

Pieremilio Sammarco

RECENSIONE A
**E. TOSI DIRITTO PRIVATO DELLE
NUOVE TECNOLOGIE DIGITALI.
RISERVATEZZA, CONTRATTI,
RESPONSABILITÀ TRA PERSONA E
MERCATO**

Estratto

RECENSIONI

Emilio Tosi, *Diritto privato delle nuove tecnologie digitali. Riservatezza, contratti, responsabilità tra persona e mercato*, Milano, Giuffrè Lefebvre, 2021 pp. 623, € 45,00

Con la pubblicazione del ventitreesimo volume della *Collana Diritto delle Nuove Tecnologie* si consolida un percorso scientifico iniziato nell'ormai lontano 2003 con la pubblicazione del primo pionieristico volume dedicato al "*Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*".

Frutto dell'arco di un ventennio di studi civilistici nel settore dei riflessi giuridici dell'innovazione digitale lo studio, di ampio respiro, dal titolo "*Diritto Privato delle nuove Tecnologie Digitali. Riservatezza, contratti e responsabilità tra persona e mercato*" si presenta articolato in cinque parti per affrontare i principali significativi temi ivi approfonditi: Parte I - MERCATI DIGITALI: piattaforme, algoritmi e regole; Parte II - PERSONA: riservatezza, dati personali e identità digitale; Parte III - CONTRATTI: innovazione, asimmetrie e rimedi; Parte IV - FORME ELETTRONICHE; Parte V - RESPONSABILITÀ CIVILI: rischio tecnologico e governo dell'innovazione.

La ricerca è focalizzata sui più dibattuti e attuali profili civilistici del diritto delle nuove tecnologie digitali e nasce negli anni dell'emergenza sanitaria globale Sars-Cov-2 e registra le tensioni tra

persona e mercato nel contesto tecnologico digitale.

La pandemia ha cambiato non solo le nostre esistenze ma — come osserva l'Autore — “anche i mercati digitali che ne escono straordinariamente rafforzati dai lockdown sanitari: in particolare i grandi *digital player globali* raggiungono posizioni di forza economica e regolatoria oltre ogni immaginazione”.

L'Autore affronta questi temi con maestria, metodo e rigore scientifico essendo da anni un attento studioso della materia e dell'evoluzione giuridica del fenomeno digitale.

“La globalizzazione del diritto” — come suggerisce l'Autore — “trova compimento nella nuova dimensione immateriale e delocalizzata, senza frontiere, generata dalle piattaforme commerciali digitali veicolate tramite le reti di comunicazione elettronica: il Diritto delle Nuove Tecnologie, noto anche come High Tech Law, risponde pienamente alle istanze regolatorie di tale complesso fenomeno”.

La stessa sovranità digitale degli Stati pare talvolta persino cedere al potere di autoregolazione delle piattaforme digitali sistemiche globali: i signori della rete, i c.d. *gatekeeper*.

Emblematico il caso di censura e *ban* definitivo dell'account del Presidente degli Stati Uniti Trump da parte di Twitter — a seguito dei messaggi inviati in relazione all'assalto al Congresso di Washington del gennaio 2021 per contestare la proclamazione della vittoria del nuovo Presidente Biden — che si è posto

al di sopra di ogni autorità giudiziaria preconstituita.

Anche per queste ragioni, in Europa è invocata da più parti — regolatori, digital players e stake holders in generale — la riforma della *Direttiva e-commerce CE 31/2000*, ritenuta non più adeguata alle trasformazioni della rete.

Il quadro regolatorio delineato è, ormai, secondo l'Autore insufficiente a disciplinare i nuovi fenomeni delle piattaforme digitali, della responsabilità giuridica degli hosting attivi ed a contrastare il dominio dell'algoritmo non solo a protezione degli interessi della persona ma in ultima istanza degli stessi mercati digitali e della *sovranità digitale* degli Stati. La Commissione UE il 15 dicembre 2020 ha, al riguardo, presentato l'atteso progetto di riforma *The Digital Services Act Package* che comprende due innovativi Regolamenti e precisamente:

— *Digital Services Act (DSA)*:

Proposta di Regolamento della Commissione UE del 15/12/2020 COM(2020) 825 final aggiornamento Direttiva CE 31/2000;

— *Digital Markets Act (DMA)*:

Proposta di Regolamento della Commissione UE del 15/12/2020 COM(2020) 842 final creazione di mercati equi e contendibili.

