

UP COLLANA DELL'UNIONE DEI PRIVATISTI



Mercato digitale e tutela dei consumatori Prove di futuro

a cura di
Giuseppe Grisi e Sara Tommasi



G. Giappichelli Editore – Torino

PRESENTAZIONE

di Sara Tommasi

Il presente volume raccoglie relazioni ed interventi svolti nel Convegno che si è tenuto a Lecce il 17 e 18 giugno 2022 sul tema “Mercato digitale e tutela dei consumatori”; organizzato dall’Unione dei Privatisti in collaborazione con l’Università del Salento e il Dipartimento di Scienze Giuridiche di detto Ateneo, è stato uno dei primi in Italia sul c.d. *Digital Services Act* e ha visto coinvolti prestigiosi studiosi italiani ed europei.

Sono stati giorni di vivace e stimolante discussione sulla recente attività normativa dell’Unione europea, impegnata ad elaborare un regolamento relativo a un mercato unico dei servizi digitali.

Articolato in due sessioni, il convegno ha cercato di dare risposta a due interrogativi: “Quale mercato digitale?” e “Un *New Deal* per la tutela del consumatore?”. Legata al primo è l’impressione che il diritto possa fare molto per ridurre i rischi e massimizzare i vantaggi inevitabilmente correlati all’inarrestabile sviluppo tecnologico, ma chiedergli di trovare la soluzione di ogni problema sarebbe troppo. Il tema delle tutele si dimostra spinoso, specialmente quando ci si confronta con normative europee e, per di più, riguardanti un settore, come quello del mercato digitale, in continua trasformazione. Realisticamente, dunque, frenando l’ambizione, ci si è cimentati in “prove di futuro” e i risultati – devo confessare – sono andati al di là delle aspettative.

I temi su cui la riflessione si è appuntata sono svariati e tutti di prima grandezza.

Si è rivolta attenzione, in particolare, alla strategia europea per il digitale e al ruolo delle piattaforme *online* e dei motori di ricerca, sempre più difficilmente riconducibili, specialmente se di grandi dimensioni, ad intermediari “meramente passivi” di servizi digitali.

L’angolo di osservazione scelto è stato quello della tutela dei consumatori, vittime, spesso inconsapevoli, di pratiche di distorsione comportamentale.

Inevitabile è stato il confronto con la nota direttiva 2000/31/CE che il *Digital Services Act* modifica, dopo 22 anni, dando vita ad un quadro relativo al com-

mercio elettronico completamente diverso da quello di inizio millennio, non solo perché caratterizzato da servizi digitali innovativi, ma anche per il configurarsi di nuovi modelli di *business* nel quale alcuni operatori indirizzano le scelte dei consumatori e, di fatto, controllano l'accesso e la permanenza sul mercato delle imprese.

Sono emerse nuove problematiche legate alla portata di "audience" delle piattaforme *online*, alla capacità degli algoritmi di amplificare la diffusione dei messaggi e all'uso sempre più frequente di sistemi di raccomandazione. Ma inevitabile è stato anche il confronto con nuove dimensioni di problematiche tradizionali, come quelle della responsabilità anche per trattamento illecito dei dati personali, delle pratiche commerciali scorrette e del diritto dei consumatori tra *public* e *private enforcement*.

Doverosi sono i ringraziamenti, che indirizzo: agli illustri studiosi che, con la loro fattiva partecipazione al convegno, hanno consentito all'Università del Salento di dare un contributo significativo allo sviluppo del dibattito europeo su una riforma ancora poco conosciuta in Italia e destinata ad avere un forte impatto internazionale; all'Unione dei Privatisti e al suo Presidente, cui sono grata per l'ausilio offertomi nella progettazione scientifica dell'evento e nella curatela del presente volume; all'Ordine degli Avvocati di Lecce, in particolare nella persona del collega Prof. Avv. Antonio De Mauro, che si è generosamente speso per assicurare la realizzazione e il buon esito del convegno; al Salento, terra di mille risorse, e ai molti enti operanti nel territorio che, dimostrando interesse e grande sensibilità, hanno anch'essi fornito un apporto rilevante all'organizzazione dell'iniziativa: alludo alla R.I. Group S.p.A., alla Banca Popolare Pugliese, alla Banca di Credito Cooperativo di Leverano-Gruppo BCC Iccrea, all'associazione dei consumatori Adusbef, al Risorgimento Resort di Lecce, alla Masseria Provenzani, alla Regione Puglia e alla Provincia di Lecce.

Un ringraziamento speciale va alla segreteria organizzativa composta da Tommaso Pellegrini, Valeria Oliva e Maria Vittoria Trincherà. L'opera di queste ultime è la dimostrazione che gli studenti sono la più preziosa ricchezza dei docenti: Valeria e Maria Vittoria, infatti, adesso affermate professioniste, sono state studentesse del Corso di Diritto dei consumatori e del mercato da me tenuto nel Dipartimento di Scienze Giuridiche.

Concludo osservando come il convegno abbia aperto la strada alla costituzione, presso il Dipartimento ora citato, di un'unità di ricerca, da me coordinata, su "Mercato Digitale e Tutela del Consumatore", tra le cui attività va ad inserirsi il progetto dal titolo "Market and consumer protection", che ha concorso, con successo, al Bando Prin 2022 PNRR. Non mancherà occasione, dunque, di saggiare gli esiti delle "prove di futuro" fatte a Lecce l'anno scorso.

SEZIONE I

QUALE MERCATO DIGITALE?

PIATTAFORME E CONTENT MODERATION: FRA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE ED AUTONOMIA PRIVATA

di Ugo Ruffolo

SOMMARIO: 1. La novità del fenomeno piattaforme: necessità di un nuovo “ecosistema normativo” o ricorso alla disciplina generale nel bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero, libertà di stampa e libertà d’impresa? – 2. La centralità del ruolo dell’autonomia privata nella disciplina dei poteri di *content moderation* delle piattaforme. – 3. Quali comunicazioni *online* sono equiparabili alla “*stampa*”, con conseguente estensione ad esse anche della immunità da censura *ex art. 21*, commi 2 e 3, Cost.? – 4. *Fake news, deepfake e deepnude*: fra provvedimenti inibitori e potere di *content moderation* delle piattaforme (cenni).

1. *La novità del fenomeno piattaforme: necessità di un nuovo “ecosistema normativo” o ricorso alla disciplina generale nel bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero, libertà di stampa e libertà d’impresa?*

Il fenomeno “piattaforme” unisce il “nuovo” all’“antico”, imponendo al giurista riflessioni riguardanti tanto il pianeta dei *media* tradizionali – dalla stampa gutemberghiana, sino al più recente mezzo radio-televisivo – quanto le diromponenti innovazioni introdotte dal digitale e anche dall’impiego, sempre più diffuso, di sistemi di Intelligenza Artificiale.

Una delle novità del fenomeno riguarda, senza dubbio, il ruolo interattivo dell’utente, il quale assume ora la duplice veste di fruitore del servizio ed autore di contenuti, elevandosi da mero *consumer* a “*prosumer*”. Dal canto suo, la piattaforma – ben lontana dall’essere una semplice “lavagna” a disposizione dell’utente e neutro intermediario, erogatore di servizi – interviene sui contenuti pubblicati moderandoli, vagliandoli, selezionandoli, catalogandoli e, ove necessario, “etichettandoli” (come nel caso dei *deepfake*) ed altresì rimuovendoli, laddove in contrasto con previsioni normative o termini di servizio, o ancora in ottemperanza a provvedimenti giudiziari o autoritativi.

