



L'evoluzione normativa dell'intermediazione digitale: nuovi profili di responsabilizzazione

Giulia Bazzoni

Il contributo si propone di indagare, in primo luogo, lo sviluppo delle piattaforme di intermediazione digitale e il loro notevole impatto sulla governance dell'ecosistema digitale; in secondo luogo, mira ad individuare nuovi strumenti di tutela per gli utenti in una prospettiva oscillante *de iure condito* - *de iure condendo*. Le piattaforme di intermediazione, per la propria natura "fluida", sia nella struttura che nei servizi, si sono rivelate entità di complessa qualificazione giuridica. Esse ricoprono un ruolo preminente nel mercato digitale privo di frontiere, avendo assunto una posizione di indubbia forza nelle relazioni negoziali con gli utenti, creando situazioni di sostanziale asimmetria, spesso a scapito dei diritti individuali coinvolti. Complice della situazione attuale, la normativa europea di settore, ritenuta spesso obsoleta e talmente incapace di governare il fenomeno in oggetto da suscitare dubbi circa la ragionevolezza di un nuovo intervento regolativo delle istituzioni in materia. In virtù di quanto espresso, attraverso l'analisi sistematica dei nuovi testi normativi attinenti alla dimensione digitale, si prenderà in considerazione come le nuove tecniche regolative ivi previste, quale la responsabilizzazione delle piattaforme attraverso obblighi conformativi, possano o meno contribuire a costituire una governance dell'ecosistema digitale maggiormente trasparente e sicura.

Piattaforme – Intermediazione – Governance – Responsabilizzazione

SOMMARIO: 1. Introduzione alle caratteristiche delle piattaforme di intermediazione digitale nel panorama Onlife – 2. Tra auto-regolazione ed etero-regolazione della governance delle piattaforme – 3. Gli atti normativi del cd. pacchetto digitale, in una prospettiva oscillante *de iure condito* - *de iure condendo* – 4. La struttura "responsabilizzante" nella governance delle piattaforme all'interno del cd. pacchetto digitale – 5. Conclusioni: nuove prospettive giuridiche nella transizione digitale

1. Introduzione alle caratteristiche delle piattaforme di intermediazione digitale nel panorama *Onlife*

L'iperconnessione costante degli individui, grazie all'apporto di Internet nella vita quotidiana, ha assunto attualmente livelli tali per cui l'epoca odierna viene spesso definita "età telematica", la quale si connota per la creazione di dinamiche e opportuni-

tà precedentemente impensabili¹. Così, l'inscindibile compenetrazione tra dimensione online e offline si riscontra sempre più anche nel linguaggio prescelto e nella creazione di neologismi in grado di descrivere la situazione odierna, come il termine *Onlife*, che definisce chiaramente l'attuale contesto strutturalmente ibrido e che si presenta alla stregua dell'«habitat delle mangrovie», in ragione del fatto che la linea di demarcazione tra dimensione digitale e reale risulta alquanto sfumata, posto che nell'era dello smart-

G. Bazzoni è dottoranda in Diritto, mercato e persona, XXXIV ciclo, Università Ca' Foscari, Venezia. Collabora attualmente con lo studio legale Qubit Law Firm, quale consulente legale sull'innovazione digitale.

Questo contributo fa parte del numero speciale "La Internet governance e le sfide della trasformazione digitale" curato da Laura Abba, Adriana Lazzaroni e Marina Pietrangelo.



phone non è affatto agevole comprendere se si «sia connessi o meno»².

In questo ambiente tramutano profondamente anche le logiche sottese alla circolazione dei beni ed erogazione dei servizi, in quanto si assiste ad una transizione importante verso nuovi modelli di business improntati maggiormente alla garanzia di nuove modalità di accesso alle risorse rapide, ubiquie, economiche e condivise, tentando di risolvere così, almeno in apparenza, le incongruenze presenti nelle rigide strutture dell'architettura tradizionale del mercato offline e l'*impasse* di un sistema strutturato sulla titolarità esclusiva dei beni, divenuto perlopiù proibitivo per la collettività³.

Per oltrepassare tali crisi si volge lo sguardo, dunque, verso le potenzialità ancora inesprese del Web, sfruttando, da una parte, l'assenza di barriere fisiche e la possibilità di interazione costante tra gli utenti e usufruendo, dall'altra, della peculiare funzione assunta nel mercato digitale dalle piattaforme⁴. Il ruolo, perlomeno formale, di quest'ultime sarebbe quello di porre in contatto domanda ed offerta, grazie alla struttura fortemente relazionale della rete, favorendo così l'interazione fra i privati oltre che la condivisione di un ampio novero di beni e servizi; le piattaforme fungono così da intermediarie tra le parti e, dunque, da punto di accesso strategico al mercato digitale, divenendo il canale principale per tutte le transazioni digitali⁵.

Sennonché, in concreto, si è assistito ad una netta divergenza tra piano formale e sostanziale circa la funzione svolta effettivamente dagli intermediari: abusando della propria posizione di preminenza, nonché dell'obsolescenza della normativa sul commercio elettronico, che è ormai fortemente datata nel tempo e carente nella configurazione puntuale di tali figure, essi esigono da parte degli utenti l'adesione *ex ante* a condizioni contrattuali unilateralmente prestabilite che pregiudicano spesso l'autonomia e la libertà negoziale degli *users*⁶.

Tali termini contrattuali imposti dai portali non si riferiscono, difatti, solo al rapporto di intermediazione in senso stretto, ma riguardano anche le modalità di erogazione dei servizi sottostanti. La «decretazione impositiva», attraverso «tecniche conformatrici del rapporto», appare in concreto strutturale all'interno di questi contesti, poiché l'accettazione passiva degli utenti di «scambi senza accordo» è un abile congegno nella logica controllante della *platform economy*⁷. L'unica libera scelta rimessa agli *users* sarebbe, pertanto, «to click or not to click» sulla casella di accettazione delle condizioni imposte, senza poter entrare nel merito dei contenuti prescelti, i quali vengono imposti dai portali a de-

trimento dell'autodeterminazione dell'utente medio. Si assiste, così, ad un atteggiamento diffuso delle piattaforme che tende a soverchiare il proprio ruolo formale; *de facto*, questi soggetti mirano, infatti, a divenire «controllori dell'accesso» a beni o servizi⁸.

La posizione degli *users* è ulteriormente pregiudicata nel rapporto con le infrastrutture digitali dall'interferenza strutturale tra circolazione dei dati personali e dei beni, che si verifica all'interno dei portali: si tratta, invero, di un sistema in grado di causare ampi squilibri e asimmetrie nelle relazioni negoziali instaurate tra gli utenti e le piattaforme⁹. È ormai noto, che grazie allo sfruttamento del «capitale informativo» derivante dalla profilazione dei dati personali degli utenti, i gestori dei portali sono in grado di incidere nelle scelte consumeristiche degli utilizzatori e tutto ciò avviene sovente in spregio della normativa sul trattamento dei dati personali; si pensi, a riguardo, alla prassi ormai diffusa da parte dei cd. *market-place* di calibrare le offerte personalizzandole a seconda del prospetto algoritmico che descrive l'utente.

In sintesi, nell'arco di breve tempo, questi soggetti sono stati in grado di creare ecosistemi regolativi autonomi, strutturati spesso a detrimento di ogni garanzia per gli *users*. Tale situazione presenta notevoli rischi anche per l'ordinamento giuridico europeo in sé, in quanto è potenzialmente in grado di pregiudicare proprio ciò che la Direttiva sul commercio elettronico mirava a preservare, ossia un mercato di libero ed equo scambio aperto all'interazione continua¹⁰. I pilastri della regolamentazione europea di settore vacillano, così, dinnanzi a questi nuovi protagonisti del panorama *Onlife* che traggono la propria forza normativa dall'abilità di continuo trasformismo e adattamento ai mutamenti tecnologici in atto.

