

# media LAWs

Rivista di diritto dei media  
3/2020 ottobre



**DIRETTORE RESPONSABILE  
EDITOR-IN-CHIEF**

Oreste Pollicino (Università Bocconi)

**DIRETTORI  
EDITORS**

Giulio Enea Vigevani (Università di Milano - Bicocca)  
Carlo Melzi d'Eril (Avvocato in Milano)  
Marina Castellaneta (Università di Bari)

**VICEDIRETTORI  
VICE-EDITORS**

Marco Cuniberti (Università di Milano)  
Giovanni Maria Riccio (Università di Salerno)  
Marco Orofino (Università di Milano)  
Marco Bassini (Università Bocconi)  
Ernesto Apa (Avvocato in Roma)

**SEDE  
CONTACTS**

ACCMS Studio Legale  
Via Podgora 13 – 20122 Milano

Università Bocconi  
Dipartimento di Studi Giuridici  
Via Roentgen 1 - 20136 Milano

e-mail: [submissions@medialaws.eu](mailto:submissions@medialaws.eu)

**REDAZIONE  
EDITORIAL BOARD**

Marco Bassini (*coordinatore*) (Università Bocconi)  
Serena Sileoni (*nice coordinatore*) (Università S. Orsola Benincasa)  
Gianluca Campus (Avvocato in Milano)  
Nicola Canzian (Università di Milano - Bicocca)  
Giovanni De Gregorio (Università di Milano - Bicocca)  
Fabio Ferrari (Università di Verona)  
Valerio Lubello (Università Bocconi)  
Omar Makimov Pallotta (Università di Macerata)  
Maria Chiara Meneghetti (Università Bocconi)  
Silvia Vimercati (Università di Milano - Bicocca)  
Paolo Zicchittu (Università di Milano - Bicocca)

**COMITATO SCIENTIFICO- STEERING COMMITTEE**

Shulamit Almog (*University of Haifa*), Mirzia Bianca (*La Sapienza – Università di Roma*), Elda Brogi (*European University Institute*), Giuseppe Busia (*Autorità Nazionale Anticorruzione*), Licia Califano (*Università di Urbino, già Garante per la protezione dei dati personali*), Angelo Marcello Cardani (*Università Bocconi, già Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*), Marta Cartabia (*Università Bocconi, Presidente emerito della Corte costituzionale*), Massimo Ceresa-Gastaldo (*Università Bocconi*), Pasquale Costanzo (*Università di Genova*), Marilisa D'Amico (*Università di Milano*), Filippo Donati (*Consiglio Superiore della Magistratura*), Mario Esposito (*Università del Salento*), Giusella Finocchiaro (*Università di Bologna*), Tommaso Edoardo Frosini (*Università Suor Orsola Benincasa*), Maurizio Fumo (*Suprema Corte di Cassazione*), Alberto Maria Gambino (*Università Europea – Roma*), Michale Geist (*University of Ottawa*), Glauco Giostra (*La Sapienza – Università di Roma*), Enrico Grosso (*Università di Torino*), Uta Kohl (*University of Southampton*), Krystyna Kowalik-Bańczyk (*Tribunale dell'Unione europea*), Fiona Macmillan (*University of London*), Vittorio Manes (*Università di Bologna*), Michela Manetti (*Università di Siena*), Christopher Mardsen (*University of Sussex*), Manuel D. Masseno (*Instituto Politécnico de Beja*), Roberto Mastroianni (*Tribunale UE*), Luigi Montuori (*Garante per la protezione dei dati personali*), Antonio Nicita (*LUMSA, già Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*), Monica Palmirani (*Università di Bologna*), Miquel Pequera (*Universitat Oberta de Catalunya*), Vincenzo Pezzella (*Suprema Corte di Cassazione*), Laura Pineschi (*Università di Parma*), Giovanni Pitruzzella (*Corte di giustizia UE*), Francesco Pizzetti (*Università di Torino*), Andrea Pugiotta (*Università di Ferrara*), Margherita Ramajoli (*Università di Milano*), Sergio Seminara (*Università di Pavia*), Salvatore Sica (*Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa*), Pietro Sirena (*Università Bocconi*), Francesco Viganò (*Corte costituzionale*), Luciano Violante (*Fondazione Leonardo - Civiltà delle Macchine*), Lorenza Violini (*Università di Milano*), Roberto Zaccaria (*Università di Firenze*), Nicolò Zanon (*Corte costituzionale*), Vincenzo Zeno-Zencovich (*Università di Roma Tre*)

**COMITATO DEGLI ESPERTI PER LA VALUTAZIONE - ADVISORY BOARD**

Maria Romana Allegri, Giulio Allevato, Benedetta Barbisan, Fabio Basile, Marco Bellezza, Daniela Bifulco, Elena Bindi, Carlo Blengino, Monica Bonini, Manfredi Bontempelli, Fernando Bruno, Daniele Butturini, Irene Calboli, Simone Calzolaio, Quirino Camerlengo, Marina Caporale, Andrea Cardone, Corrado Caruso, Stefano Catalano, Adolfo Ceretti, Francesco Clementi, Roberto Cornelli, Giovanna Corrias Lucente, Filippo Danovi, Monica Delsignore, Giovanna De Minico, Gabriele Della Morte, Marius Dragomir, Fernanda Faini, Roberto Flor, Federico Furlan, Giovanni Battista Gallus, Marco Gambaro, Gianluca Gardini, Ottavio Grandinetti, Antonino Gullo, Simone Lonati, Erik Longo, Federico Lubian, Nicola Lupo, Paola Marsocci, Claudio Martinelli, Alberto Mattiacci, Alessandro Melchionda, Massimiliano Mezzanotte, Francesco Paolo Micozzi, Donatella Morana, Piergiuseppe Otranto, Anna Papa, Paolo Passaglia, Irene Pellizzone, Sabrina Peron, Bilyana Petkova, Davide Petrini, Marina Pietrangelo, Federico Gustavo Pizzetti, Augusto Preta, Giorgio Resta, Francesca Rosa, Andrej Savin, Salvatore Scuto, Monica Alessia Senior, Stefania Stefanelli, Giulia Tiberi, Bruno Tonoletti, Emilio Tosi, Lara Trucco, Luca Vanoni, Gianluca Varraso, Michelangela Verardi, Thomas Wischmeyer

**MediaLaws - Rivista di diritto dei media è una rivista quadrimestrale telematica, ad accesso libero, che si propone di pubblicare saggi, note e commenti attinenti al diritto dell'informazione italiano, comparato ed europeo.**

La rivista nasce per iniziativa di Oreste Pollicino, Giulio Enea Vigevani, Carlo Melzi d'Eril e Marco Bassini e raccoglie le riflessioni di studiosi, italiani e stranieri, di diritto dei media.

I contributi sono scritti e ceduti a titolo gratuito e senza oneri per gli autori. Essi sono attribuiti dagli autori con licenza Creative Commons "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. 633/1941).

Il lettore può utilizzare i contenuti della rivista con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare menzionando la fonte e, laddove necessario a seconda dell'uso, conservando il logo e il formato grafico originale.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La qualità e il rigore scientifici dei saggi della Rivista sono garantiti da una procedura di *double-blind peer review* affidata a un comitato di esperti per la valutazione individuato secondo criteri di competenza e rotazione e aggiornato ogni anno.

