

Diritti fondamentali

# Covid-19 e crisi dei diritti fondamentali della persona: le responsabilità della responsabilità civile

di Francesco Di Ciommo (\*)

Negli scorsi mesi, in tutto il mondo si sono sollevate polemiche attorno alle misure governative di contenimento del Covid-19 che hanno limitato alcune libertà individuali. Il dibattito che ne è derivato ha finito per mettere in evidenza la crisi in cui attualmente versano i diritti fondamentali della persona, i quali, soprattutto nelle moderne reti telematiche, risultano sistematicamente violati con buona pace degli ordinamenti giuridici, e con la conseguenza che attualmente si dà per scontato che on-line i dati personali siano saccheggianti e i diritti fondamentali violati senza che nessuno ne risponda. In questo contesto è proliferato il c.d. "Capitalismo della Sorveglianza"; tuttavia, i tempi sembrano oramai maturi per una decisa inversione di rotta, che deve necessariamente passare, tanto per cominciare, attraverso l'erosione, eventualmente anche solo per via pretoria, del principio di sostanziale deresponsabilizzazione dei provider di Internet garantita, ancora sino ad oggi, dalla direttiva 2000/31/CE. *In the past few months, controversy has arisen around the world about the government's containment measures of Covid-19 that have limited some individual freedoms. The ensuing debate ended up highlighting the crisis currently affecting the fundamental rights of the person, which, especially in modern telematic networks, are systematically violated, in the inertia of the legal systems, and with the consequence that it is currently assumed that personal data are looted online and fundamental rights violated without anyone being convicted of it. In this context, the so-called Surveillance Capitalism has proliferated; however, the time seems to be ripe for a decisive turnaround, which must necessarily pass, first of all, through the erosion, possibly even just by pretoria, of the principle of substantial deresponsibility of guaranteed Internet providers, still up to to date, by the directive 2000/31/CE.*

## Covid-19 e archivi digitali onnivori

L'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione in tutto il mondo del Covid-19 ha sollevato polemiche e dibattiti attorno al modo in cui alcuni diritti (e libertà) fondamentali della persona (o, in una diversa prospettiva, diritti umani (1)) sono stati sacrificati dai Governi, se pure momentaneamente e solo in ragione della contingenza, per tentare di arginare la

diffusione del virus e così contenere gli effetti drammatici della pandemia.

La questione, come noto, concerne principalmente i diritti alla *privacy* e alla riservatezza, la libertà di iniziativa economica, il diritto allo studio, la libertà di esercizio del culto religioso, nonché le libertà di circolazione e di riunione.

In Italia, la discussione ha ad oggetto anche gli strumenti normativi con i quali sono state adottate

(\*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (*double blind*).

(1) Come noto, circa la possibilità di distinguere i diritti fondamentali dai diritti umani in dottrina si registrano opinioni diverse. Per una esplicitazione filosofico-giuridica della distinzione, v. G.

Palombella, *Dopo la certezza*, Bari, 2006, I, in part. 26-27. Cfr., *ex ceteris*, M. Cartabia, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2009, 537, e, per la negazione della differenza, L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, 2001, 5.

le diverse misure che hanno inciso sui detti diritti, e ciò in quanto da più parti si è contestato al Governo di aver agito sulla base di Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri che, nell'attuale assetto del sistema delle fonti del diritto, per come disegnato dalla nostra Carta fondamentale e dal Trattato sull'Unione, non potrebbero condizionare l'esercizio di diritti individuali garantiti da norme di rango costituzionale.

Tra le tante iniziative di dissenso rispetto a quanto accaduto nel nostro Paese, si segnala una lettera aperta al Presidente del Consiglio sottoscritta, a fine aprile, anche da alcuni autorevoli civilisti (Pier Giuseppe Monateri, Luca Nivarra, Lucilla Gatt ed altri) (2).

La lettera, in estrema sintesi, contesta che "le misure (centrali e locali) introdotte per fare fronte all'emergenza Covid-19 ledono fino quasi ad annullare le libertà e i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, incluse la libertà di circolazione (articolo 16), la libertà di riunione (17), il diritto di professare la propria fede religiosa nei luoghi di culto (19), il diritto allo studio (33-34), la libertà di iniziativa economica (41), financo la libertà di espressione del pensiero (21) e soprattutto la libertà personale (13) e i diritti inalienabili della persona", e denuncia "il rischio che la restrizione dei diritti della persona possa creare un pericoloso precedente, che un futuro governo [...] potrebbe sfruttare, magari in una crisi legata alla sicurezza (si pensi al *cyberwarfare* o al terrorismo), per incidere pesantemente sulle libertà costituzionali [...] senza vaglio parlamentare e senza copertura costituzionale".

Ad alimentare il dibattito ha contribuito il fatto che in molti Paesi si stia pensando di suggerire o imporre ai cittadini - così come si è fatto in Cina - di utilizzare un'applicazione per dispositivi mobili in grado di tracciare gli spostamenti individuali al fine di avvertire in tempo reale l'interessato di un potenziale rischio di contagio dovuto al qualche fattore di pericolo e/o di avvisarlo *ex post* di essere stato a contatto con un soggetto portatore del virus, ma anche al fine di esercitare un rigido controllo finalizzato a evitare che i consociati infetti circolino liberamente.

In questa prospettiva, si è lamentato da più parti come imporre l'uso di una applicazione del genere, anche

solo per consentire ai singoli di accedere a determinati servizi o godere a pieno delle libertà fondamentali, violi il diritto alla *privacy* e alla riservatezza dei consociati in quanto consente allo Stato (ed a tutti i soggetti, anche eventualmente privati, che dovessero avere accesso alla relativa banca dati) di conoscere e archiviare informazioni relative non solo alla salute, ma per l'appunto, anche ai movimenti, alle frequentazioni e alle abitudini degli stessi, a poco valendo la rassicurazione di anonimizzazione dei dati in quanto le informazioni archiviate sarebbero sempre riconducibili dal sistema al dispositivo mobile che li ha comunicati e, dunque, all'identità dell'interessato. Il tema, ovviamente, è di quelli cruciali perché coinvolge dimensioni personalissime dell'uomo, ma chiunque sia abituato a guardare la luna, e non il dito, sa bene che la questione va ben oltre l'emergenza Covid-19 in quanto quello dell'archiviazione e del trattamento, per lo più massivo, dei dati personali (e non (3)) dei consociati è oggi uno dei problemi principali della contemporaneità e rappresenta il principale campo di battaglia su cui alcune grandi imprese stanno combattendo, a livello globale, la loro guerra di conquista del mercato (o, se si preferisce, dei mercati).

Negli ultimi vent'anni, infatti, il continuo e sempre crescente sviluppo dell'informatica di rete ha determinato la diffusione pressoché ovunque dell'uso di dispositivi (soprattutto mobili) e di applicazioni per la comunicazione, la navigazione in Internet e l'archiviazione in formato digitale di informazioni di qualsiasi tipo, da quelle relative alle nostre agende a quelle concernenti le nostre *performance* sportive, da quelle concernenti la nostra salute alle ricette preferite, passando per i libri più letti, gli interessi culturali, le abitudini, i dati sanitari, i viaggi, le preferenze sessuali, gli appuntamenti, i contatti telefonici o *social*, gli impegni e i documenti di lavoro, gli spostamenti, i voti scolastici ed altro ancora; il tutto in ogni formato digitalmente possibile, e dunque in formato immagine, video, audio, documento scritto, pagina del *web*, ecc.

