soltanto una decisione da prendere a monte sull’approccio da adottare nell’attuazione della sentenza.

In vista delle decisioni vincolanti in materia di diritto all'oblio³³⁷ che la società avrebbe dovuto assumere, l’*Advisory Council* avrebbe dovuto aiutare Google a trovare il giusto equilibrio tra il diritto all'oblio e altri diritti, soprattutto con riguardo al diritto del pubblico all'informazione³³⁸. Esso avrebbe dovuto valutare, con un’analisi dettagliata e un approccio caso per caso, il diritto di un individuo all'oblio con il diritto del pubblico all'informazione. In questa attività, il parere reso avrebbe dovuto tener conto dei contributi di decine di altri esperti, consultati in riunioni in tutta Europa, nonché da migliaia di invii di suggerimenti tramite il *web*³³⁹.

Una terza differenza è sul procedimento di nomina dei membri. L’*Advisory Council* era composto da esperti di comprovata esperienza provenienti da tutto il mondo, analogamente all’*Oversight Board*, ma con un meccanismo di nomina diretta da parte di Google.

Un’ultima differenza è nella portata. L’*Advisory Council* di Google era limitato alla consulenza a Google in materia di diritto all'oblio, inteso come diritto alla deindicizzazione, mentre il giudizio dell’*Oversight Board* si

³³⁷ Cfr. G. CINTRA GUIMARÃES, *Global technology* cit., pag. 158, secondo cui: «Google increasingly assumes the role of a “court of first instance” for the whole of Europe».

³³⁸ Cfr. ancora G. CINTRA GUIMARÃES, *op. ult. cit.*, 157, che osserva come l’*Advisory Council* fosse un modo per rendere il proprio processo decisionale più trasparente e prevedibile, dal momento che avrebbe seguito la specifica consulenza del Consiglio sull’implementazione del procedimento.

³³⁹ GOOGLE, *The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten*, in <https://static.googleusercontent.com/media/archive.google.com/it//advisorycouncil/advisement/advisory-report.pdf>, 2015, pag. 7, che identifica quattro criteri principali suggeriti dal Consiglio per decidere in merito alle richieste di deindicizzazione: 1) il ruolo del soggetto nella vita pubblica; 2) la natura delle informazioni; 3) la specifica fonte; 4) il tempo trascorso.

estende potenzialmente alla rimozione e al mantenimento di tutti i contenuti pubblicati su Facebook, anche per motivi diversi.

Ciò che veramente accomuna l'*Oversight Board* e il *Google Advisory Council* è che l'occasione della loro nascita sia dovuta alla sostanziale abdicazione da parte delle nazioni e dell'Unione europea di una regolamentazione del *web* e della conseguente giurisdizione. Poco importa se nel caso di Facebook si sia trattato di “un’autoincoronazione” e in quello di Google di una precisa investitura.

Nel quadro della crisi delle tradizionali giurisdizioni, le due esperienze si incontrano e indicano come le *Big Tech* non intendano mollare “le chiavi di casa”.

Il nuovo modello rappresentato dalla Corte di Facebook, anche per via degli spazi lasciati dai legislatori, sarà la “giurisdizione” del futuro?

4. La crisi della giurisdizione nell’era digitale: la nascita dell’*Oversight Board* di Facebook.

Nel quadro di quanto sinora osservato in relazione alla crisi della sovranità, si inseriscono ulteriori considerazioni guardando più in particolare agli operatori dell’era digitale e alle cosiddette *Big Tech*.

Nel corso della storia, l’avanzare della tecnologia ha costretto l’uomo a forgiare nuovo diritto per far fronte a nuove sfide e nuovi problemi: dalla stampa alle automobili ogni grande invenzione ha sempre richiesto l’intervento dei giuristi per consentire a tali tecnologie di operare senza intaccare l’ordinato funzionamento della società umana.

È più che chiaro che le trasformazioni impresse dalle nuove tecnologie influiscono, oltre che sulla nostra vita di tutti i giorni, anche sulle categorie giuridiche: più in particolare, l’emersione delle *Big Tech* sulla scena economica mondiale si insinua proprio nel quadro di una già avanzata crisi

della sovranità statale. L'erosione della sovranità statale e la conseguente crisi della giurisdizione, infatti, risultano ulteriormente accentuate se si guarda al potere ormai non solo economico assunto da Google, Facebook, Microsoft e dalle altre *big companies* dell'era digitale: multinazionali ormai forse persino più potenti di molti Stati nazionali e che, data la natura universalistica e acefala del *web*, rischiano di poter essere difficilmente regolamentate dall'*hard law*, a vantaggio della *soft law* e sempre più spesso di una *self-regulation*.

Se, più in generale, la regolamentazione di Internet rischia di essere prevalentemente demandata ai “padroni” di casa, portando alla nascita del diritto di Facebook o del diritto di Google, il nuovo scenario sembra essere quello della nascita di organismi paragiurisdizionali, creati dalle stesse *Big Tech*, che diano effettività alle norme frutto della propria *self-regulation*. Il diritto dell'era digitale diverrebbe così prevalentemente *in house*, dalla fase di normazione alla fase “giurisdizionale”.

I colossi del *web*, in effetti, appaiono sempre di più i soli soggetti in grado di dettare norme davvero su larga scala sui più svariati aspetti del *web* e in grado anche di farle rispettare, nonostante la loro natura di *soft law*³⁴⁰, possedendo “le chiavi di casa” e assumendo l'iniziativa di costituire organismi paragiurisdizionali.

Nella prospettiva così delineata, dunque, guardando nello specifico alla crisi della giurisdizione, si inserisce l'istituzione di vere e proprie Corti interne alle *Big Tech*, che si propongono di dare effettività a livello globale alla *soft law* frutto della propria *self-regulation*.

In questo senso, l'*Oversight Board* di Facebook, un organismo che pare assomigliare a una vera e propria Corte interna, con il compito di adottare

³⁴⁰ A tal proposito, nonostante l'indubbia suggestione dell'espressione *soft law no law* (cfr. R. BIN, *Soft law* cit., pagg. 31-40), deve ammettersi che, specialmente per quanto riguarda il *web*, appare preferibile la diversa espressione, sempre maturata in dottrina, secondo cui *soft law sed law* (A. SOMMA, *Soft law sed law* cit.).

decisioni motivate e vincolanti in merito ai contenuti pubblicati sul *social network*, pare essere un apripista.

La similitudine con una “Corte” è stata evocata in tempi non sospetti dallo stesso CEO di Facebook, Mark Zuckerberg, che in un’intervista di aprile 2018 aveva descritto in questi termini quella che sarebbe divenuta l’*Oversight Board*: «*imagine some sort of structure, almost like a Supreme Court, that is made up of independent folks who don’t work for Facebook, who ultimately make the final judgment call on what should be acceptable speech in a community that reflects the social norms and values of people all around the world*»³⁴¹.

Allora, da un lato, le regole che germinano in seno ai colossi del *web* costituiscono pur sempre diritto, nonostante l’origine indubbiamente non democratica e la sottoposizione a logiche di *business* ben più che ai diritti fondamentali³⁴²; dall’altro, gli organismi paragiurisdizionali come quello recentemente istituito da Facebook, rischiano di soppiantare in determinati ambiti (come quelli legati alla regolamentazione del *web*) le tradizionali giurisdizioni statuali.

Nel quadro sin qui delineato di una generale crisi della sovranità, che vede lo spazio dell’*hard law* sempre più spesso occupato dal *soft law*, l’istituzione dell’*Oversight Board* di Facebook potrebbe rappresentare il caso paradigmatico di ulteriore erosione degli spazi della tradizionale giurisdizione.

³⁴¹ E. KLEIN, *Mark Zuckerberg on Facebook’s Hardest Year, and What Comes Next*, in *Vox*, 2 aprile 2018 (<https://www.vox.com/2018/4/2/17185052/mark-zuckerberg-facebook-interview-fake-news-bots-cambridge>). L’annuncio vero e proprio sarebbe poi arrivato nel novembre dello stesso anno. Cfr. M. ZUCKERBERG, *A Blueprint for Content Governance and Enforcement*, 15 novembre 2018, in <https://www.facebook.com/notes/mark-zuckerberg/a-blueprint-for-content-governance-and-enforcement/10156443129621634>.

³⁴² Cfr. K. KLONICK, *op. cit.*, pag. 2438, che inserisce tra le ragioni alla base dell’istituzione del *Board*: «*the public’s discovery that a small cadre of people headquartered in Silicon Valley were the sole creators and deciders on rules governing this vital global platform for online speech and that, although rules existed, their operation lacked core ideas of procedure and process added fuel to long-standing comparisons between Facebook and a feudal state, kingdom, or dictatorship*».

La rilevanza internazionale del *Board* e di quella fetta di giurisdizione che è andato ad occupare sta emergendo con sempre maggiore chiarezza.

In dottrina³⁴³ c'è già chi ha ipotizzato che la sentenza Facebook della Corte di Giustizia dell'Unione europea³⁴⁴ potesse costituire una reazione della Corte proprio all'istituzione dell'*Oversight Board*. Nella sentenza Facebook, lo si ricorda brevemente, la Corte di Giustizia aveva imposto al gestore del *social network* un obbligo di rimuovere contenuti identici e/o equivalenti a quelli dichiarati illeciti, a livello mondiale e senza curarsi della realizzabilità tecnica di quanto stabilito. Considerato l'impatto globale della decisione della Corte di Giustizia, la pronuncia è stata quindi letta come la riaffermazione di una giurisdizione eurounitaria a fronte dell'istituzione di una "Corte internazionale di Facebook", destinata ad assumere decisioni vincolanti rispetto ai contenuti pubblicati sul *social network* in tutto il mondo. La decisione³⁴⁵ che il *Board* ha reso sul caso dell'ex Presidente degli Stati Uniti Donald Trump probabilmente ha poi costituito il momento in cui il mondo intero ha preso coscienza dell'importanza dell'organismo costituito da Facebook e del potenziale impatto delle sue decisioni.

Facebook aveva assunto la decisione di sospendere permanentemente gli account di Donald Trump, allora Presidente degli Stati Uniti in carica, in considerazione dei post pubblicati a seguito dei fatti di Capitol Hill a

³⁴³ Cfr. O. POLLICINO, *L'"autunno caldo"* cit., pagg. 10-11, secondo cui «non può forse stupire che rispetto all'ipotesi di una privatizzazione della giustizia digitale su scala globale, la Corte di giustizia, nel caso Facebook che si commenta, abbia risposto con la possibilità di un'applicazione globale dell'ingiunzione giudiziale relativa alla rimozione di contenuti illeciti».

³⁴⁴ CGUE, III sez., 3 ottobre 2019 (C-18/18, Facebook). La sentenza ha imposto alla società di Palo Alto di rimuovere a livello globale i contenuti identici e/o equivalenti a quelli dichiarati illeciti. In tale pronuncia, infatti, si è stabilito che «Il diritto dell'Ue non preclude a un fornitore come Facebook l'obbligo a rimuovere commenti identici e, in determinate circostanze, commenti equivalenti precedentemente dichiarati illegali». La sentenza segue un approccio diverso dalla sentenza Google/CNIL in tema di diritto all'oblio, di poco precedente, prevedendo che la rimozione debba operare non unicamente negli Stati membri ma a livello globale, a prescindere dalla concreta realizzabilità tecnica. Per un raffronto tra le due pronunce, sia consentito ancora rinviare ad A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Il diritto all'oblio* cit., pagg. 523 ss.

³⁴⁵ OB, *Case decision 2021-001-FB-FBR*.

Washington del 6 gennaio 2021³⁴⁶, considerati apologetici delle violenze di quella giornata.

L'iniziativa di sottoporre tale decisione al giudizio del *Board* è stata della stessa Facebook, auspicandone una più autorevole conferma³⁴⁷.

L'eco della decisione resa sul caso Trump, a prescindere dalla condivisibilità dell'esito finale, rende ancor più opportuna una compiuta riflessione sulle caratteristiche di giurisdizionalità del *Board* e sulle garanzie previste per le parti.

5. Una “Corte” è fatta di giudici: l'autorevolezza del *Board* passa attraverso la nomina dei suoi membri.

Fatte queste premesse, per verificare se l'*Oversight Board* sia o meno paragonabile a una “Corte” con una propria giurisdizione e quanto questa sia o non sia indipendente da Facebook, occorrerà analizzare più nel dettaglio la

³⁴⁶ Nel primo post, un videomessaggio delle 16:21 ora locale, pubblicato durante le sommosse, Donald Trump affermava: «*I know your pain. I know you're hurt. We had an election that was stolen from us. It was a landslide election, and everyone knows it, especially the other side, but you have to go home now. We have to have peace. We have to have law and order. We have to respect our great people in law and order. We don't want anybody hurt. It's a very tough period of time. There's never been a time like this where such a thing happened, where they could take it away from all of us, from me, from you, from our country. This was a fraudulent election, but we can't play into the hands of these people. We have to have peace. So go home. We love you. You're very special. You've seen what happens. You see the way others are treated that are so bad and so evil. I know how you feel. But go home and go home in peace*». In un secondo post scritto, pubblicato mentre le forze dell'ordine mettevano in sicurezza il Campidoglio, si leggeva: «*These are the things and events that happen when a sacred landslide election victory is so unceremoniously viciously stripped away from great patriots who have been badly unfairly treated for so long. Go home with love in peace. Remember this day forever!*». Entrambi i post erano stati tempestivamente rimossi da Facebook, violando gli Standard della community in materia di persone e organizzazioni pericolose. Facebook, inoltre, interdiceva Trump dalla pubblicazione di contenuti su Facebook o Instagram per 24 ore. Il 7 gennaio, dopo aver analizzato nuovamente i post di Trump, le sue comunicazioni recenti al di fuori di Facebook e ulteriori informazioni sulla gravità degli scontri al Campidoglio, Facebook ha esteso il blocco «*a tempo indeterminato e almeno per le prossime due settimane, fino al completamento pacifico del passaggio di poteri*».

³⁴⁷ I quesiti posti da Facebook il 21 gennaio 2021 erano i seguenti: «*Considering Facebook's values, specifically its commitment to voice and safety, did it correctly decide on January 7, 2021, to prohibit Donald J. Trump's access to posting content on Facebook and Instagram for an indefinite amount of time? In addition to the board's determination on whether to uphold or overturn the indefinite suspension, Facebook welcomes observations or recommendations from the board about suspensions when the user is a political leader*».

sua composizione e il suo funzionamento, sulla base delle norme di *soft law* che la disciplinano e partendo dallo Statuto. Quest'ultimo, infatti, costituisce il documento fondamentale che definisce la struttura del *Board* e i suoi rapporti con Facebook³⁴⁸.

Va ricordato che l'organismo è stato fortemente voluto dalla stessa Facebook³⁴⁹, forse anche per ripulire la propria immagine³⁵⁰ parzialmente compromessa dalle controversie occorse all'azienda negli anni passati, ed è ufficialmente divenuto operativo il 22 ottobre 2020.

Sembra, quindi, opportuno cominciare proprio dalla composizione dell'organismo, alla luce della recente notizia della nomina dei primi venti membri, avvenuta il 6 maggio 2020³⁵¹.

La notizia della nomina dei primi venti membri del *Board* consente di sviluppare delle prime riflessioni sull'organismo che sta per entrare in funzione.

Innanzitutto, una breve analisi dei profili individuati e della procedura di selezione permette di capire che tipo di "Corte" sarà l'*Oversight Board*. Effettuata una prima disamina sulla modalità di selezione dei membri della

³⁴⁸ Cfr. K. KLONICK, *op. cit.*, pagg. 2457-2458, secondo cui: «*The Oversight Board Charter was imagined as, and ultimately became, a constitution-like document that laid out the structural relationship between Facebook, the Oversight Board, and the Trust that would sit between them.*».

³⁴⁹ Cfr. K. KLONICK, *op. cit.*, pag. 2448, che così riassume le attuali sfide di Facebook: «*it needs to preserve private power over its policy and product, while ensuring long-term engagement by meeting user expectations of accountability.*». A queste sfide Facebook tenta di rispondere con l'istituzione dell'*Oversight Board*.

³⁵⁰ Cfr. K. KLONICK, *op. cit.*, pag. 2426, che afferma: «*Skeptically seen, the creation of the Board is a giant public-relations move: an effort to give the appearance of caring about users and their input on Facebook's speech policies in order to bolster trust in the company. More cynically, once the Board is up and running, it might also be a convenient scapegoat for controversial content-moderation decisions—like the Pelosi video decision—that Facebook currently is forced to absorb alone. The availability of an independent board that can take on review of such decisions provides an easy escape from scrutiny: "Don't blame Facebook for this decision—it was the Board's!"*». Cfr. anche J.C. WONG, *Will Facebook's new oversight board be a radical shift or a reputational shield?*, in *The Guardian*, 7 maggio 2020, che pone la seguente domanda: «*will Facebook's oversight board live up to its lofty promises and reshape how Facebook shapes the world? Or will it just be a reputational shield for a company whose pathologies run deeper than the question of whether individual pieces of content should be allowed or taken down?*».

³⁵¹ L'elenco dei membri è disponibile sul sito del *Board* (<https://www.oversightboard.com>) ed è costantemente aggiornato.

Corte, appare indispensabile analizzare le funzioni in modo più dettagliato, cercando di comprendere il reale impatto che avrà l'organismo.

Venendo ai profili dei venti membri recentemente nominati, dalla lettura dei *curricula*, emerge subito che si tratta di professionisti di altissimo profilo, provenienti da tutto il mondo, per dotare sin da subito l'organismo di particolare autorevolezza e garantire una prospettiva globale. In sostanza, si potrebbe definire quello del *Board* un vero e proprio *dream team*, il che è indicativo dell'importanza che Facebook conferisce a questo nuovo organismo e il ruolo guida che assumerà nella *governance* del più popolare *social network* del mondo.

Ciascun membro resterà in carica per un triennio, per un massimo di tre mandati, ai sensi dello Statuto del Consiglio, art. 1, par. 3.

Tra i 20 membri, sono stati nominati 4 copresidenti, con particolari funzioni direttive. Più in particolare, si tratta di Catalina Botero-Marino, dalla Colombia, Decano dell'*Universidad de los Andes*, Facoltà di Giurisprudenza, relatore speciale per la libertà di espressione presso l'Organizzazione degli Stati americani, giudice supplente della Corte Costituzionale della Colombia; di Jamal Greene, dagli Stati Uniti, professore ordinario alla *Columbia Law School*; di Michael McConnell, dagli Stati Uniti, professore ordinario e direttore del *Constitutional Law Center* presso la *Stanford Law School*, già giudice della Corte d'appello degli Stati Uniti e avvocato della Corte suprema degli Stati Uniti; di Helle Thorning-Schmidt, dalla Danimarca, ex Primo Ministro danese, già amministratore delegato di *Save the Children*.