Sono evidenziate nello studio monografico i seguenti macroprofili di intervento regolatorio:

— norme specifiche per le grandi piattaforme digitali che svolgono una funzione sistemica di controllo di accesso al mercato (*gatekeeper*);

— rafforzamento protezione per i consumatori dai prodotti illegali, contraffatti e non sicuri;

— regole più incisive per pubblicità mirata e controlli su contenuti online;

— obbligatorietà delle norme introdotte anche per i prestatori stranieri di servizi.

Anche in Europa il quadro regolatorio si avvia, dunque, a un consolidamento delle molteplici orientamenti e fonti ma soprattutto a un rafforzamento delle tutele a protezione del soggetto de-

bole nei rapporti asimmetrici con le piattaforme digitali.

Non si può non partire dalla presa d'atto della centralità dei temi della protezione della persona dalle insidie tecnologiche pervasive, della regolazione dei mercati digitali, dell'innovazione contrattuale e delle regole di utilizzo dei dati personali scevra da pregiudizi dogmatici, senza escludere, anzi, il tema dello sfruttamento economico e della rilevanza patrimoniale propri del capitalismo della sorveglianza.

Emergono i tratti distintivi asimmetrici dei rapporti tra consumatore, piattaforme digitali e titolari del trattamento dei dati personali che richiedono protezione normativa convergente tra i settori regolatori contigui della tutela dei consumatori e della tutela dei dati personali.

Così come lo strumentario rimediabile protettivo della *persona-consumatore-contraente debole* deve essere oltre che individuale — nullità conformativa, conformità dell'oggetto contrattuale e rimedio risarcitorio — metaindividuale per rafforzare la dimensione collettiva propria delle azioni di classe e, in ultima istanza, anche sanzionatorio a tutela della trasparenza e correttezza dei mercati digitali.

Tale convergenza protettiva risulta, peraltro, in linea con le più recenti evoluzioni normative europee nel settore, come accade con l'apparato sanzionatorio del GDPR e quello analogo in materia di contratti consumeristici.

L'Autore offre uno studio giuridico aggiornato sui complessi profili e intersezioni del diritto privato delle nuove tecnologie digitali: persona, mercati, contratti, forme elettroniche, consumatori, riservatezza e dati personali, responsabilità civili dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti, tutela dei contenuti digitali e della proprietà industriale, responsabilità civile oggettiva per illecito trattamento dei dati personali sono i grandi temi trattati nel presente studio sistematico.

Tra i numerosi risultati della ricerca del Tosi, colpisce l'originale ricostru-

zione dottrinale in merito alla commercializzazione dei dati e alla responsabilità per trattamento dei dati personali quale strumento rimediabile protettivo — in un contesto fortemente asimmetrico — del soggetto debole, rappresentato dall'interessato dal trattamento dei dati. Per quanto riguarda il primo profilo l'Autore evidenzia la *debolezza del consenso*, nella società digitale, di fronte alla pervasività dei *digital player globali* e dei *big data*.

Nella società digitale la protezione del dato personale non risiede — o almeno non più solo — nel consenso individuale che di per sé non è più in grado di proteggere l'interessato soggetto debole del rapporto asimmetrico del trattamento dei dati personali ma discende da un quadro complesso di regole protettive inderogabili poste a carico di ogni titolare di trattamento dei dati personali fondato su altri più efficaci strumenti protettivi anche di natura deterrente e sanzionatoria.

In relazione al controverso fenomeno della commercializzazione dei dati personali si tratta di superare antichi dogmi e modernizzare la lettura del giurista sempre nella prospettiva funzionale ed assiologica di assicurare all'interessato maggiori tutele così sottraendolo al rischio di un *deficit rimediabile* inevitabile conseguenza del misconoscimento assoluto di tale fenomeno.

Occorre, al contrario, assecondare e rafforzare la convergenza normativa emergente — a livello europeo — tra protezione dati personali-protezione consumatori.