## MediaLaws - Rivista di diritto dei media Regolamento per la pubblicazione dei contributi

1. “MediaLaws – Rivista di diritto dei media” è una rivista telematica e ad accesso aperto che pubblica con cadenza quadrimestrale contributi attinenti al diritto dell’informazione.
2. Gli organi della rivista sono il Comitato di direzione, il Comitato scientifico e il Comitato degli esperti per la valutazione. L’elenco dei componenti del Comitato di direzione e del Comitato scientifico della rivista è pubblicato sul sito della stessa ([rivista.medialaws.eu](http://rivista.medialaws.eu)). Il Comitato degli esperti per la valutazione è sottoposto ad aggiornamento una volta l’anno.
3. La rivista si compone delle seguenti sezioni: ”Saggi”, “Note a sentenza” (suddivisa in “Sezione Europa”, “Sezione Italia” e “Sezione comparata”), “Cronache e commenti” e “Recensioni e riletture”. I singoli numeri potranno altresì ospitare, in via d’eccezione, contributi afferenti a sezioni diverse.
4. La sezione “Saggi” ospita contributi che trattano in maniera estesa e approfondita un tema di ricerca, con taglio critico e supporto bibliografico.
5. La sezione “Note a sentenza” ospita commenti alle novità giurisprudenziali provenienti dalle corti italiane, europee e straniere.
6. La sezione “Cronache e commenti” ospita commenti a questioni e novità giuridiche di attualità nella dimensione nazionale, europea e comparata.
7. La sezione “Recensioni e riletture” ospita commenti di opere rispettivamente di recente o più risalente pubblicazione.
8. La richiesta di pubblicazione di un contributo è inviata all’indirizzo di posta elettronica [submissions@medialaws.eu](mailto:submissions@medialaws.eu), corredata dei dati, della qualifica e dei recapiti dell’autore, nonché della dichiarazione che il contributo sia esclusiva opera dell’autore e, nel caso in cui lo scritto sia già destinato a pubblicazione, l’indicazione della sede editoriale.
9. La direzione effettua un esame preliminare del contributo, verificando l’attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.
10. In caso di esito positivo, la direzione procede ad assegnare il contributo alla sezione opportuna.
11. I saggi sono inviati alla valutazione, secondo il metodo del doppio cieco, di revisori scelti dall’elenco degli esperti per la valutazione della rivista secondo il criterio della competenza, della conoscenza linguistica e della rotazione. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore. La direzione garantisce l’anonimato della valutazione.
12. La direzione comunica all’autore l’esito della valutazione.  
Se entrambe sono positive, il contributo è pubblicato.  
Se sono positive ma suggeriscono modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell’autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. La direzione si riserva la facoltà di sottoporre il contributo così come modificato a nuova valutazione, anche interna agli organi della rivista. Se solo una valutazione è positiva, con o senza modifiche, la direzione si riserva la facoltà di trasmettere il contributo a un terzo valutatore. Se entrambe le valutazioni sono negative, il contributo non viene pubblicato.
13. Per pubblicare il contributo, l’Autore deve inviare una versione definitiva corretta secondo le regole editoriali della rivista pubblicate sul sito della stessa, un abstract in lingua italiana e inglese e un elenco di cinque parole chiave. Il mancato rispetto dei criteri editoriali costituisce motivo di rigetto della proposta.
14. Le valutazioni vengono archiviate dalla direzione della rivista per almeno tre anni.
15. A discrezione della direzione, i saggi di autori di particolare autorevolezza o richiesti dalla direzione possono essere pubblicati senza essere sottoposti alla procedura di referaggio a doppio cieco ovvero essere sottoposti a mero referaggio anonimo, previa segnalazione in nota.

## Editoriale

- 11 **I network oscurano Trump: lezioni di giornalismo davanti alle menzogne del potere**  
Carlo Melzi d'Eril - Giulio Enea Vigevani

## Saggi Innovazione, diritto e tecnologia: temi per il presente e il futuro

- 16 **Introduzione**  
Bianca Gardella Tedeschi - Shaira Thobani
- 18 **L'intelligenza artificiale (IA) e le regole. Appunti**  
Daniela Imbruglia
- 32 **Gli *smart contract*: riflessioni sulle prestazioni "autoesecutive" nel sistema di *blockchain***  
Enrico Labella
- 46 **I modelli di valuta virtuale: sistematica e definizione**  
Carla Pernice
- 63 **Data protection e contratto nei data-driven business model.**  
Silvia Martinelli
- 77 **La relazione di cura nell'era della comunicazione digitale**  
Massimo Foglia
- 89 **"Do Algorithms dream about Electric Sheep?"**  
Percorsi di studio in tema di discriminazione e processi decisori algoritmici tra le due sponde dell'Atlantico  
Giacomo Capuzzo
- 107 **Smart assistant e dati personali: quali rischi per gli utenti?**  
Lavinia Vizzoni

- 121 **Processo penale e rivoluzione digitale: da ossimoro a endiadi?**  
Serena Quattrocchio

## Altri saggi

- 137 **La riforma della diffamazione: da Strasburgo al Senato, passando per Palazzo della Consulta**  
Carlo Melzi d'Eril - Giulio Enea Vigevani
- 157 **Social media e responsabilità penale dell'Internet Service Provider**  
Sofia Braschi
- 178 **Neofeudalesimo digitale: Internet e l'emersione degli Stati privati**  
Andrea Venanzoni
- 196 **Utilizzo di *big data* nelle decisioni pubbliche tra innovazione e tutela della privacy**  
Agostino Sola
- 218 **L'impiego di termocamere ad infrarossi nei locali aziendali: un'analisi sulle implicazioni giuridiche delle misure per il contrasto al "SARS-CoV-2" in ambito privacy e nel diritto del lavoro**  
Elena Kaiser - Sofia Monici

## Note a sentenza Sezione Europa

- 245 **Discriminazione razziale e propaganda, obblighi di valutazione del contesto e critica politica tra diritto interno e diritto internazionale.**  
Marina Castellaneta
- 260 **Catch me if you can: CJEU safeguards the privacy of online copyright infringers in landmark decision *Constantin Film Verleih v YouTube***  
Giulia Priora

---

**267 Airbnb and Uber: two sides of the same coin**  
Erion Murati

## **Sezione comparata**

**283 L'efficacia extraterritoriale dei diritti fondamentali in una storica sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco**  
Raffaele Bifulco

## **Sezione Italia**

**299 “It’s free” or maybe not: the convergent enforcement of Consumer and Data Protection Laws on personal data processing**  
Sara Gobbato

## **Commenti Forum – *Schrems II***

**308 *Schrems II*: The Right to Privacy and the New Illiberalism**  
Francesca Bignami

**315 Diabolical Persistence. Thoughts on the *Schrems II* Decision**  
Oreste Pollicino

## Editoriale

- 11 A lesson of journalism on power and disinformation**  
Carlo Melzi d'Eril - Giulio Enea Vigevani

## Articles

### Inovation, law and technology: present and future challenges

- 16 Introduction**  
Bianca Gardella Tedeschi - Shaira Thobani
- 18 Notes on IA and legal rules**  
Daniela Imbruglia
- 32 Political parties' freedom of expression in the digital public space: some topical remarks**  
Enrico Labella
- 46 Cryptocurrencies: classification and notion**  
Carla Pernice
- 63 Data protection and contract in data-driven business models.**  
Silvia Martinelli
- 77 The doctor-patient relationship in the digital communication era**  
Massimo Foglia
- 89 "Do Algorithms dream about Electric Sheep?"  
Some Thoughts on Discrimination and Algorithm decision process between two sides of the Atlantic**  
Giacomo Capuzzo
- 107 Smart assistants and personal data: which risks for the users?**  
Lavinia Vizzoni

- 121 Criminal Proceeding and digital turn: an unavoidable contradiction?**  
Serena Quattrocolo

## More articles

- 137 Reforming the law on defamation, from Strasbourg to Rome**  
Carlo Melzi d'Eril - Giulio Enea Vigevani
- 157 Social media and criminal liability of the Internet Service Provider.**  
Sofia Braschi
- 178 Digital neofeudalism: Internet and the rise of private States**  
Andrea Venanzoni
- 196 Data driven public decision making: innovation and privacy protection**  
Agostino Sola
- 218 Countering the spread of SARS-Co-V-2: data protection and labour law implications**  
Elena Kaiser - Sofia Monici