I copresidenti, secondo l'art. 1, comma 7, dello Statuto³⁵², fungeranno da collegamento con l'amministrazione del *Board* e avranno rilevanti responsabilità di gestione, come la selezione dei membri e la selezione dei casi da affrontare.

³⁵² Lo Statuto è disponibile al seguente indirizzo: <https://www.oversightboard.com/governance/>

I membri includono anche diversi altri professori ordinari di alcuni dei più prestigiosi atenei di tutto il mondo e Tawakkol Karman, premio Nobel per la pace.

Le elevate qualifiche possedute dai membri selezionati corrispondono agli alti standard richiesti dallo Statuto del *Board* e, in ultima istanza, da Facebook. Infatti, per essere selezionati, i membri devono possedere specifiche caratteristiche, elencate all'art. 1, comma 2, dello Statuto: più in particolare, dovranno possedere una non meglio specificata vasta gamma di conoscenze, competenze diversità ed esperienza e non dovranno avere conflitti d'interesse con Facebook³⁵³.

È sufficiente questa specificazione a garantirne l'indipendenza dalla società di Palo Alto?

6. L'indipendenza giuridica ed economica da Facebook come requisito di credibilità: all'annuncio corrispondono i fatti?

È chiaro che un organismo come l'*Oversight Board* possa funzionare ed essere considerato "accettabile" e credibile soltanto se presenti dei requisiti minimi di indipendenza, giuridica ed economica, dalla "casa madre"³⁵⁴.

³⁵³ Secondo l'art. 1, par. 2, dello Statuto, «*affinché il comitato funzioni efficacemente, i membri devono possedere e mostrare una vasta gamma di conoscenze, competenze, diversità ed esperienza. I membri non devono trovarsi in condizioni effettive o percepite di conflitto di interessi che potrebbero compromettere il loro giudizio indipendente e i processi decisionali. I membri devono aver dimostrato di avere esperienza nelle delibere effettuate in maniera responsabile e in quanto collaboratori dalla mentalità aperta all'interno di un team, di avere competenze nel prendere e spiegare le proprie decisioni in base a una serie di normative e di avere familiarità con gli argomenti relativi a contenuti e governance digitali, fra cui libera espressione, dibattito politico, sicurezza, privacy e tecnologia.*».

³⁵⁴ Cfr. K. KLONICK, *op. cit.*, pag. 2427, secondo cui: «*Facebook's creation of the Oversight Board is an investment in building user trust, which is a long-term strategy for continued economic growth. Facebook thus has myriad incentives to make the Board a meaningful adjudicatory body or, more cynically, to make the Board appear to be a meaningful adjudicatory body. To do this, the Board must involve users in content moderation and have jurisdictional, intellectual, and financial independence from Facebook.*».

Facebook afferma che l'*Oversight Board* è indipendente dalla società³⁵⁵. Mark Zuckerberg, fondatore e CEO di Facebook, ha dichiarato: «*We are responsible for enforcing our policies every day and we make millions of content decisions every week. But ultimately I don't believe private companies like ours should be making so many important decisions about speech on our own. That's why I've called for governments to set clearer standards around harmful content. It's also why we're now giving people a way to appeal our content decisions by establishing the independent Oversight Board*»³⁵⁶.

In sostanza, secondo le parole di Zuckerberg, l'istituzione del *Board* sarebbe stata la necessaria conseguenza del mancato intervento degli Stati nazionali, interpellati dal colosso di Palo Alto, che sarebbe stato quindi costretto a fare da sé. Ad ogni modo, pur nella cornice di una *self-regulation*, lo stesso Zuckerberg sembra essere consapevole della necessità che il Consiglio sia indipendente da Facebook, in un certo senso sottoposta alla sua giurisdizione. L'indipendenza della propria Corte interna, vera o presunta che sia, pare quasi *octroyée*, una graziosa concessione del “sovrano” che l'ha istituita.

In questa cornice, chi è il controllore e chi il controllato?

Gli stessi 20 membri del consiglio di amministrazione recentemente nominati, nel citato intervento sul New York Times, hanno chiarito: «*We are all independent of Facebook. [...] We will make decisions based on those principles and on the effects on Facebook users and society, without regard to the economic, political or reputational interests of the company*»³⁵⁷.

³⁵⁵ Nella dottrina italiana, per un primo commento circa l'indipendenza soltanto presunta dell'*Oversight Board*, cfr. O. POLLICINO, *op. ult. loc. cit.*, che pure afferma che «*si è ben lontani dal minimo richiesto perché ci sia una effettiva indipendenza dell'organo in questione nei confronti del social network le cui decisioni lo stesso organo è competente a valutare e se del caso a cassare*».

³⁵⁶ La dichiarazione di M. ZUCKERBERG è disponibile al seguente indirizzo: <https://www.facebook.com/zuck/posts/one-of-the-most-important-projects-ive-worked-on-over-the-past-couple-of-years-i/>

³⁵⁷ C. BOTERO-MARINO, J. GREENE, M.W. MCCONNEL, H. THORNING-SCHMIDT, *We Are a New Board Overseeing Facebook. Here's What We'll Decide*, in *The New York Times*, 6 maggio 2020.

Per verificare quanto sia vera questa ipotesi e quanto le aspirazioni corrispondano alla realtà sembra necessario esaminare in dettaglio lo Statuto del Consiglio, nonché lo Statuto e il Codice di Autodisciplina.

Ai sensi del citato art. 1, par. 2, dello Statuto, al fine di garantire l'indipendenza di giudizio, appare molto importante l'indicazione, tra i requisiti, dell'assenza di qualsiasi conflitto di interessi effettivo o percepito. È legittimo dubitare, tuttavia, che il conflitto di interessi possa derivare dalla stessa procedura di selezione, prevista da Facebook, e dalla disciplina del compenso previsto per l'incarico.

Per quanto riguarda la procedura di selezione, prevista all'art. 1, par. 8, tutte le strade sembrano portare a Facebook³⁵⁸, poiché è Facebook a selezionare inizialmente il gruppo dei co-presidenti.

Una volta che Facebook avrà selezionato i co-presidenti, Facebook e i co-presidenti selezioneranno congiuntamente i candidati per i restanti seggi del Comitato, formalmente nominati dai fiduciari. In questa seconda fase, dunque, permane un coinvolgimento attivo di Facebook.

Anche successivamente, nella terza fase, Facebook potrà sempre proporre candidati al *Board*.

Per quanto riguarda la remunerazione, il discorso è forse più complesso, visto che Facebook ha preso precauzioni per evitare critiche da questo punto di vista.

Nel suddetto intervento sul New York Times, i quattro co-presidenti assicurano che l'indipendenza di giudizio è garantita dalla conformazione del *Board*, che è finanziato da un fondo fiduciario di 130 milioni di dollari, completamente indipendente da Facebook e che non può essere revocato.

Il primo profilo sotto cui dover vagliare le caratteristiche di indipendenza del *Board* è dunque quello economico, disciplinato altresì nello Statuto.

La lettura dello Statuto conferma che il *Board* è finanziato da un *trust*.

³⁵⁸ Cfr. K. KLONICK, *op. cit.*, pag. 2460, che osserva: «*if Facebook selected the initial Board, it undermined its goal of having the Board be fully independent*».

Infatti, ai sensi dell'art. 5, par. 1, «il Comitato sarà finanziato dal *trust* per sostenere le sue operazioni e spese» e, ai sensi del par. 2, «i *trustee* manterranno e approveranno il budget operativo del Comitato, incluse la remunerazione dei membri, l'amministrazione e altre esigenze. I *trustee* nomineranno formalmente e, se necessario, rimuoveranno i membri per violazioni del codice di condotta del comitato».

A questo punto, ciò che più rileva ai fini della verifica dell'indipendenza è la disciplina del rapporto tra il *trust* e Facebook, di cui si occupa l'art. 5, par. 2. Ebbene, tale norma chiarisce inequivocabilmente che «il *trust* riceverà finanziamenti da Facebook e i *trustee* agiranno conformemente ai propri doveri fiduciari. Facebook nominerà *trustee* indipendenti».

Dunque, se il *trust* che finanzia il *Board* è a sua volta finanziato da Facebook, che nomina anche i *trustee*, pare lecito quantomeno dubitare che il meccanismo messo a punto, anche sotto questo aspetto (e non solo per la procedura di selezione dei giudici), possa garantire un'effettiva indipendenza dell'organo.

L'indipendenza dovrebbe essere teoricamente assicurata, inoltre, dalla possibilità di modificare lo Statuto, inizialmente predisposto da Facebook, da parte del *Board* stesso, prevista all'art. 6: anche questa garanzia, tuttavia, non è sufficiente, non potendo essere comunque approvate modifiche senza l'accordo di Facebook³⁵⁹. Il *Board* resterà, quindi, pur sempre disciplinato da atti in ultima istanza riconducibili alla *self-regulation* di Facebook.

Ulteriori dubbi sovengono se si guarda alle garanzie offerte agli utenti dal procedimento decisionale.

7. Il procedimento e le decisioni del *Board*: organismo paragiurisdizionale senza le garanzie della giurisdizionalità.

³⁵⁹ Cfr. K. KLONICK, *op. cit.*, pag. 2466.

Il *Board* è ormai pienamente operativo: sul sito ufficiale, accedendo tramite il proprio account Facebook o Instagram, è infatti possibile inviare quello che viene espressamente definito “ricorso”, rispondendo a una serie di domande con risposte scritte.

Si tratta di un giudizio “di appello” rispetto a decisioni assunte da Facebook in prima istanza.

È espressamente stabilito che non tutte le segnalazioni riceveranno un effettivo giudizio: ad essere decisi, sulla base di una valutazione che appare arbitraria e lesiva dei diritti degli utenti, saranno «solo un piccolo numero di casi» selezionati «in base alla complessità e alla rilevanza globale». Lo stesso *Board* «definerà i criteri che garantiranno la selezione dei casi idonei difficili, significativi e pertinenti a livello globale, in grado di arricchire le normative future»³⁶⁰. La decisione riguarderà, quindi, soltanto quei casi in grado di costituire precedenti rilevanti per Facebook nell’assunzione delle sue decisioni in proprio. L’obiettivo finale è, dunque, non quello di offrire una tutela effettiva agli utenti ma di consentire a Facebook di svolgere meglio il suo compito di decisore *in house*.

Un “filtro” così pervasivo già di per sé non appare del tutto compatibile con gli auspici della vigilia, che indicavano l’istituzione di una “Corte” indipendente e imparziale come la panacea dei mali del vivere digitale (almeno sui *social network* di Palo Alto).

La selezione del tutto arbitraria dei casi degni di una decisione pone un problema di effettività del diritto di difesa: gli utenti, infatti, non potranno mai avere la certezza che sul proprio caso possa giungere a pronunciarsi il *Board* e i criteri alla base della “denegata giustizia” appaiono fumosi. In quest’ottica, l’istituzione del *Board* – con presunte caratteristiche di indipendenza – si conferma come un’operazione prevalentemente “di

³⁶⁰ La procedura di ricorso è sinteticamente descritta a questo link: <https://www.oversightboard.com/appeals-process/>

facciata” cui si accompagna, però, il precedente pericoloso di un organismo paragiurisdizionale che istituzionalizza ipotesi di denegata tutela.

L’organismo paragiurisdizionale voluto da Facebook, se non ad una “Corte”, potrebbe essere paragonato a un arbitrato, cui le parti decidono di rivolgersi liberamente per dirimere le controversie relative al proprio rapporto “contrattuale”. Ma anche dell’arbitrato mancano alcune delle caratteristiche essenziali: nelle condizioni d’uso che l’utente accetta al momento dell’iscrizione a Facebook o ad Instagram è assente una clausola che possa in senso lato essere definita compromissoria ed è assente ogni riferimento al *Board*. All’art. 4 delle condizioni³⁶¹, che si occupa delle controversie tra Facebook e l’utente, è anzi ribadita la sussistenza delle giurisdizioni nazionali.

Il procedimento che conduce alla decisione è poi sostanzialmente avvolto nel mistero: se manca una disciplina precisa, si potrebbe ipotizzare che questa sia stata forse ritenuta secondaria. Eppure, proprio nel procedimento risiedono molte delle garanzie delle parti.

Particolarmente grave è la totale assenza di contraddittorio: una volta trasmesso il ricorso tramite il sito istituzionale, il *Board* «di solito prende una decisione entro 90 giorni» (così letteralmente si legge sul sito). Non è prevista la possibilità che alle parti vengano concessi termini per depositare memorie, documenti e repliche³⁶². Non è prevista la possibilità di essere ascoltati né

³⁶¹ Cfr. art. 4, Condizioni d’uso: «Facebook tenta di fornire regole chiare in modo da limitare o, auspicabilmente, evitare controversie con gli utenti. In caso di controversia, è utile conoscere in anticipo le sedi in cui è possibile risolverle, nonché le leggi applicate. Nell’ambito dei consumatori che risiedono abitualmente in uno Stato membro dell’Unione Europea, trovano applicazione le leggi dello Stato membro in questione in relazione a eventuali reclami, azioni legali o controversie contro Facebook derivanti o correlati alle presenti Condizioni o ai Prodotti Facebook (“reclamo”). Il reclamo può essere risolto davanti a qualsiasi tribunale competente dello Stato membro che gode della giurisdizione nell’ambito del reclamo. In tutti gli altri casi, l’utente accetta che il reclamo verrà risolto davanti a un tribunale competente della Repubblica d’Irlanda e che la legge irlandese disciplinerà le presenti Condizioni ed eventuali reclami, indipendentemente da conflitti nelle disposizioni di legge». Il testo citato è quello da ultimo aggiornato il 20 dicembre 2020 e visualizzato il 16 settembre 2021.

³⁶² Ciò a differenza di quanto accade, ad esempio, nel caso dell’arbitrato. Cfr. E. FAZZALARI, *Processo arbitrato*, in *Enc. dir.*, vol. 36, Milano, Giuffrè, 1987, pagg. 298 ss.

risulta che lo stesso *Board* possa richiedere approfondimenti e/o integrazioni. Non è nemmeno prevista la possibilità di una difesa tecnica, che pure dovrebbe essere una garanzia essenziale per le parti in presenza di interessi che – come dimostra il caso Trump – possono essere anche di estrema rilevanza.

Quanto al contenuto essenziale delle decisioni, esso non è prefissato in modo rigido ma varia di volta in volta, dando spazio ad arbitri, a partire dalla composizione del collegio.

Le decisioni del *Board*, infatti, sono adottate non dall'intera "Corte" ma da gruppi di cinque membri per volta. L'esito è frutto di una votazione a maggioranza. La decisione finale non rappresenta necessariamente l'opinione di tutto il collegio³⁶³ e non è previsto l'istituto dell'opinione dissenziente.

Ciò che maggiormente preoccupa è che le decisioni non siano firmate dai cinque "giudici" che compongono il singolo "collegio" e che non vi sia traccia del nome del relatore. Difettano, quindi, i requisiti tipici ed essenziali delle sentenze, ma anche dei lodi arbitrali, ossia le sottoscrizioni dei "giudici" o degli arbitri. La sottoscrizione concorre allo scopo di ricondurre la decisione al "giudice" che l'ha redatta e al "collegio" che l'ha votata a maggioranza e in questo senso costituisce una garanzia per le parti. In assenza della sottoscrizione del giudice, infatti, è del tutto impossibile verificare che questo sia terzo e imparziale rispetto alla decisione da prendere.

Volendo assumere come riferimento i principi della Costituzione italiana, che in questo caso sono anche principi generali di civiltà giuridica, ad occuparsi del caso non sarà un giudice naturale e precostituito. Non è nemmeno esplicitato, infatti, quale sia il meccanismo previsto per la scelta dei giudici,

³⁶³ L'art. 7.1 dello Statuto prevede, poi, che le decisioni di un gruppo vengano distribuite a tutti i membri prima di essere rese definitive e pubbliche. Qualora la maggioranza del Comitato richieda un'ulteriore analisi di una decisione del gruppo, dovrà essere convocato un nuovo gruppo per condurre un'analisi rapida.

il che rileva anche sotto il profilo della localizzazione della decisione: ad esempio, una decisione su un post riguardante la sanità in una regione italiana dovrà necessariamente tenere conto del parere di un esperto italiano, che sappia contestualizzare il post nella vicenda. In assenza di un meccanismo che garantisca la presenza di un esperto di quella nazionalità nel collegio e in assenza di una sottoscrizione che renda palese tale presenza, quale garanzia avrà la parte che il suo caso venga deciso con cognizione di causa?

Infine, è chiaro che una decisione priva di sottoscrizione, anche se pubblicata sul sito del *Board* e quindi dotata dei crismi dell'ufficialità, espone l'istituzione voluta da Facebook a critiche ancor più forti circa la sua indipendenza. A cosa serve la nomina di “giudici” di alto profilo se a costoro non è nemmeno richiesto - né consentito - di assumersi la responsabilità delle proprie decisioni?

Un ulteriore profilo di criticità riguarda le fonti del diritto che possono essere prese in considerazione dal *Board* per rendere le decisioni, che sono principalmente di *soft law* e frutto della *self-regulation* della stessa Facebook³⁶⁴. Le decisioni, infatti, vengono assunte sulla base delle normative sui contenuti di Facebook, in particolare gli Standard della community di Facebook e le Linee guida della community di Instagram, che chiariscono cosa possono e non possono pubblicare gli utenti dei due *social network*. Viene, inoltre, fatta applicazione delle Condizioni d'uso di Facebook e Instagram, che prevedono anche un apparato sanzionatorio consistente nella sospensione o disattivazione permanente dell'account. Ad essere vagliata è poi la conformità con i “valori” di Facebook, il che rende possibili valutazioni equitative svincolate da vere e proprie argomentazioni giuridiche. Soltanto all'ultimo posto tra le fonti, all'art. 2.2, viene genericamente affermato che «il comitato presterà particolare attenzione all'impatto della rimozione dei contenuti, alla luce delle norme sui diritti umani che proteggono la libertà di

³⁶⁴ Sulla crescente diffusione di forme di autoregolamentazione, si rinvia ancora a S. SILEONI, *Autori delle proprie regole* cit., pagg. 13-46.

espressione». Non è dato sapere a quali norme ci si intenda riferire e perché, tra le norme esterne a quelle di Facebook, si possa dare applicazione soltanto a quelle che proteggono la libertà di espressione e non ad altre, a tutela di diversi diritti fondamentali o non.

L'applicazione pressoché esclusiva delle norme di *soft law* predisposte da Facebook è confermata da un'analisi di alcune pronunce sin qui rese.

In definitiva, se è Facebook a scrivere le regole che il *Board* deve applicare, pare anche per questo motivo difficilmente sostenibile la tesi che esso sia un organo terzo e imparziale rispetto a Facebook.