Tale situazione ha generato un ampio dibattito in seno alla dottrina circa l'opportunità effettiva di un nuovo intervento da parte delle autorità europee sulla materia. Sebbene sia evidente, infatti, che l'ecosistema digitale necessita di una governance stabile e garantista dei diritti e delle libertà degli utenti, la *quaestio* che maggiormente rileva sull'argomento è se sia ragionevole ritenere che lo strumento più adatto a raggiungere tale obiettivo sia la regolazione da parte delle istituzioni o se, al contrario, sarebbe più conveniente prediligere altre vie in un ambiente così fluido e privo di confini.



2. Tra auto-regolazione ed etero-regolazione della governance delle piattaforme

Il dibattito inerente alle più opportune modalità di governance del nuovo fenomeno in oggetto si può riassumere, in questa sede, intorno a due alternative: coloro che ritengono necessario un intervento regolativo *ad hoc* da parte delle competenti autorità pubbliche e chi sostiene, al contrario, che nel contesto virtuale si dovrebbe favorire il fenomeno dell'auto-regolazione già attuato diffusamente dalle piattaforme, ossia la cd. "*deregulation* privata" in quanto più consona, grazie alla capacità di costante aggiornamento, a disciplinare questi nuovi fenomeni di business nonché i cambiamenti sociali in atto¹¹. Le due visioni contrapposte si possono definire *regulation up*, nel primo caso, e *deregulating down*, nel secondo.

Presupposto necessario, su cui entrambe le linee di pensiero concordano, è l'idea secondo cui il mercato – *locus artificialis* concreto o virtuale che sia – necessita di una governance definita, in grado di tutelare i privati e temperare i diversi interessi al suo interno; di un ordine, dunque, come compromesso tra esigenze economiche e normative¹². Tale assetto, richiamando una nota dicotomia greca, può costituirsi in due modalità, ovverosia nella forma di *cosmos* o in quella di *taxis*: un ordine spontaneo, endogeno e auto-regolato, non asservito ad alcuna sovranità esterna nel primo caso, ovvero attraverso un'azione esogena ed etero-imposta dall'alto nel secondo¹³. Da tale premessa filosofica si ritorna, dunque, al principale dilemma odierno relativo alla scelta non solo giuridica, ma soprattutto politica, di interventismo nella regolazione del mercato virtuale o di astensione dall'incidere con soluzioni precettive.

Coloro che parteggiano per il *cosmos*, ossia i sostenitori della cd. *deregulation down*, ritengono che le piattaforme siano dotate di un imperio che, di fatto, assume un'ontologia simile a quella delle autorità pubbliche all'interno del mercato digitale; elemento comprovato dall'adozione, da parte di quest'ultime, di efficaci sistemi regolativi interni che risultano in grado di implementarsi autonomamente e costantemente, nonché di adattarsi al dinamismo di tale contesto. In tal modo viene posta ancor più in risalto l'inadeguatezza della normativa in vigore, tacciata di essere obsoleta e, dunque, ostativa al progresso tecnologico.

Le piattaforme, in qualità di cd. «autorità private di fatto»¹⁴, suscitano dunque il giustificato dubbio se l'intervento da parte del regolatore pubblico sia effettivamente la più efficace delle politiche normative da considerare; complice del dilemma il fatto che le

logiche sottese alla legislazione pubblica non sempre risultano effettivamente volte al perseguimento del bene collettivo, poiché spesso si assiste, al contrario, a quello che gli studiosi dell'economia sono soliti definire la «cattura del regolatore»¹⁵.

Ulteriore motivazione posta a sostegno di questa visione è il cd. *dilemma di Collingridge*, secondo cui «quando il cambiamento è ancora facile non ne comprendiamo la necessità. Quando il bisogno di un cambiamento è evidente, è ormai difficile e costoso introdurlo», evidenziando che nel rapporto tra legislazione e innovazione il tempo gioca un ruolo fondamentale; l'intervento normativo nelle dinamiche virtuali rischia, infatti, di avanzare sempre ad un ritmo differente rispetto al digitale, ostruendone il progresso¹⁶. In virtù di quanto espresso, secondo i sostenitori della *deregulation*, la potestà normativa dovrebbe essere delegata interamente ai gestori delle piattaforme, ai quali spetterebbe il compito di creare strumenti volti al proprio controllo interno, dato il loro interesse a tutelare buon andamento e affidabilità dei servizi ivi erogati.

Ciò che non viene ponderato adeguatamente da questa linea di pensiero, tuttavia, è la mancanza di neutralità nelle proprie scelte da parte di queste infrastrutture, le quali tendono a voler imporre il proprio *imperio*, in spregio agli interessi degli *users*. Di conseguenza, l'attribuzione a questi soggetti tecnologici di un potere regolativo così significativo, senza alcun controllo esterno, rischierebbe di pregiudicare gravemente e in modo irreparabile la posizione degli utenti che si interfacciano con tali entità¹⁷.

Ciò nonostante, è pur vero che anche il processo di regolazione fondato esclusivamente sulla *taxis* non ha consegnato risultati finora soddisfacenti nella governance del sistema, soprattutto in ragione dell'antinomia strutturale tra dinamismo digitale e rigidità dei procedimenti legislativi.

Alla luce della situazione attuale, l'Unione europea, deputata alla regolazione del poliedrico fenomeno, nelle recenti proposte normative afferenti al tema, sembrerebbe propensa ad adottare una strategia differente, nel tentativo di superare tutte le questioni delineate: un pacchetto regolativo composto da diversi atti tutti inerenti alla transizione digitale – ad oggi ancora in parte in corso di approvazione – che si strutturerebbe quale soluzione transattiva tra le dicotomiche visioni di *regulation up* e *deregulation down* e, dunque, quale nuova sintesi tra *taxis* e *cosmos*.

Il recente percorso intrapreso dalle istituzioni europee, attraverso il cd. *Digital Package Act*, si connota difatti per una logica regolativa in netta rottura rispetto al passato, in quanto cerca maggiore "dialogo" tra gli strumenti pubblici di regolazione e



quelli privati, dal momento che gli atti normativi sembrano focalizzare la propria attenzione non tanto “all'esterno”, quindi sulla comminazione di sanzioni di natura prettamente pubblicistica *ex post*, bensì all'interno, ossia sull'azione stessa del soggetto privato, strutturandosi in forma di procedure di decisione *ex ante*. La conformazione ai dettati normativi rileverebbe, dunque, quale metro della diligenza delle piattaforme, imponendo loro una effettiva responsabilizzazione circa il proprio operato¹⁸.

Le tecniche regolatorie del diritto privato, cd. *private enforcement*, sono chiamate così a coadiuvare in questo contesto l'*enforcement pubblico*, nel tentativo di assicurare maggiore efficienza nella governance del mercato, sensibilizzando gli stessi attori privati rispetto all'impatto collettivo della propria gestione del business¹⁹. In assenza di un effettivo coinvolgimento degli intermediari, d'altronde, dato il ruolo di protagonisti assoluti da loro acquisito all'interno del mercato, sarebbe pressoché impossibile per il legislatore costituire una governance del sistema efficace, efficiente e ordinata.

