DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

DIRITTI E PIATTAFORME: METTIAMO LA DICHIARAZIONE DEI DIRITTI IN INTERNET IN PROSPETTIVA

Posted on 23 Marzo 2015 by [Nicolò Zingales](#)

Per un pieno apprezzamento dell'attuale bozza di Dichiarazione dei Diritti in Internet, non si può prescindere da una fondamentale questione ontologica: qual è la funzione di questo documento?

Una prima opzione, per cui pare di potersi propendere alla luce del profilo mediatico e del nome con cui talvolta ci si riferiva alla Dichiarazione (Magna Carta), è quella di "costituzionalizzare" Internet: ovverosia, raccogliere e sancire in un unico documento una serie di norme e principi di generale accettazione e cruciale importanza all'interno di un determinato sistema giuridico, ai fini della definizione di un quadro generale per la *governance* di Internet. Questa "Magna Carta" formerebbe dunque un quadro di principi e norme di carattere primario, allo stesso tempo fondamento e limite delle eventuali norme secondarie adottate per la loro implementazione.

Una seconda opzione, invece, che sembra più calzante alla luce di un esame del contenuto degli articoli e del titolo stesso che è stato scelto, è quella di fornire una serie di principi e norme di natura esortativa, col fine di guidare qualsiasi attività regolatoria dei diritti sulla rete. In questo

secondo caso, a differenza del primo, la mancanza di un vero e proprio processo costituente consente agli autori del documento di esulare dalla necessità di forte consenso, lasciando più spazio ad interpretazioni progressiste.

Sotto questo profilo, la funzione della Dichiarazione non è molto diversa dalle relazioni presentate annualmente dai Relatori Speciali delle Nazioni Unite, incaricati di valutare il livello di protezione di determinati diritti ed avanzarne la portata a livello globale. Giusto per fare un esempio, nel 2011 il rapporto del Relatore Speciale per i Diritti Umani e le Imprese definiva per la prima volta il concetto di responsabilità delle imprese nel rispetto dei diritti umani, e quello del Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla Promozione e la Protezione della Libertà di Opinione ed Espressione affermava la necessità di provvedimento giudiziale per imporre restrizioni di contenuti o richiedere dati degli utenti ai cosiddetti "intermediari di Internet". Trattasi in entrambi i casi di contributi fondamentali per la crescita dei concetti di diritti umani e di libertà di espressione, che i relatori espandevano oltre il loro tradizionale campo di applicazione e interpretavano alla luce delle caratteristiche della società odierna.

In questo senso, la Dichiarazione potrebbe seguire le orme di altre note "fonti atipiche" nel diritto internazionale, quali per es. la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e la Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo, che sono servite da pietra miliare nel percorso di adozione delle successive Convenzioni (in particolare, la Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici; la Convenzione Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali; e la Convenzione Internazionale sui Diritti dell' Infanzia). Con la differenza fondamentale che, riconoscendo la crescente importanza del modello "*multistakeholder*" nella definizione della *governance* di Internet, questa Dichiarazione si prepone di abbandonare le classiche procedure intergovernative, adottando una procedura aperta che consenta di prendere in considerazione l'apporto di chiunque abbia interesse a contribuire. E' per questo motivo che la presente consultazione riveste particolare importanza, e che una partecipazione nutrita è quanto meno auspicabile ai fini del riconoscimento e della legittimazione collettiva di questo passo strategico compiuto dalla Commissione.

Posto dunque che non si tratta semplicemente di una raccolta di norme già esistenti, ma piuttosto di un'affermazione di linee guida per la futura *governance* della rete, alcune delle scelte fatte dagli autori della bozza possono essere meglio comprese se messe in tale prospettiva: quella della necessità di promuovere una presa di coscienza e di posizione in merito a temi fondamentali per il rispetto dei diritti in quella società connessa con la quale ci troviamo (e troveremo sempre di più) a dover fare i conti. Le disposizioni della Dichiarazione possono allora essere viste come affermazioni mirate a generare dibattito, proposizioni per un incrementale lavoro di definizione del quadro normativo del futuro.