Risulta allora evidente come l’utente-consumatore subisca, tanto nei ruoli at-

tivi quanto in quelli passivi del comunicare in rete, forme di intermediazione manipolatrice da parte della piattaforma; la quale, pur senza aggiungere contenuto alcuno, ma filtrando quelli in entrata, distribuendo secondo profilazione quelli in uscita e condannando alla *damnatio memoriae* quelli soppressi, può riuscire ad alterare coscienza e conoscenza dell'utente medesimo, confinandolo in una distorsiva "bolla" capace di falsarne gli orientamenti ideologici, politici e di mercato.

A fronte dell'incontrollato potere che potrebbe così astrattamente configurarsi in capo alle piattaforme – anche in ragione della loro concentrazione oligopolistica – e sulla base del principio secondo il quale «*ciò che è illecito offline deve essere illecito anche online*» (che considera, dunque, la rete quale nuova agorà, spazio immateriale da equiparare alla piazza come luogo fisico), occorre interrogarsi su quali siano i limiti di compatibilità con i diritti fondamentali di libertà di pensiero e di parola che incontra l'attività di c.d. "*content moderation*" esercitata dalle piattaforme medesime; e su quali siano le regole più adeguate a disciplinare il fenomeno, vagliando la possibilità di fare ricorso a categorie concettuali, norme-base e criteri di logica giuridica già esistenti, senza la necessità di introdurre un "ecosistema normativo" completamente nuovo.

Anticipando le brevi riflessioni che verranno svolte nel prosieguo, e rinviando ad altre sedi per una più articolata analisi del complesso fenomeno, parrebbe potersi affermare che, anche alla luce dei recenti sviluppi in sede unionale (ed in particolare della disciplina prevista dal *Digital Service Act* e dal *Digital Markets Act*), le innovazioni normative necessarie potrebbero essenzialmente limitarsi ad una disciplina *lato sensu* regolamentare ed "amministrativa", di adeguamento delle regole "tecniche" e della normazione di dettaglio. Per contro, il generale fenomeno potrebbe trovare sufficiente governo mediante la logica e la disciplina codicistica – integrata da quella consumeristica e dei contratti – nella quale confluiscono anche i limiti desumibili sia dalla efficacia "orizzontale" delle norme costituzionali (tra le quali l'art. 21 Cost.), sia dalla figura dell'"ordine pubblico" (anche dalle medesime condizionato).

E precisiamo sin da ora che, nel determinare quali contenuti gli utenti abbiano il diritto di postare senza poter subire limitazioni o "censure" e quali, per contro, la piattaforma abbia o il dovere o la facoltà contrattualmente prevista di "rifiutare" o rimuovere, occorre, tuttavia, avere riguardo non solo alle esigenze di tutela dell'utente, quale contraente debole, e alla sua libertà d'opinione e d'espressione, ma altresì alla libertà d'impresa delle piattaforme, sancita dall'art. 41 Cost. (e, dunque, anche d'orientamento, non sempre, e non necessariamente, neutro).

2. La centralità del ruolo dell'autonomia privata nella disciplina dei poteri di content moderation delle piattaforme

La prima questione che viene in rilievo attiene all'applicabilità, in materia di *content moderation*, dell'art. 21 Cost.; il quale racchiude in sé due distinti contenuti: al comma 1, il dettato costituzionale sancisce il generale diritto (e la libertà) «*di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione*» e, al secondo, precisa che «*la stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure*», specificando, al comma 3, che «*si può procedere a sequestro soltanto ... nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi*».

La norma costituzionale in parola enuncia, dunque, la libertà di “manifestare il pensiero” in qualsiasi modo, ma rende espressamente immuni da provvedimenti interdittivi e inibitori (civili o penali) le sole comunicazioni mediante «*la stampa*»; o le altre forme di comunicazione ad essa specificamente assimilate, quali, secondo i nostri giudici, i giornali, o comunque i periodici strutturati, diffusi *online* o col mezzo radio-televisivo.

In relazione al tema oggetto di indagine sorge, allora, l'interrogativo – già posto in passato in relazione ai *media* radio-televisivi “tradizionali” – se, con quali contenuti ed in che modalità il “divieto di censura” previsto per la stampa possa essere esteso in via interpretativa anche ad altre forme di comunicazione, quale quella interattiva consentita dalle grandi piattaforme *online*, nuove sedi di comunicazione e diffusione della conoscenza e del pensiero. Possono, questi, essere considerati nuovi *media*? E, in caso di risposta positiva, quanto sono parificabili ai *media* tradizionali? E quali problemi di “censura”, pongono? Si pensi alla emblematica nota *querelle* Trump-Twitter.

Chiariamo ulteriormente. Da un canto, le comunicazioni a stampa, o equiparabili, godono del divieto di provvedimenti inibitori autoritativi, compresi il sequestro preventivo penale o i provvedimenti cautelari; ad eccezione delle sole ipotesi di sequestro e nei limiti preveduti dall'art. 21, comma 3, Cost.: «*si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescrive per l'indicazione dei responsabili*». Ne consegue che la tutela assicurata al soggetto leso da tali comunicazioni è solo quella risarcitoria, mentre quella inibitoria resta limitata nel senso sopra esposto. D'altro canto, per altre forme di comunicazione e manifestazione del pensiero, non assimilabili alla stampa – e dunque estranee alle previsioni del comma 2 dell'art. 21 Cost. – fermi restando la libertà ed il diritto “di parola”, il loro concreto esercizio da parte degli utenti potrebbe essere subordinato ad “autorizzazioni” o soggetto a provvedimenti anche inibitori, giudiziali, o comunque autoritativi, e, dunque, legittimamente “censori”,

bilanciando l'esercizio di tale libertà con altre di pari rango costituzionale.

Accanto alle forme di censura in senso "proprio" appena menzionate, si collocano, poi, altre tipologie di misure di *content moderation* azionabili dalla piattaforma nell'esercizio della propria autonomia privata: la rimozione o il blocco di contenuti qualificati dalla piattaforma stessa come illeciti, illegittimi, indesiderati o impropri. I limiti dell'esercizio di tale facoltà appaiono governabili da una idonea regolazione contrattuale dei rapporti con gli utenti, che può legittimare le piattaforme a rimuovere contenuti reputati inopportuni, o censurabili o patentemente lesivi di terzi senza che l'utente possa automaticamente opporvisi ritenendosi "censurato".

La piattaforma ha, dunque, ampia libertà di imporre vincoli di contenuto e di esercitare rimedi nei confronti dell'utente "inadempiente" che non si attenga a tali vincoli contrattualmente previsti (ivi incluso il diritto di recesso, ove contemplato nei "termini di servizio"). Ne deriva, per le piattaforme, la possibilità di modulare negozialmente, nei rapporti con gli utenti, sia le tipologie di contenuti che le stesse si obbligano ad ospitare, sia quelli che si riservano la facoltà di vietare, rifiutare o rimuovere. Non ne consegue, tuttavia, la validità *tout court* di qualsiasi clausola negoziale idonea a conferire ogni arbitrario potere e diritto di rimuovere ogni contenuto ritenuto inopportuno o sgradito, o di imporre negozialmente *ad libitum* agli utenti ogni vincolo o limite – ideologico e non – di contenuti.

Restano, infatti, fermi taluni limiti, tra i quali, *in primis*, il correttivo costituito dalla invalidità di clausole contrattuali che, nel governare tali vincoli, dovessero imporre limitazioni irragionevolmente incompatibili col generale principio della libertà di pensiero ed espressione; clausole, queste, che si rivelerebbero nulle perché in contrasto, quantomeno, con l'ordine pubblico¹.