3. Gli atti normativi del cd. pacchetto digitale, in una prospettiva oscillante *de iure condito* - *de iure condendo*

Il cd. pacchetto digitale si compone di una serie di atti normativi il cui obiettivo sarebbe quello di disciplinare le numerose sfaccettature del fenomeno digitale e, dunque, anche la complessa attività attuata dalle piattaforme di intermediazione. È opportuno premettere che fra tutti questi atti sussiste una forte sintonia e comunione di scopi, in ragione del fatto che l'economia delle piattaforme si connota per un'interferenza strutturale tra la circolazione dei beni e quella dei dati personali.

Giova ora dar conto dei principali regolamenti in una prospettiva sincretica *de iure condito* - *de iure condendo*. Va anzitutto richiamato il Reg. 2016/679/UE (cd. GDPR) in materia di protezione dei dati personali e della loro libera circolazione, il quale – come noto – da una parte ha inteso armonizzare la pregressa normativa in materia, dettando una disciplina unitaria per gli Stati membri e, dall'altra, ha attuato una vera “rivoluzione” nell'architettura della privacy, soprattutto in relazione al cd. approccio al rischio derivante dal trattamento dei dati, prefigurando un impianto di tutele *ex ante* del dato durante la sua circolazione all'interno del mercato digitale²⁰. Complice di tale epocale mutamento è la nuova consapevolezza della funzione sociale rivestita oggi dalla privacy, intrinsecamente legata al-

la dignità, libertà e autodeterminazione informativa dell'individuo²¹.

In logica coordinazione con gli obiettivi prescelti, una delle maggiori novità introdotte dal GDPR – ai sensi dell'art. 24 – è la previsione espressa del cd. principio di accountability, che prevede l'obbligo in capo al titolare del trattamento di assumere misure tecniche e organizzative preventive da attuare a garanzia espressa della tutela dei dati personali elaborati²². Tale precetto impone poi al titolare di fornire prova esaustiva del rispetto delle prassi da lui prescelte, garantendo così la piena tracciabilità di tutte le operazioni effettuate sui dati.

L'accountability viene configurata quale condizione stessa di legittimità del trattamento, nonché perno della transizione epocale «dalla centralità dell'autodeterminazione dell'interessato alla responsabilizzazione del titolare»; le misure previste da questo principio vengono così erette a capisaldi di una circolazione sicura e vigilata delle informazioni personali sul Web²³. Il consenso dell'interessato, d'altronde, quale unico strumento a baluardo della tutela della privacy, si è rivelato una strategia spesso sterile, fragile e lacunosa, dal momento che l'utente medio non viene posto nelle condizioni di poter comprendere tutte le implicazioni derivanti dal suo semplice *click* di accettazione al trattamento dei propri dati personali²⁴.

Come se non bastasse, tale tecnica regolativa, indice di un capovolgimento di prospettiva nell'approccio al rischio, in ragione delle molteplici funzioni ad essa deputate, pare superare l'ambito della protezione dei dati personali in senso stretto, facendo da sfondo – come si vedrà – ad una più ampia disciplina delle piattaforme. Così, infatti, le tracce di questo *modus operandi* sembrano riscontrabili anche nel Reg. 2019/1150/UE attinente alla più incisiva regolazione dei rapporti instaurati tra le piattaforme di intermediazione e il professionista prestatore del servizio sottostante con lo scopo precipuo di garantire maggiore equilibrio nelle relazioni instaurate tra questi soggetti. La novità assoluta del testo in esame riguarderebbe, innanzitutto, la qualificazione giuridica dell'intermediazione digitale, la quale si presenta come sottocategoria con connotati specifici rispetto al più ampio insieme dei “servizi della società dell'informazione”, così come declinata nella direttiva 2000/31/CE²⁵. Sicché agli intermediari – in ragione del ruolo assunto – vengono imposti nuovi obblighi, anch'essi strutturati *ex ante*, volti alla tutela di trasparenza, equità e “comprensibilità” nella predisposizione dei termini e condizioni d'uso unilateralmente stabiliti, tutto ciò in continuità sia con la logica protettiva che connota la normativa consumeristica che con la strategia normativa prescelta dal GDPR²⁶.



In una prospettiva *de iure condendo*, invece, è opportuno menzionare, innanzitutto, i due regolamenti gemelli attualmente in corso di approvazione: il *Digital Service Act* - DSA (COM(2020) 825 final, 15 dicembre 2020) e il *Digital Market Act* - DMA (COM(2020) 842 final, 15 dicembre 2020)²⁷.

Sempre nei limiti consentiti dal discorso, il *Digital Service Act*, chiamato anche “legge sui servizi digitali”, si propone un intervento di rinnovamento significativo della direttiva 2000/31/CE²⁸. A riguardo, la disciplina che subirà probabilmente un cambiamento radicale rispetto al passato è il regime di responsabilità giuridica degli *Internet service provider* per la diffusione dei contenuti online nei propri siti. Il cambio di paradigma si rende opportuno in virtù della sostanziale inadeguatezza e lacunosità della Direttiva *e-commerce* sia in riferimento al profilo di gestione dei contenuti illegali, sia con riguardo alla distinzione tra i diversi modelli di *hosting provider* presenti sul mercato²⁹. Preso atto di tali ragioni di intervento, il Regolamento prospetterebbe una graduazione della responsabilità degli intermediari, a fronte del potere di effettivo controllo esercitato da quest’ultimi sui contenuti caricati dagli utenti: esso prevedrebbe così in capo agli intermediari considerati “attivi”, soprattutto se di grandi dimensioni, diversi obblighi di condotta, come la predisposizione di strutture tecnologiche di controllo per la rimozione di contenuti illeciti, ovvero la redazione annuale di rapporti sul grado di rischio dei propri servizi.

Parallelamente al *Digital Service Act*, viene prospettata l’adozione di un altro Regolamento, ossia il *Digital Market Act*, che avrebbe in previsione l’aggiornamento del quadro normativo relativo alla concorrenza nel mercato unico europeo, al fine di contrastare più efficacemente il regime spesso anticoncorrenziale e monopolistico delle *big tech*. L’Unione mirerebbe ad individuare *ex ante*, tramite parametri prestabiliti all’interno del medesimo, i maggiori “aggregatori” digitali – o *gatekeeper* – ossia le piattaforme che operano in qualità di intermediazione per la vendita di prodotti o servizi, con ampio potere sul mercato. Una volta identificati, il testo ambisce ad impedire loro di attuare condotte anticoncorrenziali, non solo mediante le tradizionali misure punitive *ex post*, ma soprattutto attraverso meccanismi di controllo preventivo³⁰.

Si annovera, infine, la proposta di regolamento sull’intelligenza artificiale (COM(2021) 206 final, del 21 aprile 2021) che si propone di costruire delle fondamenta regolative sicure e stabili per questo settore in forte espansione³¹. In coordinazione con tale prospettiva, la proposta prevedrebbe nuovi obblighi di conformazione *ex ante* per gli operatori coinvolti nel-

la produzione o nell’utilizzo di questi sofisticati software; tali imposizioni verranno in aggiunta adeguate al livello di “rischio” specifico implicato nel sistema di intelligenza artificiale³².

4. La struttura “responsabilizzante” nella governance delle piattaforme all’interno del cd. pacchetto digitale

Prediligendo un’analisi sistematica dei testi normativi già menzionati, per esigenza di economia del discorso, il primo aspetto che rileva senz’altro evidenziare è che ognuno di essi, seppur sotto angolature differenti, intende tracciare un segno incisivo nel governo della tecnologia e proprio questo obiettivo comune e sotteso ad ogni singolo atto regolativo citato consente di poterli analizzare in modo coordinato, quale parte integrante di un sistema ampio. Così come strutturato, difatti, il nucleo centrale del complesso normativo sembrerebbe essere la creazione di un percorso regolativo teleologicamente orientato verso la “responsabilizzazione” dei gestori dei portali, ai quali viene imposto un ampio novero di obblighi di condotta *ex ante*, differenti e specifici per ogni singolo atto ma, allo stesso tempo, accomunati dal medesimo “approccio al rischio” conforme ad una logica di deterrenza di ogni eventuale pericolo.