Una di queste scelte lungimiranti è ad esempio quella di definire, all'interno di un quadro di natura prevalentemente pubblicistica, una serie di diritti e garanzie che sono esercitabili nei confronti di soggetti privati (i responsabili delle piattaforme digitali). In *primis*, va detto che è strategica l'identificazione nell'ordinamento di questi soggetti, le cui attività costituiscono inevitabilmente punti nevralgici per qualsiasi intervento, pubblico o privato che sia, volto ad avere un risvolto immediato ed effettivo sull'esercizio dei diritti degli utilizzatori. Tuttavia, non può non rilevarsi la mancanza di ulteriore specificazione del concetto di "piattaforma". Sebbene a tal proposito non sia necessario stilare un elenco delle attività tipiche che conducono a ricomprendere determinati siti o applicazioni all'interno della disciplina dell'art. 11, l'identificazione dei tratti caratterizzanti della fattispecie appare quanto meno raccomandabile visto l'addossamento di specifici obblighi in capo ai soggetti responsabili. Una soluzione può forse essere trovata nell'inquadramento delle piattaforme di comunicazione, definite dall'interattività tra utenti e costituenti pertanto un forum di discussione di carattere semi-pubblico, nel quale è necessario assicurare la protezione della libertà di espressione. In ogni caso, non può che rilevarsi l'asimmetria del quadro risultante in virtù dell'assenza di specifiche limitazioni di responsabilità delle suddette piattaforme. Considerato il cruciale ruolo di queste ultime nel generare creatività e innovazione, salta all'occhio la mancanza d'inclusione di specifiche condizioni per assicurare la limitazione di responsabilità per le illegalità commesse dagli utenti (sulla scorta di

quanto fatto per esempio, dagli articoli 14 e 15 della Direttiva UE 2000/31 e dall'art. 19 del "Marco Civil de Internet" recentemente approvato in Brasile).

In secondo luogo va lodata, vista l'imprescindibilità nell'utilizzo di tali piattaforme per la comunicazione tra utenti e la mancanza di equilibrio nel potere contrattuale tra utenti e responsabili delle stesse piattaforme, l'iniziativa di menzionare esplicitamente l'applicabilità del principio di buona fede –ovverosia il dovere di lealtà e correttezza. Quest'iniziativa si colloca nella direzione di una teoria sviluppata recentemente da due accademici statunitensi, non necessariamente ispirati dal principio di buona fede di matrice civilistica, secondo la quale alcuni intermediari di Internet dovrebbero essere considerati veri e propri fiduciari degli utenti per le informazioni rilasciate da questi ultimi, e pertanto obbligati sia a non utilizzarle contro gli interessi degli stessi sia a proteggerle contro possibili invasioni della privacy.

Una questione discutibile sull'applicazione di tale principio è se valga, come previsto dalla Dichiarazione, non solo nei confronti di utenti e fornitori (con i quali i responsabili delle piattaforme sono vincolati da una relazione contrattuale) ma anche per quanto riguarda i concorrenti. Sebbene nel codice italiano trovi maggior sviluppo nella disciplina contrattuale, il principio di buona fede è stato ripetutamente considerato applicabile anche a situazioni da c.d. contatto sociale, in cui sebbene manchi la stipulazione di un contratto, vi è un'aspettativa di comportamento diligente da parte di chi è intento nell'offerta di beni o servizi (si veda ad esempio, il caso di responsabilità del proprietario di un supermercato per infortunio occorso al cliente in seguito a crollo di uno scaffale; o a quella dell'ente ospedaliero per danni causati al paziente dal medico impiegato). Non solo, ma il raggio d'azione dello stesso principio, la cui *ratio* è quella di proteggere il più debole da possibili abusi di potere della controparte, si espande fino alla disciplina di quelle pratiche commerciali che sono contrarie alla diligenza professionale e che (essendo ingannevoli o aggressive) possono alterare la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole. In tal senso dunque, sono tutelati i concorrenti nella misura in cui sono perseguite