In buona sostanza, come si vedrà meglio più avanti, siamo noi stessi che attraverso l'uso delle applicazioni che scarichiamo sui nostri dispositivi di comunicazione e navigazione in Internet autorizziamo, più o

(2) La notizia della lettera aperta è stata diffusa da quasi tutte le maggiori testate giornalistiche italiane. *Ex ceteris*, v. l'articolo pubblicato su "la Repubblica" con il titolo *Lettera aperta a Conte di avvocati e presidenti di tribunale: "Torniamo al più presto a una normalità costituzionale"*, disponibile on-line all'indirizzo: [https://www.repubblica.it/politica/2020/04/29/news/presidenti\\_tribunale\\_avvocati\\_conte\\_governo\\_lettera-25521\\_9893/](https://www.repubblica.it/politica/2020/04/29/news/presidenti_tribunale_avvocati_conte_governo_lettera-25521_9893/).

(3) Come noto, con il Reg. UE 2018/1807 è stata introdotta la c.d. quinta libertà nel mercato unico europeo e cioè si è disciplinata la circolazione (portabilità) dei dati non personali in modo tale da favorirla il più possibile. In proposito, cfr. A. Cavo, *Il Regolamento europeo sulla libera circolazione dei dati non personali tra beneficiari e criticità*, in *Riv. di Internet*, 2020, 207.

meno consapevolmente, il fornitore dell'applicazione a trattare tutte le informazioni, personali e non, che lo stesso riesce a ricavare dai contenuti del dispositivo, così come da quello che postiamo sui *social network* o, più in generale, che facciamo in Rete, e persino in alcuni casi da quanto facciamo *off-line* in presenza del dispositivo.

La qual cosa ha provocato l'incremento esponenziale del numero dei dati personali a disposizione di alcune grandi imprese private, la proliferazione di un vero e proprio mercato dei dati personali e il fatto che la più parte dei trattamenti di dati avviene oggi, secondo la logica dei c.d. *big data*, senza alcun intervento umano, esclusivamente per mezzo di *software* appositamente progettati per raccogliere dati, archivarli e utilizzarli nel modo più vario, e cioè sia per svolgere operazioni e attività, a carattere economico o non economico, ovvero per erogare servizi, sia per alimentare il bagaglio esperienziale della "macchina" e, così, determinare processi di autoapprendimento dello stesso *software* (4).

Senza considerare che già da qualche tempo Internet si è avviato a diventare un veicolo (o un ambiente) attraverso il quale presto comunicheranno tra loro cose più che persone (5). E ciò, secondo gli esperti, accentuerà ulteriormente l'interconnessione e così determinerà nei prossimi anni la completa digitalizzazione in rete delle nostre vite.

Il che, considerata la capacità delle nuove tecnologie informatiche di captare, archiviare e trattare dati, nonché di condizionare i comportamenti dell'uomo, alimenterà ulteriormente gli archivi digitali che già oggi possiamo definire onnivori in ragione della

quantità e qualità delle informazioni che raccolgono e trattano costantemente.

Da quanto appena cennato si ricava che il problema della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo nella c.d. società dell'informazione non riguarda (tanto) la reazione dei Stati di fronte all'emergenza Covid-19, bensì, più in generale, per l'appunto, il rapporto tra le nuove tecnologie informatiche e l'uomo, per lo meno per come lo abbiamo considerato nell'ultimo secolo.

La riflessione merita di essere approfondita, anche perché, malgrado i numerosi studi in argomento (6), al momento l'espansione vorticoso dell'ecosistema telematico in cui siamo tutti proiettati non sembra aver trovato argini di carattere giuridico, ed anzi ha rivelato a più riprese, e sotto molteplici profili, la oggettiva difficoltà degli ordinamenti a garantire condizioni di effettiva tutela dei diritti individuali di fronte al dilagare della tecnologia (7).

## Il "capitalismo della sorveglianza"

In un recente libro, pubblicato nel 2019 negli Stati Uniti con il titolo "*The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*" (8), Shoshana Zuboff offre un affresco della nostra vita di tutti i giorni e dell'attuale assetto delle società e dei mercati di rara efficacia, che parte dal constatare come nel mondo si sia radicato oramai un nuovo ordine economico che, attraverso il massivo trattamento dei dati personali dei consociati, utilizza l'esperienza umana di tutti i giorni ed in tutti i campi come materia prima per pratiche commerciali segrete

(4) Per più ampie considerazioni sul tema e per la dottrina ivi indicata, sia consentito rinviare a F. Di Ciommo, *Smart Contract and (Non-)Law. The case of High Frequency Contracts*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2018, 7, part 2, 291; e Id., *Smart Contract e (non-)diritto. Il caso dei mercati finanziari*, in *Il nuovo diritto civile*, 2019, 25. *Ex ceteris*, cfr. anche A. Stazi - F. Corrado, *Datificazione dei rapporti socio-economici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, in *Dir. inf.*, 2019, 443.

(5) Secondo gli studi più accreditati, già nel 2008 il numero di oggetti connessi ad Internet ha superato la popolazione umana mondiale, mentre nel 2020 ci sono circa cinquanta miliardi di oggetti connessi alla rete contro una popolazione mondiale di circa 8 miliardi di persone. Si parla, a riguardo, di "*Internet of things*", utilizzando una espressione che si ritiene sia stata coniata nel 1999 da Kevin Ashton (cfr. Id., *That "Internet of Things" thing*, in *RFID Journal*, 2012). Tra i tanti scritti in proposito, cfr. N. Gershenfeld - R. Krikorian - D. Cohen, *The Internet of Things*, in *Scientific American*, 291, 4 (Ottobre 2004), 76-81; G. Kortuem - F. Kawsar - V. Sundramoorthy - D. Fitton, *Smart objects as building blocks for the Internet of things*, in *IEEE Internet Computing*, 14, Issue: 1, Jan.-Feb. 2010; e A. Zanella - N. Bui - A. Castellani - L. Vangelista - M. Zorzi, *Internet of Things for Smart Cities*, Id., 1, Issue: 1, Feb. 2014.

(6) Per una riflessione recente su questi temi, rispetto alla quale quella qui proposta si pone idealmente in termini di continuità, v. F.

Di Ciommo, *Archivi digitali (onnivori) e diritti fondamentali (recessivi)*, in AA.VV., *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Atti del XIV Convegno nazionale Sisdic svolto a Napoli tra il 9 e l'11 maggio 2019, Napoli, in corso di pubblicazione.