## Notes and comments Europe

- 245 Hate speech and propaganda: evaluating the context and political critique in domestic and international law**  
Marina Castellaneta
- 260 Catch me if you can: CJEU safeguards the privacy of online copyright infringers in landmark decision *Constantin Film Verleih v YouTube***  
Giulia Priora
- 267 Airbnb and Uber: two sides of the same coin**  
Erion Murati

---

## Comparative Law

### **283 Extraterritorial effects of fundamental rights: a recent stance of the German Federal Constitutional Court**

Raffaele Bifulco

## Italy

### **299 “It’s free” or maybe not: the convergent enforcement of Consumer and Data Protection Laws on personal data processing**

Sara Gobbato

## Debates Forum – *Schrems II*

### **308 Forum – *Schrems II***

Francesca Bignami

### **315 Diabolical Persistence. Thoughts on the *Schrems II* Decision**

Oreste Pollicino

# Data protection e contratto nei data-driven business model\*

Silvia Martinelli

## Abstract

La diffusione delle nuove tecnologie, di Internet e dei Big Data ha portato ad una rivoluzione dell'identità che ha reso necessaria l'introduzione di nuove norme a tutela della privacy e della personalità. La disciplina per la protezione dei dati personali ha introdotto forme di tutela dell'identità dinamica, attraverso i diritti dell'interessato, che tuttavia con l'accrescersi dell'attività algoritmica e dei *data-driven business model* basati su dati e algoritmi, si mostrano insufficienti. Si affianca una disciplina contrattuale sull'utilizzo dei dati, che ricalca l'importanza economica che essi rivestono e che inizia ad ottenere prime forme di regolazione (ad es. rispetto ai reputational feedback system, alla platform economy e nella *digital content directive*), ma necessiterebbe di una disciplina più organica.

New technologies, Internet and Big Data has led to an identity revolution which has required the introduction of new rules to protect privacy and personality. The discipline for the protection of personal data has created new forms of protection for the "dynamic identity", through the rights of the data subject. However, with the growth of algorithmic activity and data-driven business models based on data and algorithms, it appears insufficient. The contract became an instrument to discipline the use of data, which traces the economic importance that they cover. It begins to obtain the first forms of regulation (e.g. with respect to reputational feedback systems, platform economy and digital content directive), but it would need a more organic discipline.

## Sommario

1. La tutela della persona e i diritti degli interessati tra identità dinamica e dinamicità algoritmica. – 2. I reputational feedback system e il ranking. – 3. Data protection e contratto nei data-driven business model. – 4. Qualche conclusione.

## Keywords

privacy - platform - reputational feedback system - digital content - contratto.

---

\* Su determinazione della direzione, in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista, l'articolo è stato sottoposto a referaggio anonimo

## 1. La tutela della persona e i diritti degli interessati tra identità dinamica e dinamicità algoritmica

Con la diffusione delle nuove tecnologie, e in particolare di Internet, dei social network e dei Big Data, si sono moltiplicati i luoghi nei quali sono custodite le informazioni che ci riguardano e che dicono agli altri chi siamo e si è amplificato quell'effetto che Rodotà denominava "frazionamento dell'identità"<sup>1</sup>. Ciò è avvenuto sia in ragione dell'aumento delle relazioni, anche pubbliche, che ciascuna persona intrattiene, sia poiché, alla visione che gli altri soggetti hanno di noi, s'è aggiunta l'immagine che i nostri dati, diffusi sui social network o raccolti da soggetti terzi, riflettono, verso chiunque voglia e possa consultarli. Le informazioni sulla persona sono, inoltre, raccolte in più luoghi diversi e per differenti finalità, il che portava Rodotà ad osservare che, in ambito digitale la persona sembra dispersa e frammentata e, se ricondotta all'unica persona che ha generato tutte le rappresentazioni, reali o virtuali, estremamente dilatata e instabile, in quanto alla mercé degli interessi di chi, di volta in volta, raccoglie i dati ad essa relativi<sup>2</sup>. Si aggiunga, che il dato, riferito o riferibile alla persona, è offerto a chi vi ha accesso in forma "bruta", ovvero senza contestualizzazione, estrapolato in sé e per sé. Al contempo, la cristallizzazione dell'identità nei dati ha alterato la temporalità tradizionalmente connessa al concetto di identità, poiché in Internet, rispetto agli archivi tradizionali, i dati tendono ad essere presentati senza riferimento al criterio temporale. Abbiamo vissuto «una vera rivoluzione dell'identità»<sup>3</sup>, tale che non poteva che assumere rilevanza anche sotto il profilo del diritto, richiedendo un necessario riconoscimento di forme di tutela della persona anche in ambito digitale. I diritti della personalità concernenti le informazioni sulla persona hanno così conosciuto una nuova stagione e, in particolare, il diritto alla riservatezza, disciplinato dal Legislatore europeo con la direttiva 95/46/CE e ora nel regolamento 679/2016, il GDPR.

Citando nuovamente Rodotà, «il riconoscimento del diritto alla protezione dei dati come diritto fondamentale realizza [...] l'obiettivo di mantenere il rapporto tra la persona ed il suo corpo, non più racchiuso nei confini della fisicità e nel segreto della psiche, ma davvero sconfinato, affidato alle infinite banche dati che dicono al mondo chi siamo. Il fatto che altri legittimamente possieda una quota maggiore o minore di nostri dati non gli attribuisce il potere di disporne liberamente. La sovranità sul corpo si concreta nel diritto di accedere ai propri dati ovunque si trovino, di esigere un loro trattamento conforme ad alcuni principi (necessità, finalità, pertinenza, proporzionali-

<sup>1</sup> Cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 173, ove afferma che siamo in presenza di un'identità "dispersa" in quanto "le informazioni riguardanti la stessa persona sono contenute in banche dati diverse, ciascuna delle quali restituisce soltanto una parte o un frammento dell'identità complessiva". Cfr. anche R. Bodei, *Memoria e costruzione della persona*, in *Iride*, 23, 60, 2010, 339ss.; M. B. Ligorio-H. Hermans, *Identità dialogiche nell'era digitale*, Centro Studi Erickson, Milano, 2005, 190 ss.; S. Niger, *Diritto all'informazione, diritti della persona e archivi giornalistici online*, in *federalismi.it*, 11, 2013, 1 ss., che osserva come nel ciberspazio la persona sia "spezzata", dislocata in luoghi diversificati e moltiplicata, sottolineando come tale moltiplicazione non trovi origine nelle scelte dell'individuo, bensì negli interessi che spingono alla raccolta delle informazioni, i quali portano ad una moltiplicazione del Sé in funzione delle necessità del mercato.

<sup>2</sup> Cfr. S. Rodotà, *ivi*, 173 e 319.

<sup>3</sup> Cfr. *ivi*, 139.

tà), di poterne ottenere la rettifica, la cancellazione, l'integrazione. Il corpo elettronico e la sua gestione rimangono nella sfera giuridica della persona<sup>4</sup>».

La protezione dei dati personali diviene, quindi, con i diritti degli interessati, strumento di controllo del "Sé" digitale e il diritto all'oblio e alla cancellazione dei dati il più importante a disposizione della persona per riottenere riservatezza e dimenticanza<sup>5</sup>.

Tali strumenti, tuttavia, si sono rivelati spesso inadeguati a garantire un'effettiva tutela degli interessati, la capacità del consenso al trattamento dei dati di garantire un'effettiva autodeterminazione informativa è stata posta in dubbio e il nuovo GDPR ha adottato un approccio più garantista e pubblicista, facendo dell'accountability e della valutazione del rischio il perno centrale del sistema di protezione<sup>6</sup>.