quelle condotte che tendono ad offuscare l'esatta conoscenza delle offerte dei concorrenti. Si tratta pertanto di una tutela diversa da quella accordata dalla normativa antitrust, che si incentra sulle condotte che possono arrecare un pregiudizio economico ai consumatori. E in questa direzione continua infatti la seconda disposizione dell'articolo, facendo riferimento al diritto dei consumatori alla ricezione di informazioni chiare e semplificate, così come a non veder modificate in modo arbitrario le condizioni contrattuali. Tuttavia, desta qualche sorpresa veder la stessa frase concludersi con l'affermazione di un generico diritto a «*non subire comportamenti che possono determinare difficoltà (sic!) o discriminazioni nell'accesso*». A quali comportamenti si farebbe riferimento? Può qualificarsi come tale, ad esempio, il cominciare ad offrire a pagamento un servizio che si era precedentemente offerto gratuitamente? O forse il limitare l'accesso o far pagare un prezzo maggiore per la fruizione dei contenuti da parte di coloro che vivono al di fuori di una determinata area geografica? Al di là della vaghezza nella formulazione della norma, non può essere trascurato il fatto che essa non è semplicemente riconducibile all'applicazione del principio di buona fede, agnostico riguardo alla possibilità di praticare distinzioni tra diverse categorie di consumatori e di utilizzare misure tecniche per impedirne l'aggiramento. Piuttosto, questa disposizione sembra combinare la *ratio* della normativa antitrust con quella di regolazione di servizi essenziali, unica circostanza nella quale sarebbe forse ammissibile una generale limitazione alla capacità di "determinare difficoltà nell'accesso". La questione che la Dichiarazione ci pone velatamente è dunque: "Possiamo considerare le piattaforme servizi essenziali al punto tale da proibire qualsiasi deviazione dal principio del libero ed indiscriminato accesso?". Domanda alla quale logicamente la risposta varia, a seconda di quello che si definisce come legittima discriminazione e della misura in cui si consideri il parallelo mercato generato dal commercio dei dati degli utenti.

Più perplessità desta l'*incipit* della frase successiva dell'art. 11, ove si limita ad una sola circostanza l'applicazione del diritto degli utenti di interrompere il rapporto e di ottenere una copia dei propri dati: nel caso di mutazione delle condizioni contrattuali. Vale la pena di chiedersi qui il

motivo per il quale tale diritto non sia stato esteso a fasi non patologiche del rapporto, concedendo all'utente di esercitare quella facoltà di obiezione all'ulteriore trattamento dei suoi dati personali che è universalmente riconosciuta come parte integrante del diritto alla protezione dei dati personali (si veda per es., l'art. 8b della riformata Convenzione 108 del Consiglio D'Europa). Per contro, la Dichiarazione si spinge oltre i diritti minimi riconosciuti per la protezione di dati personali, proponendo un vero e proprio diritto ad ottenere tali dati in forma interoperabile. Trattasi qui della forma più attenuata di quel diritto alla portabilità dei dati previsto all'art. 15 della proposta di regolamento generale UE sulla protezione dei dati, che afferma addirittura l'obbligo dei responsabili delle piattaforme di attuare (dietro richiesta dell'interessato) il trasferimento di tali dati su altre piattaforme. In una società basata sempre più su collezionamento ed utilizzazione dei dati personali degli individui, la prescrizione di interoperabilità costituisce un necessario accorgimento del diritto di ottenere una copia dei propri dati: in assenza di interoperabilità, l'effettività della protezione rischia di essere vanificata dalla prospettiva di inutilizzabilità delle risorse investite nella creazione e fruizione del proprio profilo sulla piattaforma.