(7) Sul tema, indagato in diverse prospettive, anche per la bibliografia indicata, sia consentito rinviare a F. Di Ciommo, *Diritti della personalità tra media tradizionali e avvento di Internet*, in G. Comandé (a cura di), *Persona e tutele giuridiche*, Torino, 2003, 3; Id., *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003; Id., *Internet e crisi del diritto privato: globalizzazione, dematerializzazione e anonimato virtuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 11; Id., *Civiltà tecnologica, mercato ed insicurezza*, Id., 2010, 565; e Id., *L'accesso ad Internet tra diritto e responsabilità*, in *Comunicazione digitale*, 2014, 29, Id., *Il diritto di accesso alle informazioni in Internet*, in C. Perlingieri - L. Ruggeri, *Internet e Diritto civile*, 2015, 77. Da ultimo, v. A. Celotto, *I "non diritti" al tempo di Internet*, in *Dir. di Internet*, 2019, 235; e in termini simili su Internet come regno del "non diritto", contestualmente, F. Di Ciommo, *Blockchain, Smart Contract, Intelligenza Artificiale (AI) e trading algoritmico: ovvero, del regno del non diritto*, in *Riv. infortuni e malattie prof.*, 2019, I, 1.

(8) Il libro è stato tradotto da P. Bassotti e pubblicato in Italia dalla Luiss Press, sempre nel 2019, con il titolo *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*.

di estrazione dei dati, previsione dei comportamenti umani e vendita di prodotti e servizi (9).

Tali pratiche sono attuate tramite sistemi informatici che comunicano tra loro a distanza e sono in grado di osservare tutto quello che noi facciamo *on-line*, e cioè quando navighiamo sulle reti telematiche (prima tra tutte, ovviamente, Internet), ma anche, come anticipato, buona parte di ciò che facciamo *off-line*, e ciò in quanto la tecnologia produce ogni giorno strumenti, sempre più sofisticati, in grado di rilevare i nostri comportamenti anche estranei a qualunque realtà virtuale, archiviare tutto in forma digitale, mappare tutto e mettere tutto a disposizione di chi voglia fare *business* con i nostri dati.

Operando in questo modo, e dunque facendo mercato dei nostri dati personali, i c.d. colossi di Internet sviluppano enormi e sempre crescenti fatturati (10), in una logica che la Zuboff definisce parassitaria. E con l'obiettivo, già realizzato, di determinare una nuova architettura globale dei mercati e delle società in grado di condizionare i comportamenti umani e determinare le scelte di consumo dei consociati.

Il tutto nella prospettiva di sfruttare a pieno la mutazione in corso del capitalismo, caratterizzata da una concentrazione in capo a pochi soggetti di ricchezza, di conoscenza e dunque di potere, mai vista e immaginata prima nella storia del mondo. Una concentrazione che sfida democrazia e mercati e punta a imporre il proprio dominio, determinando un nuovo ordine collettivo basato sull'illusione della sicurezza assoluta per tutti i consociati, passando per la inevitabile "espropriazione dei diritti umani fondamentali" (così espressamente la Zuboff) e, in ultimo, sottraendo la sovranità al popolo.

In altre parole, i colossi dell'informatica, attraverso la conquista (*rectius*, l'espropriazione) dei nostri dati personali, hanno acquisito un potere senza precedenti e hanno costruito un ecosistema nell'ambito del quale le moderne piattaforme tecnologiche diventano l'architettura delle società in cui noi viviamo e, insieme, l'unico strumento di controllo sociale davvero efficace. Noi, gli individui, ma anche le aziende e persino le istituzioni pubbliche, siamo tutti talmente legati a queste piattaforme dai bisogni imposti e dalla efficienza dei servizi erogati, che le stesse si autolegittimano e così legittimano continuamente le proprie scelte strategiche e operative, con

cui perseguono l'obiettivo del profitto attraverso il condizionamento dei comportamenti umani, l'imposizione di bisogni artificiali e la conformazione dei mercati.

Il quadro impressionante che offre la lettura del libro della Prof.ssa Zuboff è, a ben vedere, come anticipato, solo la descrizione della nostra vita e del mondo in cui in cui, più o meno consapevolmente, la conduciamo. Per verificarlo basta fare qualche rapido esercizio.

Partendo, ad esempio, dal constatare come la maggior parte delle applicazioni per dispositivi informatici, in particolare quelle liberamente scaricabili in rete, consentono il *download* solo dopo che l'utente, attraverso il sistema *point and click*, abbia manifestato il consenso a che (il *provider* titolare della licenza del) l'applicazione possa accedere a tutti i contenuti del dispositivo, e spesso di tutti i dispositivi utilizzati da quello stesso utente, ed inoltre possa geolocalizzare il dispositivo ed utilizzare la macchina fotografica, la telecamera e il microfono dello stesso.

Non avrebbero alcun bisogno di farlo, nel senso che potrebbero limitarsi a chiedere il consenso a trattare i dati essenziali per erogare il servizio, e forse neanche quello, visto che si tratterebbe di attività necessaria per adempiere ad una obbligazione contrattuale; quindi, perché lo fanno? Semplice: perché in cambio dell'erogazione del servizio pretendono di impossessarsi di tutti i dati che noi conserviamo nel nostro dispositivo ed inoltre, in alcuni casi, di tutte le informazioni che possono captare utilizzando il dispositivo come strumento di ascolto o di osservazione.

Possiamo dire di no? No, non possiamo. O meglio: potremmo, se decidessimo di non utilizzare l'applicazione.

Ma, una volta dato il consenso ad una applicazione che riteniamo indispensabile, ad esempio per comunicare con gli altri (è il caso di "WhatsApp"), finiamo per dare il consenso anche ad applicazioni non altrettanto importanti perché, forse non a torto, riteniamo che oramai, concesso il diritto di trattare i nostri dati ad un *provider*, questi ultimi siano "in circolo", sicché non ha senso tentare di proteggere la nostra *privacy* rispetto all'invasione di altri *provider*.

Anche per questa ragione, di fatto, la grande maggioranza degli utenti dei servizi e delle applicazioni in parola non legge le c.d. informative *privacy* né i contratti, i cui testi vengono formalmente messi a

(9) Considerazioni per certi versi, e sotto alcuni profili, analoghe possono leggersi anche in A. Soro, *Democrazia e potere dei dati. Libertà, algoritmi, umanesimo digitale*, Milano, 2019. In proposito, v. anche G. Amato, *Democrazia e potere dei dati. A proposito di un recente libro del garante per la protezione dei dati persona*, in *Riv. di Internet*, 2019, 615.

(10) Sul complesso tema, tra i tanti, v. B. Rabai, *I big data nell'ecosistema digitale: tra libertà economiche e tutela dei diritti fondamentali*, in *Amministrare*, 2017, 405; S. Crespi, *Sicurezza nazionale e diritti fondamentali alla luce della giurisprudenza Ue in materia di tutela dei dati personali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2017, 983.

disposizione dai *provider* prima di erogare il servizio affinché l'utente (volendo) possa conoscere le modalità con le quali verranno trattati i suoi dati personali e possa accettare le condizioni del rapporto contrattuale. Tali testi sono, per altro, spesso molto fitti e collocati in una pagina *web* diversa da quella su cui gli utenti sono chiamati ad esprimere il consenso ai fini *privacy* e/o l'accettazione delle condizioni contrattuali (11), ed inoltre sono sempre estremamente lunghi e per tanto, in definitiva, poco leggibili, soprattutto a video, e men che meno comprensibili da parte dei non addetti ai lavori, anche perché il più delle volte risultanti da traduzioni dall'inglese o basati su termini tecnici-informatici (12).