Il presupposto giustificativo di tale impostazione si sostanzierebbe, *in primis*, nella necessità di un limite netto al ruolo di assoluta preminenza negoziale rivestito dagli intermediari nel mercato e, in secondo luogo, nella volontà di accordare una garanzia effettiva ai numerosi interessi coinvolti.

I testi normativi citati scelgono così deliberatamente di collocare il proprio baricentro *ex ante* al fine di tentare di gestire i comportamenti dei gestori dei portali sin dal principio: così, la “responsabilizzazione” degli intermediari, declinata come obblighi di comprensibilità, trasparenza, conoscibilità e condivisione, diviene l’asse portante della struttura del governo della tecnologia.

In virtù della *ratio* sottesa a tutti gli atti regolativi menzionati, si evince che gli obblighi conformativi *ex ante*, previsti in diversa misura dalle normative che aderiscono al cd. pacchetto digitale, sono prodromici all’assunzione, da parte delle piattaforme stesse, di precetti interni appropriati alla tutela degli interessi ultra-individuali e sovraordinati implicati nell’attività di intermediazione; corollario di tale aspetto è che la responsabilità di tali soggetti non discende in via esclusiva dagli eventuali danni causati agli utenti, ma soggiace anche all’adeguamento previsto dalle diverse normative³³. Così, dunque, la regola



imposta dal legislatore europeo «non si risolve (solo) nel limite all'agire negoziale, né postula la (mera) determinazione imperativa del contenuto del contratto: essa, piuttosto, produce un vincolo teleologico, in quanto orienta gli operatori verso quei modelli comportamentali ritenuti idonei ad assicurare un grado di concorrenzialità in senso dinamico del mercato»³⁴.

Si evince, così, che la normativa digitale – probabilmente per le caratteristiche intrinseche di fluidità e mutevolezza che connotano il panorama di riferimento – predilige come strategia quella di concentrarsi su strumenti improntati alla deterrenza di qualsiasi eventuale danno, piuttosto che sul rimedio in caso di avvenuta lesione. Una “infrastruttura di tutele” configurata unicamente come sanzione *ex post*, volta alla riparazione dei torti subiti, rischierebbe d'altronde di non accordare effettiva protezione al novero di interessi coinvolti nella complessa dinamica negoziale sin qui descritta.

Al contrario, attraverso la responsabilizzazione degli intermediari ed il loro conseguente coinvolgimento attivo e auspicato contributo produttivo alla gestione del fenomeno, si presume che vi potrà essere più chiarezza nelle logiche del mercato digitale e maggiore equilibrio tra i diversi attori digitali coinvolti, eliminando le numerose asimmetrie presenti nel sistema. La dinamicità che connota i portali potrà essere così asservita alla garanzia di una “protezione elastica” degli utenti, ossia di misure sempre attuali a seconda del mutamento delle circostanze.

In virtù di quanto espresso sin d'ora, non appare casuale, pertanto, che il concetto di accountability sia stato assunto nell'architettura del GDPR a «principio dei principi», giacché la sua osservanza, mediante la predisposizione di apposite procedure, garantisce di rimando il rispetto e la tutela delle altre prescrizioni ivi contemplate³⁵. Nel Regolamento 2019/1150/UE tale struttura si appura dalla declinazione degli obblighi imposti alle piattaforme, dal momento che la trasparenza viene configurata quale obbligo proattivo *ex ante* di “essere comprensibile” da parte dei fornitori di servizi di intermediazione. Tale *dictat* fungerebbe dunque da regola deontologica generale imposta agli intermediari per la tutela dell'autodeterminazione effettiva dei soggetti più vulnerabili sin dal momento congenito del *contrahere*³⁶.

Anche nelle nuove proposte di intervento si trova conferma dello stesso schema, in relazione al fatto che anche in tali contesti normativi ci si interfaccia con la previsione espressa dell'obbligo di adozione di numerosi procedimenti organizzativi *ex ante*, volti alla deterrenza di condotte pericolose o illecite da parte dei principali attori digitali per la creazione di un ambiente digitale affidabile.

Il nuovo modello legislativo si caratterizza, pertanto, per la commistione tra principi comuni e disposizioni tecniche specifiche oltre che per la promozione, da parte del legislatore, dei codici di condotta “interni”, ritenuti in grado di contribuire positivamente alla corretta applicazione delle prescrizioni previste nei regolamenti, soprattutto per quanto concerne i diversi regimi di responsabilità delle piattaforme nella propria azione negoziale³⁷. Ciascuno di tali elementi, in sintonia con gli altri, è inteso a preservare l'ecosistema digitale, affinché all'interno di esso viga una più sicura e vigilata circolazione combinata tra dati personali e beni o servizi, oltre che una maggiore attenzione ai diritti degli individui coinvolti.

La struttura *de quo* intenderebbe risolvere, in sintesi, le numerose lacune normative presenti, divenendo presidio di quelli che sembrano essere i nuovi principi capisaldi del diritto privato europeo digitale, ossia trasparenza, accountability e proporzionalità.

5. Conclusioni: nuove prospettive giuridiche nella transizione digitale

Riportate le caratteristiche salienti della cd. *platform economy* oltre che le possibili strategie “ordinanti” del fenomeno in questione, si possono offrire delle brevi conclusioni. Il *trait d'union* tra le due opposte visioni di *cosmos* e *taxis*, ovvero *private* e *public enforcement*, può realmente essere una via percorribile per la creazione di una governance maggiormente “fluida”, in grado di conciliarsi con le peculiari caratteristiche di a-territorialità e di incorporeità del *World Wide Web*.

Gli atti legislativi afferenti al nuovo pacchetto di riforma digitale, sviluppati in logica coordinazione tra loro dalle Istituzioni europee, potrebbero essere, a ben vedere, l'occasione per una efficace transizione verso differenti frontiere normative, con connotati del tutto originali rispetto agli schemi qualificativi prediletti agli albori dell'esperienza *Onlife*. Viene tracciato, difatti, un percorso regolativo formato da principi reciprocamente condivisi tra i diversi atti normativi, uniti allo sviluppo di una normativa *ad hoc* di settore, propria e peculiare per ognuno dei Regolamenti, i quali, tuttavia, seppur nella propria alterità, presentano comunque dei punti di contatto vicendevoli. Come se non bastasse, la scelta di un comune approccio al rischio condiviso, che si sostanzia fondamentalmente in forme di tutela volte alla deterrenza di ogni forma di lesione dei diritti e delle libertà coinvolte nel panorama digitale, pone ancor più in evidenza l'interferenza sostanziale che lega tutta la regolazione digitale.



La strategia prescelta, volta riassuntivamente alla responsabilizzazione delle piattaforme, si innesta nel solco di un vero e proprio processo “educativo” che tenta, da una parte, di rendere gli intermediari più coscienti dei rischi afferenti al proprio modello di business e, dall’altra, di insegnarli quali principali incaricati nella risoluzione delle criticità connesse al loro operato attraverso la continua sperimentazione di misure tecniche o organizzative deputate allo scopo.

Un tale approccio responsabilizzante potrebbe costituire, a ben vedere, anche lo strumento in grado di infondere una “cultura dell’affidabilità” all’interno di tutte le strutture che rientrano nell’alveo dell’ecosistema digitale: si pensi, ad esempio, che grazie all’opera di sensibilizzazione collettiva di tutti i soggetti implicati nella catena del trattamento dei dati, che rende limpidi i rischi implicati in tale operazione, la valutazione e prevenzione degli inerenti pericoli dovrebbe avvenire in modo ben più consapevole, comportando un abbassamento ulteriore del rischio di lesione dei diritti fondamentali coinvolti³⁸. Così come per i dati, la medesima sensibilizzazione collettiva giova senza dubbio anche per quanto attiene l’ambito di operatività degli *Internet service provider* ovvero la produzione e utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale.