L'unica garanzia fornita alle parti circa le decisioni rese dal *Board* è quella relativa alla necessità di una pronuncia scritta, garanzia certo essenziale ma che ci riporta al Tanucci³⁶⁵, annullando ogni altra conquista raggiunta dalla civiltà giuridica occidentale.

Criticità ancora maggiori sono date dalla possibilità, prevista all'art. 4 dello Statuto, che Facebook applichi la decisione, resa con riguardo a un determinato contenuto pubblicato da un determinato soggetto, anche a contenuti «identici» in «un contesto parallelo». Tale possibilità consente a Facebook di applicare la decisione in modo sostanzialmente arbitrario anche a soggetti nei cui confronti non era rivolta e la cui posizione non era stata presa in considerazione dal *Board* per rendere la decisione: in ipotesi, anche a contenuti satirici che dovessero essere considerati “identici”.

Concludendo, la rilevanza delle decisioni da prendere, la loro vincolatività, l'ambito oggettivo e soggettivo di operatività, la possibilità che esse costituiscano precedenti per la decisione di altri casi analoghi sono tutte ragioni che consentono di definire il *Board* la “Corte” di Facebook.

³⁶⁵ La Prammatica regia di Ferdinando IV di Borbone del 27 settembre 1774, elaborata dal ministro Bernardo Tanucci, per prima in Italia introduceva l'obbligo di motivazione delle sentenze. Cfr. M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione della sentenza tra diritto comune e illuminismo*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, fasc. 2, pagg. 265 ss.; V. EVANGELISTA, *Motivazione della sentenza civile (voce)*, in *Enc. dir.*, vol. 27, Milano, Giuffrè, 1977, pag. 154.

È da escludere, tuttavia, che la decisione del *Board* abbia carattere sostanzialmente giurisdizionale, non essendo garantito nemmeno un livello minimo di contraddittorio, che costituirebbe «il *proprium* dell'attività giuridica che chiamiamo processo»³⁶⁶.

In definitiva, siamo di fronte a una “Corte” soltanto se si considera la rilevanza delle decisioni da assumere e il loro possibile impatto, ma mancano alcune delle più basilari garanzie proprie della giurisdizionalità.

8. Una “Corte” per ogni *Big Tech*: verso la “giurisdizione” del futuro?

La rivoluzione digitale ha portato a una delle più grandi trasformazioni dall'era della rivoluzione industriale. In questo quadro, la nascita di una “Corte” di Facebook ha reso opportuno riflettere sull'evoluzione della giurisdizione nell'era digitale, considerando anche i rischi portati da questa evoluzione³⁶⁷. Sebbene Facebook presenti il *Board* come indipendente dalla sua organizzazione, è ancora Facebook a dettare le regole.

La giustizia – almeno per quanto riguarda i sempre più rilevanti spazi di vita “virtuale” - si sta muovendo lentamente (o non così lentamente) verso una “giustizia” delle *Big Tech*? Con una vita virtuale destinata a divenire sempre più importante, gli organi paragiurisdizionali sul modello dell'*Oversight Board* non rischiano di diventare sempre più centrali nell'esperienza giuridica globale in futuro? In caso affermativo, questa “deriva” paragiurisdizionale sarà in grado di garantire ugualmente un'effettiva tutela dei diritti?

³⁶⁶ M. ESPOSITO, *L'arbitrato tra autonomia privata e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 1998, pag. 265. Cfr. F. MARONE, *Giustizia arbitrale* cit., pag. 163.

³⁶⁷ Cfr. B. DE LA CHAPPELLE, P. FEHLINGER, *Jurisdiction on the Internet: from legal arms race to transitional cooperation*, in <https://www.internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Papers/IJ-Paper-Jurisdiction-on-the-Internet.pdf>. L'articolo opportunamente sottolinea: «*the theme of “digital sovereignty” gains traction in many jurisdictions in a context of rising tensions and a sense of powerlessness by public authorities to impose respect for their national laws on foreign-based Internet platforms and technical operators*».

Nel già richiamato intervento, Mark Zuckerberg, Fondatore e CEO di Facebook, ha dichiarato che alla nascita del *Board* ha fatto seguito a un invito ai Governi ad intervenire sulla vicenda, che non ha avuto esito.

Indubbiamente gli spazi di intervento delle *Big Tech*, normativo prima e giurisdizionale, poi sono quelli lasciati dai legislatori nazionali, oltre che dall'Unione europea, che mostrano titubanza nel regolamentare il multiforme universo del *web*.

Basti pensare al caso del diritto all'oblio. Nonostante l'enorme impatto della sentenza *Google Spain*, che ha spinto Google a istituire l'*Advisory Council*, il GDPR sembra aver fallito nel suo compito di regolamentare il diritto all'oblio. Infatti, l'art. 17, comma 1, del GDPR, stabilisce solo il principio in base al quale l'interessato, a determinate condizioni, ha il diritto di chiedere la cancellazione dei dati personali che lo riguardano: il diritto all'oblio non è quindi regolamentato nel senso di deindicizzazione dei dati personali dal motore di ricerca, sottolineato dalla Corte di giustizia nella decisione *Google Spain*³⁶⁸, che avrebbe richiesto un intervento chiarificatore del legislatore.

Più in generale, le lacune riguardanti diversi aspetti della regolamentazione del *web*, non solo nella normativa europea, lasciano enormi spazi all'intervento di soggetti privati e soprattutto delle *Big Tech*, come afferma lo stesso Mark Zuckerberg, che giustifica così l'istituzione del *Board*.

Se la regolamentazione del *web* è teoricamente possibile, il compito sembra davvero arduo, anche per l'Unione europea, data la natura universalistica e tendenzialmente libera del *web*³⁶⁹.

È vero che forse il modo più semplice per regolamentare il *web* è attraverso fonti di *soft law* più flessibili, che prendano il posto del tradizionale *hard*

³⁶⁸ Cfr. S. ZANINI, *Il diritto all'oblio nel Regolamento europeo 679/2016* cit.; D. BARBIERATO, *Osservazioni sul diritto all'oblio* cit., pagg. 2100 ss.

³⁶⁹ In merito alla sfida di regolamentare il *web* per dare protezione ai diritti fondamentali, sia consentito rinviare ad A. IANNOTTI DELLA VALLE, *L'età digitale come "età dei diritti"* cit.; cfr. S. SASSI, *Diritto transnazionale* cit., pagg. 56 ss., sulla necessità di un diritto transnazionale per regolare settori che, per la loro natura globale, né gli Stati né le organizzazioni sovranazionali sono in grado di regolamentare pienamente.

*law*³⁷⁰. In questo modo, tuttavia, la regolamentazione di Internet rischia di essere per lo più affidata ai “padroni di casa”: è plausibile che il diritto del futuro sia il diritto di Google o il diritto di Facebook?

I colossi del *web* appaiono, allo stato attuale, gli unici soggetti capaci di dettare regole veramente di larga scala sui più svariati aspetti del *web* e capaci anche di farle rispettare, nonostante la loro natura *soft law*.

Le regole che germinano all'interno dei colossi del *web* sono pur sempre regole cogenti, che si impongono agli utenti del *web*, nonostante l'origine indubbiamente antidemocratica e la sottomissione a logiche di business piuttosto che a diritti fondamentali.

Alla crisi dell'*hard law* e, più in generale, del monopolio di Stato sulle fonti del diritto corrisponde la crisi del monopolio di Stato sulla giurisdizione. Come si è osservato, questi sono due aspetti dello stesso fenomeno: l'erosione della sovranità statale nello spazio globale³⁷¹.

Nel caso specifico dell'*Oversight Board*, l'istituzione sembra essere stata concepita da Facebook per proteggere efficacemente i diritti fondamentali e la libertà di espressione³⁷², pur non riferendosi a nessuna delle esperienze costituzionali derivanti da secoli di civiltà giuridica in Europa e in America. Tra le fonti prese in considerazione per le decisioni, come emerge dalla lettura dello Statuto e delle prime pronunce, inclusa quella sul caso Trump, al primo posto ci sono le norme di *soft law* frutto della *self-regulation* e i

³⁷⁰ Cfr. M.C. GAETA, *Hard law and soft law* cit.; cfr. anche E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti* cit.; A. SOMMA, *Soft law sed law* cit., pagg. 437 ss.

³⁷¹ Sul crescente ruolo di forme di giustizia privata, cfr. F. MARONE, *Giustizia arbitrare* cit., pag. 241, secondo cui: «Una giustizia “privata”, dei privati e per i privati, infatti, meglio si presta ad un contesto costituito da sempre più regole private e meno regole statuali. L'arbitrato, per certi versi, costituisce – sul piano processuale – l'altra faccia della stessa medaglia: da un lato la regolamentazione giuridica dei privati (*soft law*) erode lo spazio della normazione statale (*hard law*), dall'altro l'arbitrato (giurisdizione dei privati) erode lo spazio della giurisdizione statale. La riduzione dello spazio della sovranità dello Stato, in definitiva, passa per entrambi i momenti: alla crisi del monopolio statale sulle fonti del diritto, quindi, corrisponde la crisi del monopolio statale della giurisdizione».

³⁷² Cfr. G. CERRINA FERONI, *op. ult. loc. cit.*, che afferma che «le grandi piattaforme di servizi e di condivisione di contenuto, tra cui Facebook, stanno cioè gradualmente assorbendo le competenze statali, affiancando alle attività di vendita di contenuti e di fornitura di servizi agli utenti finali, tipiche della dimensione privatistica, interventi che incidono sui diritti fondamentali di questi ultimi».

“valori” della stessa Facebook, quasi come se questo complesso di valori non meglio definiti costituisse una “Costituzione immateriale”.

È anche importante ricordare che ad essere decisi non saranno tutti i casi sottoposti al *Board* ma soltanto quelli giudicati rilevanti sulla base di criteri non del tutto chiariti e che attengono essenzialmente all’idoneità della decisione da prendere a fungere da precedente per casi futuri. Lascia francamente perplessi che non tutti gli utenti possano aspirare a una tutela efficace da parte del neoistituito organismo. Come può essere lasciata *à la carte* la tutela di diritti talvolta anche fondamentali?

L’analisi compiuta, inoltre, dimostra come la tutela dei diritti – nel caso del *Board* – avvenga in assenza di qualsiasi garanzia per le parti. Non soltanto manca ogni traccia del principio del contraddittorio ma i provvedimenti non sono nemmeno sottoscritti dai giudici che compongono il collegio.

La vera domanda a questo punto è la seguente: possiamo consentire che la tutela dei diritti fondamentali sia rimessa alle buone intenzioni dei CEO di Facebook e Google? Lo Stato può disinteressarsi dei diritti, soltanto perché *online*?

Alla luce di questo primo vero esperimento di “Corte” istituita da una *Big Tech*, è auspicabile che i legislatori di tutto il mondo – e soprattutto l’Unione europea – riprendano le redini di ciò che sta a loro regolamentare, come riconosciuto in un certo senso anche dalle stesse *Big Tech*, prendendo il coraggio di regolamentare anche gli aspetti più controversi del *web*.

Il “modello” dell’*Oversight Board*, infatti, non può costituire un “modello”³⁷³. Sarebbe inaccettabile una progressiva evoluzione della giurisdizione verso una giurisdizione gestita dalle *Big Tech*, capace di

³⁷³ Va anche considerato che, a prescindere al successo o dall’insuccesso dell’iniziativa di Facebook, il *Board* ha già lasciato un’impronta indelebile sul modello di *governance* di Internet e sulla tutela della libertà di espressione sul *web*. Come sottolinea K. KLONICK, *op. cit.*, pag. 2427, infatti, «*the success or failure of the Board does not change its impact on history. The mere experiment, and the lessons taken from it, will have an indelible influence on the future of global online speech and user participation in transnational internet governance*».

emettere decisioni vincolanti in materie delicate, senza garantire pienamente i diritti di difesa e il contraddittorio.

Non si deve, però, nemmeno scoraggiare l'emersione di forme di giustizia privata in grado di offrire una tutela più efficace.

La prospettiva di un ruolo sempre più centrale della giustizia privata nel campo dei diritti sul *web* può ancora essere accettabile, se non addirittura auspicabile, ove i legislatori, al massimo livello possibile³⁷⁴, fossero in grado di imporre garanzie minime a favore delle parti: basti pensare alla possibilità di difesa tecnica e all'effettività del contraddittorio oltre che a garanzie sulla nomina di “giudici”, che siano al di fuori di ogni possibile dubbio indipendenti e imparziali³⁷⁵.

In effetti, già con riguardo ad altre forme di giustizia privata, è stato opportunamente affermato che anche nel più informale dei procedimenti devono essere soddisfatti determinati requisiti minimi di “giusto processo” affinché la decisione finale sia giuridicamente vincolante³⁷⁶. Tale discorso può essere esteso anche alle nuove forme di giustizia che nascono sul *web* e per il *web*.

In presenza di adeguate garanzie per le parti, forme di giustizia privata possono infatti offrire indubbi vantaggi: in primo luogo, come già accade in molti paesi con arbitrati amministrati³⁷⁷ in materie quali diritto bancario e finanziario³⁷⁸, appalti pubblici³⁷⁹ e sport³⁸⁰, gli organi tecnici appaiono più

³⁷⁴ È il caso di ricordare ancora una volta la definizione del costituzionalismo contemporaneo nei termini di «*multilevel constitutionalism*» di I. PERNICE, *op. ult. loc. cit.*

³⁷⁵ E. BRUNET, *Arbitration and Constitutional Rights*, in *N.C. Law Review*, 1992, vol. 71, fasc. 1, pagg. 81 ss.

³⁷⁶ Cfr. E. BRUNET, *op. ult. loc. cit.*, che afferma: «*even in the most informal of proceedings certain minimum requirements of 'due process' must be met if the award is to be legally binding*».

³⁷⁷ Sui vantaggi della giustizia privata, con particolare riguardo agli arbitrati amministrati, cfr. F. MARONE, *Giustizia arbitrale* cit., pagg. 188 ss.

³⁷⁸ Cfr. L. ALBANESE, *Banking and financial litigation: between alternative dispute resolution systems and so-called "vessatorietà" of the arbitration clauses*, in *Resp. civ. e previd.*, 2017, fasc. 6, 1873 ss.

³⁷⁹ Cfr. I. LOMBARDINI, *Il nuovo arbitrato nei contratti pubblici, obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale: rivoluzione copernicana o restaurazione?*, in *Riv. Arb.*, 2016, fasc. 4, pagg. 715 ss.

³⁸⁰ Cfr. T.E. FROSINI, *La giustizia sportiva italiana e comparata*, in *Federalismi.it*, 2017, fasc. 15.

idonei alla risoluzione delle controversie in materie che richiedono conoscenze specifiche. Nella fattispecie, una conoscenza della tecnologia alla base della legge³⁸¹, nonché una conoscenza dei diritti fondamentali coinvolti, garantirebbero decisioni maggiormente aderenti alle multiformi dinamiche del *web*.

Da un lato, dunque, a livello normativo, la *self-regulation* non va certo scoraggiata, anche perché presenta indubbi vantaggi in termini di maggiore flessibilità e adeguatezza tecnologica³⁸², ma “indirizzata”, con gli strumenti di cui ancora dispone l'*hard law*, per garantire il rispetto di regole che abbiano un'origine democratica e per preservare i diritti fondamentali che costituiscono la grande eredità del costituzionalismo occidentale³⁸³.

³⁸¹ È necessario che i giudici adottino una sensibilità “tecnologica” nell’approccio a questioni giuridiche che riguardano il *web* e, in generale, le nuove tecnologie. Nel XXI secolo, infatti, lo sviluppo delle nuove tecnologie è così rapido e incessante da richiedere una costante interazione del giurista con gli specialisti di altre branche del sapere, che si occupano di studiare le tecnologie da un punto di vista tecnico. Soltanto avendo contezza del mondo tecnico che si accinge a disciplinare, il diritto potrà provare a tenere il passo con lo sviluppo delle nuove tecnologie. Più in particolare, soltanto avendo cognizione della tecnologia che c’è dietro, i giudici potranno rendere delle decisioni che siano tecnologicamente attuabili (a differenza della decisione resa nel caso Facebook dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea) e che non risultino inefficaci, a causa dell’esistenza di tecnologie in grado di aggirarle (come nel caso Google/CNIL deciso sempre dalla Corte di Giustizia). In questo senso, forme di giustizia privata – specificamente calate sulla realtà rispetto alla quale si fonda la propria giurisdizione – possono costituire valide opportunità. Sulla necessità di ibridazione tra diritto e tecnologia e di un approccio tecnologico al diritto, sia consentito rinviare ad A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Il diritto all’oblio* cit., pagg. 523 ss., nonché A. IANNOTTI DELLA VALLE, *La tutela della concorrenza* cit., pag. 287. Sull’emersione di una nuova figura di “giurista tecnologico”, cfr. T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo* cit., pag. 465, secondo cui quella del «giurista tecnologico [...] il cui compito è quello di farsi interprete delle trasformazioni che si stanno verificando nella società sulla base dello sviluppo della tecnologia, e dell’impatto che questa sta avendo sul diritto, sui diritti». Per la definizione del rinnovato ruolo del giurista nella “società tecnologica”, si rinvia a V. FROSINI, *Il giurista e le tecnologie* cit., pagg. 9 ss.; ID., *The lawyer in technological society* cit., pagg. 293 ss.

³⁸² Cfr. S. SILEONI, *op. ult. cit.*, pagg. 20-33.

³⁸³ Tale ruolo è stato già assunto da alcuni Stati europei. Gli Standard predisposti da Facebook, infatti, si sono già evoluti verso una linea più restrittiva e maggiormente rispettosa dei diritti fondamentali anche grazie all’impulso proveniente dai legislatori nazionali europei, in particolare dalla Germania. Ci si intende riferire soprattutto al c.d. *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (a livello internazionale noto come *Network Enforcement Act*) del 1 settembre 2017 (BGBL I at 3352) con cui il legislatore tedesco mira a combattere in modo più efficace i crimini d’odio, le *fake news* e ogni altra fattispecie penalmente rilevante che si sviluppi sui *social network*, tra cui diffamazione, violenza e minacce, incitamento a reati. La legge si pone anche l’obiettivo di incoraggiare i *social network* a gestire in modo più rapido e completo il procedimento di segnalazione di questi reati, stabilendo standard vincolanti per una gestione dei reclami efficace e trasparente e fissando un obbligo di riferire semestralmente sulla gestione delle denunce. Sull’impulso positivo dato dalla legislazione tedesca alla *governance* dei *social network*, cfr. K. KLONICK, *op. cit.*, pag. 2437, «[...] as public pressure increased over the last ten years and as European nations, like Germany, forced

Dall'altro, allo stesso modo, non sarebbe possibile imporre le classiche giurisdizioni nazionali su ogni aspetto del *web*, ma è ancora possibile orientare le forme di giustizia privata che emergeranno sulla scia di Facebook verso un'adeguata garanzia dei diritti anche procedurali delle parti.