Accade, così, che - magari mentre protestiamo per il modo superficiale in cui riteniamo che i Governi stiano trattando i nostri diritti fondamentali in occasione dell'emergenza Covid-19 - al fine di utilizzare servizi *on-line* o le più varie applicazioni informatiche (ad esempio, per svolgere videochiamate, videoconferenze o lezioni a distanza) a cuor leggero riveliamo a *provider*, di cui spesso nulla sappiamo (e che sono, per lo più, ubicati in Stati lontani o non meglio precisati), le nostre generalità, i nostri indirizzi di posta elettronica e le relative *password* di accesso, inviamo foto dei nostri documenti d'identità, magari forniamo dati biometrici (l'impronta del dito, l'immagine dell'iride, la nostra voce, ecc.) ed altro ancora.

Quasi come se (per molti versi, giustamente) temessimo il trattamento che dei nostri dati personali può fare lo Stato, ma non avessimo alcuna consapevolezza dei rischi insiti nel trattamento dei medesimi che quotidianamente i giganti di Internet, e non solo loro, da anni fanno, con il nostro consenso e la nostra collaborazione. Con la conseguenza che quando in piena emergenza sanitaria le maggiori testate giornalistiche italiane, per verificare se i cittadini stavano rispettando l'obbligo di restare presso le proprie abitazioni, hanno per diversi giorni riportato il dato

relativo agli spostamenti, per singolo grande Comune, regione o Paese, diffuso da Google e da Apple, nessuno ha protestato per il fatto che due imprese private (e non lo Stato!) fossero in grado di monitorare gli spostamenti dei cittadini (13).

Insomma, la sorveglianza sulla nostra vita ci va bene se a praticarla sono i giganti privati delle nuove tecnologie informatiche. Del resto, nel citato lavoro del 2019 la Zuboff preconizza che l'assalto finale alla vita privata degli uomini da parte dei padroni del web sarà mosso previo convincimento generale che esso risulta assolutamente necessario per garantire la sicurezza individuale e collettiva.

### Dal caso Ovia Health al caso Cambridge Analytica

Molti casi balzati agli onori delle cronache in questi anni dimostrano le dimensioni del fenomeno considerato nel precedente paragrafo.

Recentemente, il *Washington Post* ha svolto un'inchiesta giornalistica su *Ovia Health*, un'azienda che ha diffuso un'applicazione per supportare le donne nella cura del proprio benessere psico-fisico, in particolare - ma non solo - nella prospettiva di restare incinta e/o di portare a termine nel migliore dei modi la gravidanza, e che viene fornita da molte aziende americane come *benefit* concesso alle dipendenti (14). Sennonché, l'inchiesta ha scoperto che l'applicazione di *Ovia* trasferisce informazioni (non si sa se in forma anonima o meno) alle imprese che la acquistano per consentirne l'utilizzo alle proprie dipendenti. In buona sostanza, l'impresa interessata compra un determinato numero di licenze d'uso per le proprie dipendenti e ha diritto ad ottenere da *Ovia Health* le informazioni che l'applicazione ricava dai dati di quelle stesse utenti. Ovviamente, la circostanza ha destato non poco clamore, ma nessuna conseguenza - almeno nota - di carattere giuridico.

(11) A riguardo giova ricordare che la Corte di cassazione italiana, a Sezioni Unite, con l'ord. n. 21622 del 19 settembre 2017 (in *Giur. it.*, 2018, 358, con nota di Marta, e 1875 con nota di Irti; e in *Dir. inf.*, 2017, 695), richiamando il precedente della Corte di Giustizia UE (C322/14, *Cars on the web*), ha ritenuto legittima la pratica, sempre più diffusa tra chi offre contratti da concludere tramite Internet, di inserire il testo delle condizioni generali del contratto in una pagina *web* raggiungibile solamente tramite un *link*, che sia possibile stampare e salvare.

(12) La giurisprudenza italiana si è rivelata già da tempo consapevole di queste criticità. Cfr., tra le altre, Trib. Catanzaro, Sez. I, ord., 30 aprile 2012 (in *Dir. inf.*, 2012, 1181, con nota di G. Aranguena).

(13) Ovviamente, nel diffondere i dati in questione le due società hanno avuto cura di precisare che gli stessi sono raccolti in forma anonima e solo in ragione del fatto che gli utenti interessati hanno scelto la funzione "invia informazione di

geolocalizzazione". Cfr., *ex ceteris*, l'articolo di G. Galli - R. Palomba - F. Paudice, *Covid 19, i dati di Apple e Google sugli spostamenti in Europa: da gennaio mobilità quasi azzerata in Italia e Spagna*, pubblicato su "la Repubblica" e disponibile *on-line* all'indirizzo [https://www.repubblica.it/economia/2020/04/25/news/google\\_apple\\_spostamenti-254800272/](https://www.repubblica.it/economia/2020/04/25/news/google_apple_spostamenti-254800272/).

(14) Per ulteriori approfondimenti, *ex multis*, cfr. B. Perilli, *L'allarme del WashPost: i dati delle app per il ciclo usati per monitorare le lavoratrici*, pubblicato su *Repubblica D.it* il 26 aprile 2019 e disponibile *on-line* al seguente link [https://d.repubblica.it/life/2019/04/26/news/app\\_sorveglianza\\_mestruale-4383334/](https://d.repubblica.it/life/2019/04/26/news/app_sorveglianza_mestruale-4383334/); nonché A. Mahdawi, *There's dark side to women's health apps: "Menstrual surveillance"*, pubblicato sul *Theguardian.com* il 13 settembre 2019 e disponibile *on-line* all'indirizzo <https://www.theguardian.com/world/2019/apr/13/theres-a-dark-side-to-womens-health-apps-menstrual-surveillance>.

Ancora. Nella primavera del 2019 il quotidiano britannico *The Guardian* ha pubblicato una notizia che ha fatto un certo clamore a livello mondiale, in quanto ha svelato che Siri, l'assistente vocale intelligente di Apple, ascolta costantemente tutto ciò che avviene attorno al dispositivo su cui l'applicazione è caricata, ovviamente nella perfetta inconsapevolezza dell'utilizzatore del dispositivo stesso, e dunque archivia miliardi di dati di ogni tipo, medico, sessuale, politico, lavorativo e quant'altro (15).

In una risposta ufficiale la Apple ha ammesso la circostanza, precisando che la pratica non è diffusa su tutti i dispositivi, ma solo su una parte di questi e che la stessa sarebbe finalizzata a rendere più performante l'assistente vocale e cioè a implementare le sue capacità di comprendere e soddisfare le richieste degli utenti (16). Inoltre, in tale nota la Apple ha tenuto a chiarire che l'ascolto e l'archiviazione delle conversazioni, e più in generale dei dati, non sarebbero idonei a violare la *privacy* degli interessati perché i sistemi utilizzati non sarebbero in grado di associare l'ID-Apple dell'utente ai dati medesimi, sicché questi ultimi rimarrebbero del tutto anonimi.