Emerge — secondo l'attento Autore — la rilevanza della doppia natura del consenso al trattamento dei dati personali: un consenso autorizzatorio sotto il profilo del trattamento dei dati in senso stretto ma anche un possibile consenso negoziale per consentire a terzi lo sfruttamento economico dei dati personali così come già correntemente ammesso per altri diritti fondamentali della persona come il diritto all'immagine o il diritto d'autore.

La duplice natura del consenso — non patrimoniale nell'ambito delle condizioni di liceità del trattamento e negoziale-patrimoniale — non è peregrina, anzi, trova proprio nel GDPR inatteso fondamento nell'art. 6, par. 1 lett. b) GDPR.

La rilevanza di tali dati — osserva sempre l'Autore — non si riduce alle generalità della persona ma comprendono il ben più significativo e rilevante valore commerciale offerto dall'analisi massiva dei *metadati* generati non solo dei motori di ricerca ma soprattutto dei dispositivi digitali utilizzati *smartphone*, *digital assistant* e *wearables* per citare i casi più emblematici, vere e proprie memorie digitali della nostra vita privata e professionale.

I contenuti digitali e i servizi digitali sono, infatti, spesso forniti online nell'ambito di contratti che non prevedono, da parte del consumatore, il pagamento di un prezzo, bensì la comunicazione di dati personali al prestatore di servizi digitali a titolo di corrispettivo.

Disconoscere tale fenomeno socio-economico rinunciando ad inquadrarlo dal punto di vista giuridico non produrrebbe altro che un *deficit* rimediabile che al contrario deve essere offerto — rafforzato e non indebolito — all'interessato dal trattamento dei dati assecondando la convergenza normativa emergente tra protezione dati personali-protezione consumatori.

Proprio dal riconoscimento dell'asimmetria di potere caratterizzante il rapporto di trattamento dei dati personali l'Autore trae il fondamento per valorizzare il condivisibile approccio rimediabile convergente tra normativa in materia di *data protection* e normativa in materia di *consumer protection* — anche in prospettiva deterrente-sanzionatoria — funzionale al rafforzamento dell'effettività della protezione della persona — soggetto debole — nel pervasivo contesto digitale del capitalismo della sorveglianza.

In tale prospettiva funzionale-assiologica — protettiva della dignità, identità, riservatezza, oltre che dei dati

personali, della persona — soggetto debole — non si può, *a fortiori*, prescindere anche da adeguata valorizzazione e risarcimento del danno non patrimoniale, in particolare morale, che deve coerentemente essere riscoperto e facilitato e non, al contrario filtrato artificialmente per via giurisprudenziale.

L'Autore — attraverso un percorso ricostruttivo rigoroso — ammette il risarcimento discendente dal trattamento illecito, *rectius* dalla mera *condotta anti-giuridica*, quale danno *in re ipsa* al fine di agevolare e non limitare la protezione della persona danneggiata dal trattamento illecito.

Merita, infine, di essere segnalata l'originale rilettura del *danno morale soggettivo ultracompensativo* sub art. 2059 c.c. — autonomo rispetto al *danno non patrimoniale compensativo* sub art. 2043 c.c. — in prospettiva ermeneutica assiologica funzionale, costituzionalmente orientata, a tutela dei diritti fondamentali della riservatezza, protezione

dei dati e identità personale messi in discussione dai mercati digitali.

Ricostruzione — tra responsabilizzazione e responsabilità — filtrata attraverso il prisma del nuovo *principio di accountability* posto dal GDPR a fondamento della *ratio* complessiva di prevenzione e gestione del rischio d'impresa correlato all'attività di trattamento dei dati personali.

Anche alla luce di tale innovativo principio di responsabilizzazione — che affianca, rafforzandoli, i tradizionali principi di liceità, proporzionalità, correttezza e trasparenza — non si possono sottovalutare — secondo l'Autore — i tratti distintivi autonomi della disciplina europea della responsabilità civile per trattamento illecito dei dati personali rispetto alle regole comuni della responsabilità civile per fatto illecito *rectius* evidenziarne la natura speciale e oggettiva.

PIEREMILIO SAMMARCO