Diversa è invece la nozione di interoperabilità che sembra essere incoraggiata dall'ultima disposizione dell'art. 11, diretta più specificamente alle piattaforme «*che si presentino come servizi essenziali per la vita e l'attività delle persone*». Qui il riferimento implicito è forse quello alla c.d. "*essential facilities doctrine*", che individua un'eccezione alla regola per cui persino un monopolista è libero di scegliere se e con chi contrattare per la concessione dei suoi servizi (e pertanto, libero di negare l'interoperabilità a prodotti e servizi di eventuali concorrenti). Tale eccezione si configura però solamente alla presenza di 4 condizioni, tre delle quali (n. 1, 2 e 4) sono cospicuamente assenti nell'attuale art. 11: (1) il controllo di una struttura essenziale da parte di un monopolista; (2) l'incapacità di un potenziale concorrente di replicarla in maniera pratica o ragionevole; (3) il diniego dell'utilizzo della struttura; e (4) la fattibilità della condivisione della struttura.

Va concesso anche che tale dottrina non è mai stata esplicitamente

accettata nel diritto antitrust europeo, ove un rifiuto di contrattare (per esempio tramite diniego di interoperabilità) da parte di un'impresa operante a diversi livelli (a monte e a valle) della catena di produzione di prodotti o servizi può costituire un abuso di posizione dominante qualora ricada sotto diverse condizioni, ovvero: (1) l'input oggetto del rifiuto è obiettivamente indispensabile per una concorrenza effettiva nel mercato a valle; (2) il rifiuto comporterà probabilmente l'eliminazione di concorrenza effettiva nel mercato a valle; e (3) il rifiuto arrecherà probabilmente danno al consumatore, per esempio per ostruzione all'innovazione tecnologica o allo sviluppo di un nuovo prodotto o servizio per cui vi è potenziale domanda di mercato. Tuttavia, l'art. 11 esula anche dalla considerazione dei criteri suddetti, adottando un criterio più ampio di "essenzialità", e rimanendo pertanto sconnesso dall'attuale disciplina europea. Poco cambia ai fini di questa analisi che la direttiva UE 2009/24 all'art. 6 preveda la facoltà per gli Stati membri di garantire a determinati soggetti il diritto di decompilare un *software* per ottenerne l'interoperabilità con un altro *software* creato autonomamente: tale ipotesi è applicabile solo in circostanze limitate, dettagliate dall'articolo stesso, ove si trova anche la precisazione che la norma non può essere interpretata in modo tale da arrecare indebito pregiudizio agli interessi legittimi del titolare del diritto, o entrare in conflitto con il normale impiego del programma.

A conti fatti dunque, è evidente che l'art. 11 della Dichiarazione cerca di promuovere l'interoperabilità in sé e per sé, a prescindere dalle varie condizioni restrittive che sono identificate da legge e giurisprudenza in materia. Sebbene non si tratti di uno sforzo isolato, è bene ricordare che la possibilità di creare sistemi chiusi consente l'ottimale sfruttamento di economie di scopo ed esternalità positive derivanti dall'interazione dei mercati operanti all'interno dello stesso sistema (come ben documentato dalla produzione scientifica del recente premio Nobel Jeanne Tirole), e costituisce pertanto un importante incentivo per l'investimento e l'innovazione delle imprese. Per questi motivi, ad avviso di chi scrive la proposta di interoperabilità avanzata dalla Dichiarazione trarrebbe sostanziale beneficio da un allineamento con la teoria economica.

Si vv. J. Balkin, *Old School/New School Speech Regulation*, 127 HARV L. REV. 2296 (2014); M. Anmori, *The "New" New York Times: Free Speech Lawyering in the Age of Google and Twitter*, HARV.L. REV. SYMPOSIUM (2014); J. Rosen, *Lecture, The Deciders: The Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google*, 80 FORDHAM L. REV. 1525, 1529 (2012).

Si vv. J. Balkin, *Information Fiduciaries in the Digital Age*, <http://balkin.blogspot.be/2014/03/information-fiduciaries-in-digital-age.html>; J. Zittrain, *Facebook Could Decide an Election Without Anyone Ever Finding Out*, <http://www.newrepublic.com/article/117878/information-fiduciary-solution-facebook-digital-gerrymandering>.

Si v. in proposito U. Gasser – J. Palfrey, *Breaking Down Digital Barriers: When and How ICT Interoperability Drives Innovation*, Berkman Publication Series, <http://cyber.law.harvard.edu/interop/pdfs/interop-breaking-barriers.pdf>.