A prescindere dalla difesa di Apple (17), ai nostri fini è utile evidenziare che dal punto di vista tecnico i dispositivi di comunicazione fissi o mobili che utilizziamo costantemente sono in grado di comunicare ed archiviare dati sensibili relativi alla nostra vita privata, senza alcuna consapevolezza da parte nostra, e dunque a prescindere da qualsiasi nostro consenso. Ed inoltre che gli stessi captano dati relativi anche alle persone che ci circondano o che comunicano con noi, così che queste ultime, se anche decidessero di non utilizzare tali dispositivi, finirebbero per essere esposte comunque al rischio che propri dati personali, e persino sensibili, siano captati e archiviati da chi, attraverso le nuove tecnologie, è sostanzialmente in grado di ascoltare e vedere tutto ciò che facciamo. Resta solo da aggiungere che il tema appare ancora più rilevante, sotto il profilo della violazione della

*privacy* e della riservatezza, se consideriamo che l'attività di ascolto e archiviazione realizzata da Apple - e che è rimasta priva di conseguenze sul piano giuridico - può essere svolta, come meglio si vedrà più avanti, non solo dal produttore del dispositivo o dell'applicazione che funziona da captatore dei nostri dati personali, ma anche da ulteriori soggetti che riescono a installare sul dispositivo bersaglio un *software* spia, attraverso espedienti tutto sommato alla portata di chiunque.

Ultima recente vicenda a cui val la pena di far riferimento per evidenziare, a titolo esemplificativo, come alcuni nostri diritti fondamentali sono messi seriamente e costantemente a rischio nella società dell'informazione, è quella passata agli onori delle cronache come il caso *Cambridge Analytica* (18), dalla denominazione della società di consulenza britannica, fondata nel 2013, che attraverso la combinazione di *data mining*, psicomatria, studio dei comportamenti umani e nozioni di comunicazione strategica, sfruttava il profilo psicologico degli utenti di Internet al fine di impacchettare messaggi calibrati *ad hoc* per colpire le debolezze e le paure del singolo *user* e così orientarne le preferenze politiche. I messaggi venivano veicolati ai singoli interessati per mezzo dei *social network*.

Senonché, il 17 marzo 2018 i quotidiani *The New York Times* e *The Observer* hanno pubblicato, in contemporanea, inchieste giornalistiche sull'uso da parte della società di informazioni personali di 50 milioni di utenti statunitensi di *Facebook* (19). In risposta, *Facebook* ha immediatamente bandito *Cambridge Analytica* dalla pubblicità sulla sua piattaforma. Subito dopo, però, il quotidiano *The Guardian* ha svelato che *Facebook* era a conoscenza di questo trattamento illecito dei dati personali dei propri utenti già da due anni, ma non aveva fatto nulla per ostacolare la pratica.

Il 2 maggio 2018 la società ha dichiarato la bancarotta a causa dello scandalo e dell'accusa di aver

(15) Cfr. l'articolo di A. Hern, *Apple made Siri deflect questions on feminism, leaked paper reveal*, pubblicato su *Theguardian.com* il 6 settembre 2019 e disponibile on-line all'indirizzo <https://www.theguardian.com/technology/2019/sep/06/apple-rewrote-siri-to-deflect-questions-about-feminism>.

(16) V. l'articolo di T. Haselton, *Apple apologizes for listening to Siri conversations*, pubblicato su *cnbc.com* il 28 agosto 2019 e disponibile on-line all'indirizzo <https://www.cnbc.com/2019/08/28/apple-apologizes-for-listening-to-siri-conversations.html>.

(17) Sulla quale *The Guardian* solleva dubbi osservando come in ogni caso la società poteva, e doveva, avvisare gli utenti della circostanza, anche perché ad ascoltare le conversazioni spesso sono dipendenti di Apple, che vengono così a contatto anche con dati sensibili, che potrebbero trattare in modo illecito.

(18) Tra i molti, v. l'articolo di E. Menietti, *Il caso Cambridge Analytica, spiegato bene*, pubblicato su *ilpost.it* il 19 marzo 2018 e disponibile on-line all'indirizzo <https://www.ilpost.it/2018/03/19/facebook-cambridge-analytica/>.

(19) Cfr. M. Rosenberg - N. Confessore - C. Cadwalladr, *How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions*, in *The New York Times*, 17 marzo 2018; nonché E. Graham-Harrison - C. Cadwalladr, *Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach*, pubblicato su *theguardian.com* il 17 marzo 2018 e disponibile on-line all'indirizzo <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>.

contribuito alla manipolazione del pensiero degli elettori durante le presidenziali americane del 2016 e durante il referendum inglese sulla Brexit. Dopo la chiusura della società la gran parte dei personaggi chiave della vicenda si sono spostati in *Emerdata*, una nuova società che svolge un'attività simile a quello di *Cambridge Analytica* (20).

La vicenda dimostra inequivocabilmente come la realtà *on-line* sia a rischio di facile mistificazione perché sui *social network* è semplice diffondere (anche in modo c.d. virale) messaggi, e/o più in generale contenuti, idonei ad orientare gli umori e le preferenze degli utenti, in quanto calibrati, in modo scientifico, sulle personalità dei singoli *user* (21).

Ovviamente, l'uso delle tecnologie informatiche più sofisticate - e, in particolare, delle tecniche di captazione, archiviazione e trattamento dei dati personali - finalizzato a inquinare la comunicazione interpersonale, la diffusione di informazioni e i processi di formazione della volontà individuale e collettiva costituisce un gravissimo illecito plurioffensivo, in quanto idoneo a ledere non solo i diritti individuali (e fondamentali) alla *privacy* e alla riservatezza, ma anche il diritto ad informarsi ed essere informati in modo corretto, ed il diritto a partecipare alla vita sociale e politica al netto di condizionamenti illegittimi, senza tralasciare il fatto che, nei casi più gravi, la produzione e diffusione di c.d. *fake news* - o anche di notizie vere ma che dovrebbero restare private - al fine di determinare reazioni nei consociati, può violare il diritto alla dignità personale, oltre che i diritti alla reputazione e all'onore.

## La tutela solo formale dei c.d. diritti fondamentali della persona nella società dell'informazione

Da quanto sin qui evidenziato risulta evidente come nella c.d. società dell'informazione molti diritti individuali, formalmente considerati fondamentali e strettamente connessi allo statuto della persona - tanto da essere comunemente intesi come diritti della personalità secondo la tassonomia classica elaborata a partire dalla seconda metà dell'Ottocento (22) - risultano tutelati solo sulla carta, in quanto quotidianamente, in modo massivo e oramai quasi routinario, sistematicamente violati, per altro il più delle volte con il nostro consenso implicito, quando non esplicito, e comunque quasi sempre senza che l'autore della violazione, quand'anche illecita, ne risponda in sede civile, penale o anche solo sul piano amministrativo.

In estrema sintesi sembra potersi affermare che il riconoscimento della disponibilità negoziale (seppure con il limite formale della intrasmissibilità e irrinunciabilità (23)), di alcuni dei diritti in questione (primi tra tutti il diritto alla *privacy* e quello alla riservatezza) - garantita oramai da decenni dal diritto civile (24) - ha determinato sul piano giuridico, nel tempo, le condizioni ideali per favorire quel fenomeno di generalizzata "espropriazione" della nostra vita privata al quale si è già fatto cenno. E ciò in quanto, in definitiva, la logica normativa - squisitamente formalistica - del consenso del titolare dei dati è stata utilizzata dai giganti dell'informatica a loro favore.