I precetti costituzionali di libertà di parola e divieto di censura sanciti dall'art. 21 Cost. – che operano in via di diretta applicazione (sotto forma del suddetto divieto di provvedimenti autoritativi inibitori) rispetto alla «*stampa*» (e forme di comunicazione ad essa equiparate) – risultano, invero, suscettibili di assumere indiretto rilievo come criterio per determinare la validità ed efficacia (o la nullità per contrarietà a norme di legge o all'ordine pubblico o al buon costume) delle clausole contrattuali "censorie".

La centralità che assume nel nostro sistema l'art. 21 Cost. – oltre a renderlo fonte di norme cogenti immediatamente precettive in relazione a quanto ivi espressamente previsto – lo promuove, dunque, a quantomeno incidente elemento informatore dello stesso concetto di "ordine pubblico" (e del buon costume); la contrarietà al quale potrebbe di per sé a rendere nulla per illiceità (sia dell'oggetto che della causa) la clausola irragionevolmente penalizzante o gratuitamente "censoria".

¹ Sul punto si tornerà nel prosieguo.

Non secondaria rilevanza assume, altresì, per clausole quali quelle in esame, la verifica della “meritevolezza di tutela secondo l’ordinamento giuridico” dell’interesse che le stesse sono tese a realizzare, quale limite all’autonomia contrattuale posto dall’art. 1322, comma 2, c.c.; e, altresì, l’esigenza di “specificazione per iscritto”, prevista a pena di inefficacia, ex art. 1341, comma 2, c.c. nel caso di contratti seriali per adesione². Senza contare, poi, gli ulteriori possibili limiti posti dal necessario vaglio di vessatorietà in relazione alle clausole limitative in questione quando interne al contratto con l’utente-consumatore e fonte di «*significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*» (art. 33 c. cons.).

Alla luce delle considerazioni che precedono, emerge, allora, come, quanto alla valutazione della legittimità dell’esercizio di poteri di “moderazione” da parte delle piattaforme, la questione ruota essenzialmente intorno sia alla presenza di clausole contrattuali quali quelle sopra menzionate (e spesso è la loro assenza, o inidonea formulazione, ad impedire alla piattaforma rimozioni o rifiuti altrimenti illegittimi), sia alla loro validità ed efficacia. Come già anticipato, si tratta, comunque, di questione da valutare caso per caso, con riguardo non solo alla specifica natura delle singole piattaforme ed alla tipologia sia di utenti che di contenuti comunicativi³, ma anche alla già richiamata libertà imprenditoriale ed editoriale della piattaforma ex art. 41 Cost.

3. *Quali comunicazioni online sono equiparabili alla “stampa”, con conseguente estensione ad esse anche della immunità da censura ex art. 21, commi 2 e 3, Cost.?*

Fermo il ruolo di norma cardine che assume – come visto – l’art. 21 Cost. anche sotto il profilo della mediazione contrattuale tra utente-consumatore e piattaforma, occorre ora soffermarsi sul problema della riferibilità anche a quest’ultima della non soggezione a “censure”, che il dettato costituzionale accorda alla (sola) «*stampa*»; e, dunque, sul problema della possibilità o meno di considerare le piattaforme quali “nuovi media”, parificabili a quelli “tradizionali” per quanto attiene alle immunità da provvedimenti inibitori giurisdizionali, o comunque, autoritativi.

² Questione, quest’ultima, particolare ma non marginale, avuto riguardo alla circostanza che le condizioni generali di contratto delle piattaforme sono oggetto di procedimento d’accettazione che presenta non trascurabili problematiche, rese più complesse dagli interrogativi relativi a forme di “accettazione specifica” equiparabili, ma diverse, dalla fisica “sottoscrizione”, non sempre compatibile con il “nuovo mondo”.

³ Si pensi ad un ambito comunicativo “di tendenza”, ove potrebbero essere consentite clausole più limitanti che risulterebbero, in altro contesto, ingiustificate.

Tale tema – particolarmente rilevante, nella pratica, per discernere quali forme di “comunicazione” *online* veicolate mediante piattaforme possano essere assoggettate a legittime limitazioni – è in qualche misura “tradizionale” e già ampiamente affrontato anche dalla giurisprudenza, la quale ha assunto tanto articolata, quanto restrittiva posizione, solo settorialmente favorevole a tale equiparazione.

Da tempo, infatti, la Corte di Cassazione, se da un canto ha affermato di dover privilegiare una interpretazione estensiva del termine “stampa”, attribuendogli un significato evolutivo, che sia coerente col progresso tecnologico, ha però dall’altro precisato come l’esito di tale operazione ermeneutica non possa riguardare in blocco tutti i nuovi mezzi, informatici e telematici, di manifestazione del pensiero (forum, blog, *newsletter*, *newsgroup*, *mailing list*, pagine su *social network*), ma debba rimanere circoscritto a quei soli casi che sono riconducibili al concetto di “stampa” sotto il profilo strutturale e finalistico⁴.

Tale concetto di “stampa” diviene, così, riferibile al solo «*prodotto editoriale che presenta i requisiti ontologico (struttura) e teleologico (scopi della pubblicazione) propri di un giornale. La struttura di questo è costituita dalla ‘testata’, che è l’elemento che lo identifica, e dalla periodicità regolare delle pubblicazioni (quotidiano, settimanale, mensile); la finalità si concretizza nella raccolta, nel commento e nell’analisi critica di notizie legate all’attualità (cronaca, economia, costume, politica) e dirette al pubblico*»⁵.

Al di fuori di tale «*prodotto editoriale*» – che ricomprende comunicazioni equiparabili alla «*stampa*», essenzialmente identificate nei giornali, o comunque periodici, *online* “strutturati” (con testata, direttore responsabile ...) – ogni diversa tipologia di comunicazione potrebbe ricadere nella previsione costituzionale di «*ogni altro mezzo di diffusione’, che oggi abbraccia anche internet*»; alla quale l’art. 21 Cost. riconosce il diritto di libertà di espressione (previsto dal comma 1 della norma), ma non la non assoggettabilità ad «*autorizzazioni o censure*» (di cui ai commi 2 e 3).

Spingendosi oltre i confini così tracciati dalla Suprema Corte, ed in quella che – a parere di chi scrive – parrebbe una involuzione (più che evoluzione) interpretativa, i giudici di merito sono giunti addirittura ad inibire, mediante divieto giudiziale dettato da provvedimento cautelare, la possibilità di effettuare il *download* di un volume disponibile *online*⁶, così sostanzialmente contravvenendo al divieto di censura costituzionalmente garantito alla «*stampa*»: scaricare (e magari autonomamente stampare, con stampante domestica) un libro *online* è

⁴ Da ultimo, v. Cass. pen. n. 20644/2021 (caso “*Le Iene*”); v. anche Cass. civ., sez. un., n. 23469/2016; Cass. pen. n. 27675/2019; Cass. pen., sez. un., n. 31022/2015.

⁵ V. Cass. pen., sez. un., n. 31022/2015.