Facebook to comply with their national speech laws, Facebook's Community Standards became more restrictive and more similar to European standards».

CAPITOLO V - Il ruolo dell'Unione europea nella regolamentazione di Internet: la strada in salita del *Digital Markets Act* verso mercati digitali più aperti, equi e contendibili.

1. La proposta di *Digital Markets Act*: il modello del GDPR per abbassare le barriere d'ingresso ai mercati digitali. - 2. L'oligopolio dei dati: la tutela della concorrenza non può ignorare le criticità della profilazione. - 3. segue. Intelligenza artificiale e profilazione dei dati personali: la regolamentazione presente non può ignorare le sfide future. - 4. Inefficacia delle misure proposte e prospettive *de iure condendo*.

1. La proposta di *Digital Markets Act*: il modello del GDPR per abbassare le barriere d'ingresso ai mercati digitali.

Nel dicembre del 2020 la Commissione europea ha pubblicato due proposte di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio volte a regolamentare, in modo il più possibile organico, i servizi digitali (*Digital Services Act*) e i mercati digitali (*Digital Markets Act*).

Come nel caso del GDPR (Reg. 2016/679/UE), si è scelto lo strumento del regolamento essendo direttamente applicabile negli Stati membri: in questo modo, infatti, viene ad essere stabilito lo stesso livello di diritti e obblighi per i soggetti privati in tutta l'Unione, il che è auspicabile anche per un'applicazione coerente ed efficace delle norme. Si tratta, inoltre, dell'unico strumento in grado di disciplinare, con un grado sufficiente di efficacia, fenomeni così ampi e globalmente radicati, come quelli relativi all'equità e alla contendibilità dei mercati digitali³⁸⁴.

³⁸⁴ Il considerando 7 chiarisce che è «opportuno garantire in tutta l'Unione tutele normative adeguate agli utenti commerciali e agli utenti finali di servizi di piattaforma di base forniti da gatekeeper, per contrastare i comportamenti sleali di questi ultimi al fine di agevolare le attività

Il *Digital Markets Act*, in particolare, interessa in questa sede per verificare se esso costituisca o meno un primo passo verso mercati digitali più aperti, tali da garantire una migliore tutela dei diritti sia degli operatori economici sia dei singoli.

La proposta di regolamento europeo, datata 15 dicembre 2020, è relativa per l'appunto a «mercati equi e contendibili nel settore digitale», obiettivo esplicitato all'art. 1, comma 1, e al considerando 79³⁸⁵.

Essa parte dal presupposto che, sebbene nell'ambito dell'economia digitale europea operino oltre 10.000 piattaforme *online*, la maggior parte delle quali sono PMI, poche grandi piattaforme *online* si accaparrano la quota maggiore del valore complessivo generato (cosiddetti *gatekeeper*).

Più in particolare, un fornitore può essere designato come *gatekeeper* se concorrono le seguenti condizioni individuate dalla Commissione: «a) ha un impatto significativo sul mercato interno; b) gestisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; c) detiene una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro»³⁸⁶.

Osserva la Commissione che, data la loro posizione, i *gatekeeper* hanno un impatto enorme sui mercati digitali nei quali sono radicati e ne controllano di fatto l'accesso, creando una forte dipendenza negli utenti commerciali, che sfocia talvolta in comportamenti sleali nei confronti di questi ultimi.

In definitiva, i *gatekeeper*, grazie alla supremazia tecnologica e al potere

economiche transfrontaliere all'interno dell'Unione e così migliorare il corretto funzionamento del mercato interno e rispondere alla frammentazione che sta emergendo o che potrebbe emergere nei settori specifici contemplati dal presente regolamento».

³⁸⁵ Cfr. art. 1, comma 1: «il presente regolamento stabilisce norme armonizzate volte a garantire che i mercati nel settore digitale nei quali sono presenti *gatekeeper* (controllori dell'accesso) siano equi e contendibili in tutta l'Unione». La lettura del considerando 79, inoltre, evidenzia che «l'obiettivo del presente regolamento è garantire l'equità e la contendibilità del settore digitale e dei servizi di piattaforma di base in particolare, nell'ottica di promuovere l'innovazione, l'elevata qualità dei prodotti e dei servizi digitali, prezzi equi e concorrenziali, nonché un'elevata qualità e un'ampia scelta per gli utenti finali nel settore digitale».

³⁸⁶ Cfr. art. 3, comma 1.

economico acquisiti, creano vere e proprie barriere all'ingresso e all'uscita dai mercati, in un circolo vizioso che rischia di renderli sempre meno contendibili ed efficienti.

La definizione di *gatekeeper*, tuttavia, appare ancora poco precisa e si presta a interpretazioni arbitrarie, anche qualora all'identificazione si addivenisse a seguito di indagini di mercato, come pure espressamente previsto dalla proposta: in questo senso, sarebbe auspicabile che la definizione venisse meglio specificata già nel corso dell'*iter* normativo. Un correttivo alla potenziale arbitrarietà dell'inquadramento di un operatore economico come *gatekeeper* – e una sostanziale ammissione di tale indeterminatezza normativa – è tuttavia costituito dalla possibilità di riesaminare lo status di *gatekeeper* ai sensi dell'art. 4, che prevede anche un continuo monitoraggio³⁸⁷.

Venendo agli aspetti patologici dei comportamenti dei *gatekeeper*, le pratiche sleali e la mancanza di contendibilità, ad avviso della Commissione, creano inefficienze nel settore digitale in termini di prezzi più alti, qualità inferiore, minore scelta e minore innovazione, a scapito dei consumatori europei³⁸⁸.

Questi problemi possono caratterizzare molti mercati, ma nel settore digitale risultano particolarmente accentuati, a causa dell'enorme posizione di forza assunta dalle *Big Tech*. Si tratta di problemi di scala mondiale per cui un approccio esclusivamente eurounitario potrebbe apparire riduttivo. Tuttavia, le previsioni sull'ambito di applicazione contribuiscono a dare effettività alle

³⁸⁷ La Commissione, infatti, può riconsiderare, modificare o revocare in qualsiasi momento, su richiesta o di propria iniziativa, lo status di *gatekeeper* se: a) si è verificata una modifica sostanziale di uno dei fatti su cui si basava la decisione; b) la decisione si basava su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti trasmesse dalle imprese. In ogni caso, la Commissione verifica periodicamente (almeno ogni due anni) se i *gatekeeper* designati continuano a soddisfare i requisiti stabiliti dall'articolo 3.

³⁸⁸ Secondo il considerando 37 «a causa della loro posizione, i *gatekeeper* potrebbero in alcuni casi limitare la capacità degli utenti commerciali dei loro servizi di intermediazione online di offrire i propri prodotti e servizi a utenti finali a condizioni più favorevoli, compreso il prezzo, tramite altri servizi di intermediazione online. Limitazioni di questo tipo hanno un effetto deterrente significativo sugli utenti commerciali dei *gatekeeper* per quanto concerne il loro uso di servizi di intermediazione online alternativi, limitando la contendibilità tra piattaforme, il che a sua volta limita la scelta da parte degli utenti finali di canali di intermediazione online alternativi».

previsioni del regolamento.

L'ambito di applicazione segue il modello del GDPR e valica così i confini della stessa Unione: l'art. 1, comma 2³⁸⁹, prevede, infatti, che il criterio sia quello dello stabilimento o della residenza dell'utente commerciale o dell'utente finale dei fornitori di servizi digitali e non dello stabilimento o della residenza di questi ultimi. In questo modo, il diritto europeo – e nella fattispecie il *Digital Markets Act* – sarà applicato, e preso sul serio, dalle *Big Tech* anche oltre i confini dell'Unione.

L'obiettivo della proposta è quello di introdurre una forma di regolamentazione *ex ante* dei mercati digitali, fissando obblighi e divieti in capo ai *gatekeeper*: nel perseguimento di tale scopo, la proposta non intende scoraggiare posizioni dominanti, di per sé legittime, né mortificare la capacità innovativa delle imprese, ma rendere i mercati più aperti ed equi³⁹⁰. Venendo all'oggetto del regolamento, la proposta si occupa, nello specifico, di alcuni servizi per cui la presenza di un numero limitato di grandi piattaforme³⁹¹ ha determinato, o rischia di determinare, una scarsa contendibilità sia dei servizi stessi sia dei mercati in cui questi intervengono, soprattutto da parte delle PMI. I servizi di cui la proposta di regolamento si occupa sono i servizi di intermediazione *online* (come gli *app store* oppure i servizi nei settori della mobilità e dei trasporti), i motori di ricerca, i servizi di *social network*, i servizi di piattaforma per la condivisione di video; i servizi di comunicazione elettronica interpersonale indipendente dal numero; i sistemi operativi; i servizi *cloud* e i servizi di pubblicità.

Per definire ciascuno di questi servizi, in effetti, saremmo tutti portati ad identificarli con il rispettivo fornitore più rappresentativo: ad esempio, per

³⁸⁹ Cfr. art. 1, comma 2: «il presente regolamento si applica ai servizi di piattaforma di base forniti o offerti dai gatekeeper a utenti commerciali stabiliti nell'Unione o a utenti finali stabiliti o situati nell'Unione, a prescindere dal luogo di stabilimento o di residenza dei gatekeeper e dalla normativa altrimenti applicabile alla fornitura del servizio».

³⁹⁰ Cfr. M.W. MONTEROSSO, *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali* cit., pagg. 920 ss.

³⁹¹ Per evitare che il numero di piattaforme divenga in futuro ancora più limitato, è previsto che il *gatekeeper* sia tenuto ad informare la Commissione di qualunque progetto di concentrazione (art. 12).

definire cosa sia un motore di ricerca citeremmo Google, per definire un *social network* Facebook, per definire un servizio di piattaforma per la condivisione di video YouTube e via di seguito.

Questi esempi, già di per sé e in modo molto elementare, forniscono la raffigurazione più chiara della chiusura dei mercati cui si riferiscono e implicano la necessità di un intervento del diritto dell'Unione europea.

La Commissione europea, d'altronde, aveva già reso importanti decisioni relative ad abusi di posizione dominante *ex art. 102 TFUE* in alcuni di questi mercati, come la decisione *Google Android* su cui ci si è soffermati. Il problema era, quindi, noto e la necessità di un intervento anche normativo ormai impellente.

Da sola, infatti, la tutela fornita dagli artt. 101 e 102 TFUE non sarebbe stata sufficiente.

La proposta di *Digital Markets Act* si dichiara espressamente complementare agli artt. 101 e 102 TFUE³⁹² e non è in effetti sovrapponibile agli stessi. L'art. 1, comma 6, precisa che l'applicazione del regolamento non pregiudica l'applicazione dei citati artt. 101 e 102 e delle forme di tutela già esistenti. Si tratta infatti di forme di tutela aggiuntive, prevalentemente *ex ante*³⁹³, che si pongono l'ambizioso obiettivo di rendere maggiormente contendibili in

³⁹² Si legge nel considerando 9 che «il presente regolamento mira a integrare l'applicazione del diritto della concorrenza, è opportuno specificare che esso lascia impregiudicati gli articoli 101 e 102 TFUE, le corrispondenti norme nazionali in materia di concorrenza e le altre norme nazionali in materia di concorrenza relative ai comportamenti unilaterali basati su una valutazione caso per caso delle posizioni e dei comportamenti di mercato». E ancora, nel considerando 10, che «gli articoli 101 e 102 TFUE [...] si prefiggono quale obiettivo la protezione della concorrenza non falsata sul mercato. Il presente regolamento persegue un obiettivo complementare, per quanto non analogo, alla protezione della concorrenza non falsata su un dato mercato, quale definita in termini di diritto della concorrenza, e tale obiettivo consiste nel garantire che i mercati in cui sono presenti gatekeeper siano e rimangano equi e contendibili, indipendentemente dagli effetti reali, probabili o presunti sulla concorrenza in un dato mercato del comportamento di un dato gatekeeper contemplato dal presente regolamento. Il presente regolamento mira pertanto a proteggere un interesse giuridico diverso rispetto a tali norme e non dovrebbe pregiudicarne l'applicazione».

³⁹³ Il considerando 5 della proposta chiarisce, con riguardo agli artt. 101 e 102 TFUE: «Gli articoli 101 e 102 TFUE, pur continuando ad applicarsi al comportamento dei gatekeeper, hanno un ambito di applicazione limitato a talune tipologie di potere di mercato (ad esempio una posizione dominante in mercati specifici) e di comportamento anticoncorrenziale, mentre la loro applicazione avviene *ex post* e richiede un'indagine approfondita, caso per caso, di fatti spesso molto complessi». Quella fornita da tali articoli è dunque una tutela circoscritta ed *ex post*, differente dalla tutela *ex ante* che il *Digital Markets Act* mira a fornire.

radice mercati digitali oggi così poco accessibili.

Innanzitutto, il considerando 41 precisa che «i *gatekeeper* non dovrebbero limitare la libera scelta degli utenti finali impedendo loro a livello tecnico il passaggio o la sottoscrizione di un abbonamento a servizi o applicazioni *software* diversi». Tale libera scelta dovrebbe essere assicurata «indipendentemente dal fatto che essi siano produttori di *hardware* per mezzo dei quali si ha accesso a tali applicazioni o servizi *software*, e non creino barriere tecniche artificiali per rendere impossibile o inefficace il passaggio a altri servizi o applicazioni».

Ci si chiede, e non è chiaro, se ciò debba o meno valere anche per il mercato dei sistemi operativi *mobile*, per le rilevanti ricadute che l'applicazione di un tale principio avrebbe in quel settore: si pensi alla possibilità di installare Android su iPhone, attualmente preclusa, dal momento che Apple produce sia l'*hardware* che il *software* (nella fattispecie, il sistema operativo iOS). Una scelta di questo tipo dovrebbe considerare anche le implicazioni sulla conformazione della libera iniziativa economica dell'impresa: Apple, infatti, si distingue dai concorrenti per il fatto di produrre un *hardware* di fascia alta, iPhone, abbinato a un determinato *software* iOS. Aprire l'utilizzo di quell'*hardware* ad altri sistemi operativi, da un lato, rafforzerebbe la tutela della concorrenza ma, dall'altro, snaturerebbe il modello di business prescelto dall'azienda. Tale possibilità, tuttavia, è stata già sperimentata nel mercato dei computer: su un Mac, infatti, è già possibile installare Windows, offrendo libertà di scelta agli utenti e rafforzando così la tutela della concorrenza, senza per questo mortificare eccessivamente il modello di business prescelto dall'azienda.

Più limitati, ma comunque significativi, sono i problemi derivanti dall'implementazione dell'obbligo per il *gatekeeper* di cui all'art. 5, comma 1, lett. f), che vieta che agli utenti venga imposto l'abbonamento o l'iscrizione a qualsiasi altro servizio quale condizione per accedere, registrarsi o iscriversi a uno dei servizi di piattaforma di base del *gatekeeper*

identificato a norma del medesimo articolo. L'obbligatorietà di taluni servizi per accedere ad altri era già stata sanzionata dalla Commissione europea in decisioni come quella sul caso *Google Android*, basate sulla previgente normativa, ed è qui opportunamente vietata in modo esplicito. Sulla base del proprio potere di mercato, infatti, i *gatekeeper* potrebbero facilmente imporre l'iscrizione a taluni servizi per far beneficiare del proprio servizio principale. Nello stesso senso, si fa apprezzare anche l'obbligo, di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), di consentire agli utenti finali di disinstallare qualsiasi applicazione *software* preinstallata sul proprio servizio di piattaforma di base, fatta salva la possibilità per il *gatekeeper* di limitare tale disinstallazione in relazione alle applicazioni *software* essenziali per il funzionamento del sistema operativo o del dispositivo³⁹⁴. Anche in questo caso si tratta di obblighi già emersi in decisioni come *Google Android* e che qui vengono esplicitati.

2. L'oligopolio dei dati: la tutela della concorrenza non può ignorare le criticità della profilazione.

Un problema di enorme rilevanza riguarda la profilazione e la tutela dei dati personali, su cui la tutela del *Digital Markets Act* si presenta come complementare rispetto a quella offerta dal GDPR.

I *gatekeeper* raccolgono e accumulano grandi quantità di dati provenienti dagli utenti finali. È il problema dei cosiddetti *Big Data*³⁹⁵ ed è

³⁹⁴ Nella stessa direzione si pongono gli obblighi previsti alle lett. d) ed e) del medesimo art. 6. Il primo, relativo all'astensione dal garantire un trattamento più favorevole in termini di posizionamento ai servizi e prodotti offerti dal *gatekeeper* stesso o da terzi che appartengono alla stessa impresa rispetto a servizi o prodotti analoghi di terzi e applica condizioni eque e non discriminatorie a tale posizionamento (lett. d). Il secondo, che impone di astenersi dal limitare a livello tecnico la possibilità per gli utenti finali di passare e di abbonarsi a servizi e applicazioni *software* diversi, cui hanno accesso avvalendosi del sistema operativo del *gatekeeper* (lett. e).

³⁹⁵ Le aziende possono elaborare quantità sempre più significative di dati degli utenti, a seconda delle loro abitudini di ricerca, delle foto caricate o dei *like* espressi sui *social media*, in modo da tracciarne una precisa identità digitale da sfruttare prevalentemente a fini commerciali, incrementando in modo esponenziale la propria ricchezza. Cfr. T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo cit.*, pag. 473, nonché V. ZENO ZENCOVICH, *Big data e epistemologia giuridica*, in S. FARO, T.E.

particolarmente significativo anche sotto il profilo della tutela della concorrenza, oltre che dal punto di vista della protezione dei dati personali. Infatti, se un'impresa in posizione dominante (come le *Big Tech*) arriva a conoscere praticamente tutto di una persona, può fissare arbitrariamente il prezzo massimo che ciascun cliente sarebbe disposto a spendere, riducendo artatamente la concorrenza. Di per sé, la raccolta dei dati personali è legittima se accompagnata dai relativi presupposti – né è contrastata dalla proposta – ma deve avvenire assicurando determinati standard di trasparenza³⁹⁶.

Infatti, garantire un livello adeguato di trasparenza delle pratiche di profilazione di cui si avvalgono i *gatekeeper* agevolerebbe la contendibilità dei mercati. È necessario, infatti, per la proposta di regolamento, che la profilazione dei consumatori non ostacoli in modo arbitrario la concorrenza: la circostanza che i potenziali futuri concorrenti delle *Big Tech* non possano accedere ai dati in una misura e con un'accuratezza analoghe né su una scala paragonabile, non deve autoalimentare la disparità di fatto esistente, chiudendo sempre di più le vie d'accesso a quei mercati.