Oltre a quanto espresso, non si dimentichi che nel caso di violazione degli obblighi conformativi previsti sia dalle normative digitali già in vigore sia da quelle in corso di approvazione, sono previste sanzioni fortemente pregiudizievoli per l’operato aziendale; l’assunzione di un atteggiamento proattivo e adeguato diviene, di conseguenza, alquanto conveniente anche per i gestori stessi dei portali di intermediazione.

All’adesione a tali obblighi sono sottesi, pertanto, vantaggi di carattere economico in senso ampio: è agevole constatare come l’implementazione di un approccio responsabilizzato sia in grado di apportare numerosi benefici, sia di natura strettamente commerciale, sia altresì per l’ambiente sicuro che la piattaforma contribuisce così a costruire.

Le aziende più “virtuose” nell’essere “*accountable*” saranno in grado di acquisire maggior credito da parte degli utenti e, di conseguenza, un accrescimento della propria competitività sul mercato. Se posto in essere in modo appropriato ed assennato, quindi, tale “approccio al rischio” è in grado di convertire gli obblighi conformativi da puro costo a preziosa risorsa per i soggetti assoggettati alla disciplina³⁹.

Ulteriore valutazione *a latere*, circa gli obiettivi sottesi all’approccio, risiede nel fatto che la previsione espressa di uno o più professionisti esplicitamente preposti alla gestione dei differenti trattamenti delineati dai regolamenti sia in grado di consentire uno

stabile ponte comunicativo tra controllori e controllati; in tal modo viene notevolmente ampliata la possibilità di instaurazione di un dialogo costruttivo e costante tra questi due soggetti, indispensabile per il raggiungimento di un bilanciamento effettivo tra gli interessi coinvolti.

In conclusione, il sistema che si è venuto a delineare in queste brevi considerazioni potrebbe rappresentare, nel quadro regolativo attuale, la chiave di volta per garantire maggiore temperamento tra le diverse posizioni in gioco nell’ecosistema digitale: la costituzione della governance digitale diverrebbe appannaggio, dunque, di un lavoro congiunto tra le parti sin d’ora poste agli antipodi, plasmando il futuro digitale entro cardini di un vero dialogo volto al progresso non solo digitale ma anche sociale.

Note

¹A tal proposito, S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali diritti, quali vincoli*, Laterza, 2014, p. 3 ss., secondo cui «Internet, il più grande spazio pubblico che l’umanità abbia conosciuto, la rete che avvolge l’intero pianeta, non ha sovranità» e per questo lo spazio regolativo senza confini ammette possibilità impensabili in precedenza. Si consideri anche F. MASTROBERNARDINO, *Il patrimonio digitale*, ESI, 2019, p. 13; il quale richiama a sua volta M. ORLANDI, voce *Diritto nel mondo virtuale*, in “Enc. Treccani XXI Sec.”, 2009, p. 491, a parere del quale «è consueta e diffusa la lezione secondo cui saremmo nell’età telematica. Epoca delle tecnologie informatiche, capaci di conformare il nostro modo di essere e di costruire mondi interamente digitali, che si raggiungono solo attraverso la macchina elaboratrice e sono attingibili uno tempore ovunque; mondi privi di luogo fisico (atopici), e così suscettibili di compresenza istantanea».

²Il termine *Onlife* è stato coniato dal noto studioso L. Floridi e il suo gruppo di ricerca finanziato dalla Commissione europea al fine di sottolineare proprio la fusione ormai inscindibile tra vita reale e dimensione online. Per maggiori dettagli si faccia riferimento a L. FLORIDI, *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*, Springer, 2014, *passim*.

³Si fa riferimento all’affermazione di modelli economici come, ad esempio, la cd. *sharing economy* o economia collaborativa fondata in sintesi sulla condivisione di beni tra pari grazie all’utilizzo proficuo delle caratteristiche della rete. Relativamente a tale epocale transizione, causata soprattutto dalle recenti crisi socioeconomiche, nonché ai caratteri salienti dell’economia collaborativa si legga J. RIFKIN, *L’era dell’accesso. La rivoluzione della new economy* (trad. it.), Mondadori, 2000, *passim*; ID., *La società a costo marginale zero. Internet delle cose, l’ascesa del commons collaborativo e l’eclissi del capitalismo* (trad. it.), Mondadori, 2014, *passim*; Y. BENKLER, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in “Yale Law Journal”, vol. 114, 2004, n. 2, p. 273 ss.; R. BOTSMAN, R. ROGERS, *Il consumo collaborativo ovvero quello che è mio è anche tuo* (trad. it.), Franco Angeli, 2017, p. 15 ss.; per quanto riguarda, invece, la dottrina nazionale, trattano del tema D. PELLEGRINI, *Sharing Economy. Perché l’economia collaborativa è il nostro futuro*, Hoepli, 2017, *passim*; G. SMORTO, *Economia della condivisione e antropologia dello scambio*, in “Diritto pubblico comparato ed europeo”, 2017, n. 1, p. 119 ss.; ID., *Dall’impresa gerarchica alla comu-*



nità distribuita, in "Orizzonti del Diritto Commerciale", 2014, n. 3, p. 1 ss.; ID., *Verso la disciplina giuridica della Sharing economy*, in "Mercato concorrenza regole", 2015, n. 2, p. 246 ss.; ancora, N. RAMPAZZO, *Rifkin e Uber. Dall'età dell'accesso all'economia dell'eccesso*, in "Il diritto dell'informazione e dell'informatica", 2015, n. 1, p. 957 ss.

⁴La piattaforma, in estrema sintesi, è un'infrastruttura informatica articolata, composta da un sistema hardware associato ad uno software che ne presiede tutte le funzionalità: tale sistema è in grado di fornire simultaneamente differenti servizi presunti gratuiti o a pagamento. Può essere strutturata secondo uno schema open source oppure commerciale; oltre a ciò, può essere riferita ad un pubblico indeterminato o, al contrario, rivolta ad un certo target di utenti. La presunzione di gratuità viene talvolta superata dal fatto che solo il software o la funzione base del servizio sia completamente gratuita e, al contrario, le funzioni più sofisticate siano a pagamento. In tal caso si parla di remunerazione indiretta o mista, cd. *freemium*. Per una ricostruzione più attenta R. MORO VISCANTI, *La valutazione delle piattaforme digitali*, in "Diritto industriale", 2020, n. 4, p. 371 ss.

⁵Nel quadro normativo vigente, tali servizi sembrerebbero riconducibili alla disciplina dei "servizi della società dell'informazione", ai sensi della direttiva 2000/31/CE e definiti, oggi, dall'art. 1 lett. b), della direttiva 2015/1535/UE come: «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi». L'intermediazione, difatti, non attiene di per sé alla gestione materiale delle risorse e alla loro allocazione trattandosi, al contrario, di un servizio erogato esclusivamente online. Di conseguenza, il contratto attinente al servizio sottostante viene concluso esclusivamente tra gli utenti secondo uno schema *peer to peer* e le piattaforme tendono a declinare ogni responsabilità in relazione ad esso. L'inquadramento giuridico appena esposto, tuttavia, non rispecchia il ruolo concretamente rivestito, dal momento che le piattaforme tendono spesso a soverchiare la propria funzione formale. Per un'accurata analisi del ruolo svolto dalle piattaforme di intermediazione si osservino A. QUARTA, *Il ruolo delle piattaforme digitali nell'economia collaborativa*, in "Contratto e Impresa. Europa", 2017, p. 554 ss.; A. CANEPA, *I mercanti nell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Giappichelli, 2020, *passim*.