⁶ Caso “*Striscia La Notizia*”, Trib. Monza, decreto G.I.P. 10 maggio 2022.

cosa non diversa dall'acquistarlo stampato su Amazon o in libreria. Il rischio è, appunto, che forme di manifestazione del pensiero consistenti in testi narrativi, teatrali, poetici, saggistici, o in qualsiasi modo esprimenti pensiero, quali posizioni ideologiche, scientifiche, confessionali, politiche o culturali, ricevano considerazioni diverse a seconda che veicolate da un testo cartaceo o diffuse invece su piattaforme, dal mezzo radio-televisivo o su altri mezzi ancora. Laddove non dovrebbe esservi differenza fra espressioni omologhe, se consegnate alla carta stampata o veicolate via etere o sul *web*. Si pensi ancora alle *fiction*, o ad una rubrica (radiotelevisiva o *online*) di *news*, o “poetica”, o di racconti brevi in prosa, o anche solo ad originali momenti di comicità, di cronaca o di critica politica estemporanea, all'interno di un programma televisivo di intrattenimento estraneo allo schema della “testata” giornalistica, oppure di comunicazioni via *web*.

Si segnala, per contro, proprio in materia radio-televisiva, un più avvertito precedente del Pretore di Roma, chiamato a decidere, trent'anni orsono, su un ricorso *ex art.* 700 c.p.c. con il quale un imprenditore “chiacchierato” aveva chiesto la inibizione preventiva di una trasmissione RAI (“Mi manda Lubrano”) che aveva “in diretta” anticipato di voler nella puntata successiva «ricostruire una truffa organizzata da un imprenditore napoletano». In quel caso in giudicante aveva negato l'inibitoria «*in virtù della globale comparazione fra il mezzo televisivo e la stampa*», reputando la equiparazione anche «operata in particolare dall'art. 10 L. 6 agosto 1990, n. 223 (il quale peraltro riproduce l'obbligo di rettifica di cui all'art. 8 L. 47/48)» e chiarendo che «le trasmissioni televisive debbano essere sottoposte alle stesse limitazioni dettate in materia di stampa anche quanto alla (non) irrigabilità di provvedimenti restrittivi assimilabili al sequestro». Veniva, così, affermato «che il mezzo televisivo usato non potrebbe costituire motivo (non essendo ciò previsto dalla legge) per discriminare l'espressione del pensiero rispetto ad altri mezzi, quali ad esempio la stampa, cui le trasmissioni televisive (ancor più se di carattere informativo) devono ritenersi assimilate anche per quanto attiene alla normativa applicabile in materia di provvedimenti restrittivi comunque equiparabili al sequestro»⁷.

Tornando al dettato costituzionale, il comma 1 dell'art. 21 garantisce, dunque, la libertà di comunicare il pensiero (anche) con lo «scritto»; ma riconosce per la sola «stampa» la esenzione da «autorizzazioni o censure». Ne consegue che le manifestazioni del pensiero lesive di altrui diritti (quali quelli alla reputazione, identità personale, *privacy* ...) espongono sempre a rimedi sia risarcitori che inibitori, ad eccezione di quelle veicolate dalla «stampa», che può subire solo i primi ma non anche i secondi, se non nelle forme del “sequestro” e negli angusti limiti fissati per esso dall'art. 21, comma 3, Cost.

⁷ Ordinanza del 4 febbraio 1992; v. U. RUFFOLO, *Manifestazione del pensiero e limiti al rimedio inibitorio/censorio: il 'caso' Iandolo/RAI*, in *Resp. comunicaz. impr.*, 1996, 2, p. 187 ss.

La tutela rafforzata accordata alla «*stampa*» quale specifica modalità di diffusione è stata scelta di politica legislativa costituzionale. L'interrogativo che si pone è allora se il concetto di «*stampa*» debba intendersi in senso «*naturistico*», «*gutemberghiano*», od invece debba invece essere espressamente definito mediante rinvio ad una legge. Ed ancora se una tale definizione possa competere solo ad una legge di rango costituzionale ovvero anche alla legislazione ordinaria, quale la vigente – e troppo riduttiva – legge sulla stampa (l. n. 47/1948). Tale legge, invero, da una parte, accoglie all'art. 1 una definizione naturalistica della stampa, considerando tale «*tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici*», purché «*in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione*»; dall'altra, esige però una pluralità di requisiti – quali la indicazione della data di pubblicazione ed estremi dello «*stampatore*» (art. 2), la indicazione di un direttore responsabile per i periodici (art. 3), la loro registrazione nelle cancellerie dei tribunali (art. 5), la presenza dei requisiti di iscrizione nelle liste elettorali (art. 4) per il loro «*proprietario*» ... – forse troppo limitativi, quantomeno per l'effetto sinergico della loro somma.

In relazione al tema dell'estensione della qualifica di «*stampa*» ed alla luce delle considerazioni che precedono, possiamo concordare con la giurisprudenza che afferma la estensione anche alla editoria *online* delle norme relative alle indicazioni obbligatorie sugli stampati e all'obbligo di registrazione delle testate giornalistiche e dei periodici (tenendo però presenti le osservazioni fin qui mosse anche al pericolo di normativa ordinaria troppo limitativa). Ma preme sottolineare che essa, pur propugnando a ragione, per identificare le figure omologhe di comunicazioni radio-televisive o *online*, una interpretazione costituzionalmente orientata del concetto di «*stampa*», si rivela poi riduttivamente appiattita sulla sola figura di prodotto editoriale regolato dalla minuta disciplina dettata dalle leggi ordinarie sulla stampa. E, soprattutto, pare fare troppo restrittivo riferimento ai più incidenti requisiti e adempimenti richiesti per la stampa periodica. Assistiamo così ad un orientamento giurisprudenziale che, di fatto, sembra teso a restringere «*il superamento del concetto di stampa di 'gutemberghiana' memoria*» subordinandola a restrittivi requisiti quali la «*definizione e ... disciplina della testata giornalistica televisiva o radiofonica*», o l'estensione dell'«*obbligo di registrazione*»⁸.

Evitando di soffermarci qui su un tema che meriterebbe ben più estese considerazioni, limitiamoci in questa sede a rilevare che per taluni nuovi modi di comunicare su piattaforma – soprattutto se interattivi – meglio sarebbe forse, al fine di verificare in concreto la legittimità di limiti opposti alla pubblicazione o diffusione di determinati contenuti, ricorrere, ove possibile, alla distinzione fra comunicazione interpersonale (si pensi a quella epistolare; o «*te-*

⁸Cass. pen., sez. un., n. 31022/2015.

lefonica” nelle sue molteplici forme di utilizzo del mezzo) e manifestazione del pensiero, rendendo invocabili discipline e protezioni diverse per forme di comunicazione diverse non comparabili. Elevata è la protezione della libertà epistolare *ex art.* 15 Cost., ma non coincidente con quella della libertà di stampa e nemmeno di pensiero. Il criterio distintivo potrebbe allora fondarsi sulla sostanziale differenza per le comunicazioni veicolate su piattaforme – come per quelle su carta (o via etere) – tra quelle che appaiano rivolte a destinatari indeterminati (“al pubblico”) e quelle indirizzate ad uno specifico novero (ampio o meno, ma non indeterminato, non “pubblico”) di soggetti, poco importa quanto numerosi.

4. Fake news, deepfake e deepnude: fra provvedimenti inibitori e potere di content moderation delle piattaforme (cenni)

Esaminate sin qui problematiche specificamente attinenti alla comunicazione di manifestazioni del pensiero mediante le piattaforme come nuovo *medium*, ci si soffermerà ora brevemente su taluni contenuti comunicativi non esclusivamente veicolati dalle medesime ma che, in relazione ad esse, assumono particolare incidenza, rilevanza ed impatto.