Conseguenza di questa dinamica - ma anche, più in generale, del ruolo che nella vicenda hanno avuto le

(20) Cfr. l'articolo di B. Simonetta, *Cambridge Analytica fallisce, ma i personaggi chiave si spostano in Emerdata*, pubblicato su *ilsole24Ore.com* il 13 aprile 2019 e disponibile *on-line* all'indirizzo <https://www.ilsole24ore.com/art/cambridge-analytica-fallisce-ma-personaggi-chiave-si-spostano-emerdata-AEXw0ijE>.

(21) *Ex ceteris*, cfr. E. Mostacci, *Critica della ragione algoritmica: Internet, partecipazione politica e diritti fondamentali*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2019, 2.

(22) Sul tema, *ex multis*, sia consentito rinviare a D. Messinetti-F. Di Ciommo, *Diritti della personalità*, in S. Martuccelli - V. Pescatore (a cura di), *Dizionario giuridico*, diretto da N. Irti, Milano, 2012, 598; nonché a F. Di Ciommo, *Diritti della personalità tra media tradizionali e avvento di Internet*, in G. Comandé (a cura di), *Persona e tutele giuridiche*, Torino, 2003, 3.

(23) Tra i tanti contributi in materia, cfr. le riflessioni pubblicate in G. Alpa - G. Conte (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Torino, 2018; ed inoltre, per una ricerca particolarmente accurata, se pure non aggiornata, in argomento, G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 87. Sul piano giurisprudenziale, oltre alle pronunce di cui alla nota che segue, interessante appare la sentenza del Tribunale di Roma del 4 aprile 2018 (in *Riv. inf. e inform.*, 2019, 514, con commento di G.G. Codiglion, *Algoritmi reputazionali e confini*

*dell'autonomia dei privati*), secondo la quale è illegittimo e va annullato il provvedimento dell'Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali del 24 novembre 2016 che aveva negato l'autorizzazione al trattamento automatizzato dei dati personali dei propri clienti richiesta da una Onlus al fine di gestire una piattaforma *on-line* di rating reputazionale, e ciò in quanto i privati hanno piena disponibilità dei loro dati personali.

(24) Sul tema, da ultimo, v. T.A.R. Lazio, sent., 10 gennaio 2020, nn. 260 e 261, nel caso Facebook Ireland Ltd. c. Altroconsumo (in corso di pubblicazione in *Riv. di Internet*, 3, 2020, con nota di F. Bravo, *La "compravendita" di dati personali?*), a tenore delle quali, tra l'altro: "I dati personali possono costituire un 'asset' disponibile in senso negoziale, suscettibile di sfruttamento economico e, quindi, idoneo ad assurgere alla funzione di 'controprestazione' in senso tecnico di un contratto. A fronte della tutela del dato personale quale espressione di un diritto della personalità dell'individuo, e come tale soggetto a specifiche e non rinunciabili forme di protezione, quali il diritto di revoca del consenso, di accesso, rettifica, oblio, sussiste pure un diverso campo di protezione del dato stesso, inteso quale possibile oggetto di una compravendita, posta in essere sia tra gli operatori del mercato che tra questi e i soggetti interessati".

regole di responsabilità civile, sul quale ci soffermeremo più avanti - è che, nella più parte dei casi, la violazione di tali diritti non viene più percepita come tale da chi la subisce, in quanto le nuove generazioni appaiono, tutto sommato, in qualche modo generalmente consapevoli di non avere concretamente alcuna concreta possibilità di salvaguardare davvero il diritto di ognuno alla *privacy* e alla riservatezza o a non essere diffamati su un *social network* o a ricevere un'informazione corretta in Internet.

E ciò anche perché tutto nelle reti telematiche avviene ad una velocità tale che quanto accaduto poche ore prima spesso è già passato remoto, e comunque le difficoltà tecniche, per l'interessato che eventualmente volesse tentare di inseguire l'autore dell'illecito per farlo condannare in sede penale o civile, anche a causa dell'ubiquità della rete, sono tali da scoraggiare chiunque da cimentarsi nell'impresa (25).

Senza considerare il fatto che in Italia la tutela del diritto all'onore è stata oggettivamente indebolita da quando, nel 2016 (26), il legislatore ha depenalizzato il reato di ingiuria e, più in generale, non solo in Italia ma in tutto il vecchio continente (se pure con gli opportuni distinguo tra i diversi paesi), se un malcapitato, coraggioso e particolarmente deciso, riesce a superare gli ostacoli appena cennati e arriva ad ottenere una sentenza favorevole, il giudice gli riconoscerà un risarcimento senz'altro modesto e ciò in ragione della diffusa e consolidata sottovalutazione della rilevanza anche economica dei diritti della personalità (27).

Ad aggravare ulteriormente la situazione (se possibile) viene la considerazione per cui l'espropriazione in esame non va considerata solo nella dimensione massiva sulla quale ci siamo, per lo, più concentrati sinora in quanto, come anticipato, con strumenti

tecnologici sofisticati - ma oramai alla portata di tutti perché poco costosi e di facile reperimento sul mercato, oltre che di facile utilizzazione - qualsiasi consociato può attualmente raccogliere dati personali riservati di chiunque altro, anche senza il consenso di quest'ultimo. E ciò attraverso virus spia installati su dispositivi di comunicazione, telecamere nascoste, sistemi di captazione ambientale, attività di hackeraggio su *box e-mail*, profili dei *social network*, *home banking*, archivi memorizzati sui dispositivi stessi e quant'altro. Ovvero anche, più banalmente, attraverso l'audio - o videoregistrazione di una conversazione effettuata, all'insaputa dell'interlocutore, con un semplice *smartphone*.

Accade così che, tra l'altro, sia divenuto normale per molti memorizzare e archiviare, senza il consenso degli interessati, conversazioni di lavoro o di carattere personale al fine, nel migliore dei casi, di tutelare i propri diritti anche in prospettiva contenziosa, e in altri casi di condividere o di diffondere il contenuto memorizzato a fini ludici o per gettare discredito su qualcuno o, ancora, per ricattare, o spesso con la pretesa copertura dell'esercizio del diritto di cronaca o della libera manifestazione del pensiero (28).

Per avere una concreta evidenza di ciò basta verificare quali prove vengono oggi utilizzate nei giudizi di separazione tra coniugi per attribuire la responsabilità della fine dell'intesa, o nei giudizi di lavoro per contestare condotte illecite ai dipendenti, o tra imprese per contestare attività di concorrenza sleale ecc., con problemi di carattere processuale non di poco momento. Il tutto con una giurisprudenza sempre più orientata, non solo in Italia, ad ammettere la piena utilizzabilità di quelle che vengono definite "prove illecite" (proprio in quanto trattasi di mezzi di prova acquisiti, ad esempio, in violazione della *privacy* e/o della riservatezza dell'interessato), e ciò

(25) Per date, ma lungimiranti e ancora attuali, considerazioni di carattere giuridico circa il problema della ubiquità di Internet, v. N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geodiritto*, Roma-Bari, 2001.