⁶Si fa riferimento soprattutto alla direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»). Essa è stata recepita nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70.

⁷Così fanno eco le parole di N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1998, n. 2, p. 346 ss. Sebbene lo scritto si collochi in un arco temporale in cui nello specifico l'azione degli intermediari digitali fosse lungi dall'essere immaginabile da parte dell'Autore, lo scritto risulta ancora fortemente attuale in termini sostanziali. Questa autorevole voce descrive uno spazio contrattuale personalizzato in cui sostanzialmente la tecnica dialogica, fulcro stesso del *contrahere*, diviene pressoché irrilevante, laddove viene prediletto, al contrario, l'imporre "di un monologo" di una parte in modo tale che «il rapporto guadagna un alto grado di efficienza e calcolabilità» dal momento che «lo schema è ripetibile senza fine, evita sperperi di tempo e di energia, annulla o riduce gli attriti dell'individualità». È evidente, difatti, che «la parte che adotta moduli o formulari, rifiuta e nega il dialogo: non fa e non riceve domande, non dà e non attende risposte o, meglio, fa un'unica domanda e attende un'unica risposta. Essa ha già esaurito la sua risposta comunicativa, ma, appunto,

in un'espressione che consuma e annulla il dialogo. L'aderire non è un risultato dialogico, ma – come rivela l'etimo latino – soltanto un rimanere attaccati».

⁸Si consideri, V. KATZ, *Regulating the Sharing Economy*, in "Berkeley Technology Law Journal", vol. 30, 2015, n. 4, p. 1067 ss. L'Autrice delinea come le piattaforme, soprattutto nell'ambito della *sharing economy*, esercitino un controllo effettivo sulle modalità di erogazione dei servizi nonché su ogni transazione che si compie al loro interno.

⁹Riguardo alle inedite dinamiche derivanti da questa combinazione tra fornitura di un servizio e utilizzo dei dati, si osservino i contributi di C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in "Giustizia civile", 2019, n. 3, p. 499 ss., là dove l'Autrice, nel trattare i contenuti della novella disciplina, evidenzia chiaramente come i modelli contrattuali e di scambio stiano subendo notevoli cambiamenti in ragione del fatto che i dati personali sono divenuti nell'economia delle piattaforme la nuova moneta; sulla stessa linea, C. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in "Jus civile", 2021, n. 4, p. 870 ss. Si veda anche sul punto V. ZENO-ZENCOVICH, *Do 'Data Markets' Exist?*, in "Media Laws", 2019, n. 2, p. 22 ss.; si considerino, infine, i recenti articoli di M.W. MONTEROSSO, *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in "Contratto e impresa", 2021, n. 3, p. 920 ss.; T. SCHREPEL, *Platforms or Aggregators: Implications for Digital Antitrust Law*, in "Journal of European Competition Law & Practice", vol. 12, 2021, n. 1, p. 1-3.

¹⁰Intento principale della direttiva sul commercio elettronico, infatti, era quello di costituire un quadro giuridico in grado di assicurare la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione tra gli Stati membri, favorendo lo sviluppo di questo strategico settore. Il progetto comunitario della direttiva si poneva l'obiettivo di incentivare la realizzazione di una società consapevole delle nuove possibilità garantite dall'avvento delle tecnologie e una trasformazione omogenea verso la cd. società dell'informazione. Viene assunto a postulato dell'introduzione della direttiva 2000/31/CE l'obiettivo di armonizzazione delle normative e la creazione di uno spazio senza frontiere, oltre che la creazione di un quadro generale chiaro sugli aspetti giuridici del commercio elettronico nel mercato interno. Per un commento recente e compiuto della direttiva si consideri F. DELFINI, *Forma digitale, contratto e commercio elettronico*, UTET, 2020, p. 95 ss. Per cosa si intenda, invece, per società dell'informazione in termini più socio-tecnologici, si consideri M.A. BIASIOTTI, G. SARTOR, F. TURCHI, *Tecnologie e abilità informatiche per il diritto*, Giappichelli, 2018, p. 17 ss.

¹¹Si faccia riferimento, ad esempio, a M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in G. Gitti (a cura di), *L'Autonomia privata e le autorità indipendenti*, il Mulino, 2006, p. 69 ss.

¹²L'ordine nel mercato viene inteso da autorevole dottrina come «regolarità e prevedibilità dell'agire: chi entra nel mercato – nel mercato di un dato bene – sa che l'agire, proprio e altrui, è governato da regole, e dunque che, entro la misura definita da codeste regole, i comportamenti sono prevedibili». Così, N. IRTI, *L'Ordine giuridico del mercato*, Laterza, 1998, p. 5.

¹³Tratta profusamente di questa dicotomia N. IRTI, *L'Ordine giuridico del mercato*, cit., p. 6 s.

¹⁴Il concetto di «autorità private di fatto» richiama immediatamente C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, 1977, p. 55 ss. A più di 40 anni dalla sua pubblicazione, questo saggio mostra ancora grande attualità riguardo alla riflessione sull'incidenza del potere privato sia «di diritto» che meramente «di fatto» nei rapporti tra consociati nonché sulle tecniche a disposizione dell'ordinamento giuridico per la tutela di in-



teressi generali, collettivi e individuali. Questa prospettiva d'indagine che invita ad uno sguardo meno rigido rispetto alla classica lettura che sovente contrapponeva nettamente un diritto privato dell'eguaglianza a un diritto pubblico dell'autorità, si intreccia in modo significativo con le più recenti analisi del «diritto della regolazione» e la compenetrazione di tecniche pubbliche e private».

¹⁵Sul punto si richiama la nota scuola di pensiero *Public Choice* o della scelta pubblica sviluppatasi negli Stati Uniti negli anni '60 del 900, principalmente ad opera di J.M. Buchanan, premio Nobel per l'economia nel 1986, e Gordon Tullock. Il saggio, intitolato «Il calcolo del consenso», pubblicato nel 1962, dimostra come i politici non siano affatto benevoli monarchi illuminati che perseguono prioritariamente il benessere collettivo ma, al contrario, attori razionali guidati soprattutto da interessi egoistici. Si veda a riguardo J.M. BUCHANAN, G. TULLOCK, *The Calculus of Consent, Logical Foundations of Constitutional Democracy*, University of Michigan Press, 1962, *passim*; per un commento si consideri anche E. GRAZIANI, *Il mercato tra diritto e economia e politica*, Giappichelli, 2005, p. 77 ss. Di conseguenza, il desiderio che muove i politici nelle proprie campagne elettorali è tutt'altro che improntato verso un sentimento di bene collettivo ma alla soddisfazione di interessi prettamente individuali. In ragione di ciò, si può scorgere da parte del legislatore una maggiore benevolenza verso gli interessi degli attori più forti del mercato, i quali, dunque, sono in grado *de facto* di «catturare il regolatore». La teoria è stata elaborata compiutamente dal premio Nobel per l'economia, George J. Stigler, aderente anch'egli alla linea di pensiero elaborata dalla *Public Choice*. Si veda a riguardo: G.J. STIEGLER, *Mercato, informazione, regolamentazione* (trad. it.), il Mulino, 1994, *passim*.