Si tratta delle variegate forme di *fake news*; e della particolare “variante” d’esse rappresentata dal *deepfake* (neologismo nato da crasi fra “*deep learning*” e “*fake*”), che a sua volta ne presenta una più specifica, ancor più problematica costituita dal c.d. *deepnude*. Parliamo di immagini, video o audio creati utilizzando tecniche di A.I. volte a generare contenuti del tutto falsi e, tuttavia, difficilmente riconoscibili come tali, combinando materiali o fotogrammi originali con materiali o fotogrammi manipolati e riuscendo, così, a simulare in modo estremamente realistico il volto, la voce, il corpo, le sembianze e le posture di una persona; o, nel caso dei *deepnude*, sovrapponendo il volto di una persona al corpo – nudo – di un’altra, modificandone i movimenti per generare contenuti a carattere pornografico.

Con specifico riguardo al fenomeno *fake news*, il preliminare interrogativo è se ed in che misura un simile abuso comunicativo possa rilevare quale (seppur censurabile) manifestazione del pensiero, e dunque se debba ritenersi immune da provvedimenti inibitori (“*censure*”) quando veicolato dalla stampa o altri *media* equiparati (quali, quantomeno, per quanto concerne le piattaforme, i periodici *online*). La risposta pare dover essere negativa: dovendosi distinguere fra notizia ed opinione, la diffusione della prima, quando consapevolmente non veritiera, risulta, infatti, esulante dalla manifestazione del pensiero costituzionalmente protetta. Senza contare la ulteriore caratteristica negativa della diffusione di *fake news*, costituita dallo specifico decettivo intento di disinformare al parti-

colare scopo di alterare la percezione della realtà per condizionare orientamenti, comportamenti e scelte, di mercato, politiche, o di altro genere.

Al di fuori di ipotesi di satira politica – finalizzata alla critica – caricaturale o artistica, è, dunque, sufficiente il mendacio consapevole nel diffondere una notizia falsa per rendere la corrispondente comunicazione un corpo estraneo eterogeneo, passibile anche di provvedimenti inibitori (il sequestro penale preventivo ed ogni altro idoneo provvedimento cautelare); che, nel caso delle piattaforme appaiono, suscettibili di *enforcement*, anche mediante “oscuramento”.

Analogamente a quanto detto in relazione alla generalità dei contenuti postati in rete, poi, anche in caso di *fake news*, altro è la censura in senso “proprio” da inibizione giudiziale o autoritativa nei confronti della piattaforma che le diffonde *online* o dell’utente che le ha postate, altro il potere della piattaforma (e, quando la loro illiceità o lesività nei confronti del soggetto leso appaiono evidenti *icto oculi*, il dovere) di rifiutarle o rimuoverle. Quest’ultimo potere, connesso – come visto – soprattutto al tenore (e, dunque, alla validità ed efficacia) delle clausole di *content moderation*, è sicuramente esercitabile in presenza di condizioni contrattuali adeguate. Le quali possono legittimamente imporre vagli di veridicità delle notizie postate, mediante clausole che risultino “meritevoli di tutela” – anche in relazione alla idoneità e “qualità” del procedimento di verifica previsto – e non vessatorie rispetto all’utente-consumatore.

THE EUROPEAN DIGITAL STRATEGY

di *André Janssen*

A digital revolution is taking place right now; revolution which might have a similar effect on the entire European society, as the industrial revolution of the 19th century.

Already, now, it is hard to think our lives without digital technology: computers, smartphones, e-mails, hubs social media, online shopping platforms, and increasingly also AI, that was already mentioned before, like chat box, etc.

And this development test just at square one. And like the industrial revolution, also the digital revolution brings many chances, but also challenges and I believe therefore we need to grab the chances, but also must the challenges it brings. I would like to mention some challenges and some chances in a nutshell, so I begin with the chances of digitalization, and I bring some example. Well, during the pandemic we have experienced all remote working and remote studying became part of our daily lives and I think everyone will thought, before digitalization is not of importance, after the pandemic we were aware this is a part of our lives and we need to improve that.

Then, what was already mentioned like digitalization 2.0, artificial intelligence; Artificial intelligence as a possible tool against climate change. The second other important topic right now beside digitalization, and the other one is climate change. And maybe an AI as a tool to cure diseases; but also other chances like the digitalization as an instrument to improve access to justice, at was already also partly mentioned here with digitalization maybe we can improve access to justice, which is a problem right now.

These were the chances, what about the challenges? Digitalization can lead to misinformation and can be used to destabilize completely our democratic foundations. We have seen that: the Facebook can reach analytical scandal, fake accounts, fake news and the already also mentioned deep fakes, which are so perfect. They are powerful pictures, how powerful! Second one: the few digital gate-keepers, holding enormous power in their hands and they tend to abuse this power: that's Facebook, amazon, google... they control the digital markets.

Then, another thing is the rice of the AI. The Artificial intelligences are the result as it was said. There is self-learning, and the self-learning comes that they are the results unexplainable. Even the programmes cannot predict the result of an AI: it cannot, and they can be biased and the code can be biased or, I have, let's say, in principals the good AI but I feed it with the wrong information, and suddenly the AI becomes racist. Just because of the information I was feed it.

Another thing is the possible data protection infringement at an unprecedented scale due to private and due to digitalization. And this is due to the greet of digital data, big data, we want the data or the companies. Data is the blood of digital economy; they need the data and there are many data infringement, data protection infringement, due to digitalization. But, let us now move to the digital landscape of the AI, which is, according to me, the double edges world. On the one hand the stethoscope of the digitalization in the European Union is very problematic; let me mention some aspects: the actual use of already existing digital technology, by consumers and businesses is still subject to severe improvements, for several reasons, about outlined later. The EU is lacking digital or technical serenity; the computer chips come from Asia, at least vast majority, while the software often comes from the USA. So, which means the digital infrastructures within the EU depends largely on non-EU-players, we don't control it soon also more.

The third one is the Eu 'digital markets' for consumers, dominated by a very few companies: amazon, Facebook, Google... this is a problematic side of the Eu. On the other hand and I made a comparatives research: the EU is the worldwide leader in regulating the digital world, starting with the idea of the "digital single markets", introduced in 2015 and then whit the strategy on shaping Europeans digital future in 2020. So, just some examples in a nutshell because most of them will be mentioned later. The "digital content directive" and the "new consumers sales directive". They have unique features unprecedented, the introduction of concept of smart products, the idea of payment whit data is novel and payment in crypto-currencies for digital content and service is also new.

Then, there is the propose "AI act" and the propose "digital service act", the propose "digital market act".

In 2022 the European Commission adopted the "communication digital compass" 2030 and this sets out the vision for AI, government mechanism be milestones and see practical tools to facilitate the implementation of the EU's ambitious goals.

So farther the manner of this talk about focus on this digital compass and if you click over-view of the four cardinal points of the compass and short personal evaluation does it work at all he said "pie in the sky" or is that something of value.

The four cardinal points:

1. Point 1: the digitally skilled population and a highly skilled digital profession;
2. Second one, the secure and performant sustainable digital infrastructures, also important;
3. The third one is the digital transformation of businesses;
4. And the last one is the digitalization of public services.

And let us now have a closer look, unfortunately either you have eagle eyes or you are not able to see the digital compass, but that does not matter how will explain it to you. So this digital compass is a very smart ideal for the European commission. You have a compass north, south, east, west and so on, this is how it should work.

The first one is the cardinal point 'skills': we want more skilled consumers and we want more skilled persons who can caught and so on, so ICT specialists. And, the European commission said by 2023, we want to have 20million people, 20million ICT people. Basic digital skills: 80% of our, of the entire EU population should be able to use digital means. All right!