L'intuizione, ben delineata nel considerando 61, è certamente corretta ed è già condivisa anche dalla giurisprudenza eurounitaria e domestica (si pensi alla recente sentenza del Consiglio di Stato su Facebook³⁹⁷). Non è chiaro,

FROSINI, G. PERUGINELLI (a cura di), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Bologna, Il Mulino, 2020, pagg. 13 ss.; A. STAZI, *Legal big data: prospettive applicative in ottica comparatistica*, in *op. ult. cit.*, pagg. 77 ss.; sull'intreccio tra sfruttamento dei *Big Data* e antitrust, cfr. anche G. D'IPPOLITO, *Il principio di limitazione della finalità del trattamento cit.*, pagg. 943 ss.

³⁹⁶ Cfr. M.W. MONTEROSSO, *La tutela dell'utente commerciale cit.*, pagg. 920 ss., secondo cui «la nuova disciplina non prevede alcuna limitazione alla capacità dell'impresa di estrarre dati – anche quelli non pubblici – dai propri utenti commerciali. Un simile divieto, infatti, potrebbe minare l'esistenza stessa del modello commerciale fondato sulla piattaforma. Modello che [...] l'Unione europea punta invece a incentivare, in quanto forma organizzativa a oggi più efficiente per la produzione di valore digitale e, più in generale, per lo sviluppo di un'economia improntata alla produzione e interpretazione delle informazioni digitali».

³⁹⁷ Cfr. Cons. Stato, 29 marzo 2021, n. 2631, con cui viene confermata la sostanziale correttezza del provvedimento con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) aveva irrogato alle società Facebook Inc e Facebook Ireland Ltd, in solido, due sanzioni amministrative pecuniarie, ciascuna pari ad € 5.000.000, per aver posto in essere pratiche commercialmente scorrette rispettivamente ai sensi degli artt. 21-22 e 24-25 del Codice del consumo. Una prima pratica "ingannevole", ai sensi degli artt. 21 e 22 del Codice del consumo, consisterebbe nella mancanza di un'informazione adeguata, al momento dell'iscrizione, dell'attività di raccolta e utilizzo di dati

però, come a questa intuizione corrisponda una maggiore tutela: allo stato, infatti, la risposta del regolamento appare carente.

In questo senso, l'obbligo di cui all'art. 5, comma 1, lett. a), si limita a prevedere soltanto che il *gatekeeper* si astenga dal «combinare dati personali ricavati da tali servizi di piattaforma di base con dati personali provenienti da qualsiasi altro servizio offerto dal *gatekeeper* o con dati personali provenienti da terzi e dall'accesso con registrazione degli utenti finali ad altri servizi del *gatekeeper* al fine di combinare dati personali, a meno che sia stata presentata all'utente finale la scelta specifica e che quest'ultimo abbia prestato il proprio consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679».

Si tratta di un ulteriore rimedio basato sulla prestazione del consenso da parte dell'utente, in modo simile a quanto avviene nella normativa consumeristica e sulla *privacy*. Anche i considerando non fanno altro che invocare una maggiore trasparenza, consistente nella prospettazione agli utenti della base su cui è realizzata la profilazione e del suo scopo, ai fini di ottenere un consenso realmente consapevole. Tuttavia, ci si chiede, se ciò possa essere sufficiente per tutelare l'utente. Probabilmente no e ci si evince chiaramente da autorevoli studi statistici³⁹⁸ secondo i quali l'utente sottovaluta questo tipo

personali per finalità informative e/o commerciali, rendendo il consumatore edotto soltanto della presunta gratuità del servizio. Una seconda pratica "aggressiva", ai sensi degli artt. 24 e 25 del Codice del consumo, consisterebbe nell'indebito condizionamento nei confronti dei consumatori che, in cambio dell'utilizzo del servizio, verrebbero "costretti" a consentire a Facebook e a terzi la raccolta e l'utilizzo per finalità informative e/o commerciali dei suddetti dati personali, risultando peraltro indotti a mantenere attivo il trasferimento e l'uso dei propri dati per evitare di subire limitazioni nell'utilizzo del servizio. Ad avviso della VI Sezione, sussiste il condizionamento della consapevolezza dell'utente, stante la declamata gratuità del servizio ed essendo assente un'adeguata e preventiva informazione in merito alle conseguenze della cessione dei dati. Il consumatore, infatti, non è minimamente informato circa l'utilizzo, a fini remunerativi, di tali dati e dell'intento commerciale perseguito, volto alla monetizzazione dei medesimi. Peraltro, se manca un'informazione chiara *ab initio*, le cose non migliorano nemmeno successivamente, se si volesse revocare (almeno in parte) il consenso originariamente prestato. Infatti, alla "minacciosità" delle conseguenze di una successiva revoca del consenso, non è bilanciata nemmeno in un secondo momento un'informazione completa circa l'utilizzo a fini commerciali dei dati messi a disposizione. In questo modo, l'utente, a fronte del rischio (artatamente amplificato) di perdere l'accesso a rilevanti funzionalità, sarebbe coartato nel senso di non revocare mai il consenso all'utilizzo dei dati.

³⁹⁸ Sul punto si rinvia allo studio condotto presso l'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa dai ricercatori del *Living Lab UTOPIA* del Centro Interdipartimentale di Progettazione e Ricerca di Ateneo *Scienza Nuova*, iniziato nel 2016, e disponibile a questo link: https://www.unisob.na.it/ateneo/c008_e.htm?vr=1&lg=it. Il progetto - commissionato da Microsoft

di informative e dedichi poco tempo alla loro lettura, limitandosi a proseguire nella navigazione per fruire del servizio, come se fosse costretto a prestare il consenso per accedere a quelle piattaforme digitali ove si svolge la propria vita virtuale³⁹⁹.

La soluzione, dunque, non può essere legata esclusivamente alla chiarezza delle informative né al potenziamento dello strumento del consenso⁴⁰⁰.

3. segue. Intelligenza artificiale e profilazione dei dati personali: la regolamentazione presente non può ignorare le sfide future.

Ormai appare chiara la necessità di un intervento normativo che riesca ad arginare i problemi legati all'innalzamento di barriere nei mercati digitali, ulteriormente inaspriti a seguito dello sviluppo della profilazione degli utenti. In questo ambito, l'evoluzione delle tecnologie di intelligenza artificiale, che sono in grado di autoalimentare e moltiplicare i dati in possesso delle *Big Tech*, comporta un evidente fortificazione della loro posizione dominante. Esse, infatti, non solo dispongono di strumenti tecnologici più all'avanguardia, che consentono lo sviluppo di algoritmi di *machine learning* maggiormente adatti a profilare gli utenti, ma dispongono anche di un patrimonio di dati che quantitativamente e qualitativamente è già oggi assai

Italia per misurare la consapevolezza e la comprensione degli utenti in materia di trattamento dei propri dati personali in un contesto digitale – ha dimostrato come lo strumento del consenso al trattamento dei dati non sia sufficiente a garantire un'adeguata protezione degli utenti, i quali sono spesso inconsapevoli delle conseguenze di tali trattamenti e dei relativi rischi. I risultati di tale studio, ai quali si rinvia per un approfondimento della materia, sono stati pubblicati nel 2021 in L. GATT, R. MONTANARI, I.A. CAGGIANO (a cura di), *Privacy and Consent. A Legal and UX&HMI Approach*, Napoli, Suor Orsola University Press, 2021.

³⁹⁹ Sull'inefficacia dello strumento del consenso al trattamento dei dati personali si vedano L. GATT, R. MONTANARI, I.A. CAGGIANO, *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale* cit., pagg. 340 ss.; I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento* cit., pagg. 1 ss.; M.C. GAETA, *Data protection and self-driving cars* cit., pagg. 15 ss.; M.C. GAETA, *La protezione dei dati personali nell'internet of things* cit., pagg. 171 ss.; A. MANTELETO, *The future of consumer data protection in the E.U.* cit., pagg. 643 ss.; A. VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali* cit.; J. MIŠEK, *Consent to personal data processing* cit., pagg. 69 ss.; D.J. SOLOVE, *Privacy self-management and the Consent Dilemma* cit., pagg. 1880 ss.

⁴⁰⁰ Con specifico riferimento al *Digital Markets Act*, M.W. MONTEROSSO, *op. ult. loc. cit.*, osserva che «la raccolta dei dati costringerà il privato utente commerciale in una situazione di “prendere o lasciare”».

più rilevante di quello delle concorrenti.

Il possesso congiunto di entrambi gli elementi conferisce alle *Big Tech* un vantaggio sul mercato forse già insormontabile e difficilmente neutralizzabile. La moltiplicazione dei dati ottenuta attraverso gli algoritmi di *machine learning* avvia un circolo vizioso, destinato a far crescere esponenzialmente il proprio potere economico, con il rischio di compromettere irrimediabilmente la tutela della concorrenza. Infatti, l'algoritmo di *machine learning* opera in maniera più efficiente disponendo già di una maggiore quantità di dati in partenza. Dunque, chi dispone già oggi di più tecnologia e di più dati è destinato, grazie al *machine learning*, a mettere a punto algoritmi sempre più precisi ed efficaci nel prossimo futuro: in quest'ottica, le barriere all'ingresso e all'uscita dai mercati paiono destinate ad ergersi ancor di più.

Anche nella programmazione di algoritmi, dunque, possono celarsi abusi di posizione dominante, che, per essere scongiurati, necessiterebbero di una tutela *ex ante* complementare alla tutela *ex post* fornita dall'art. 102 TFUE. Di fronte alle sfide di una "responsabilità algoritmica", il *Digital Markets Act*, legato a strumenti di carattere quasi esclusivamente privatistico e di dubbia efficacia, come quello della prestazione del consenso individuale, appare inadeguato e quasi anacronistico.

Allo stesso tempo, la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale⁴⁰¹, il cui *iter* di approvazione viaggia in parallelo a quello delle proposte sui servizi e sui mercati digitali, non pare sufficientemente integrata rispetto a queste ultime.

Infatti, la proposta di regolamento sull'AI si pone l'obiettivo di consentire lo sviluppo di queste tecnologie e di supportarle, assicurando al contempo la sicurezza di tutti i prodotti che ne facciano uso; tuttavia, sottovaluta i problemi relativi alla profilazione di dati personali e l'impatto che potrebbe

⁴⁰¹ Comm. eu., atto COM(2021) 206, 21 aprile 2021.

derivare dall'impiego di algoritmi di *machine learning* da parte delle *Big Tech* e i risvolti negativi sulla concorrenza, né si coordina sul punto con il *Digital Markets Act*.

Se, dunque, la tutela fornita dal *Digital Markets Act* appare già oggi, rispetto allo *status quo*, di dubbia efficacia, come si potranno affrontare le sfide del futuro in cui l'AI svolgerà un ruolo chiave?

Sotto questo profilo, allora, sarebbe auspicabile un maggiore coordinamento tra le diverse proposte normative, in modo che la disciplina dei mercati digitali in funzione proconcorrenziale sia realmente al passo con il progresso tecnologico.

4. Inefficacia delle misure proposte e prospettive *de iure condendo*.

Il *Digital Markets Act* si preoccupa non soltanto di problemi di diritto commerciale e di tutela della concorrenza, sia pure inquadrati in una dimensione pubblicistica, ma riconosce anche l'importanza dell'accesso a una tutela giurisdizionale effettiva⁴⁰². Sembra, quasi, che questa precisazione da parte della proposta di regolamento sia una risposta all'evoluzione delle giurisdizioni verso forme di giustizia privata, di cui si è parlato nel capitolo precedente.

L'effettività della disciplina, dunque, è perseguita su due livelli: da un lato, si garantisce l'accesso a una tutela giurisdizionale *ex post*; dall'altro, si

⁴⁰² Secondo il considerando 39, «*al fine di preservare un contesto imprenditoriale equo e proteggere la contendibilità del settore digitale, è importante tutelare il diritto degli utenti commerciali di sollevare presso qualsiasi autorità amministrativa o altra autorità pubblica pertinenti questioni relative al comportamento sleale dei gatekeeper. Gli utenti commerciali potrebbero voler ad esempio denunciare diversi tipi di pratiche sleali, quali condizioni di accesso discriminatorie, chiusura ingiustificata degli account degli utenti commerciali o motivi poco chiari di eliminazione di prodotti dai listini. È pertanto opportuno vietare qualsiasi pratica che impedisca in ogni modo una siffatta possibilità di sollevare preoccupazioni o di presentare ricorso, ad esempio mediante clausole di confidenzialità contenute in accordi o altre condizioni scritte. Ciò dovrebbe lasciare impregiudicato il diritto degli utenti commerciali e dei gatekeeper di fissare nei loro accordi le condizioni di utilizzo, compresi l'uso di meccanismi legittimi di gestione dei reclami e qualsiasi uso di meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie o della giurisdizione di tribunali specifici nel rispetto del pertinente diritto dell'Unione e nazionale*».

garantisce una facoltà d'intervento *ex ante* della Commissione, che viene dotata a tale scopo dei necessari poteri, mirando a garantirne l'applicabilità nei confronti delle imprese più grandi come le *Big Tech*.

In quest'ottica, con le disposizioni previste nel Capo V della proposta (artt. 18 ss.), la Commissione viene munita di forti poteri di indagine e di esecuzione che le consentano di indagare, applicare e monitorare le norme stabilite nel regolamento, garantendo nel contempo il rispetto del diritto fondamentale di essere ascoltato e di accedere al fascicolo nell'ambito dei singoli procedimenti.

In definitiva, la Commissione europea, con il *Digital Markets Act*, come traspare dalla lettura dei considerando, dimostra di avere contezza dei problemi che riguardano i mercati digitali. Ci si chiede, tuttavia, se la risposta fornita nell'articolato corrisponda pienamente alle ambiziose premesse dei considerando. In effetti, il rischio che la risposta sia soltanto parzialmente efficace è molto concreto perché non tutte le problematiche evidenziate ricevono una reale soluzione. Né, a ben vedere, le soluzioni proposte paiono sempre in grado di resistere alle spinte che il progresso della tecnologia darà alla conformazione dei mercati digitali già nel prossimo futuro. Da questo punto di vista, almeno, la Commissione europea si mostra ben conscia dell'importanza del principio di adeguatezza tecnologica, che renderà necessari continui aggiornamenti della proposta di regolamento - e del regolamento stesso, una volta entrato in vigore - affinché ne sia incrementata o almeno preservata l'efficacia contro rischi di rapida obsolescenza⁴⁰³.

Non da ultimo, le sanzioni previste all'art. 26 appaiono forse troppo miti perché possano essere "prese sul serio" dalle *Big Tech*.

La Commissione può irrogare a un *gatekeeper* ammende il cui importo non

⁴⁰³ Si veda il considerando 78, secondo cui «la Commissione dovrebbe valutare periodicamente il presente regolamento e monitorarne attentamente gli effetti sulla contendibilità e sull'equità dei rapporti commerciali nell'economia delle piattaforme online, in particolare per stabilire la necessità di modificarlo alla luce degli sviluppi tecnologici o commerciali pertinenti».

supera il 10% del fatturato totale di quest'ultimo nel corso del precedente esercizio finanziario se constata che il *gatekeeper*, intenzionalmente o per negligenza, non rispetta gli obblighi previsti nel regolamento nonché in altre ipotesi di violazioni (sanzione che si riduce ad ammende il cui importo non supera l'1% del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente nel caso di imprese o associazioni di imprese non qualificabili come *gatekeeper*)⁴⁰⁴.

Da questo punto di vista, la proposta di regolamento non segue il modello del GDPR e rischia quindi di essere meno efficace, nella misura in cui stabilisce esclusivamente il limite massimo della sanzione, ma non il limite minimo.

Di dubbia efficacia è anche la contromisura prevista all'art. 16 in caso di violazione sistematica degli obblighi sanciti agli artt. 5 e 6 del regolamento per i *gatekeeper*, che prevede l'attuazione di «qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato alla violazione commessa e necessario per garantire il rispetto del presente regolamento». Si tratta, in questo caso, di una sanzione del tutto indeterminata e potenzialmente illimitata, al contrario di quanto generalmente previsto dall'art. 26.

È auspicabile, dunque, che l'*iter* normativo del regolamento contribuisca a migliorare il testo, rendendolo non soltanto più organico e incisivo nella formulazione, ma anche contenutisticamente più pregnante. Il *Digital Markets Act*, auspicabilmente con miglioramenti, andrà però senz'altro approvato: si tratta, infatti, pur sempre del primo tentativo di regolamentazione organica dei mercati digitali, specificamente modulata su di essi. Il lavoro è soltanto agli inizi ed è indubbiamente destinato a proseguire anche a seguito dell'entrata in vigore del *Digital Markets Act*.

⁴⁰⁴ Si precisa che, ai sensi dell'art. 27, è anche prevista l'applicazione di penalità di mora il cui importo non superi il 5 % del fatturato medio giornaliero realizzato durante l'esercizio finanziario precedente per ogni giorno di ritardo a decorrere dalla data fissata nella decisione della Commissione.

CONCLUSIONE

Le trasformazioni provocate dalla rivoluzione digitale hanno un precedente soltanto nella rivoluzione industriale per l'impatto che le nuove tecnologie hanno avuto sulla società.

L'età digitale è ancora ben lontana dall'essere «l'età dei diritti»⁴⁰⁵ ma inizia a chiarirsi, sotto diversi profili, quale potrebbe essere il ruolo dell'Unione europea in questo difficile percorso.

Il caso del ridimensionamento del diritto all'oblio si è rivelato emblematico degli errori che l'Unione europea non deve compiere nella tutela dei diritti, sia da un punto di vista regolatorio sia da un punto di vista giurisprudenziale. Da un punto di vista di tecnica normativa, per non lasciare fuori il nucleo dei nuovi diritti che emergono nell'era digitale dai tentativi di regolamentazione, come avvenuto con l'art. 17 del GDPR.

Da un punto di vista giurisprudenziale, per evitare che la mancata considerazione degli aspetti tecnologici conduca a forme di tutela inefficaci, al di là di quanto immaginato dai giudici stessi. L'analisi anche tecnologica della sentenza Google/CNIL della Corte di Giustizia dell'Unione europea ha evidenziato, infatti, un *vulnus* non indifferente nella tutela del diritto all'oblio: la delimitazione territoriale della tutela del diritto lascia aperta la possibilità di accedere dall'Italia o da altra parte del mondo a una diversa versione del motore di ricerca, ove la notizia non sia stata deindicizzata, tramite l'utilizzo di un *server proxy*.

Si è sottolineato, quindi, che sarà possibile dotare il diritto all'oblio, nonché gli altri diritti fondamentali nell'era digitale, di una tutela più efficace soltanto se si terrà realmente conto del funzionamento delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

Il problema di una regolamentazione di Internet che garantisca un'efficace

⁴⁰⁵ L'espressione è quella celebre, e già menzionata, di N. BOBBIO, *L'età dei diritti* cit.

tutela dei diritti fondamentali ha, però, carattere necessariamente globale e coinvolge attori privati oltre che pubblici. Non ci si può concentrare allora unicamente sull'adeguatezza del diritto dell'Unione europea rispetto alle tecnologie che intende regolamentare, ma anche sulla sua effettiva forza di imporsi nei confronti delle *Big Tech* e sulla prospettiva di un costituzionalismo transnazionale.