¹⁶Il cd. *dilemma di Collingridge* prende dal proprio ideatore, David Collinridge, il quale nel libro *The Social Control of Technology*, demarca proprio l'antitesi tra le due velocità. Questa teoria è collegata strettamente al cd. problema del ritmo, teorizzato dallo studioso Larry Downes nel 2009 nel proprio libro *The Laws of Disruption, Harnessing the New Forces that Govern Life and Business in the Digital Age*, in cui afferma che, mentre la tecnologia si modifica in modo esponenziale, i sistemi giuridici ed economici cambiano progressivamente, evidenziando la differente speditezza a cui tali entità si muovono e la conseguente difficoltà di comunicazione. Così, D. COLLINRIDGE, *The Social Control of Technology*, St. Martin's Press, 1980, *passim*; L. DOWNES, *The Laws of Disruption, Harnessing the New Forces that Govern Life and Business in the Digital Age*, Basic Books, 2009, *passim*.

¹⁷Cfr. V. ZENO-ZENOVICH, *Uber: modello economico e implicazioni giuridiche*, in «MediaLaws», 2018, n. 1, pp. 140-143.

¹⁸Sul punto M. MAUGERI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. Maugeri, A. Zoppini, «Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato», il Mulino, 2009, p. 9 ss.; A. ZOPPINI, *Una riflessione sul contratto nell'attuale diritto del commercio internazionale*, in «Rivista critica del diritto privato», 2020, n. 1, pp. 291-294.

¹⁹Sulla cooperazione tra *private* e *public enforcement* nella prospettiva della regolazione del mercato concorrenziale si considerino M. MAUGERI, A. ZOPPINI, *op. cit.*; A. ZOPPINI, *Una riflessione sul contratto nell'attuale diritto del commercio internazionale*, cit.; G. MUSCOLO, *Il nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: la cooperazione tra public e private enforcement*, in G.A. Benacchio, M. Carpagnano (a cura di), «Assetti istituzionali e prospettive del private antitrust enforcement nell'Unione europea», Editoriale Scientifica, 2018, p. 11 ss.

²⁰Per un'analisi approfondita dei contenuti del GDPR, si faccia riferimento, *ex multis*, a R. CATERINA, *Novità e con-*

tinuità nel Regolamento generale sulla protezione dei dati, in «Giurisprudenza italiana», 2019, n. 12, p. 2777; G. FINOCCHIARO, *Riflessioni sul poliedrico Regolamento europeo sulla privacy*, in «Quaderni costituzionali», 2018, n. 4, pp. 895-898; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, 2016, *passim*; Id., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, Giappichelli, 2016, *passim*; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in «Contratto e impresa», 2018, n. 1, pp. 106-125.

²¹Così, M.G. STANZIONE, *Consenso e trattamento di dati personali nella dimensione europea*, in P. Stanzone (a cura di), «I poteri privati delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy», Giappichelli, 2022, p. 77 ss.

²²Sul punto C. CAMARDI, *Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali*, in «Jus Civile», 2020, n. 3, pp. 786-811; G. FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in «Le nuove leggi civili commentate», 2017, n. 1, pp. 1-18; sul concetto di accountability nel GDPR si osservi anche G. AMORE, *Fairness, Transparency e Accountability, nella protezione dei dati personali*, in «Studium Iuris», 2020, n. 4, pp. 414-429. Spetta, dunque, al titolare valutare la portata del pericolo e prevenirne i possibili effetti pregiudizievoli mediante puntuali accorgimenti in via cautelativa di cui deve poter dare costantemente prova.

²³Si riprende E. TOSI, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale*, Giuffrè, 2019, p. 34 ss.; si veda anche Id., *La responsabilità civile per trattamento illecito dei dati personali alla luce del General Data Protection Regulation (GDPR)*, in «Studium Iuris», 2020, n. 7-8, pp. 840-845. Così, anche, G. BUSIA, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Nota introduttiva*, in Id. (a cura di), «Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali. Bilanci e prospettive», Aracne, 2016, p. 12 ss.

²⁴Per una trattazione circa la disciplina del consenso e annesse questioni si rimanda a E. LUCCHINI GUASTALLA, *Privacy e Data Protection: principi generali*, in E. Tosi (a cura di), «Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo codice privacy», Giuffrè, 2019, p. 71 ss.; L. AULINO, *Consenso al trattamento dei dati e carenza di consapevolezza: il legal design come un rimedio ex ante*, in «Il Diritto dell'informazione e dell'informatica», 2020, n. 2, pp. 303-312.

²⁵La nuova fattispecie evidenzia, da una parte, le caratteristiche attinenti alla struttura e, dall'altra, sottolinea quali siano le modalità di conduzione del business. Nello specifico, ai sensi dell'art. 2 n. 2) del Regolamento, si definiscono servizi di intermediazione online quelli che soddisfano i tre seguenti requisiti: «a) sono servizi della società dell'informazione ai sensi dell'art. 1, par. 1, lett. b della direttiva 2015/1535/UE del Parlamento europeo e del Consiglio; b) consentono agli utenti commerciali di offrire beni o servizi ai consumatori, con l'obiettivo di facilitare l'avvio di transazioni dirette tra tali utenti commerciali e i consumatori, a prescindere da dove sono concluse dette transazioni; c) sono forniti agli utenti commerciali in base a rapporti contrattuali tra il fornitore di tale servizi, da un lato, e gli utenti commerciali e i consumatori a cui gli utenti commerciali offrono beni o servizi, dall'altro». Per un commento approfondito al nuovo regolamento A. PALMIERI, *Profili giuridici delle piattaforme digitali*, Giappichelli, 2019, p. 32 ss.

²⁶Alla luce di ciò, l'art. 3 del Regolamento 2019/1150/UE – dedicato in modo esplicito proprio a «Termini e Condizioni» unilateralmente predisposte dai gestori di piattaforme di intermediazione – indica in modo puntuale le misure a cui tali soggetti sono tenuti a conformarsi al fine di assicurare traspa-



renza in ogni fase della contrattazione con gli utenti che si interfacciano nel portale.

²⁷Per un primo commento sui contenuti della riforma si considerino, G.M. RUOTOLO, *Digital Service Act e Digital Market Act: tra responsabilità dei fornitori e rischi di bis in idem*, in "SIDBlog", 29 marzo 2021; ID., *Le proposte di disciplina di digital service e digital markets della Commissione del 15 dicembre 2020*, in "DPCE online", 2020, n. 4, pp. 5419-5421. Si segnalano nelle due proposte i seguenti macro-profil di intervento: «- norme specifiche per le grandi piattaforme digitali che svolgono una funzione sistemica di controllo di accesso al mercato; - rafforzamento della protezione per i consumatori dai prodotti illegali, contraffatti e non sicuri; - regole più incisive per pubblicità mirata e controlli su contenuti online; - obbligatorietà delle norme introdotte anche per i prestatori stranieri di servizi» Così, E. TOSI, *Diritto privato delle nuove tecnologie digitali*, Giuffrè, 2021, p. 39.

²⁸Per un'analisi delle prospettive di riforma si osservi C. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, cit., p. 907 ss.; si consideri, inoltre, M. EIFERT, A. METZGER, W. SCHWEITZER, G. WAGNER, *Taming the giants: the DMA/DSA package*, in "Common Market Law Review", vol. 58, 2021, n. 4, p. 987-1028; O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *Verso il Digital Service Act: problemi e prospettive. Presentazione del simposio*, in "MediaLaws", 23 novembre 2020; M. DONATEO, A. POLIMENI, *Digital Service Act, verso un nuovo modello di responsabilità per i social: i primi passi Ue*, in "Agenda digitale EU", 22 giugno 2020; N. PISANU, *Ecco il Digital Service Act: perché è rivoluzionaria la proposta della Commissione UE*, in "Cibersecurity360", 15 dicembre 2020; F. PAOLUCI, *Il Digital Service Act: verso una nuova governance di Internet?*, in "Ius in Itinere", 23 dicembre 2020. Rispetto alla sua approvazione, F. META, *Digital Service Act, ok del Parlamento Ue: stretta su contenuti e algoritmi*, in "Corcom", 20 gennaio 2022.