Let's move to the infrastructures: infrastructure are interesting when I say «well, 100% gigabits for everyone ad 5G for everybody by 2030». And they say, well, we want that we double the market share for semiconductors, so the computer chips especially. We want to double it within 10 years.

Then, the third one is the digitalization of businesses and they want the 75% of the EU companies should use the cloud, AI and big data, and there are some other things, but I would neglect that.

Public service should be 100% online and 100% of all medical records should be available digitally. But if you ask yourself «these are nice numbers, but numbers can lie or is that realistic?». What we see is like ok? is of importance or not? And does it work? of course you can't see it because it's too small but I would guide you through and I would highlight now somethings while I am sceptical and I would also make some references to a Deloit study which examine actually this digital compass. Is that a "pie in the sky", is that a pure paper tiger or is it actually achievable?

Let's begin with the digital skills: and I would like to focus on this employed ICT specialists: so the people who can do digitalization. Right now, we have 8.4 million, in 2030, 20 million and there is not no-improvement yet; also the pandemic no improvement. This is not a very realistic, according to me: there are almost 20 million people missing. The problem is you can tell me «come on, it does not matter»; no, it matters because if we don't have the people, how can we do the digitalization?! We can't do it and that's an enormous problem. The

human capital is missing for that and we don't know where those people are coming from. Problematic!

The second one is the digital transformation of businesses: the aim is 75% of all business in Europe should use the cloud, should use big data and should use AI. The reality, right now, couldn't be more different. Right now, 26% are using the cloud, 14% are using big data and 25% are using AI. So, 75%, for all of these aspects, for all businesses it's very very optimistic.

Digital infrastructures, that's the last thing I would like to mention, and that is the gigabyte network coverage and the 5G coverage which is the gigabyte network coverage right now is 59% should move to 100% and 5G is 14% now and should move to 100% by 2030. The Deloit study said this cannot be done, that's just "pie in the sky", we can't do that. That is far too much. And there are some other aspects but in interest of time I would not like to put an emphasis on that. So there is one other thing which is problematic and that is the very vague language of that digital compass, so give you an example: adults with basic digital skills, should move from 56 to 80%. But what does it mean? Do we have the basic digital skills? I don't know what is the benchmark. The same is to for small and media sides enterprises. It is said that they should have at least the basic level of digital intensity and it should move from 60% now to 90% now. But what does it mean? I just don't know it but do we have, does one company has digital intensity? I don't know, it's very vague.

So, to come to the conclusion, I think this is unrealistic for this use of digital compass. The digital compass will be the roadmap for digitalization within the next 80 years. It's an important document and it will store European union through digitalization if we want it or not. The points, the compass is actually addressing. Out of importance and arrives ICT specialist digital infrastructures, also that the digital transformation of businesses, all important points.

Just that I fear they are not all realistic and I hope that reality proofs me wrong, but we will see.

LE PIATTAFORME ONLINE TRA DIGITAL SERVICES ACT E DIGITAL MARKETS ACT

di *Claudio Scognamiglio*

SOMMARIO: 1. Le piattaforme *online*: prove di futuro e tecniche regolatorie. – 2. Una messa a punto terminologica. La nozione di piattaforme digitali. – 3. Un profilo problematico: un “potere normativo” delle piattaforme digitali? – 4. L’abuso di dipendenza economica ed i profili di violazione della disciplina antitrust.

1. *Le piattaforme online: prove di futuro e tecniche regolatorie*

Leggendo i passaggi dell’Agenda per l’Europa con la quale, nel luglio 2019, Ursula von der Leyen ha delineato il programma che intendeva portare avanti quale Presidente della Commissione europea, emerge nitidamente la direzione impressa verso il futuro di un’Europa adatta all’era digitale e, un po’ più nel dettaglio, si delinea già l’idea di un ‘Digital Services Act’, che sarebbe stato proposto per accrescere le regole di responsabilità e di sicurezza per le piattaforme digitali, servizi e prodotti.

Un’analoga tensione verso un futuro tutto da provare si delinea anche nella comunicazione della Commissione del febbraio 2020 “Plasmare il futuro digitale dell’Europa”, con la quale la Commissione si era impegnata ad aggiornare le norme orizzontali che definiscono le responsabilità e gli obblighi dei prestatori di servizi digitali, ed in particolare proprio delle piattaforme *online*.

Anche il Comunicato stampa del Consiglio dell’UE del 23 aprile 2022 che ha reso noto il raggiungimento di un «accordo politico provvisorio riguardante la legge sui servizi digitali raggiunto tra la presidenza del Consiglio e il Parlamento europeo», sembra indicare con sufficiente chiarezza la direzione verso il futuro della legge, della quale viene sottolineato «il principio secondo cui ciò che è illegale offline deve esserlo anche *online*, mira a proteggere lo spazio digitale dalla diffusione di beni, contenuti e servizi illegali e a garantire la protezione dei diritti fondamentali degli utenti», precisandosi che «La legge sui servizi digitali si applica a tutti gli intermediari *online* che prestano servizi nell’Unione. Gli ob-

blighi imposti sono proporzionati alla natura e alla portata dell'impatto intermedio in questione, in particolare in funzione del numero di utenti che utilizzano il servizio. Le piattaforme di dimensioni molto grandi o i motori di ricerca di dimensioni molto grandi saranno pertanto soggetti a obblighi più rigorosi a seconda del numero di utenti che utilizzano i loro servizi.

È stata, dunque, chiara, negli ultimi anni, la consapevolezza del legislatore eurounitario¹ nel senso della necessità di un intervento regolatore in materia; ed è opportuno sottolineare subito che questo intervento, dal punto di vista della metodologia del medesimo, si è venuto sviluppando secondo il modello della coregolazione, e cioè una forma di regolazione ibrida, la quale tenta di combinare i pregi della "eteronormazione pubblica", da un lato, e della "autoregolazione privata", dall'altro. Infatti, l'idea della co-regolazione origina dalla consapevolezza che la tecnologia digitale esibisce caratteri così marcati di complessità tecnologica e rapidità evolutiva che spesso solo i destinatari stessi dell'apparato regolatore posseggono le conoscenze necessarie a predisporre il medesimo. Si è osservato, al riguardo, che «mediante la co-regolazione si tenta di correggere la profonda asimmetria informativa esistente tra regolatore e regolato, assegnando alla decisione di matrice pubblica, la fissazione dei valori e degli obiettivi generali e coinvolgendo invece nella fase di esecuzione-attuazione i destinatari delle norme»².

L'estrema complessità tecnologica della materia emerge chiaramente dal dato normativo che costituisce il termine di riferimento del discorso.

Già nel considerando n. 1 del *Digital Services Act*³, si leggono indicazioni molto puntuali sul contesto in cui si inserisce la regolazione della materia: «i servizi della società dell'informazione e in particolare i servizi intermediari sono diventati una componente significativa dell'economia dell'Unione e della vita quotidiana dei suoi cittadini. A vent'anni dall'adozione del quadro giuridico esistente applicabile a tali servizi stabilito nella direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, modelli di business e servizi nuovi e innovativi, quali le reti sociali (cosiddetti *social network*) e le piattaforme *online* che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali, hanno permesso agli utenti commerciali e ai consumatori di accedere alle informazioni, diffonderle ed effettuare transazioni in modi nuovi. Attualmente la maggior parte dei cittadini dell'Unione utilizza tali servizi quotidiana-

¹ Cfr., sulle linee ispiratrici dell'intervento legislativo eurounitario, G. ALPA, *La legge sui servizi digitali e la legge sui mercati digitali*, in *Contr. e impr.*, 2022, p. 1 ss.