Questo discorso va contestualizzato nel quadro della crisi della sovranità statale e del monopolio statale della giurisdizione che caratterizza l'era contemporanea: in questo contesto, con il venir meno delle tradizionali coordinate Stato-sovranià-giurisdizione, s'insinua il potere economico delle *Big Tech*, che diviene anche a tutti gli effetti giuridico e normativo.

Ciascuna delle *Big Tech* ha assunto posizioni dominanti sui rispettivi mercati digitali, che ormai risultano difficilmente scalfibili.

I giganti della tecnologia, forti di questa situazione di fatto e preso atto della negligenza dei legislatori nel regolamentare Internet, hanno sempre più spesso la pretesa di costituire propri apparati di regole. Ad avvalorare questa pretesa vi è anche la consapevolezza che essi sono gli unici soggetti in grado di far rispettare le proprie regole, in maniera uniforme ed effettiva, oltre che tecnologicamente adeguata, avendo il controllo totale delle proprie piattaforme e delle proprie tecnologie.

Le regole che germinano all'interno dei colossi del *web* hanno carattere cogente e si impongono agli utenti del *web* in modo efficace e immediato, nonostante l'origine indubbiamente antidemocratica e la sottomissione a logiche di business piuttosto che a diritti fondamentali.

Alla crisi dell'*hard law* e, più in generale, del monopolio di Stato sulle fonti del diritto corrisponde la crisi del monopolio di Stato sulla giurisdizione. Come si è osservato, questi sono due aspetti dello stesso fenomeno: l'erosione della sovranità statale nello spazio globale. In questo contesto, emerge la tentazione delle *Big Tech* anche di farsi giudici dei diritti degli

individui sul *web*, utilizzando la *self-regulation* – e in generale prevalentemente fonti di *soft law* – come parametro delle proprie decisioni. È il caso dell'*Oversight Board* di Facebook, che per l'impatto delle proprie decisioni e l'autorevolezza dei suoi membri assomiglia a una "Corte" interna e quasi a una "Corte suprema", senza tuttavia garantire agli individui un'effettiva tutela giurisdizionale: non vengono, infatti, rispettati i più elementari principi della giurisdizionalità, dalla difesa tecnica al contraddittorio.

Non è, tuttavia, il ruolo che potranno assumere forme di giustizia privata a dover essere contrastato. Di per sé, la prospettiva di una giustizia privata sempre più centrale non ha una valenza negativa e può offrire anche significativi vantaggi, come già accade in molti paesi con arbitrati amministrati: in materie quali diritto bancario e finanziario, appalti pubblici e sport, gli organi tecnici appaiono più idonei alla risoluzione delle controversie in materie che richiedono conoscenze specifiche. Nella fattispecie, una conoscenza della tecnologia alla base della legge, nonché una conoscenza dei diritti fondamentali coinvolti, garantirebbero decisioni maggiormente aderenti alle multiformi dinamiche del *web*.

Tuttavia, i legislatori dovrebbero essere in grado di imporre garanzie minime a favore delle parti, quali la possibilità di difesa tecnica, l'effettività del contraddittorio e la terzietà dei "giudici": requisiti minimi di "giusto processo" affinché la decisione finale sia giuridicamente vincolante anche nel più informale dei procedimenti.

Analoghe considerazioni sono valide, più in generale, anche per le sfide della regolamentazione del *web*, in cui l'*hard law* ha ancora un ruolo molto importante da svolgere.

Una strada percorribile per garantire l'effettività dell'*hard law* rispetto al multiforme universo del *web* appare quella già intrapresa, in alcuni settori, dal legislatore eurounitario, per estendere il più possibile l'ambito di applicazione delle norme.

Nel campo della protezione dei dati personali, il GDPR si applica a tutte le imprese che trattano i dati di soggetti residenti nell'Unione europea a prescindere dalla sede dell'impresa. La circostanza che il Regolamento si applichi a qualsiasi società, a prescindere dall'ubicazione della sede legale, purché si abbia riguardo al trattamento di dati di cittadini residenti nell'Unione europea, estende notevolmente l'ambito applicativo del diritto europeo ed evita facili elusioni della disciplina.

Il metodo adottato dal GDPR, che definisce l'ambito applicativo con il criterio della residenza del soggetto interessato, sembra poter costituire la strada giusta per provare ad imporre la tutela anche di altri diritti, e soprattutto dei diritti fondamentali, nei confronti dei nuovi operatori economici nell'era di Internet.

Oltre alla protezione dei dati personali, anche il diritto europeo della concorrenza pare porsi al di fuori dei confini della stessa Unione europea: in questo particolare settore, l'entità delle sanzioni è tale da orientare la politica commerciale delle *Big Tech* in tutto il mondo, rendendo poco conveniente la violazione del diritto eurounitario.

L'eco internazionale di decisioni della Commissione europea, come quella resa nel caso *Google Android*, deve indurre a riflettere proprio sul loro più profondo significato in termini di efficacia del diritto nell'era digitale.

Dunque, in un'epoca in cui l'*hard law* fatica ad imporsi sulle *Big Tech*, lo strumento più efficace, anche in prospettiva futura, appare senz'altro quello della tutela della concorrenza. Si è finora segnalato, in particolare, il ruolo dell'art. 102 TFUE nel contrasto agli abusi di posizione dominante, grazie anche alla sua formulazione "a maglie larghe" e alla conseguente intraprendenza della Commissione europea.

Alla tutela *ex post* fornita dagli artt. 101 e 102 TFUE, la proposta di *Digital Markets Act* prova ad affiancare forme di tutela *ex ante*, per delineare mercati digitali che siano più aperti ed equi.

La proposta di regolamento, tuttavia, evidenzia dei limiti, non riuscendo a coniugare l'inevitabile profilazione dei dati personali da parte delle *Big Tech* con un'adeguata tutela della concorrenza, mostrandosi impreparata rispetto alle sfide del prossimo futuro.

In ogni caso, è fondamentale che si giunga all'approvazione della proposta di regolamento⁴⁰⁶, perché si tratta di un importante passo per una disciplina organica dei mercati digitali, specificamente modulata su di essi, purché ciò avvenga nella consapevolezza che si tratta soltanto di un primo passo.

In definitiva, il ruolo che il diritto della concorrenza dovrà assumere per guidare un'efficace regolamentazione del multiforme universo del *web* sarà fondamentale, anche se la strada da compiere è ancora molta.

L'enfasi posta sulla tutela concorrenza potrà restituire all'Unione europea un ruolo che altrimenti non avrebbe, in uno scenario globale dominato dagli Stati Uniti, dalla Cina e dalle rispettive *Big Tech*, forti della loro supremazia tecnologica.

Il ruolo dell'Unione europea consentirà di tutelare, oltre al mercato economico, anche il «mercato delle idee»⁴⁰⁷, valorizzando le aspirazioni individuali degli utenti del *web*: sarà quindi necessario che al rinnovato «fervore antitrust» corrisponda sempre, quale interesse primario, il benessere dei consumatori e che le porte girevoli dei mercati digitali garantiscano sempre il pieno svolgimento della personalità dell'individuo sulle piattaforme digitali.

⁴⁰⁶ In questo senso, si è espresso M. DRAGHI, *Comunicazioni in vista del Consiglio europeo del 21 e 22 ottobre 2021 presso il Senato della Repubblica*, 20 ottobre 2021, in <https://www.governo.it/it/articolo/consiglio-europeo-le-comunicazioni-del-presidente-draghi-parlamento/18282>, che ha affermato: «Sulla concorrenza, lavoriamo sulle proposte di regolamentazione europea per il mercato e i servizi digitali. L'Italia sostiene la proposta di Regolamento sui mercati digitali e ne auspica la pronta adozione. Intendiamo poi fissare adeguate garanzie per la libertà di impresa e di espressione. Occorre assicurare al contempo la non discriminazione e la corretta attribuzione delle responsabilità sulla distribuzione e pubblicazione di contenuti e prodotti online».

⁴⁰⁷ Così T.E. FROSINI, *Internet e democrazia* cit., pag. 670.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *La Costituzione economica*, Padova, Cedam, 1997, pagg. 1-187
- M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma-Bari, Laterza, 2019
- G. ALPA, *Comparazione e diritto straniero nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Contratto e impresa*, 2016, fasc. 4-5, pagg. 879 ss.
- G. AMATO, *Relazione Generale*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma-Bari, Laterza, 2019, pag. 28
- G. AMATO, *Corte costituzionale e concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2017, fasc. 3, pagg. 425 ss.
- G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, Padova, Cedam, 1997, pagg. 7-19
- G. AMATO, F. CLEMENTI, *Forme di Stato e forme di governo*, Bologna, Il Mulino, 2006
- I. ANRÒ, B. NASCIMBENE, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia: nuove sfide, nuove prospettive*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2017, fasc. 2, pagg. 323-362
- A. ARESU, *Le potenze del capitalismo politico: Stati Uniti e Cina*, Milano, La nave di Teseo, 2020
- ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Guidelines on the implementation of the judgment of the Court of Justice of the European Union judgment in the case "Google Spain and Inc. v. Agencia española de protección de datos (AEPD) and Mario Costeja González" (C-131/12)*, 26 novembre 2014
- M. ASTONE, *Right to be forgotten online e il discutibile ruolo dei gestori dei motori di ricerca*, in *Diritto di Internet*, 2020, fasc. 1, pagg. 27-28

- A.T. AULETTA, *Riservatezza e droit à l'oubli*, in AA.VV., *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, Jovene, 1983, pagg. 129 ss.
- L. AULINO, *Consenso al trattamento dei dati e carenza di consapevolezza: il legal design come un rimedio ex ante*, in *Dir. Inf.*, 2020, fasc. 2, pagg. 303 ss.
- F. BALDUCCI ROMANO, *La Corte di Giustizia 'resetta' il diritto all'oblio*, in *Federalismi.it*, 2020, fasc. 3, pagg. 31 ss.
- D. BARBIERATO, *Osservazioni sul diritto all'oblio e la (mancata) novità del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali*, in *Resp. civ. e previd.*, 2017, fasc. 6, pagg. 2100 ss.
- A. BARLETTA, *La tutela effettiva della privacy dello spazio (giudiziario) europeo e nel tempo (della "territorialità") di internet*, in *Europa e diritto privato*, 2017, fasc. 4, pagg. 1179 ss.
- F. BARRA CARACCILO, *La tutela della personalità in internet*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, fasc. 2, pagg. 201 ss.
- M. BASSINI, O. POLLICINO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel "reasoning" dei giudici di Lussemburgo*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, fasc. 4-5, pagg. 741-777
- T. BERNERS-LEE, *The web is under threat. Join us and fight for it*, in webfoundation.org/2018/03/web-birthday-29/
- G. BERGER-WALLISER, T.D. BARTON, H. HAPIO, *From Visualization to Legal Design: A Collaborative and Creative Process*, in *American Business Law Journal*, 2017, vol. 54, n. 2, pagg. 347-392
- G. BERTI, *Sovranità*, in *Enc. dir., Annali*, vol. 1, Milano, Giuffrè, 2007
- G. BEVILACQUA, *La dimensione territoriale dell'oblio in uno spazio globale e universale*, in *Federalismi.it*, 2019, fasc. 23
- G. BIFERALI, *Big Data e valutazione del merito creditizio per l'accesso al peer to peer*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, fasc. 3, pagg. 487 ss.

- R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, Il Mulino, 2001
- F. BILANCIA, *Sovranità*, relazione al XXXI Convegno dell'AIC, Trento 11 e 12 novembre 2016, in *Rivista AIC*, 2016, fasc. 3
- R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, pagg. 31-40
- R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000, pagg. 15 ss.
- N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990
- M. BOCCACCIO, *Caso Apple e dintorni*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2018, fasc. 5, pagg. 419 ss.
- F. BÖHM, W. EUCKEN, H. GROSSMANN-DORTH, *Il nostro compito. Il Manifesto dell'Ordoliberalismo del 1936*, in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010
- M. BOMBELLI, M. GIORDANO, R. LANZO, *Diritto di Google. Viaggio nel mondo del diritto per vedere come la giurisprudenza italiana ed europea affrontano il potente motore di ricerca*, Milano, Key Editore, 2018
- S. BONAVIDA, R. PARDOLESI, *GDPR e diritto alla cancellazione (oblio)*, in *Danno e responsabilità*, 2018, fasc. 3, pagg. 269 ss.
- G. BONGIOVANNI, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Un contributo alla moderna storia costituzionale*, Bari, Laterza, 2002
- P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it*, 2020, fasc. 11, pagg. 265 ss.
- C. BOTERO-MARINO, J. GREENE, M.W. MCCONNELL, H. THORNING-SCHMIDT, *We Are a New Board Overseeing Facebook. Here's What We'll Decide*, in *The New York Times*, 6 maggio 2020

- F. BRAVO, *Ubi societas ibi ius e fonti del diritto nell'età della globalizzazione*, in *Contratto e impr.*, 2016, fasc. 6, pagg. 1344 ss.
- J. BRYCE, *The nature of Sovereignty*, in *Studies in History and Jurisprudence*, Aalen, 1980
- S. BROS, J.M. RAMOS, *Google, Google Shopping and Amazon: The Importance of Competing Business Models and Two-Sided Intermediaries in Defining Relevant Markets*, in *The Antitrust Bulletin*, 2017, vol. 62, fasc. 2
- E. BRUNET, *Arbitration and Constitutional Rights*, in *N.C. Law Review*, 1992, vol. 71, fasc. 1, pagg. 81 ss.
- O. BRUNNER, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, trad. it., Milano, Vita e Pensiero, 1970
- O. BRUNNER, *Terra e potere*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1983
- N. BRUTTI, *Metamorfosi del diritto di rettifica: rilievi sull'esperienza francese*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, fasc. 1, pagg. 1 ss.
- L. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le istituzioni del federalismo*, Rimini, Maggioli, 2003, pagg. 345 ss.
- A. BUTTÀ, *"Google Search (Shopping)": una panoramica del caso "antitrust" della Commissione europea*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, 2018, fasc. 1, pagg. 16 ss.
- R. CABAZZI, *La fuga della "High Court of Justice" inglese dalla definizione dei confini del diritto all'oblio*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, fasc. 3, pagg. 5 ss.
- I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, in *DIMT (online)*, 2017, pagg. 1 ss.
- G. CAGGIANO, *Il bilanciamento tra diritti fondamentali e finalità di sicurezza in materia di conservazione dei dati personali da parte dei fornitori di servizi di comunicazione*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, fasc. 2, pagg. 18 ss.

- S. CALZOLAIO, “Digital (and privacy) by default”. *L’identità costituzionale della amministrazione digitale*, in *Giorn. storia cost.*, 2016, fasc. 31, pagg. 185-199
- L. CALZOLARI, *International and EU Antitrust enforcement in the age of big data*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2017, fasc. 4, pagg. 855 ss.
- C. CAMARDI, *L’eredità digitale. Tra reale e virtuale*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2018, fasc. 1, pagg. 65 ss.
- B. CARAVITA, *I fondamenti europei della concorrenza*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma-Bari, Laterza, 2019, pagg. 41 ss.
- S.M. CARBONE, *Il diritto non scritto nel commercio internazionale, Due modelli di codificazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012
- S.M. CARBONE, *I principi Unidroit quale “soft law” applicabile ai contratti del commercio internazionale: tra autonomia privata e ordinamenti statali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, fasc. 4, pagg. 809-824
- C. CARLI, *Big (digital) è davvero bad?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2018, fasc. 5, pagg. 397 ss.
- C. CARLI, *La Commissione aveva ragione, o forse si sbagliava (davvero)?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2017, fasc. 1, pagg. 149 ss.
- L. CAROTA, *Diffusione di informazioni in rete e affidamento sulla reputazione digitale dell’impresa*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2017, fasc. 4, pagg. 624 ss.
- F. CARPI, *La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016, fasc. 3, pagg. 819 ss.
- M. CARTABIA, L. CHIEFFI, *Art. 11*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, vol. 1, Torino, 2006, pagg. 263 ss.

- M. CARTABIA, *The Legacy of Sovereignty in the Italian Constitutional Debate*, in N. WALKER (a cura di), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003
- L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, fasc. 4, pagg. 1111 ss.
- G. CASSANO, *Il diritto all'oblio nell'era digitale*, in G. CASSANO, G. SFORZA, G. VACIAGO (a cura di), *Diritto dell'internet. Manuale operativo. Casi, legislazione, giurisprudenza*, Padova, CEDAM, 2013
- S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2012
- S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009
- S. CASSESE, *Dopo lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2007
- S. CASSESE, *Universalità del diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005
- S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003
- S. CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, in *Federalismi.it*, 2002
- P.R. CATENA, *Il caso "Oracle v. Google": tutelabilità e corretto utilizzo delle "Application Programming Interfaces"*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2017, fasc. 2, pagg. 383-404
- G. CERRINA FERONI, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche*, Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali, 16 febbraio 2021, in www.garanteprivacy.it
- O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, Napoli, Jovene, 2016
- O. CHESSA, *Sovranità: temi e problemi di un dibattito giuspubblicistico ancor attuale. Relazione al XXXI Convegno Annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (Trento 11-12 novembre 2016)*, in *Rivista AIC*, 2016, fasc. 3

- O. CHESSA, *Sovranità, potere costituente, stato d'eccezione. Tre sfide per la teoria della norma di riconoscimento*, in *Dir. pubb.*, 2012, fasc. 3, pagg. 755-800
- G. CHIARELLI, *Sovranità*, in *Nov. Dig.*, XXII, 1970, pag. 1043
- C. CHIOLA, *Appunti sul c.d. diritto all'oblio e la tutela dei dati personali*, in *Percorsi Costituzionali*, 2010, fasc. 1, pagg. 39 ss.
- G. CINTRA GUIMARÃES, *Global Technology and Legal Theory: Transnational Constitutionalism, Google and the European Union*, New York, Routledge, 2019
- M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. Amm.*, 2016, fasc. 1-2, pagg. 71 ss.
- S. CRESPI, *Diritti fondamentali, Corte di Giustizia e riforma del sistema UE di protezione dei dati*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2015, fasc. 3-4, pagg. 819-842
- S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Il Foro Amministrativo*, 2018, fasc. 10, pagg. 1787 ss.
- G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2016, fasc. 3, pagg. 425 ss.
- G. CORSO, *Il mercato. Profili costituzionali*, in www.spisa.unibo.it
- E. CORTESE, *Sovranità (storia)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, pagg. 205 ss.
- P. COSTANZO, *Quali garanzie costituzionali per gli interventi rimediali in rete*, in *Dir. informatica*, 2013, fasc. 1, pagg. 17 ss.
- P. COSTANZO, *La governance di Internet in Italia*, in O. POLLICINO, E. BERTOLINI, V. LUBELLO (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Roma, Aracne, 2013, pagg. 41 ss.
- P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, in *Rass. parl.*, 2012, fasc. 4
- V. CUFFARO, *Una decisione assennata sul diritto all'oblio*, in *Corr. Giur.*, 2019, fasc. 10, pagg. 1195 ss.