(26) Come noto, la depenalizzazione disposta con il D.Lgs. n. 7 del 15 gennaio 2016 è stata ritenuta legittima dalla Corte costituzionale, che si è espressa con la sent. n. 37 del 6 marzo 2019 (in *Dir. inf.*, 2019, 647, a tenore della quale non può ritenersi che vi sia una diminuita tutela del diritto fondamentale all'onore costituzionalmente illegittima "in quanto rientra nella discrezionalità del legislatore optare per forme di sanzione penale oppure per rimedi civilistici di natura risarcitoria").

(27) Tra le pronunce più recenti sul tema, si segnala Trib. Bologna, sent., 5 luglio 2019, n. 1605 (in *Riv. inf. e inform.*, 2019, 743, con commento di L. Tormen, *La diffamazione a mezzo Facebook e i danni risarcibili*), che conferma l'orientamento pretorio, oggi largamente dominante, per cui il danno non patrimoniale da lesione dell'immagine e della reputazione non costituisce un danno *in re ipsa*, necessitando, al contrario, di essere allegato e provato in giudizio, magari anche solo con presunzioni

semplici che valorizzino "idonei parametri di riferimento" quali la "diffusione dello scritto, la rilevanza dell'offesa e la posizione sociale della vittima".

Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali e considerazioni interessanti, cfr. G. Ponzanelli, *La nuova frontiera della responsabilità civile: la quantificazione del danno non patrimoniale*, in *Questione giustizia*, 2018, 1; T. Gasparro - E. Serani, *Il risarcimento del danno non patrimoniale alla persona per lesioni di diritti diversi dalla salute*, in *Danno e resp.*, 2013, 1169; S. Ricci - A. Miglione - F. Massoni - L. Di Donna, *Il rango dei diritti tutelabili per equivalente nel sistema del risarcimento dei danni alla persona umana*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 1760; nonché F. Di Ciommo, *La risarcibilità del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 2005, 801.

(28) Vista l'allarmante diffusione del fenomeno, in Italia la L. n. 69 del 19 luglio 2019, introducendo nuove disposizioni per la tutela contro la violenza domestica e di genere, ha previsto sanzioni per il fenomeno del c.d. *revenge porn*.

con l'obiettivo di favorire l'accertamento giudiziale della verità dei fatti contestati (29).

Emblematica rispetto alle ultime considerazioni appena svolte risulta la vicenda che alcuni anni fa ha visto (per certi versi) involontario protagonista Max Mosley, allora presidente della *Fédération Internationale de l'Automobile*.

Mosley nel 2008 agì in giudizio presso la *High Court of Justice* di Londra (Max Mosley v. News Group Newspapers Limited, [2008 EWHC 1777 (QB)]) contro un noto *tabloid* inglese (fondato nel 1843, ma nel 2011 chiuso a causa di un altro scandalo in materia di *privacy* (30)), il *News of the World*, contestando la violazione della propria riservatezza in ragione del fatto che il giornale aveva pubblicato sul suo sito Internet un video che lo raffigurava mentre era coscientemente coinvolto in pratiche sessuali di tipo sadomasochistico con ambientazione nazista, così determinando uno scandalo mondiale, considerata la rilevanza della posizione pubblica del ricorrente diffamato, e danni di immagine clamorosi per il medesimo.

Questi, dapprima, chiese una *injunction* affinché la diffusione del video venisse bloccata, ma la Corte rigettò l'istanza in quanto, nonostante l'acclarata assenza di pubblico interesse, il contenuto del video ormai era stato disvelato e la richiesta di un oscuramento al fine di tutelare la *privacy* e la riservatezza era inutile posto che il relativo contenuto era divenuto ormai virale nel *web*. Nel giudizio a cognizione piena che ne seguì i giudici londinesi accolsero la richiesta di risarcimento dei danni avanza da

Mosley in quanto ritennero fondata la doglianza di violazione della riservatezza, ma fondandosi sul precedente della Corte di Strasburgo Hannover vs. Germania, liquidarono al ricorrente - per aver avuto la sua vita sessuale rivelata al mondo e la sua vita privata devastata da questa vicenda - un risarcimento danni di sole 60.000 sterline (31).

Evidentemente non soddisfatto per l'esito del giudizio, Mosley si rivolse alla CEDU chiedendo la condanna del Regno Unito per non aver predisposto uno strumento di controllo preventivo della pubblicazione delle notizie relative alla vita privata di una persona, soprattutto se famosa. La Corte dichiarò l'istanza di Mosley ammissibile, ma la rigettò nel merito affermando che in applicazione degli artt. 8 e 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non possono essere predisposti strumenti preventivi di controllo sulla pubblicazione di materiali in Internet senza cadere in pratiche censorie (32), e che la valutazione del danno *ex post* è un rimedio sufficiente (33).

In un altro caso molto noto (*Węgrzybowski e Smolczewski vs. Polonia*, R.C. N. 33846/2007), la CEDU, con sentenza del 16 luglio 2013, è intervenuta espressamente sul tema del bilanciamento tra libertà di espressione, interessi individuali incisi dall'esercizio di tale libertà e interesse pubblico a conoscere la data informazione.

Nel caso in questione, il giudice nazionale aveva già accertato il carattere diffamatorio della notizia, la quale dunque, nella tesi del ricorrente, andava rimossa da Internet in quanto, per l'appunto,

(29) Per gli opportuni approfondimenti, cfr. L. Passanante, La prova illecita nel processo civile, Torino, 2017; A. Graziosi, Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011; e D. Daffino, Illegally Obtained Evidence and the Myth of Judicial Truth in the Italian System, in Derecho, Justicia, Universidad, Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos, Madrid, 2016, 897. Alla luce della giurisprudenza più recente sembra superato il divieto che appariva granitico sino ad alcuni lustri fa (in proposito, v. V. Vigoriti, Prove illecite e Costituzione, in Riv. dir. proc., 1968, 64 ss.; ma anche F. Ricci, *Le prove illecite nel processo civile*, in Riv. trim., 1987, 34) e che trovò, secondo i più (cfr. M. Trocker, *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974, 600 ss.), conferma nella sentenza della Corte cost. 6 aprile 1973, n. 34, in Foro it., 1973, I, 953. Per la più recente giurisprudenza che apre alle prove illecite, v., tra le altre, Cass., ord., 28 aprile 2015, n. 8605, in Giur. it., 2015, 1610, con note di A. Turchi, Legittimi gli accertamenti fiscali basati sulla lista Falciani, e di C. Besso, Illiceità della prova, segreto bancario e giusto processo, nonché Cass. 30 giugno 2009, n. 15327, in Nuova giur. civ. comm., 2010, I, 71. Cfr., per la giurisprudenza di merito, App. Aquila, sent., 16 dicembre 2019, n. 2060, in Riv. di Internet, 2020, 273, con nota di L. Aulino, *Le immagini estratte dai social network quali prove dell'infedeltà coniugale ai fini della domanda di addebito*.