² Così A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, p. 1031 ss.

³ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo ad un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali), in GUUE del 27 ottobre 2022.

mente. La trasformazione digitale e il maggiore utilizzo di tali servizi hanno tuttavia anche dato origine a nuovi rischi e sfide per i singoli destinatari dei vari servizi, per le imprese e per la società nel suo insieme».

Dal canto suo, il considerando n. 2 del *Digital Markets Act*⁴ sottolinea che «i servizi di piattaforma di base presentano una serie di caratteristiche che possono essere sfruttate dalle imprese che li forniscono. Un esempio di tali caratteristiche dei servizi di piattaforma di base sono le economie di scala estreme, derivanti spesso da costi marginali pari pressoché a zero per l'aggiunta di utenti commerciali o utenti finali. Tra le altre caratteristiche dei servizi di piattaforma di base figurano effetti di rete molto forti, una capacità di connettere molti utenti commerciali con molti utenti finali grazie alla multilateralità di tali servizi, un grado significativo di dipendenza sia degli utenti commerciali sia degli utenti finali, effetti di *lock-in*, l'indisponibilità per gli utenti finali del *multihoming* per uno stesso scopo, l'integrazione verticale e vantaggi basati sui dati»; in questo quadro, prosegue il considerando, «Tutte le caratteristiche sopraelencate, in combinazione con le pratiche sleali delle imprese che forniscono i servizi di piattaforma di base, possono compromettere considerevolmente la contendibilità dei servizi di piattaforma di base, nonché avere un impatto sull'equità del rapporto commerciale tra le imprese che forniscono tali servizi e i relativi utenti commerciali e finali. Nella pratica ciò determina riduzioni rapide e, potenzialmente, di ampia portata in termini di scelta per gli utenti commerciali e gli utenti finali e può pertanto conferire al fornitore di tali servizi la posizione cosiddetta di *gatekeeper* (controllore dell'accesso). Allo stesso tempo è opportuno riconoscere che i servizi che agiscono a fini non commerciali, come i progetti di collaborazione, non dovrebbero essere considerati servizi di piattaforma di base ai fini del presente regolamento».

Già queste prime considerazioni rendono evidente che le 'prove' di futuro, opportunamente evocate nel titolo del Convegno che ha rappresentato l'occasione per queste brevi pagine, sono in effetti tali in entrambe le accezioni del termine 'prove' poc'anzi evocato: perché, da un lato, siamo in effetti chiamati a sperimentare nuove realtà di articolazione del mercato, dove assumono un ruolo di protagonisti – in termini largamente inediti – soggetti come i *gatekeepers* e gli utenti commerciali; dall'altro, perché esse ci mettono alla prova, interpellando il nostro apparato di categorie e proponendo problemi che richiedono almeno in parte una revisione dello stesso, oltre che – come si è già accennato – un approccio regolatorio per molti aspetti diversi rispetto al passato, in grado di mettere a frutto gli apporti dell'autoregolazione⁵.

⁴Cfr. regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

⁵Da questo punto di vista, si possono rammentare l'art. 45 del regolamento sui servizi digitali,

In quest'ultimo ordine di idee, debbono essere rammentate anche le considerazioni di chi, da ultimo, ed all'interno di una riflessione sull'ordine giuridico digitale⁶, ha sottolineato che «lo statuto di norme, inteso come strutturata regolazione e codificazione, appare quale metodo meno indicato per provare a dare un ordine giuridico: se non altro, quantomeno, a causa della tendenziale obsolescenza delle stesse norme, tenuto conto della rapidità con la quale si evolve e progredisce il digitale nella sua produzione industriale», traendosi da questa premessa il corollario che, pur dovendoci certo essere un ordine giuridico che regola il sistema del digitale, esso dovrebbe «organizzarsi sulla base di norme di principio anziché di dettaglio, su norme a prevalenza promozionali anziché sanzionatorie».

2. Una messa a punto terminologica. La nozione di piattaforme digitali

Secondo la tecnica normativa propria della legislazione comunitaria, entrambi gli *acts* contengono definizioni dei termini che maggiormente rilevano ai fini del discorso che sarà svolto in questa sede.

In particolare, il *Digital Services Act*, all'art. 3, lettera i), enuncia una definizione di “piattaforma *online*” come «un servizio di memorizzazione di informazioni che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde informazioni al pubblico, tranne qualora tale attività sia una funzione minore e puramente accessoria di un altro servizio o funzionalità minore del servizio principale e, per ragioni oggettive e tecniche, non possa essere utilizzata senza tale altro servizio e a condizione che l'integrazione di tale funzione o funzionalità nell'altro servizio non sia un mezzo per eludere l'applicabilità del presente regolamento»; dal canto suo, il *Digital Markets Act*, all'art. 2, comma 1), definisce il “*gatekeeper*” come un'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base designata a norma dell'art. 3 ed il «servizio di piattaforma di base» come «uno qualsiasi dei seguenti servizi: a) servizi di intermediazione *online*; b) motori di ricer-

secondo il quale «La Commissione e il comitato incoraggiano e agevolano l'elaborazione di codici di condotta volontari a livello di Unione per contribuire alla corretta applicazione del presente regolamento, tenendo conto in particolare delle sfide specifiche connesse alla lotta ai diversi tipi di contenuti illegali e ai rischi sistemici, conformemente al diritto dell'Unione, in particolare in materia di concorrenza e protezione dei dati personali»; l'art. 46 in materia di codici di condotta per la pubblicità *online*; l'art. 47, sui codici di condotta per l'accessibilità ed ancora l'art. 48 che prefigura lo strumento dei protocolli di crisi volontari appunto per fronteggiare situazioni di crisi, prevedendo che la Commissione incoraggi e faciliti «i fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e, ove opportuno, i fornitori di altre piattaforme *online* o di altri motori di ricerca *online* a partecipare all'elaborazione, alla sperimentazione ed all'applicazione di tali protocolli di crisi.

⁶ Cfr. T.E. FROSINI, *L'ordine giuridico del digitale*, in *Giur. cost.*, 2023, p. 337 ss.

ca *on line*; c) servizi di *social network online*; d) servizi di piattaforma per la condivisione di video; e) servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero; f) sistemi operativi; g) *browser web*; h) assistenti virtuali; i) servizi di *cloud computing*; j) servizi pubblicitari online, compresi reti pubblicitarie, scambi di inserzioni pubblicitarie e qualsiasi altro servizio di intermediazione pubblicitaria, erogati da un'impresa che fornisce uno dei servizi di piattaforma di base elencati alle lettere da a) a i)».

L'art. 3, comma 1, designa, poi, il *gatekeeper*, prevedendo che «un fornitore di servizi di piattaforma di base è designato come *gatekeeper* se: a) ha un impatto significativo sul mercato interno; b) fornisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; c) detiene una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro»; il comma 2 dell'art. 3, dal canto suo, fissa tre soglie, attinenti al valore del fatturato, al numero di utenti finali attivi mensilmente ed al numero di utenti commerciali attivi su base annua, ricorrendo le quali, in ciascuno dei tre esercizi finanziari precedenti all'anno di rilevamento si presume che sia integrato il requisito dell'impatto significativo sul mercato interno.

Le definizioni normative sottendono, tuttavia, e naturalmente, dati della realtà economico – sociale sui quali è opportuno soffermarsi brevemente, proprio per la novità, ed il grado elevato di complessità tecnologica, dei fenomeni che i testi normativi disciplinano.