- V. CUFFARO, R. D’ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2019
- V. D’ANTONIO, O. POLLICINO, *Il diritto all'oblio*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2018 pagg. 349-361
- M.C. D’ARIENZO, *I nuovi scenari della tutela della privacy nell’era della digitalizzazione alla luce delle recenti pronunce sul diritto all’oblio*, in *Federalismi.it*, 2015, fasc. 2
- I. DE CESARE, *Concorrenza e utilità sociale*, in *Federalismi.it*, 2020, fasc. 8, pagg. 55 ss.
- B. DE LA CHAPPELLE, P. FEHLINGER, *Jurisdiction on the Internet: from legal arms race to transitional cooperation*, in <https://www.internetjurisdiction.net>
- G. DE MINICO, *Does the European Commission’s decision on Google open new scenarios for the Legislator?*, in *Osservatorio costituzionale*, 2017, fasc. 3, pagg. 6 ss.
- G. DE MINICO, *Antiche libertà e nuova frontiera digitale*, Torino, Giappichelli, 2016
- G. DE MINICO, *Internet: i diritti fondamentali in una nuova democrazia*, in *Percorsi costituzionali*, 2014, fasc. 1, pagg. 115 ss.
- G. DE MINICO (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi a rete*, Napoli, Jovene, 2010
- F.M. DE SANCTIS, *Tra antico e moderno. Individuo, eguaglianza, comunità*, Roma, Bulzoni, 2004
- G. DE VERGOTTINI, *La costituzione economica italiana: passato e attualità*, in *Diritto e società*, 2010, fasc. 3-4, pagg. 346 ss.
- F. DI CIOMMO, *Oblio e cronaca: rimessa alle Sezioni Unite la definizione dei criteri di bilanciamento*, in *Corr. Giur.*, 2019, fasc. 1, pagg. 5 ss.

- F. DI CIOMMO, *La riservatezza in Europa dopo il regolamento (UE) n. 2016/679: cosa resterà del diritto all'oblio?*, in *The Italian Law Journal*, 2017, fasc. 2, pagg. 24 ss.
- F. DI CIOMMO, *Diritti della personalità tra media tradizionali e l'avvento di Internet*, in G. COMANDÈ, *Persona e tutele giuridiche*, Torino, Giappichelli, 2003, pagg. 7 ss.
- G. D'IPPOLITO, *Il principio di limitazione della finalità del trattamento tra data protection e antitrust. Il caso dell'uso secondario di big data*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2018, fasc. 6, pagg. 943 ss.
- M. DRAGHI, *Comunicazioni in vista del Consiglio europeo del 21 e 22 ottobre 2021 presso il Senato della Repubblica*, 20 ottobre 2021, in <https://www.governo.it/it/articolo/consiglio-europeo-le-comunicazioni-del-presidente-draghi-parlamento/18282>
- M. DRAGHI, *Videomessaggio in occasione del XV Forum economico Italo-Tedesco*, 14 settembre 2021, in <https://www.governo.it/it/articolo/15-forum-economico-italo-tedesco-videomessaggio-del-presidente-del-consiglio-draghi/17897>
- R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977, in G. REBUFFA (a cura di), *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982
- J.H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard U.P., 1980
- M. ESPOSITO, *L'arbitrato tra autonomia privata e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 1998, pagg. 254 ss.
- V. EVANGELISTA, *Motivazione della sentenza civile (voce)*, in *Enc. dir.*, vol. 27, Milano, Giuffrè, 1977, pagg. 154 ss.
- F. FAINI, *Trasparenza, apertura e controllo democratico dell'amministrazione pubblica*, in *Cyberspazio e diritto*, 2014, fasc. 1, pagg. 39-70
- V. FALCE, *Turbativa digitale, innovazione e diritto della concorrenza. Come si inquadrano nel contesto gli acquisti attraverso Google?*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, 2015, fasc. 3, pagg. 1-7

- V. FALCE, M. GRANIERI, *La “search neutrality” tra regolazione e abuso di posizione dominante*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2016, fasc. 2, pagg. 289-312
- S. FARO, T.E. FROSINI, G. PERUGINELLI (a cura di), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Bologna, Il Mulino, 2020
- E. FAZZALARI, *Processo arbitrale*, in *Enc. dir.*, vol. 36, Milano, Giuffrè, 1987, pagg. 298 ss.
- G. FERRAIUOLO, *Costituzione Federalismo Secessione. Un itinerario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016
- L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, fasc. 3, pagg. 2771 ss.
- M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002
- M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006
- G.B. FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Rivista di diritto civile*, 1990, fasc. 1, pagg. 801 ss.
- M. FILIPPELLI, *Il problema dell'oligopolio nel diritto antitrust europeo: evoluzione, prospettive e implicazioni sistematiche*, in *Rivista delle società*, 2018, fasc. 2, pagg. 567 ss.
- G. FINOCCHIARO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di dati personali da "Google Spain" a "Schrems"*, in *Dir. Inf.* 2015, fascc. 4-5, pagg. 779-798
- G. FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Dir. Inf.*, 2014, fascc. 4-5, pagg. 601 ss.
- G. FINOCCHIARO, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems*, in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai “safe harbour principles” al “privacy shield”*, Roma, Roma Tre-Press, 2016, pagg. 134 ss.

- M. FIORILLO, *Concorrenza ed eguaglianza*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma-Bari, Laterza, 2019, pagg. 76 ss.
- M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in *Enc. dir.*, 1990
- P. FLEISCHER, *Implementing a European, not global, right to be forgotten*, in <https://europe.googleblog.com/2015/07/implementing-european-not-global-right.html>
- R. FLOR, *Dalla data retention al diritto all'oblio. Dalle paure orwelliane alla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia. Quali effetti per il sistema di giustizia penale e quali prospettive de jure condendo?*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, fascc. 4-5, pagg. 775 ss.
- V. FRIEDMAN, *La società orizzontale*, Bologna, Il Mulino, 2002
- F. FRIGERIO, *Deindicizzazione globale degli URL su Google: sì del Garante "Privacy", in attesa della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, fasc. 2, pagg. 6 ss.
- T.E. FROSINI, *Le sfide attuali del diritto ai dati personali*, in corso di pubblicazione in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*
- T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Dir. Inf.*, 2020, fasc. 4, pagg. 465 ss.
- T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019²
- T.E. FROSINI, *Le declinazioni del governare*, Torino, Giappichelli, 2018
- T.E. FROSINI, *La tutela dei dati e il diritto all'oblio*, in *Rassegna parlamentare*, 2018, fasc. 4, pagg. 497 ss.
- T.E. FROSINI, *Internet e democrazia*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, fascc. 4-5, pagg. 657 ss.
- T.E. FROSINI, *La giustizia sportiva italiana e comparata*, in *Federalismi.it*, 2017, fasc. 15

- T.E. FROSINI, *Rappresentanza e legislazione nell'età della globalizzazione*, in AA.VV., *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2017, vol. 8, pagg. 296 ss.
- T.E. FROSINI, *No news is fake news*, in *DPCE*, 2017, fasc. 4, pagg. 5 ss.
- T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015
- T.E. FROSINI, *Google e il diritto all'oblio "preso sul serio"*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, fasc. 4-5, pagg. 563 ss.
- T.E. FROSINI, *Diritto all'oblio e Internet*, in *Federalismi.it*, 2014, Focus TMT, fasc. 1
- T.E. FROSINI, *The internet access as fundamental right*, in *Federalismi.it*, 2013, fasc. 25
- T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a internet*, in *Rivista AIC*, 2011, fasc. 1
- T.E. FROSINI, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano, Giuffrè, 1997
- T.E. FROSINI, *Nuevas tecnologías y constitucionalismo*, in *Revista de Estudios Políticos*, 2004, n. 124, pagg. 129 ss.
- T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, Le Monnier, 2017
- V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2000, fasc. 2, pagg. 271 ss.
- V. FROSINI, *Il giurista nella società dell'informazione*, in *Informatica e diritto*, 2000, fasc. 2, pagg. 15 ss.
- V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2000, fasc. 2, pagg. 271 ss.
- V. FROSINI, *The lawyer in technological society*, in *European journal of law, philosophy and computer science*, voll. 1-2, 1998, pagg. 293 ss.

- V. FROSINI, *I giuristi e la società dell'informazione*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1996, fasc. 1, pagg. 17 ss.
- V. FROSINI, *Il giurista nella società tecnologica*, in *Sociologia del diritto*, 1995, fasc. 3, pagg. 5 ss.
- V. FROSINI, *I diritti umani nell'età tecnologica*, in *Mondoperaio*, 1989, fasc. 10, pagg. 11 ss.
- V. FROSINI, *Human rights in the computer age*, in *Informatica e diritto*, 1989, fasc. 1, pagg. 7 ss.
- V. FROSINI, *Per una sociologia dei diritti umani nell'età tecnologica*, in *Sociologia del diritto*, 1989, fasc. 1, pagg. 53 ss.
- V. FROSINI, *I diritti umani nella società tecnologica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, fasc. 4, pagg. 1154 ss.
- V. FROSINI, *L'attualità del pensiero di Santi Romano*, in *Riv. internaz. di filosofia del diritto*, 1976, fasc. 2, pagg. 294 ss.
- V. FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano, Giuffrè, 1962
- E. GABRIELLI (a cura di), *Il diritto all'oblio. Atti del convegno di studi del 17 maggio 1997*, Napoli, ESI, 1999
- M.C. GAETA, *Liability rules and self-driving cars: the evolution of tort law in the light of the new technologies*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019
- M.C. GAETA, *Data protection and self-driving cars: the consent to the processing of personal data in compliance with GDPR*, in *Communications Law*, 2019, fasc. 1, pagg. 15 ss.
- M.C. GAETA, *Hard law and soft law on data protection: What a DPO should know to better perform his or her tasks*, in *EJPLT*, 2019, fasc. 2, pagg. 61 ss.
- M.C. GAETA, *La protezione dei dati personali nell'internet of things: l'esempio dei veicoli autonomi*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, fasc. 1, pagg. 171 ss.
- M. GALIZIA, *Teoria della sovranità da Medio Evo alla Rivoluzione Francese*, Milano, 1951

- A.M. GAMBINO, C. MANZI, *Intelligenza artificiale e tutela della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2019, fasc. 7, pagg. 1657 ss.
- L. GATT, I.A. CAGGIANO (a cura di), *Social Networks and Multimedia habitats, Atti del Workshop della cattedra Jean Monnet PROTECH del 16 ottobre 2020*, Napoli, Suor Orsola University Press, 2021
- L. GATT, R. MONTANARI, I.A. CAGGIANO (a cura di), *Privacy and Consent. A Legal and UX&HMI Approach for data protection*, Napoli, Suor Orsola University Press, 2021.
- L. GATT, R. MONTANARI, I.A. CAGGIANO, *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale. Spunti di riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali*, in *Politica del diritto*, 2017, fasc. 2, pagg. 337 ss.
- A. GATTI, *Istituzioni e anarchia nella Rete. I paradigmi tradizionali della sovranità alla prova di Internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, fasc. 3, pagg. 711 ss.
- D.J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New" Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1994, fasc. 42, pagg. 49 ss.
- G. GHIDINI, E. AREZZO, *La prospettiva costituzionale della tutela della concorrenza*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, pag. 872
- A. GIANNACCARI, *La storia dei Big Data, tra riflessioni teoriche e primi casi applicativi*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2017, fasc. 2, pagg. 307 ss.
- M.S. GIANNINI, *Sovranità (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, pagg. 224 ss.
- G. GIANNONE CODIGLIONE, *"Fair use" e funzioni del "copyright": uso trasformativo non autorizzato ed incentivo alla conoscenza e alla creatività in rete nel caso "Google books"*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2016, fasc. 2, pagg. 222-236

- C. GIUSTI, *Trattamento dei dati societari e right to be forgotten*, in *Dir. industriale*, 2019, fasc. 1, pagg. 83 ss.
- C. GIUSTI, *Oltre il diritto all'oblio: la deindicizzazione dei dati e l'adattamento alla 'sentenza Google' nell'esperienza italiana e spagnola*, in *giustiziacivile.com*, 2017, fasc. 10, pagg. 1-10
- M. GRANIERI, *Ciò che non ti uccide ti rende più forte. L'inusuale caso di "Google news"*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, 2015, fasc. 3, pagg. 1-9
- M. GRANIERI, *"Google news": problemi (sempre più) aperti tra proprietà intellettuale e concorrenza*, in *Il Foro italiano*, 2015, fasc. 10, pt. 5, pagg. 405-412
- P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2011, vol. 1, pagg. 1-22
- P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2008
- P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, fasc. 2, pagg. 377 ss.
- P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003
- G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, fasc. 1, pagg. 21 ss.
- H. HELLER, *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale*, in H. HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, trad. it. a cura di P. Pasquino, Milano, Giuffrè, 1987, pagg. 67-301
- I. HERRERA ANCHUSTEGUI, *Competition Law through an Ordoliberal Lens*, in *Oslo Law Review*, 2015, fasc. 2, pagg. 152 ss.
- J. HIEN, C. JOERGES (a cura di), *Ordoliberalism law and the rule of economics*, Portland, Hart Publishing, 2017

- P. HONORÉ, R. VERZENI, *Diritto della concorrenza nell'economia digitale: una prospettiva francese*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, 2017, fasc. 2, pagg. 14 ss.
- A. IANNOTTI DELLA VALLE, *La tutela della concorrenza ai tempi di Google Android tra fondamenti costituzionali e analisi tecnologica*, in *Dir. Inf.*, 2021, fasc. 2, pagg. 283-315.
- A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Gli affidamenti in house nel quadro della tutela della concorrenza alla luce di un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2021, fasc. 1, pagg. 197 ss.
- A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Il diritto all'oblio "preso meno sul serio" alla luce della sentenza Google/CNIL della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 2020, fasc. 2, pagg. 495 ss.
- A. IANNOTTI DELLA VALLE, *The (in)adequacy of the law to new technologies: the example of the Google/Cnil and Facebook cases before the Court of Justice of the European Union*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2020, fasc. 2, pagg. 172 ss.
- A. IANNOTTI DELLA VALLE, *A Facebook Court is born: towards the 'jurisdiction' of the future?*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2020, fasc. 2, pagg. 98 ss.
- A. IANNOTTI DELLA VALLE, *L'età digitale come "età dei diritti": un'utopia ancora possibile?*, in *Federalismi.it*, 2019, fasc. 16
- A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Il quadro delle fonti secondarie in materia di appalti all'indomani della conversione in legge del decreto "sblocca-cantieri"*, in D. CAPOTORTO, A. MASSARI (a cura di), *Gli appalti pubblici dopo la conversione del decreto "sblocca-cantieri"*, Rimini, Maggioli, 2019, pagg. 17 ss.
- M. INES, E. CHITI, *Cronache europee 2017*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2018, fasc. 4, pagg. 1209 ss.
- A. INGRASIA, *Responsabilità penale degli "internet service provider": attualità e prospettive*, in *Diritto penale e processo*, 2017, fasc. 12, pagg. 1621-1628

- N. IRTI, *Per una lettura critica di Santi Romano*, in *Diritto pubblico*, 2018, fasc. 1, pagg. 15 ss.
- N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1998
- M. JAMISON, *Applying antitrust in digital markets: foundations and approaches*, in *bciptf.org*, 2020
- F. JENNY, J. PHILIPPE, *Populisme et concurrence*, in *Concurrences*, 2018, fasc. 3, pagg. 5 ss.
- A. JOHNS, *Pirateria. Storia della proprietà intellettuale da Gutenberg a Google*, trad. it. a cura di Togliani e Maugeri, Torino, Giappichelli, 2011
- A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016
- C. KANG, D. MCCABE, D. WAKABAYASHI, *U.S. Accuses Google of Illegally Protecting Monopoly*, in *The New York Times*, 20 ottobre 2020
- E. KLEIN, *Mark Zuckerberg on Facebook's Hardest Year, and What Comes Next*, in *Vox*, 2 aprile 2018
- K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *The Yale Law Journal*, 2020, vol. 129, pagg. 2418 ss.
- A. KUCZERAWY, J. AUSLOOS, *NoC Online Intermediaries Case Studies Series: European Union and Google Spain*, in <https://ssrn.com/abstract=2567183>, 2015
- C. KUNER, D. JERKER, B. SVANTESSON, F. H. CATE, O. LYNKEY, C. MILLARD, N. N. LOIDEIAN, *The GDPR as a chance to break down borders*, in *International Data Privacy Law*, November 2017, 7, IV, 231 ss.
- F. LARUE, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression*, United Nations, General Assembly, Human Rights Council, Seventeenth Session, 16 May 2011, A/HRC/17/27

- B. LASSERRE, A. MUNDT, *Diritto della concorrenza e "Big Data": il punto di vista degli esecutori*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, 2017, fasc. 1, pagg. 17 ss.
- C. LEONE, *Il principio "digital first": obblighi e diritti in capo all'amministrazione e a tutela del cittadino. Note a margine dell'art. 1 della legge 124 del 2015 (Relazione al Convegno "Amministrazione digitale e riforma Madia", Milano, 7 marzo 2016)*, in *GiustAmm.it*, 2016, fasc. 6, pagg. 8 ss.
- C. LEONE, *Il ruolo del diritto europeo nella costruzione dell'amministrazione digitale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2014, fascc. 3-4, pagg. 867-878
- A. LEPAGE, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Paris, Litec, 2002
- S. LEUCCI, *Diritto all'oblio, verità, "design" tecnologico: una prospettiva di ricerca*, in *Rivista di diritto dei media*, 2017, fasc. 1, pagg. 10 ss.
- M. LIBERTINI, *Sulla legittimità costituzionale delle norme che impongono l'esclusività dell'oggetto sociale delle Società Organismi di Attestazione (S.O.A.) e vietano la partecipazione al capitale delle stesse da parte degli organismi di certificazione delle imprese*, in *Giur. cost.*, 2013, fasc. 3, pagg. 1663-1675.
- M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. 3, Milano, Giuffrè, 2010, pagg. 195 ss.
- G. LYON-CAEN, *Nota a Tribunal de Grande Instance Seine, 4 ottobre 1965*, in *Juris-classeur périodique*, 1966, fasc. 2, pagg. 14482 ss.
- A. LOPEZ-TARRUELLA, *Google and the Law: Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models*, Berlin, Springer, 2012
- M. LOUGHLIN, *Why Sovereignty?*, in R. RAWLINGS, P. LEYLAND, A.L. YOUNG, *Sovereignty and the Law. Domestic, European and International Perspectives*, Oxford, 2013, pagg. 34 ss.
- G. LUCHETTA, *Google opera in un mercato a due versanti?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2013, fasc. 1, pagg. 83 ss.