Al contempo, il diritto all'oblio si è rivelato più complesso rispetto alla mera alternativa tra cancellazione e mantenimento dell'informazione<sup>7</sup>. I motori di ricerca e l'indicizzazione hanno consentito un più facile reperimento dell'informazione e, pertanto, sono stati considerati come maggiormente pregiudizievoli per l'interessato, anche determinando pronunce che imponevano la de-indicizzazione ma non anche la cancellazione dal sito ove l'informazione era stata pubblicata in origine, proprio in ragione della maggior invasività nella sfera individuale permessa da queste tipologie di ricerca abilitate dagli algoritmi.

Si pensi già alla sentenza della Cassazione n. 5525 del 5 aprile 2012<sup>8</sup> - nella quale la Cassazione affermava il «passaggio da una concezione statica a una concezione dinamica della tutela della riservatezza, tesa al controllo dell'utilizzo e del destino dei dati» fornendo ad ogni persona il diritto a mantenere il controllo sulle proprie informazioni – ove la domanda concerneva lo «spostamento di un articolo pubblicato molti anni prima in un'area di un sito Web non indicizzabile dai motori di ricerca» ovvero l'integrazione dello stesso «con le notizie inerenti gli sviluppi successivi della vicenda narrata».

Anche la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia del 24 settembre 2019, C-136/17 apre la strada a una visione meno rigida. Nella pronuncia, infatti, la Corte non soltanto ribadisce i variabili elementi da valutare nella decisione sulla richiesta di cancellazione (la natura e la gravità dell'infrazione di cui trattasi, lo svolgimento e l'esito di tale procedura, il tempo trascorso, il ruolo rivestito da tale persona nella vita pubblica e il suo comportamento in passato, l'interesse del pubblico al momento della richiesta, il contenuto e la forma della pubblicazione nonché le ripercussioni della

---

<sup>4</sup> Cfr. *ivi*, 159.

<sup>5</sup> Sia consentito un rinvio a S. Martinelli, *Diritto all'oblio e motori di ricerca. Memoria e oblio nell'era digitale*, Milano, 2017.

<sup>6</sup> Cfr. *ex multis* F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016; U. Pagallo-P. Casanovas-R. Madelin, *The middle-out approach: assessing models of legal governance in protection, artificial intelligence, and the web of data*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 7, 1, 2019, 1 ss.

<sup>7</sup> Sia consentito un rinvio a Cfr. 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*, 3, 2017, 565 ss. Cfr. anche S. Bonavita, *Deindicizzazione: tecnologie abilitanti ed evoluzione del rapporto tecnologia e diritto*, in *Danno e Responsabilità*, I, 2019, 127 ss.

<sup>8</sup> Cfr. *ex multis* F. Di Ciommo-R. Pardolesi, *Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica. È la Rete, bellezza!*, in *Danno e Responsabilità*, 7, 2012, 701 ss.

pubblicazione per tale persona), che rendono l'oblio un diritto "mobile", da valutarsi sempre caso per caso, ma giunge anche ad affermare che, quand'anche il motore di ricerca ritenga necessario il mantenimento dell'informazione «è in ogni caso tenuto, al più tardi al momento della richiesta di deindicizzazione, a sistemare l'elenco dei risultati in modo tale che l'immagine globale che ne risulta per l'utente di Internet rifletta la situazione giudiziaria attuale, il che necessita, in particolare, che compaiano per primi, nel suddetto elenco, i link verso pagine web contenenti informazioni a tal proposito». L'algoritmo attua, quindi, una nuova rivoluzione, non rilevando più soltanto il mantenimento o la cancellazione, ma anche il peso attribuito all'informazione, la rilevanza che a tale peso viene attribuita e l'effetto che ne consegue, che nel caso del motore di ricerca si concreta nella posizione tra i risultati e nella rappresentazione d'insieme emergente dai risultati forniti.

I dati hanno rivoluzionato l'identità personale e, con essa i diritti della personalità, moltiplicando e disperdendo le informazioni che ci riguardano, ma si potrebbe ora evidenziare una seconda fase di questa rivoluzione che i dati hanno portato, nella quale essi divengono non soltanto informazioni più diffuse e accessibili, bensì anche intensamente rielaborate ad opera degli algoritmi per la creazione di beni e di servizi che si basano e si fondano su di essi.

In questa nuova fase, la "protezione" dei dati personali appare inidonea a regolare la complessità esistente, ove la necessità e la capacità di utilizzare e sfruttare i dati pare divenire centrale per lo sviluppo economico e nella quale all'interrogativo circa la possibilità di trattare o meno determinati dati occorre affiancare una più ampia riflessione su come tali dati possano essere utilizzati e scambiati e su quale sia la disciplina ad essi applicabile in un'ottica più dinamica.

## **2. I reputational feedback system e il ranking**

Particolarmente rappresentativo nell'ottica della "dinamica dei dati" e nell'ambito dei nuovi servizi e delle nuove forme di organizzazione che su di essi si basano è il caso dei reputational feedback system e del ranking. Su di essi si fondano i sistemi di comparazione e di intermediazione online<sup>9</sup> e al loro funzionamento è affidata la reputazione dei soggetti recensiti.

Così come avviene anche per i like e le condivisioni sui social network, i reputational feedback system e il ranking, si basano sui dati forniti e generati dagli utenti nell'utilizzo del servizio e, organizzati e rielaborati dall'algoritmo, sono posti al centro dei nuovi modelli di business della platform economy quali elemento fondamentale per determinare e favorire l'incontro e lo scambio tra gli utenti all'interno della piattaforma.

I reputational feedback system sono generalmente costituiti da combinazioni tra punteggi e commenti testuali e possono riguardare il bene o servizio nel suo insieme o

---

<sup>9</sup> Cfr. C. Busch, *Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, in A. De Franceschi (a cura di), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Cambridge, 2016, 223 ss.; G. Smorto, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2016, 199; A. Thierer, *How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the "Lemons Problem"*, in *University of Miami Law Review*, 70, 2016, 830.

## Saggi - Focus: innovazione, diritto e tecnologia: temi per il presente e il futuro

---

presentare voci differenti (ad es. pulizia, comfort, posizione, etc.). Sono valutazioni individuali e personali che vengono aggregate e mostrate in aggiunta alle informazioni fornite da colui che, sulla piattaforma, offre il bene o servizio. L'aggregazione di queste informazioni e di più valutazioni individuali e personali può essere paragonata a una votazione, in quanto rappresentazione aggregata delle espressioni di singole valutazioni.

Il "rank", che determina l'indicizzazione del bene o servizio, è il risultato di un sistema di classificazione, basato sull'identificazione di alcuni parametri rilevanti per far sì che l'utente che effettua una ricerca possa raggiungere l'informazione, il bene o il servizio desiderato. Per la sua determinazione rilevano i reputational feedback system, ma ad essi si affiancano le analisi sui dati generati dagli utenti nell'utilizzo del servizio (come il numero di visualizzazioni o di processi di acquisto effettivamente conclusi), i criteri inseriti dai programmatori nell'algoritmo (come il mostrare prima i venditori "gold" che, per meriti o maggiori esborsi, hanno acquisito tale status), quelli suggeriti dall'algoritmo stesso (ad esempio, in relazione all'acquisto di prodotti di categorie diverse, ma che spesso vengono acquistati dalle medesime persone), quelli basati sulla storia dello specifico utente (quando Silvia viaggia preferisce la posizione centrale, piuttosto che il comfort), etc.

Ranking e algoritmo, assieme ai reputational feedback system, caratterizzano il servizio, sono alla base del suo funzionamento, determinano il successo o l'insuccesso della piattaforma stessa, ma anche gli acquisti, le vendite, i guadagni dei soggetti che operano a vario titolo al suo interno.

Il Legislatore europeo è intervenuto al riguardo introducendo da un lato alcune norme per la protezione del consumatore, con le modifiche introdotte dalla direttiva 2161/2019, dall'altro con il regolamento 1150/2019 per tutelare i "business users". Si tratta, quindi, di interventi che toccano i rapporti tra le due diverse categorie di utenti e la piattaforma. Per il caso dei motori di ricerca e dei loro rapporti con i "business users" ovvero i «titolari di siti web», in ragione della loro rilevanza anche in assenza di un rapporto contrattuale tra i due soggetti, sono introdotti obblighi di trasparenza mediante pubblicazione di informazioni sul sito web del motore di ricerca<sup>10</sup>.