In particolare, la piattaforma digitale⁷ consiste in un'infrastruttura informatica (*hardware* tipicamente associato ad uno o più *software*) che fornisce servizi e strumenti tecnologici, programmi e applicazioni, per la distribuzione, il *management* e la creazione di contenuti e servizi digitali gratuiti o a pagamento, anche attraverso l'integrazione di più media (*integrated digital platform*). Un aspetto delle piattaforme digitali che è stato opportunamente sottolineato è quello della loro «scalabilità geografica e intertemporale», che consente loro un'elevata concentrazione ed una notevolissima immediatezza di scambi, che può essere oggetto di strategie commerciali suscettibili di ledere la libera concorrenza⁸.

Dal punto di vista operativo e funzionale, le piattaforme digitali si caratterizzano per il fatto che su esse ruotano informazioni, che, se originano in una dimensione di *small data*, si aggregano, poi, diventando *big data*, suscettibili di profilazione e sfruttamento per strategie commerciali ovvero, e senz'altro, operazioni negoziali.

Un altro aspetto che deve essere posto in luce, nel solco delle indicazioni del-

⁷ R.M. VISCONTI, *Danno antitrust e piattaforme digitali*, in *Dir. ind.*, 2021, I, p. 5.

⁸ Così, di nuovo, R.M. VISCONTI, *Danno antitrust e piattaforme digitali*, cit., p. 5.

la dottrina, è che la scalabilità delle piattaforme digitali discende anche dalla rete, o *networking*, che consente di collegare utenti e contraenti in tempo reale, intermediandone le operazioni ovvero lo scambio di informazioni. Si tratta di un *networking* che, secondo l'impostazione più accreditata, viene spiegato, dal punto di vista concettuale, attraverso la teoria delle reti, in cui alcuni nodi (anzitutto le piattaforme digitali) sono collegati con dei lati (le relazioni informatizzate, nel caso di specie) ad altri nodi anche decentrati (gli utenti della piattaforma)⁹.

La piattaforma digitale, come sopra definita, può essere *open source* ovvero commerciale e può essere configurata – rispettivamente – per un pubblico accesso o per un *target* circoscritto, previa registrazione e profilatura dell'utente. Essa può prevedere, com'è noto, servizi di diversa natura: servizi informativi, interattivi, di *file sharing*, *downloading* e *uploading*, *streaming* nonché di comunicazione e condivisione di materiale multimediale.

L'utilizzo delle piattaforme digitali *online* è, ed anche questo è un dato ben noto, di primaria importanza per servizi di intermediazione e applicazioni di grande diffusione: si pensi, tra l'altro, all'e-commerce, ai servizi di pagamento, ai motori di ricerca su internet, ai social network, alle pay-tv ed ai servizi di Video on Demand.

3. Un profilo problematico: un "potere normativo" delle piattaforme digitali?

Il quadro fin qui tratteggiato, sia pure per cenni sintetici, se non sommari, contribuisce a delineare l'immagine, fascinosa e per certi versi inquietante, e che è stata in effetti oggetto anche di recente di approfondimento¹⁰, delle piattaforme digitali come titolari di un potere che tenta di autolegittimarsi, rifiutando l'applicazione della disciplina posta dalla fonte eteronoma, che si tratti di quella nazionale o – da ultimo – di quella eurounitaria, ed operando nella dimensione dell'effettività, dove regna l'autorità dei fatti: da questo punto di vista si coglie ancora una volta l'interesse di una trattazione dell'argomento attenta al metodo della risposta normativa al fenomeno che si tratta di regolare.

Infatti, la caratteristica principale delle piattaforme, quale risultante già dalla definizione normativa della quale si è detto, è appunto quella di porsi come *gatekeeper* di canali chiave di distribuzione, cosicché, controllando l'accesso ai mercati, esse possono scegliere, come è stato detto, i vincitori ed i vinti della nostra economia¹¹. In questo modo, esse esercitano un potere davvero incisivo, il

⁹ Cfr. di nuovo R.M. VISCONTI, *Danno antitrust e piattaforme digitali*, cit., p. 7.

¹⁰ Cfr. S. D'ALBERTI, *Google e le nuove autorità private: la metamorfosi dal fatto al diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 746 ss.

¹¹ Così S. D'ALBERTI, *Google e le nuove autorità private*, cit., p. 747; la formula, che si legge nel

rischio di abusi del quale è dunque assai elevato; in particolare, l'abuso può verificarsi per mezzo dell'addebito di tariffe troppo elevate, attraverso l'imposizione di termini contrattuali svantaggiosi per le controparti ed ancora per effetto dell'acquisizione, e del successivo sfruttamento, dei dati sia degli utenti che degli altri professionisti che si avvalgono di loro. In altre parole, le piattaforme utilizzano la loro posizione di *gatekeeper* per consolidare il loro potere di mercato, abusandone sovente tramite pratiche di *self preferencing*, prezzi predatori o condotte di esclusione.

Si è osservato, al riguardo, che il potere delle piattaforme, che nasce nella dimensione del fatto e dell'economia, esibisce segnali di trasformazione nei termini di autorità di diritto, come tali in grado di esprimersi con regole idonee a vincolare il destinatario dell'effetto indipendentemente dall'assenso di quest'ultimo¹². Punti di emersione di questo fenomeno sono stati colti, tra l'altro, e già con riferimento ad un dato normativo risalente, in considerazione della responsabilità in cui il *provider online* può incorrere nel caso in cui, venuto a conoscenza di un contenuto illecito, non provveda alla sua cancellazione in relazione alla previsione dell'art. 15, direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico. Si tratta, infatti, di un'attività di cancellazione che implica un'ingerenza nell'altrui sfera giuridica, la quale prescinde del tutto dal consenso del destinatario degli effetti della stessa; ed allora la costruzione di un'ipotesi di responsabilità per omessa ingerenza nella sfera giuridica altrui si risolve in effetti nel riconoscimento giuridico implicito di un'autorità privata. Nello stesso senso possono essere rammentati il conferimento ai motori di ricerca del potere di bilanciamento in materia di oblio a seguito della sentenza Google Spain del 2014¹³ e delle successive Linee guida¹⁴ adottate dallo *European Data Protection Board*.

Anche la disciplina del Digital Services Act offre spunti in tal senso: l'art. 15, comma 1, lett. b), infatti, prevede che, all'interno dei rapporti che i prestatori di servizi intermediari, ed in particolare dei servizi di memorizzazione di informazioni, sono tenuti a pubblicare annualmente si debba dar conto del numero di segnalazioni di contenuti illegali, specificando se tali segnalazioni siano state intraprese per la presenza di violazioni di disposizioni di legge ovvero delle condi-

luogo appena richiamato secondo la quale le piattaforme possono scegliere i vincitori ed i vinti della nostra economia è tratta dall'Autrice dal Report relativo alla "Investigation of Competition in Digital Markets" avviata nel giugno 2019 da parte del Congresso americano: *Digital Markets Investigation, Antitrust Investigation of the Rise and Use of Market Power Online and the Adequacy of Existing Antitrust Laws and Current Enforcement Levels*, <https://judiciary.house.gov/issues/issue/?IssueID=14921>; *Investigation of Competition in Digital Markets Majority Staff Report and Recommendations*, https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf.

¹² Cfr., per lo sviluppo di questa prospettiva, S. D'ALBERTI, *Google e le nuove autorità private*, cit., p. 748 ss.

¹³ Si tratta della sentenza della CGUE del 13 maggio 2014, in causa C-131/12.

¹⁴ Cfr., in particolare, le Linee guida 5/2019.