- M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. 5, Torino, 1990, pagg. 375 ss.
- A. LUOTENEN, K. ALTIS, *World-Wide Web Proxies*, in <http://courses.cs.vt.edu/~cs4244/spring.09/documents/Proxies.pdf>, pagg. 1 ss.
- M.A. LUPOI, *Attività online e criteri di collegamento giurisdizionale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2018, fasc. 2, pagg. 509 ss.
- M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quad. cost.*, 2019, fasc. 2, pagg. 315 ss.
- A. MANTELERO, *The future of consumer data protection in the E.U. Rethinking the “notice and consent” paradigm in the new era of predictive analytics*, in *Computer Law & Security Review*, 2014, Vol. 30, pagg. 643 ss.
- L. MARINO, *Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental*, in *Recueil Dalloz*, 2009, n. 30, pagg. 2045 ss.
- F. MARONE, *Introduzione al Forum “Emergenza Covid e questioni economiche”*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2020, fasc. 2, pagg. 2 ss.
- F. MARONE, *Giustizia arbitrale e Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018
- F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2017, fasc. 3, pagg. 763 ss.
- S. MARTINELLI, *Diritto all'oblio e alla privacy – Il diritto all'oblio nel bilanciamento tra riservatezza e libertà di espressione: quali limiti per i personaggi dello spettacolo?*, in *Giur. it.*, 2019, fasc. 5, pagg. 1047 ss.
- S. MARTINELLI, *Diritto all'oblio e motori di ricerca*, Milano, Giuffrè, 2017
- S. MARTINELLI, *Diritto all'oblio e motori di ricerca: il bilanciamento tra memoria e oblio in internet e le problematiche poste dalla de-indicizzazione*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, fasc. 3, pagg. 565 ss.

- F. MERUSI, *La tormentata vita della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2011, fasc. 2, pagg. 413 ss.
- M. MIDIRI, *Privacy e antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant*, in *Federalismi.it*, 2020, fasc. 14, pag. 217
- N. MATTEUCCI (a cura di), *Privacy e banche dei dati*, Bologna, Il Mulino, 1981, pagg. 37 ss.
- C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Venezia, 1956
- A. MACCHIATI, *I motori di ricerca su Internet e il mercato delle news. Profili antitrust e regolamentari*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, fasc. 3, pagg. 469 ss.
- F. MELIS, *Il diritto all'oblio e i motori di ricerca nel diritto europeo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015, fasc. 2, pagg. 171 ss.
- M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, ESI, 2009
- D. MINIUSI, *Il "diritto all'oblio": i paradossi del caso Google*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, fasc. 1, pagg. 209 ss.
- J. MÍŠEK, *Consent to personal data processing – The panacea or the dead end?*, in *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2014, fasc. 8, pagg. 69 ss.
- G. MONTEDORO, *La crisi dello Stato in Santi Romano e Carl Schmitt*, in *Dir. amm.*, 2012, fascc. 1-2, pagg. 105-141
- M.W. MONTEROSSO, *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contratto e impr.*, 2021, fasc. 3, pagg. 920 ss.
- M. MONTI, *Regolazione, Internet e tecnica: le implicazioni di motori di ricerca e "social networks" sulla libertà di informazione*, in *Federalismi.it*, 2017, fasc. 24
- M.R. MORELLI, *Oblio (diritto all')*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, Milano, Giuffrè, 2002, pagg. 848 ss.

- A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Dir. Inf.*, 2018, fasc. 4, pagg. 799 ss.
- A. MORRONE, *La concorrenza tra Unione Europea, Stato e Regioni*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma-Bari, 2019, pagg. 108 ss.
- A. MORRONE, *Sovranità. Relazione al XXXI Convegno Annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (Trento 11-12 novembre 2016)*, in *Rivista AIC*, 2016, fasc. 3
- E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, Cedam, 2008
- A. NICITA, *Sconti escludenti: un doppio salto della Commissione nel caso Intel?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2013, fasc. 2, pagg. 363 ss.
- S. NIGER, *Diritto all'informazione, diritti della persona e archivi giornalistici online*, in *Federalismi.it*, nuova serie, 2013, fasc. 11, pagg. 1-13
- S. NIGER, *Internet, democrazia e valori costituzionali*, Roma, Astrid, 2011, pagg. 23 ss.
- M. OREFICE, *Diritto alla deindicizzazione: dimensione digitale e sovranità territoriale*, in *Rivista AIC*, 2020, fasc. 1, pagg. 653 ss.
- M. OREFICE, *I "big data". Regole e concorrenza*, in *Politica del diritto*, 2016, fasc. 4, pagg. 697-743
- V.E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale*, Milano, Giuffrè, 1940
- V.E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, 1921
- C. OSTI, R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2019, fasc. 2, pagg. 207 ss.
- A. PALACIOS LLERAS, *Constitutional Traditions and Competition Law Regimes: A Primer*, in *Global Antitrust Review*, 2013, pagg. 49 ss.

- A. PALMA, *Le strade romane nelle dottrine giuridiche e gromatiche dell'età del Principato*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt II.14*, Berlin-New York, De Gruyter, 1982, pagg. 850 ss.
- A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete: traversie dell'informazione ai tempi di Google*, in *Nuovi Quaderni del Foro Italiano*, 2014, fasc. 1
- A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea. Profili sostanziali*, Torino, Utet, 2018
- R. PARDOLESI, *Oltre "Google Spain" e il diritto all'oblio*, in *Il Foro italiano*, 2017, fasc. 4, pt. 4, pagg. 219-222
- R. PARDOLESI, *Perché la Commissione aveva ragione. Oppure no?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2013, fasc. 2, pagg. 357 ss.
- R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, Giuffrè, 2003
- B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, 2003, fasc. 1, pagg. 5-16
- M.R. PATTERSON, *Opacità algoritmica ed esclusione nella legge "antitrust"*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, 2018, fasc. 1, pagg. 9 ss.
- I. PERNICE, *Multilevel Consitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, 1999, fasc. 36, pagg. 703-750
- I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 2002, fasc. 27, pagg. 511-529
- E. PEROTTI, *Guai "antitrust" di Google in tutto il mondo*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, fasc. 1, pagg. 17 ss.
- R.J.R. PERITZ, M. MILLER, *La moderna biblioteca di Alessandria. Il progetto "Google Books" e il sindacato antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, fasc. 1, pagg. 65 ss.
- N. PETIT, *The 'Moligopoly Hypothesis' and Holistic Competition: A Primer*, in *SSRN online*, 2016

- R. PETRUSO, *Responsabilità delle piattaforme online, oscuramento di siti web e libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2018, fasc. 3, pagg. 511 ss.
- N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, Giuffrè, 2007
- S. PIETROPAOLI, *La rete non dimentica. Una riflessione sul diritto all'oblio*, in *Ars Interpretandi*, 2017, fasc. 1, pagg. 67-80
- C. PINELLI, T. TREU (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, Il Mulino, 2010
- R. PISA, *L'accesso a Internet: un nuovo diritto fondamentale?*, in www.treccani.it/Portale/sito/diritto/approfondimenti/2_Pisa_internet.html
- G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in *Quad. cost.*, 2019, fasc. 3, pagg. 597 ss.
- G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma-Bari, Laterza, 2019
- G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, fasc. 1, pagg. 29 ss.
- F. PIZZETTI, *Le autorità garanti per la protezione dei dati personali e la sentenza della Corte di Giustizia sul caso Google Spain: è tempo di far cadere il "velo di Maya"*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, fascc. 4-5, pagg. 805 ss.
- F. PIZZETTI, *La governance di Internet e i diritti fondamentali. Uno sguardo sul futuro in una prospettiva di "diritto pubblico mondiale"*, in O. POLLICINO, E. BERTOLINI, V. LUBELLO (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Roma, Aracne, 2013, pagg. 81 ss.

- F. PIZZETTI, *Il prisma del diritto all'oblio*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, Giappichelli, 2013, pagg. 21 ss.
- O. POLLICINO, *L' "autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it*, 2019, fasc. 19
- O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in *Dir. Inf.*, 2014, fasc. 4-5, pagg. 569 ss.
- O. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di "digital privacy" come osservatorio privilegiato*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, fasc. 3, pagg. 26 ss.
- O. POLLICINO, *La sfida degli algoritmi va affrontata in base alla Costituzione*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 marzo 2020
- O. POLLICINO, *Google rischia di "vestire" un ruolo paracostituzionale*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 maggio 2014
- O. POLLICINO, E. BERTOLINI, V. LUBELLO (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Roma, Aracne, 2013
- A. PREDIERI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra Stato e Comunità Europea*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario (Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 15-16 ottobre 1990)*, Milano, Giuffrè, 1991, pagg. 93 ss.
- G. PRIEST, F. ROMANI, *L'antitrust negli Stati Uniti e in Europa. Analisi e psicoanalisi di una divergenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, pagg. 151 ss.
- L. PRIETO SANCHÍS, *Quattro domande sulla teoria del diritto di Dworkin*, in F. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 1994, pagg. 277 ss.
- O.D. PULVIRENTI, *Derechos Humanos e Internet*, Buenos Aires, Errepar, 2013

- C. PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, pagg. 3 ss.
- B. RABAI, *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni. Considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in *Diritto amministrativo*, 2018, fasc. 1, pagg. 165 ss.
- H. RABAULT, *L'ordolibéralisme: vers un constitutionnalisme économique?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2019, fasc. 4, pagg. 91-101
- A. RALLO, *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014
- A. RENDA, *Google il conquistatore. Note sull'istruttoria della Commissione europea*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2012, fasc. 2, pagg. 273 ss.
- G. RESTA, *La sorveglianza elettronica di massa e il conflitto regolatorio USA/UE*, in *Dir. Inf.*, 2015, fascc. 4-5, pagg. 697 ss.
- G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. Trim. Dir. proc. civ.*, 2018, fasc. 2, pagg. 411 ss.
- G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, Roma Tre-Press, 2015
- G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "safe harbour principles" al "privacy shield"*, Roma, Roma Tre-Press, 2016
- G.M. RICCIO, *Diritto all'oblio e responsabilità dei motori di ricerca*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, fascc. 4-5, pagg. 753 ss.
- F. RICCOBONO, *La filosofia del diritto di Vittorio Frosini dalla morfologia della prassi all'informatica giuridica*, in D. CHARALAMBIS, C. PAPACHARALAMBOUS (a cura di), *Jus, ars, philosophia et historia. Festschrift fuer Johannes Strangas*, Baden Baden, Nomos, 2017, pagg. 685 ss.

- F. RICCOBONO, *Vittorio Frosini*, in *Informatica e diritto*, 2016, fasc. 1, pagg. 195 ss.
- J. RIFKIN, *The age of access: the new culture of hypercapitalism. Where all of life is paid-for experience*, London, Penguin, 2000
- F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, CEDAM, 1982
- I. RIVERA, *Il silenzio della memoria: la tutela del diritto all'oblio dalla sentenza Google Spain al regolamento UE 2016/679*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2018, fasc. 1-2, pagg. 77-97
- S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, Laterza, 2014
- S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, Il Mulino, 2013³
- S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012
- S. RODOTÀ, *La sovranità nel tempo della tecnopolitica. Democrazia elettronica e democrazia rappresentativa*, in *Pol. Dir.*, 1993, pagg. 585 ss.
- A. ROMANO, *Santi Romano, Lo Stato moderno e la sua crisi e l'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2011, fasc. 2, pagg. 333-358
- S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969
- S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946²
- A. ROSSI, R. DUCATO, H. HAAPIO, S. PASSERA, M. PALMIRANI, *Legal Design Patterns: Towards A New Language for Legal Information Design*, in E. SCHWEIGHOFER, F. KUMMER, A. SAARENPÄÄ (a cura di), *Internet of Things. Proceedings of the 22nd International Legal Informatics Symposium*, Berna, 2019, pagg. 517-526
- F. RUSSO, *Diritto all'oblio e motori di ricerca: la prima pronuncia dei Tribunali italiani dopo il caso "Google Spain"*, in *Danno e responsabilità*, 2016, fasc. 3, pagg. 302-309

- A. SALLUCE, *Modalità alternative per la tutela della "web reputation"*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2017, fasc. 2, pagg. 341-360
- G. SARTOR, *Il caso Google e i rapporti regolatori USA/EU*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, fascc. 4-5, pagg. 657 ss.
- G. SARTOR, M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google e i rapporti regolatori USA/EU*, in *Dir. Inf.*, 2014, fascc. 4-5, pagg. 657 ss.
- S. SASSI, *Diritto transnazionale e legittimazione democratica*, Padova, Cedam, 2018
- S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, pagg. 218-229
- A. SCALIA, *A matter of interpretation. Federal Courts and the law*, Princeton, Princeton University Press, 1997
- A. SCALIA, *Originalism: The Lesser Evil*, in *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, 1988-1989, LVI, pagg. 849-865
- V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. Il diritto all'oblio nell'era digitale*, trad. it., Milano, Egea, 2016
- G. SCORZA, *Corte di giustizia e diritto all'oblio: una sentenza che non convince*, in *Corr. giur.*, 2014, fasc. 12, pagg. 1473 ss.
- S. SICA, V. D'ANTONIO, *La procedura di de-indicizzazione*, in *Dir. Inf.*, 2014, fascc. 4-5, pagg. 703 ss.
- S. SILEONI, *Autori delle proprie regole. I codici di condotta per il trattamento dei dati personali e il sistema delle fonti*, Milano, Cedam, 2011.
- G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, fasc. 1, pagg. 3 ss.
- M. SIRAGUSA, *Panoramica e analisi critica dei principali sviluppi delle pratiche "antitrust" europee e giurisprudenza*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, 2017, fasc. 2, pagg. 28 ss.

- D.J. SOLOVE, *Privacy self-management and the Consent Dilemma*, in *Harv. Law Rev.*, 2013, vol. 126, pagg. 1880 ss.
- A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009
- A. SOMMA, *Soft law sed law: diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2008, fasc. 3, pagg. 437 ss.
- A. SORO, *La rete, gli haters e i rischi per la libertà di espressione*, in *Il Messaggero*, 15 settembre 2019
- A. STAZI, *Legal big data: prospettive applicative in ottica comparatistica*, in S. FARO, T.E. FROSINI, G. PERUGINELLI (a cura di), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Bologna, Il Mulino, 2020, pagg. 77 ss.
- A. STAZI, *I multiformi approcci dei Paesi dell'Asia estremo-orientale e dell'Oceania alla responsabilità degli intermediari online: una panoramica comparatistica da una prospettiva occidentale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, fasc. 2, pagg. 233 ss.
- I. STELLATO, A. VERDESCA, *Diritto all'oblio e pubblicità commerciale: un bilanciamento invertito*, in *Corr. Giur.*, 2018, fascc. 8-9, pagg. 1129-1137
- M. TAMPIERI, *Il diritto all'oblio e la tutela dei dati personali*, in *Resp. civ. e previd.*, 2017, fasc. 3, pagg. 1010 ss.
- P. TANZARELLA, *Accesso a Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, in *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia, il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, pagg. 517-532
- M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione della sentenza tra diritto comune e illuminismo*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, fasc. 2, pagg. 265 ss.
- G. TEUBNER, *Effetti orizzontali dei diritti costituzionali in Internet: un caso giuridico sulla Costituzione digitale*, in *The Italian Law Journal*, 2017, fasc. 1, pagg. 13 ss.

- L. TORCHIA, *Diritto ed economia fra Stati e mercati*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016
- F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, fasc. 5, pagg. 723 ss.
- F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, fasc. 1-2, pagg. 15 ss.
- B. UPBIN, *Facebook Buys Instagram For \$1 Billion. Smart Arbitrage*, in *Forbes*, 9 aprile 2012
- A. URSO, *Algoritmi di ricerca e limiti dell'antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2013, fasc. 1, pagg. 45 ss.
- P. VALCKE, A. KUCZERAWY, P.J. OMBELET, *Did the Romans Get it Right? What Delfi, Google, eBay, and UPC TeleKabel Wien Have in Common*, in L. FLORIDI, M. TADDEO, *The Responsibilities of Online Service Providers*, Springer, 2016, 101 ss.
- A.L. VALVO, *Diritto di accesso e neutralità di Internet nel diritto internazionale*, in *Percorsi costituzionali*, 2014, fasc. 1, pagg. 97 ss.
- B. VAN ALSENOY, M. KOEKKOEK, *Internet and jurisdiction after Google Spain: the extraterritorial reach of the "right to be delisted"*, in *International Data Privacy Law*, 2015, fasc. 5, pagg. 105 ss.
- G. VERDE, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, fasc. 2, pagg. 371 ss.
- S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, Padova, Cedam, 2002
- V. VISCO COMANDINI, *Google e i mercati dei servizi di ricerca su Internet*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2013, fasc. 3, pagg. 541 ss.

- G. VISINTINI, *Dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, in *Dir. Inf.*, 2019, fasc. 1, pagg. 1 ss.
- F.G. VITERBO, *Il flusso di dati personali su Internet: i casi Google italiani ed europei*, in *The Italian Law Journal*, 2015, fasc. 2, pagg. 1-37
- A. VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, Napoli, ESI, 2019
- K. WALKER, *A deeply flawed lawsuit that would do nothing to help consumers*, in <https://blog.google/outreach-initiatives/public-policy/response-doj>
- M. WEBER, *Economia e società*, Milano, Donzelli, 1980
- J.C. WONG, *Will Facebook's new Oversight Board be a radical shift or a reputational shield?*, in *The Guardian*, 7 maggio 2020
- M. WÖRSDÖRFER, *Ordoliberalism 2.0: Towards a New Regulatory Policy for the Information Age*, in *SSRN online*
- G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012
- G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 1998
- S. ZANINI, *Il diritto all'oblio nel Regolamento europeo 679/2016: quid novi?*, in *Federalismi.it*, 2018, fasc. 15
- V. ZENO ZENCOVICH, *Big data e epistemologia giuridica*, in S. FARO, T.E. FROSINI, G. PERUGINELLI (a cura di), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Bologna, Il Mulino, 2020, pagg. 13 ss.
- G. ZICCARDI, *Internet controllo e libertà*, Milano, Giuffrè, 2015
- J. ZITTRAIN, *Don't force Google to "forget"*, in *The New York Times*, 14 maggio 2014
- M. ZUCKERBERG, *A Blueprint for Content Governance and Enforcement*, 15 novembre 2018, in www.facebook.com