Il nuovo art. 6-bis, introdotto dalla direttiva 2161/2019 alla direttiva 83/2011, prevede, tra i nuovi obblighi informativi introdotti per i marketplaces, alla lett. a, che siano indicati «i principali parametri che determinano la classificazione delle offerte presentate al consumatore come risultato della sua ricerca sul mercato online». Per "parametri" s'intende «qualsiasi criterio generale, processo, segnale specifico integrato negli algoritmi o qualsiasi altro meccanismo di aggiustamento o di retrocessione utilizzato in connessione con la classificazione»<sup>11</sup>.

Alla direttiva 29/2005, all'art. 7, «Omissioni Ingannevoli», sono aggiunti i commi 4-bis e 6, relativi al *ranking* e alle recensioni. Il primo, prevede che, nel caso in cui sia fornita ai consumatori «la possibilità di cercare prodotti offerti da professionisti diversi o da consumatori sulla base di una ricerca sotto forma di parola chiave, frase o altri dati, indipendentemente dal luogo in cui le operazioni siano poi effettivamente concluse,

---

<sup>10</sup> Cfr. art. 5, parr. 2 ss., del regolamento 1150/2019.

<sup>11</sup> Cfr. Considerando 22 della direttiva 2161/2019.

sono considerate rilevanti le informazioni generali, rese disponibili in un'apposita sezione dell'interfaccia online che sia direttamente e facilmente accessibile dalla pagina in cui sono presentati i risultati della ricerca, in merito ai parametri principali che determinano la classificazione dei prodotti presentati al consumatore come risultato della sua ricerca e all'importanza relativa di tali parametri rispetto ad altri parametri»; il secondo, che ove sia fornito accesso alle recensioni dei consumatori sui prodotti, «sono considerate rilevanti le informazioni che indicano se e in che modo il professionista garantisce che le recensioni pubblicate provengano da consumatori che hanno effettivamente acquistato o utilizzato il prodotto».

Il regolamento 1150/2019 dedica l'art. 5 al ranking o "posizionamento", introducendo obblighi informativi per i servizi di intermediazione online e per i motori di ricerca<sup>12</sup>. Per i servizi di intermediazioni online, nelle condizioni generali di contratto tra la piattaforma e il business user, devono essere indicati «i principali parametri che determinano il posizionamento e i motivi dell'importanza relativa di tali parametri principali rispetto ad altri parametri»<sup>13</sup>. Per i fornitori di motori di ricerca, è introdotto l'obbligo di pubblicare online una loro descrizione «facilmente e pubblicamente accessibile», redatta in un linguaggio semplice e comprensibile e aggiornata<sup>14</sup>. Essa deve indicare i «principali parametri che, individualmente o collettivamente, sono i più significativi per determinare il posizionamento», specificandone «l'importanza relativa». Per entrambe le categorie di servizi considerate, è previsto un onere di trasparenza relativo all'esistenza/possibilità di corrispettivi diretti o indiretti corrisposti dal business user che possano influire sul posizionamento<sup>15</sup>.

Tutte le informazioni sopramenzionate devono essere tali da consentire ai business users di «comprendere chiaramente se, come e in quale misura» il meccanismo di posizionamento tiene conto di alcuni elementi dalla norma elencati. In particolare, si prevede l'obbligo di indicare se il ranking tiene conto: a) delle caratteristiche dei beni e dei servizi offerti; b) della «pertinenza di tali caratteristiche» per i «consumatori», ovvero della profilazione; c) (per i motori di ricerca) delle «caratteristiche grafiche del sito web», nella versione in inglese «design characteristics», che parrebbe riferirsi agli elementi tecnici e grafici, di web design, che possono incidere sull'indicizzazione<sup>16</sup>.

L'assolvimento di tali oneri informativi non implica l'obbligo di rivelare l'algoritmo<sup>17</sup>. Inoltre, al fine di evitare che una spiegazione troppo dettagliata o la rivelazione di

---

<sup>12</sup> Cfr. art. 2, c. 1, n. 5, del regolamento 1150/2019, che definisce "online search engine" o "motore di ricerca online" un servizio digitale che «consente all'utente di formulare domande al fine di effettuare ricerche, in linea di principio, su tutti i siti web, o su tutti i siti web in una lingua particolare, sulla base di un'interrogazione su qualsiasi tema sotto forma di parola chiave, richiesta vocale, frase o di altro input, e che restituisce i risultati in qualsiasi formato in cui possono essere trovate le informazioni relative al contenuto richiesto». Per il caso dei motori di ricerca e dei loro rapporti con i business users ovvero i "titolari di siti web", in assenza di un rapporto contrattuale tra i due soggetti, e sono introdotti obblighi di trasparenza mediante pubblicazione di informazioni sul sito web del motore di ricerca.

<sup>13</sup> Cfr. art. 5, par. 1, del regolamento.

<sup>14</sup> Cfr. art. 5, par. 2.

<sup>15</sup> Cfr. art. 5, par. 3.

<sup>16</sup> Cfr. art. 5, par. 5.

<sup>17</sup> Cfr. art. 5, par. 6.

## Saggi - Focus: innovazione, diritto e tecnologia: temi per il presente e il futuro

---

alcune caratteristiche relative al funzionamento del ranking possano essere utilizzate dagli utenti per manipolare il sistema e falsare il rank (con danno per il mercato, la concorrenza e i consumatori) viene specificato che i fornitori di tali servizi non sono tenuti a rivelare «informazioni che, con ragionevole certezza, si tradurrebbero nella possibilità di trarre in inganno i consumatori o di arrecare loro danno attraverso la manipolazione dei risultati di ricerca». È precisato, altresì, che resta impregiudicata la direttiva 943/2016. Si prevede, inoltre, che la Commissione elabori orientamenti in materia di trasparenza per precisare ulteriormente gli obblighi informativi<sup>18</sup>.

Infine, si rinviene, al quarto comma, un ulteriore obbligo informativo per il motore di ricerca, per il caso di rimozione o modifica del posizionamento effettuata a seguito di una segnalazione ricevuta da parte di terzi. In tal caso, è prevista la possibilità per il titolare del sito web di «prendere visione del contenuto della segnalazione». Non è chiaro se tale previsione implichi altresì un obbligo di notifica o comunicazione della rimozione o modifica nel posizionamento al titolare del sito web. Non è chiaro, inoltre, come tale previsione vada coordinata con le norme in materia di gestione dei contenuti illeciti da parte delle piattaforme (data protection, copyright, hate speech, terrorismo, etc.).

Lo stesso regolamento introduce all'art. 7, obblighi informativi concernenti i trattamenti differenziati eventualmente posti in essere rispetto ad alcune categorie di utenti, in relazione all'accesso e ai servizi forniti, ai corrispettivi diretti e indiretti, alle condizioni e al posizionamento, indicando anche le «principali considerazioni di ordine economico, commerciale o giuridico per tale trattamento differenziato».

Gli interventi del Legislatore europeo recepiscono un'esigenza di trasparenza, cui viene dato riscontro con l'introduzione di obblighi informativi nelle condizioni generali di contratto, mediante interventi e normative differenziate per i consumatori e i "business users", nonché con obblighi di informazione più generali, in assenza del contratto, rispetto ai motori di ricerca. Il regolamento 1150/2019 recepisce l'esigenza di porre dei contrappesi al potere delle piattaforme e dei limiti all'autonomia privata con riguardo a tali soggetti, tutelando un utente che, pur non essendo consumatore né lavoratore, si trova in una condizione di debolezza.