²⁹Gli *Internet service provider* tradizionalmente venivano configurati all'interno della direttiva 2000/31/CE come "servizi della società dell'informazione" il cui operato si limitava alla garanzia di accesso ad una rete di comunicazione ed erano ritenuti privi di responsabilità alcuna circa i contenuti pubblicati nei propri canali da parte degli utenti. Così, ai sensi degli artt. 13, 14, 15 della suddetta Direttiva, qualora l'attività del *provider* sia definibile in termini di *access*, *cache* o *host*, e dunque connotata da mero tecnicismo, automatismo nonché passività, viene disposta l'assenza di un obbligo specifico di sorveglianza a carico di questi soggetti in ragione del fatto che essi vengono ritenuti inidonei ad un controllo effettivo dei contenuti pubblicati, data la loro natura formalmente "passiva". Lo sviluppo della cd. *platform economy* ha determinato, tuttavia, un'evoluzione significativa anche nell'attività di *hosting* rispetto a come inizialmente concepita che ha sollevato negli anni numerose contese giudiziali, all'interno delle quali si è fatta spazio una debita distinzione nella formulazione interpretativa soggettiva del *provider* ossia tra cd. *hosting* passivo e attivo. I cd. *host* attivi non presentano di certo le caratteristiche di passività e neutralità delineate dalla normativa comunitaria, non potendosi considerare, di conseguenza, scevri da qualsivoglia responsabilità ma, al contrario, co-responsabili. In particolare, si vedano le seguenti sentenze della Corte di Giustizia europea che hanno delineato la differenza tra *hosting* passivo e attivo, CGUE, C-236/08, 23 marzo 2010, *Google v. Luis Vuitton*; nello stesso senso CGUE, C-324/09, 12 luglio 2011, *L'Oreal v. eBay*. Il dibattito in dottrina sul punto è molto vivace, per maggiori dettagli sulla questione si considerino, *ex multis*, A.G. PARISI, *Privacy e mercato digitale*, Pacini Giuridica, 2020, p. 155 ss.; R. PETRUSSO, *Le responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a raffronto*, Giappichelli,

2019, *passim*; E. TOSI, *L'evoluzione della responsabilità civile dell'Internet service provider passivo e attivo*, in "Diritto industriale", 2019, pp. 590-613; ID., *Obblighi di filtraggio ex post di contenuti digitali illeciti equivalenti e responsabilità civile degli hosting provider*, in "Diritto industriale", 2020, pp. 284-298; ID., *Diritto privato*, cit., p. 447 ss.

³⁰Per maggiori dettagli si veda il documento informativo della Commissione europea intitolato *Legge sui mercati digitali: garantire mercati digitali equi e aperti*. Per un breve commento alla proposta M.R. CARBONE, *Digital Market Act: così l'Europa limita il potere delle Big Tech*, in "Agenda digitale EU", 15 dicembre 2020.

³¹Si fa riferimento alla nuova proposta legata alla normazione dell'AI recante titolo *Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme armonizzate in materia di intelligenza artificiale e che modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*, pubblicato il 21 aprile 2021.

³²Per un primo breve commento alla proposta, L. TOSONI, *Intelligenza artificiale, i punti chiave del regolamento europeo*, in "Agenda digitale EU", 21 aprile 2021; F. GIORDANELLI, A. CHIARINI, *Il regolamento sull'intelligenza artificiale: "essere o non essere" intelligenza artificiale*, in "Media Laws", 3 marzo 2022.

³³Così, in relazione alla disciplina della privacy, C. CAMARDI, *Note critiche*, cit., p. 796.

³⁴Si riprende A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, il Mulino, 2020, p. 193 ss., al quale si rinvia per più ampie riflessioni sistemiche.

³⁵Si tenga presente quanto riportato in particolare da R. CELELLA, *Il principio di responsabilizzazione: la vera novità del GDPR*, in "Ciberspazio e diritto", 2018, n. 1-2, pp. 211-224; C. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in "Federalismi.it", 2018, n. 22, p. 26 ss.; L. CALIFANO, *Il Regolamento UE 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dei dati personali*, in L. Califano, C. Colapietro (a cura di), "Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679", Editoriale Scientifica, 2017, p. 35; L. CALIFANO, *Principi e contenuti del Regolamento UE 2016/679 in materia di protezione dei dati personali*, in L. Scaffardi (a cura di), "I profili del diritto. Regole, rischi e opportunità nell'era digitale", Giappichelli, 2018, p. 1 ss.

³⁶L'imperativo della trasparenza contrattuale, obiettivo centrale anche del Codice del consumo, impone chiaramente una contribuzione attiva da parte di coloro che si trovano in una situazione di vantaggio nel mercato. Per maggiori dettagli sulla sua funzione nei rapporti asimmetrici si considerino, ad esempio, M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Cedam, 2002, *passim*; F. RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Giuffrè, 2012, *passim*.

³⁷Così, ad esempio, l'art. 24, co. 3, del GDPR individua nell'«applicazione dei codici di condotta approvati ai sensi dell'art. 40» un ulteriore strumento funzionale all'incentivo dell'autodisciplina dei soggetti preposti al trattamento, come pure un irrobustimento delle fonti legislative interconnesse preposte a tale scopo. Anche nelle nuove proposte, inoltre, viene sponsorizzata la loro adozione; così, l'art. 35, co. 1, del DSA recita «La Commissione e il comitato incoraggiano e agevolano l'elaborazione di codici di condotta a livello di Unione per contribuire alla corretta applicazione del presente regolamento, tenendo conto in particolare delle sfide specifiche connesse alla lotta di diversi tipi di contenuti illegali e ai rischi sistematici, conformemente al diritto dell'Unione, in particolare in materia di concorrenza e protezione dei dati personali».



³⁸Cfr. L. CALIFANO, *Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale*, Editoriale Scientifica, 2016, p. 82 ss.

³⁹Sul punto ID., *Principi e contenuti del Regolamento UE 2016/679 in materia di protezione dei dati personali*, cit., p. 10; R. CELELLA, *op. cit.*, p. 223. Sul concetto di privacy da

“costo a risorsa”, ben prima del Regolamento attualmente vigente si vedano i diversi contributi contenuti in G. RASI (a cura di), *Da costo a risorsa. La tutela dei dati personali nelle attività produttive*, p. 7 ss.

* * *

The regulatory evolution of digital intermediation: new profiles of accountability

Abstract: This article aims to investigate the development of digital intermediation platforms and their remarkable impact on the governance of the digital ecosystem; secondly, the paper aims to identify new legal protection tools for users in a *de iure condito - de iure condendo* perspective. Intermediation platforms proved to be complex to be qualified in legal terms, due to their “fluid” nature, both in structure and services. They play an important role in the borderless digital market: platforms, indeed, have been gaining a position of strength in negotiation relationships with users. Such a situation is cause of substantial asymmetry between parties to the prejudice of the user’s rights involved. The EU legislation of the sector is a contributing factor in the current situation as it often regarded as outdated and so unable of governing such a phenomenon, which give raise to many doubts about the reasonableness of a new regulatory intervention of the European Institutions on the matter. Considering this, the paper will consider how new regulatory techniques, such as accountability, provided for by the new European regulatory text and proposals about the technological issue, might or not contribute to build a more transparent and secure governance of the digital ecosystem.

Keywords: Platforms – Intermediation – Governance – Accountability