Un diverso approccio è stato prospettato nel "Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms", elaborato dal Research Group on the Law of Digital Services dell'European Law Institute<sup>19</sup>, che ha proposto un intervento normativo volto a regolare le "online intermediary platforms" nel loro insieme, successivamente

---

<sup>18</sup> Cfr. art. 5, par. 7. Infine, si rinviene, al quarto comma, un ulteriore obbligo informativo per il motore di ricerca, ma non anche per il servizio di intermediazione, per il caso di rimozione o modifica del posizionamento effettuata a seguito di una segnalazione ricevuta da parte di terzi. In tal caso, è prevista la possibilità per il titolare del sito web di «prendere visione del contenuto della segnalazione». Non è chiaro se tale previsione implichi altresì un obbligo di notifica o comunicazione della rimozione o modifica nel posizionamento al titolare del sito web. Non è chiaro, inoltre, come tale previsione vada coordinata con le norme in materia di gestione dei contenuti illeciti da parte delle piattaforme (data protection, copyright, hate speech, terrorismo, etc.). Non è chiaro, infine, perché una simile disposizione, ove ritenuta necessaria, non debba applicarsi anche al servizio di intermediazione online.

<sup>19</sup> Cfr. C. Busch et al. (a cura di), *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms. Commentary*, Jagiellonian University Press, Krakow, 2019; Research group on the Law of Digital Services, *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*, in *European Consumer and Market Law*, 4, 2016, 164–169. Si

rielaborato nelle “Model Rules on Online Platforms”<sup>20</sup> che hanno recepito stimoli e commenti, proponendo un insieme di disposizioni volte a regolare la platform economy, non più nella forma della direttiva ma come model rules che possano fungere da modello per legislatori nazionali, europeo e internazionali, o da fonte d’ispirazione per l’autoregolamentazione e la standardizzazione.

Nelle Model Rules, cui si limita l’analisi poiché più complete, sono dedicati ai reputation system tre articoli: Article 5, General Requirements for Reputation Systems; Article 6, Criteria of Professional Diligence for Reputation Systems; Article 7, Portability of Reviews.

L’art. 5 prevede che la piattaforma che fornisca un reputation system sia tenuta a fornire informazioni «*about how the relevant information is collected, processed and published as reviews*», nonché che il reputational feedback system debba essere conforme agli standard di diligenza professionale («*must comply with the requirements of professional diligence*»). Il riferimento alla diligenza professionale, da affiancare agli obblighi informativi, ha il pregio di consentire graduazione, flessibilità e adattabilità in relazione al potere economico della piattaforma considerata, alle specificità del modello di business e alla tecnologia utilizzata, con adeguamento alle sue evoluzioni, avendo quale riferimento lo stato dell’arte. In tal modo, sistemi di certificazione, norme ISO<sup>21</sup> e standard tecnici di settore potranno svilupparsi per la sua specificazione e concretizzazione.

Il terzo comma dell’art. 5 prevede, inoltre, una regola al riguardo: la presunzione di soddisfazione dello standard della diligenza professionale («*A reputation system is presumed to comply with the requirements of professional diligence*») ove siano adottati e soddisfatti gli standard richiesti da standardisation organisation nazionali, europee o internazionali o ove siano soddisfatti i criteri di cui all’articolo 6.

All’art. 6 sono elencati i seguenti criteri di valutazione dell’operato delle piattaforme:

- a) se la piattaforma afferma che le recensioni sono redatte da veri consumatori è tenuta a adottare misure ragionevoli e proporzionate per verificare che le recensioni siano basate su uno scambio effettivamente avvenuto;
- b) se la piattaforma afferma che le revisioni si basano su una transazione verificata, deve assicurarsi che la recensione sia stata redatta da una delle parti partecipanti allo scambio;
- c) se la piattaforma è a conoscenza o dovrebbe essere a conoscenza del fatto che l’autore della recensione ha ricevuto dei benefici per redigerla, deve indicarlo; se il beneficio concerne il merito della recensione, positiva o negativa, la piattaforma è tenuta ad assicurarsi che la recensione non venga pubblicata o venga cancellata;
- d) le recensioni possono essere rifiutate o rimosse solo per un motivo legittimo, informando l’autore del rifiuto o della rimozione e specificandone i motivi<sup>22</sup>;
- e) le recensioni devono essere pubblicate senza indebito ritardo;

---

vedano, in particolare, Part. 6, “Transparency of Listing”, e all’art. 8, “Reputational Feedback Systems”.

<sup>20</sup> C. Busch et al., *The ELI Model Rules on Online Platforms*, in *European Consumer and Market Law*, 9, 2, 2020, 61 ss.; European Law Institute, *Model Rules on Online Platforms. Report of the European Law Institute*.

<sup>21</sup> Cfr. ISO 20488:2018, *Online customer reviews. Principles and requirements for their collection, moderation and publication*.

<sup>22</sup> Viene, altresì, specificato che l’obbligo di motivazione non deve essere considerato tale da indurre la

## Saggi - Focus: innovazione, diritto e tecnologia: temi per il presente e il futuro

---

- f) le recensioni devono indicare la data del giorno in cui sono state redatte; l'ordine o nel quale le recensioni sono presentate per impostazione predefinita e l'importanza relativa attribuita non devono essere fuorvianti; la piattaforma deve fornire agli utenti informazioni facilmente accessibili sui parametri principali che determinano l'ordine, in cui vengono presentate le recensioni o l'importanza relativa attribuita, nonché offrire la possibilità di visualizzare le recensioni in ordine cronologico;
- g) se il reputation system mostra le recensioni relative ad un periodo determinato, la piattaforma deve indicare il periodo di riferimento, il quale deve essere ragionevole e comunque non inferiore agli ultimi 12 mesi;
- h) se le singole revisioni vengono combinate in un punteggio consolidato, il metodo di calcolo utilizzato non deve portare a risultati fuorvianti e deve essere indicato il numero delle recensioni totali; se la valutazione consolidata viene calcolata sulla base di fattori diversi dalla media numerica delle recensioni, la piattaforma deve informare gli utenti su tali fattori; se le recensioni vengono visualizzate solo per un periodo di tempo fisso, le recensioni che non vengono mostrate non devono essere utilizzate neanche per il calcolo della valutazione consolidata;
- i) la piattaforma deve fornire gratuitamente meccanismi che consentano di rispondere alle recensioni e segnalare eventuali abusi.

Infine, l'articolo 7 delle Model Rules introduce un diritto alla portabilità delle recensioni e, quindi, del patrimonio reputazionale acquisito. Se le recensioni e il ranking acquisiscono, nei nuovi ecosistemi, tale centrale importanza, è evidente che, ove la reputazione acquisita non possa essere trasferita o convertita nel passaggio da una piattaforma ad un'altra, si determina un nuovo effetto lock-in, in mercati nei quali, come si è detto, già esistono importanti effetti network. Lo sviluppo di meccanismi che consentano la portabilità della reputazione da una piattaforma ad un'altra, anche mediante l'utilizzo di terze parti di fiducia, diviene, quindi, fondamentale per tutelare la concorrenza<sup>23</sup>.

Il caso dei reputational feedback system e del ranking, la prima forma di regolazione sopradescritta e quella prospettata nella Model Rules, evidenziano chiaramente la maggiore complessità ormai esistente, che va ben al di là della mera alternativa tra cancellazione e mantenimento dell'informazione.

---

piattaforma a divulgare informazioni che potrebbero essere utilizzate per manipolare il *reputation system*.

<sup>23</sup> Le Model Rules prevedono che la piattaforma debba predisporre "facilities" che consentano il trasferimento delle recensioni in un formato che sia «structured, commonly used and machine-readable». Tale possibilità deve essere offerta almeno ogni mese e al termine del contratto. La piattaforma è tenuta ad informare l'utente, prima della conclusione del contratto, in merito ai processi, ai requisiti tecnici, alle tempistiche e ai costi applicabili necessari per l'esercizio della portabilità. Con riguardo alla piattaforma ricevente, si prevede un obbligo di verifica delle recensioni, volto a controllare che siano state raccolte secondo la diligenza professionale, nonché l'obbligo di indicare che quelle recensioni sono state generate su una piattaforma diversa. La circolazione delle recensioni e dei ranking tra piattaforme comporta il rischio di utilizzi distorti del diritto alla portabilità, volti a falsare la concorrenza introducendo recensioni false. L'adozione di standard il più possibile omogenei per i reputation systems, anche mediante l'utilizzo della standardizzazione, dovrebbe diminuire i rischi e favorire l'affidabilità dei sistemi reputazionali nel loro complesso. Cfr. European Parliament, Resolution of 15 June 2017 on a European Agenda for the collaborative economy, 2017/2003(INI), che evidenzia l'importanza della portabilità del rating e delle recensioni, che costituiscono un "digital market value", da effettuarsi nel rispetto della privacy e della protezione dei dati di tutti i soggetti coinvolti.

Tali sistemi reputazionali e di indicizzazione, basati su dati e algoritmi, hanno superato il mero intento informativo, andando a costituire la base portante di nuovi modelli di business e di nuovi mercati.

Si tratta, inoltre, di norme volte alla regolazione di sistemi informativi basati su algoritmi che vengono regolati nell'ambito del diritto contrattuale.

### **3. Data protection e contratto nei data-driven business model**

Alcuni studiosi hanno evidenziato come «La commercializzazione dei dati personali ha accelerato il processo di mercificazione degli individui, che sono visti sempre più come una massa di informazioni da raggruppare o dividere a seconda dell'uso commerciale che si intende farne»<sup>24</sup>. Altri, denominando tale fenomeno come “svendita della privacy” – ove non addirittura come “fine della privacy” – si sono mostrati preoccupati per la facilità con la quale gli utenti tendono ad acconsentire al trattamento dei propri dati personali, senza comprenderne la reale importanza<sup>25</sup>. Tuttavia, è ormai innegabile che i dati hanno assunto un valore economico rilevante, che sono scambiati come controprestazione in cambio di servizi, nonché sono posti alla base del funzionamento di interi modelli di business, ben rappresentati ma non limitati ai social networks, alla platform economy e ai business model basati su ranking e reputational feedback system<sup>26</sup>.

Ove i dati rientrino nell'ambito della definizione di dati personali si applicherà il regolamento 679/2016 per la protezione dei dati personali delle persone fisiche e la libera circolazione dei dati, cosiddetto GDPR<sup>27</sup>. Tuttavia, anche nell'ambito contrattuale (e anche con riguardo al trattamento di dati non personali), rivestono una centrale importanza le questioni concernenti quali dati siano raccolti, come siano utilizzati, chi può accedervi e chi può scaricarli e utilizzarli; anche qualora non si tratti di dati personali. In quest'ottica, i diritti più rilevanti concernenti i dati, sono il diritto di accesso e il diritto alla portabilità del dato, mentre il diritto all'oblio diviene un limite nell'utilizzo dei dati, un diritto di recesso dalla prestazione della fornitura dei dati sempre esercitabile

---

<sup>24</sup> S. Niger, *Sorveglianza e nuovi diritti di libertà*, in G. Finocchiaro (a cura di), *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritti pubblico dell'economia*, XLVIII, Padova, 2008.

<sup>25</sup> Per una ricostruzione delle principali voci su questo tema si veda G. Ziccardi, *Internet controllo e libertà*, Milano, 2015, 143 ss.

<sup>26</sup> Nella platform economy, ad esempio, i dati rilevano per la realizzazione dei match, la descrizione di prodotti e servizi, la profilazione dei customers, il ranking e i reputational feedback system. Cfr. S. P. Choudary, *Platform Scale*, Platform Thinking Labs, 2015; G. G. Parker et al., *Platform Revolution. How networked markets are transforming the economy and how to make them work for you*, New York, 2016; M. E. Stucker-A. P. Grunes, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, 2016; M. Zeng, *Smart Business. I segreti del successo di Alibaba*, Milano, 2018.

<sup>27</sup> Sia consentito un rinvio a S. Martinelli, *Commento all'art. 4 del GDPR (Definizioni)*, in E. Gabrielli (diretto da), A. Barba-S. Pagliantini (a cura di), *Commentario del Codice Civile, Modulo Delle Persone*, II, Milano, 2019.

dall'interessato<sup>28</sup>.

Il diritto alla portabilità dei dati, in particolare, di cui all'art. 20 del GDPR e che consiste nel diritto di ricevere in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico i dati personali che lo riguardano forniti a un titolare del trattamento<sup>29</sup>, è ancora uno dei diritti degli interessati meno utilizzato, sviluppato e sfruttato, ma costituisce una delle sfide più urgenti per ridurre gli effetti lock-in e favorire la concorrenza in un mercato fortemente accentrato e potrebbe trovare estensione anche oltre la definizione di dato personale.

Alcune normative europee di nuova introduzione sono intervenute per regolare i dati anche in ambito contrattuale. Essi sono oggetto di alcune disposizioni della Digital Content Directive (direttiva 770/2019), nell'ambito della tutela dei consumatori, nonché del regolamento 1150/2019, per la protezione dei business users<sup>30</sup>.

Al Considerando 24 della Digital Content Directive, in particolare, è evidenziato che spesso il consumatore non paga un prezzo per il servizio fornendo, invece, i suoi dati; nonché che i dati, pur non potendo essere considerati una merce, essendo la protezione dei dati personali un diritto fondamentale, possono essere oggetto di rimedi contrattuali. Viene per la prima volta affermato, quindi, che la direttiva dovrebbe applicarsi «ai contratti in cui l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o servizi digitali al consumatore e in cui il consumatore fornisce, o si impegna a fornire, dati personali» quale controprestazione<sup>31</sup>.

All'art. 16 della direttiva, dedicato agli obblighi dell'operatore economico verso il consumatore in caso di risoluzione, sono, inoltre, previste disposizioni relative al destino dei dati e dei contenuti digitali<sup>32</sup>.

L'operatore economico è tenuto ad astenersi «dall'utilizzare qualsiasi contenuto diverso dai dati personali che sia stato fornito o creato dal consumatore nell'ambito dell'utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dall'operatore economico, fatto salvo il caso in cui tale contenuto:

- a) sia privo di utilità al di fuori del contesto del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dall'operatore;
- b) si riferisca solamente all'attività del consumatore nell'utilizzo del contenuto digitale

---

<sup>28</sup> Cfr. S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto*, Torino, 2018, 171 ss; C. Bedir, *Contract Law in the Age of Big Data*, in *European Review of Contract Law*, 16, 3, 2020.

<sup>29</sup> Cfr. M. E. Stucker - A. P. Grunes, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, 2016; I. Graef-M. Husovec-N. Purtova, *Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging Concept in EU Law*, in *German Law Journal*, 19, 6, 2018, 1359 ss.; I. Graef-J. Verschakelen-P. Valcke, *Putting the right to data portability into a competition law perspective*, in *The Journal of the Higher School of Economics*, Annual Review, 53 ss., 2013; S. Martinelli, *Sharing Data and Privacy in the Platform Economy: The Right to Data Portability and «Porting Rights»*, in L. Reins (a cura di), *Regulating New Technologies in Uncertain Times*, The Hague, 2019, 113 ss.

<sup>30</sup> Cfr. C. Cauffman, *New EU rules on business-to-consumer and platform-to-business relationships*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 26, 4, 2019, 469 ss.; A. Palmieri, *Profili giuridici delle piattaforme digitali*, Torino, 2019; C. Twigg-Flesner, *The EU's Proposals for Regulating B2B Relationships on online platforms – Transparency, Fairness and Beyond*, in *European Consumer and Market Law*, 7, 6, 2018, 222 ss.

<sup>31</sup> Cfr. S. Lohsse - R. Schulze, D. Staudenmayer (a cura di), *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?* Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy, Oxford, 2020; S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto*, Torino, 2018.

<sup>32</sup> Il secondo comma dell'articolo fa comunque salva l'applicazione del regolamento 679/2016.

o del servizio digitale fornito dall'operatore;

c) sia stato aggregato dall'operatore economico ad altri dati e non possa essere disaggregato o comunque non senza uno sforzo sproporzionato; o

d) sia stato generato congiuntamente dal consumatore e altre persone, e altri consumatori possano continuare a utilizzare il contenuto»<sup>33</sup>.

Escluse le ipotesi di cui alle lettere a, b e c, l'operatore economico è tenuto a mettere a disposizione del consumatore, su richiesta dello stesso, gratuitamente e senza impedimenti, entro un lasso di tempo ragionevole e in un formato di uso comune e leggibile da dispositivo automatico, «i contenuti diversi dai dati personali, che sono stati forniti o creati dal consumatore durante l'utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dall'operatore economico»<sup>34</sup>.

Il regolamento 1150/2019 dedica ai dati l'articolo 9, imponendo obblighi informativi, sia rispetto ai dati trattati e ai dati ai quali il business user può avere accesso.

Le piattaforme sono tenute a inserire nelle condizioni generali di contratto «una descrizione relativa all'accesso tecnico e contrattuale» ai dati personali o non personali forniti dai business users o dai consumatori forniti o generati nell'utilizzo del servizio; oppure, ove non venga fornita la possibilità di eseguire tale accesso, una dichiarazione in tal senso<sup>35</sup>. La descrizione deve informare il business user in merito:

a) alla possibilità per la piattaforma di intermediazione di accedere ai dati, personali e non personali forniti o generati dai consumatori e dai business users per l'utilizzo dei servizi di intermediazione online, specificando le categorie di dati interessate e le condizioni;

b) alla possibilità per il business user di accedere ai medesimi dati, specificando le categorie e le condizioni;

c) la possibilità di accedere a tali dati in forma aggregata («forniti o generati mediante la fornitura di servizi di intermediazione online a tutti gli utenti commerciali e ai relativi consumatori»), con specificazione;

d) alla fornitura a terzi dei dati di cui alla lett. a specificando al contempo, ove tale fornitura a soggetti terzi non sia necessaria per l'esecuzione del contratto, la finalità di tale condivisione e le possibilità di cui i business users dispongono «per esimersi da tale condivisione dei dati»<sup>36</sup>.

Entrambe le disposizioni citate, art. 16 della direttiva e art. 9 del regolamento forniscono dettagliate discipline in relazione ai dati. Rispetto al consumatore, con riguardo al momento della conclusione del rapporto, prevedendo l'astensione dall'utilizzo ulteriore dei dati da parte del provider, con ampie esclusioni, nonché il diritto del consumatore di ricevere i dati, anch'esso correlato da esclusioni. Rispetto al business users, invece, la regolazione si è incentrata sulla trasparenza in relazione ai dati trattati e sui diritti di accesso a tali dati.

L'attenzione all'accesso per i business user e all'interruzione del rapporto rispetto ai consumatori ricalca quelli che sono i preminenti interessi delle due categorie e risente

---

<sup>33</sup> Cfr. art. 16, par. 4, della direttiva.

<sup>34</sup> Cfr. art. 16, par. 4-5, della direttiva.

<sup>35</sup> Cfr. art. 9, par. 1, del regolamento.

<sup>36</sup> Cfr. art. 9, par. 2, del regolamento.

del fatto che per il consumatore, essendo egli necessariamente anche interessato, è già destinatario dell'informativa sul trattamento in relazione ai dati personali trattati, tuttavia pare che vi sia, ad avviso di chi scrive, la necessità di una regolamentazione più ampia e uniforme tra le due categorie di soggetti, entrambi utenti della piattaforma o servizio digitale.

#### **4. Qualche conclusione**

Alla luce del quadro descritto, pur mantenendo distinte le due discipline (quella relativa al trattamento dei dati personali e quella relativa alla disciplina contrattuale del rapporto)<sup>37</sup>, si immagina un'espansione della regolazione contrattuale concernente i dati, personali e non personali, strumento principe per la gestione del valore del dato dal punto di vista economico, e si ipotizza, de iure condendo, una più completa e dettagliata disciplina dei diritti e dei rapporti concernenti dati, in particolare a tutela degli utenti, contraenti deboli in un rapporto contrattuale sbilanciato.

Tale disciplina dovrebbe dialogare con la protezione dei dati personali e distinguere tra le ipotesi di dati personali e non personali e, in ogni caso, ricomprendere:

- un obbligo di informativa sui dati, personali e non personali, che il fornitore del servizio tratta, con specificazione delle categorie e delle finalità;
- un obbligo di informativa relativo ai soggetti terzi che hanno accesso a tali dati, con specificazione delle categorie di dati e delle finalità della condivisione e delle possibilità di cui gli utenti dispongono per esimersi da tale condivisione dei dati;
- un obbligo di informativa sulla possibilità di accedere a tali dati in forma aggregata;
- i diritti di accesso dell'utente a tali dati, personali e non personali, con possibilità di introdurre diritti di accesso garantiti e non modificabili in pejus contrattualmente;
- il diritto alla portabilità dei dati, in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico, da dettagliarsi con riguardo alla tipologia di dati oggetto del diritto e alle modalità tecniche, e da rendere non modificabile contrattualmente, almeno con riguardo ad alcune categorie di dati, al fine di favorire la concorrenza e diminuire il lock-in;
- le conseguenze del diritto alla revoca del consenso e dell'esercizio del diritto alla cancellazione dei dati personali, da regolarsi in conformità alla disciplina per la tutela dei dati personali, facendo pienamente salvo il diritto all'autodeterminazione informativa e il potere di disporre dei dati che ci riguardano<sup>38</sup>;
- un obbligo informativo relativo all'utilizzo dei dati al termine del rapporto concernente: la possibilità di accedervi e il tempo del mantenimento del diritto di accesso e alla portabilità;
- nullità delle disposizioni contrattuali volte ad impedire l'utilizzo dei dati oggetto del diritto alla portabilità, con esclusioni;
- definizione di strumenti e misure sanzionatorie efficaci per garantire il rispetto delle norme sopradescritte anche in un contesto di forte squilibrio contrattuale.

---

<sup>37</sup> S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto*, Torino, 2018, 159.

<sup>38</sup> Ivi, 153 ss.

Lungi dal trarre conclusioni definitive rispetto alla regolazione di un mercato ancora poco studiato e in veloce divenire, s'intende contribuire all'animare una più ampia riflessione sulla disciplina applicabile ai dati nel loro utilizzo, che pur trovando i suoi limiti nella tutela della persona e della sua personalità, necessita di adeguate forme di tutela che non possono prescindere dal riconoscimento del loro valore economico.

Una possibile disciplina contrattuale dell'utilizzo dei dati così abbozzata dovrebbe poi essere affiancata da una diversa disciplina concernente l'algoritmo e, quindi, l'utilizzo del dato, in una dimensione dinamica<sup>39</sup>, fondata sui principi dell'accountability e dalla valutazione del rischio<sup>40</sup>, affiancate da dettagliati normativi relativi ad alcune applicazioni specifiche, rispetto ai quali la normativa sopradescritta in materia di reputational feedback system può costituire un primo esempio.

---

<sup>39</sup> Cfr. P. Palka, *Data Management Law for the 2020s: the Lost Origins and the New Needs*, in *Buffalo Law Review*, 2, 68, 2020, 559 ss.

<sup>40</sup> Cfr. A. Koene et al., *A governance framework for algorithmic accountability and transparency*, EPRS, 2019; C. Busch, *Algorithmic Regulation and (Im)Perfect Enforcement in the Personalized Economy*, in C. Busch-A. De Franceschi, *Handbook on Personalized Law*, Oxford, 2020.