(30) Una inchiesta di Scotland Yard, avviata dopo che alcuni dipendenti di alto livello della famiglia reale avevano denunciato

accessi illegittimi di sconosciuti alle proprie rispettive segreterie telefoniche, scoprì che le persone spiate dal *News of the Work*, attraverso la sistematica violazione della loro *privacy*, erano centinaia tra funzionari del governo, calciatori, cantanti e altre celebrità di ogni topo. Per una efficace sintesi della vicenda, v. l'articolo di F. Costa, *Il caso News of the World, dall'inizio*, pubblicato su *ilpost.it* l'8 luglio 2011 e disponibile on-line all'indirizzo <https://www.ilpost.it/2011/07/08/il-caso-news-of-the-world-dallinizio/>.

(31) Il riferimento è alla sentenza della CEDU, 26 giugno 2004, Hannover vs. Germania, in *www.echr.coe.int*. Sul caso Mosley, *ex ceteris*, v. E. Falletti, *I diritti fondamentali su Internet*, Padova, 2017, 36.

(32) Per recenti contributi pubblicati in Italia su questi temi, se pur con differenti prospettive ed accenti, *ex ceteris*, v. J.R. De Verda Y Beamonte, *Conflitto fra diritti fondamentali della personalità e libertà di informazione e di espressione: una nuova sensibilità della giurisprudenza spagnola?*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 163; F. Quarta, *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile* (nota a Cass., ord., 12 aprile 2018, n. 905), in *Danno e resp.*, 2019, 89; e A. Moretti, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona - Il contributo del regolamento (Ue) 2016/679*, in *Dir. inf.*, 2018, 799.

(33) Così CEDU, sent., 10 maggio 2011, ric. 48009/08, Mosley v. Regno Unito di Gran Bretagna.

diffamatoria. Sennonché, la sentenza disconosce all'interessato il diritto ad ottenere la rimozione della notizia (pur diffamatoria) pubblicata *on-line*, in considerazione del fatto che, secondo la Corte, il punto di equilibrio tra conservazione della notizia nel patrimonio informativo della Rete e la pretesa della persona coinvolta alla tutela dell'identità personale va individuato nell'obbligo, posto a carico dell'*editor*, di pubblicare *on-line* una nota di aggiornamento. Tale nota deve consentire al pubblico un'immediata contestualizzazione della notizia alla luce degli avvenimenti storici successivi alla pubblicazione, quale, ad esempio, l'emissione di una sentenza che ne accerti il carattere diffamatorio (34).

Per scartare la diversa ipotesi, costituita dall'ordinare la rimozione del contenuto illecito da Internet, la Corte rileva che la totale eliminazione di un articolo giornalistico pubblicato *on-line* non rientra affatto nelle prerogative giurisdizionali (35).

Come è stato notato (36), il principio risulterebbe corroborato dalla protezione offerta dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nei confronti dell'interesse pubblico all'accesso agli archivi Internet della stampa. Conseguentemente, risulterebbe sproporzionato il rimedio della rimozione integrale di un articolo giornalistico diffamatorio, pubblicato nella versione *on-line* di un quotidiano, finalizzata alla tutela della reputazione degli individui *ex art. 8* della Convenzione.

Sul tema giova richiamare anche la sentenza, sempre della CEDU, depositata il 19 ottobre 2017 nel caso *Fuchsman v. Germany* (*application no. 71233/13*) (37). Con tale pronuncia la Corte ha ribadito l'esigenza, per il giudice, di valutare adeguatamente tutte le circostanze del caso concreto per arrivare ad

individuare l'esatto, e giusto, punto di equilibrio tra la tutela dei diritti della personalità dell'interessato e il diritto di cronaca che deve essere riconosciuto alla stampa, anche a presidio dell'interesse generale alla conoscenza.

Il fatto che le sentenze appena citate siano successive alla nota pronuncia della Corte di Giustizia UE del 13 maggio 2014 (38), resa sul caso c.d. Google Spain (causa n. 131/12), dimostra come questa non possa essere considerata rappresentativa di una generale volontà dei giudici europei di voler tutelare il diritto alla *privacy on-line* (nel caso di specie, in vero, veniva in rilievo il diverso diritto c.d. all'oblio) facendolo prevalere rispetto ad altri diritti sanciti dalla CEDU, quali quello all'accesso alle informazioni nonché quello alla libertà di espressione e di manifestazione del pensiero (39).

Sul problema del difficile equilibrio tra la tutela del diritto alla *privacy* e la tutela di altri diritti fondamentali della persona garantiti in Italia sia dalla Costituzione che dalla CEDU (nel caso di specie si trattava del "diritto dei cittadini al libero accesso ai dati ed alle informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni"), come noto si è recentemente espressa anche la nostra Corte costituzionale con la sent. n. 20 del 21 febbraio 2019 (40).

Tale sentenza, nel fissare i criteri per valutare la ragionevolezza, o meno, del bilanciamento eventualmente realizzato dal legislatore ordinario, risulta di particolare rilievo anche perché conferma, se pure in termini diversi e meno radicali, l'orientamento, espresso dalla medesima Corte con la sentenza n. 269 del 2017, a tenore del quale i tribunali italiani - fatto salvo il rinvio pregiudiziale

(34) Il principio appare conforme a quello a più riprese affermato anche dalla giurisprudenza americana, a partire dal caso *Georg Firth v. State of New York*, Court of Appeals of the State of New York, July 2th 2002, 98 N.Y.2d 365 (2002). Cfr., *ex ceteris*, E. Cooper, *Following in the European Union's Footsteps: Why the United States Should Adopt its Own "Right To Be Forgotten" Law for Crime Victims*, J. Marshall - J. Info. Tech. & Privacy L. 185, (2016).

(35) Sul punto, i giudici di Strasburgo entrano nel merito della questione osservando che "it is not the role of judicial authorities to engage in rewriting history by ordering the removal from the public domain of all traces of publications which have in the past been found, by final judicial decisions, to amount to unjustified attacks on individual reputations".

(36) Cfr. L. Nannipieri, *La sopravvivenza online di articoli giornalistici dal contenuto diffamatorio: la pretesa alla conservazione dell'identità e la prigione della memoria nel cyberspazio. Osservazioni interne a Corte CEDU, IV Sez., sentenza 16 luglio 2013 (Węgrzybowski e Smolczewski vs. Polonia, Rc. N. 33846/2007)*, in [http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/corte\\_europea\\_diritti\\_uomo/0030\\_nannipieri.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/corte_europea_diritti_uomo/0030_nannipieri.pdf).

(37) La sentenza è pubblicata in *Danno e resp.*, 2018, 149, con nota di S. Bonavita - R. Pardolesi, *La Corte Edu contro il diritto all'oblio?*

(38) La sentenza è pubblicata, tra l'altro, in *Foro it.*, 2014, IV, 295, con note di A. Palmieri - R. Pardolesi; in *Danno e resp.*, 2014, 734, con nota di Vigevari; in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 1159, con nota di Peron; in *Dir. inf.*, 2014, 535, con note di AA.VV., e in *Corriere giur.*, 2014, 1471, con nota di Scorza.

(39) A conferma di ciò, se mai ce ne fosse bisogno, è venuta di recente la sent. 24 settembre 2019, C-507/17, della Corte di Giustizia UE (in *Foro it.*, 2019, IV, 572), a tenore della quale "il gestore di un motore di ricerca, quando accoglie una domanda di deindicizzazione in applicazione delle suddette disposizioni, è tenuto ad effettuare tale deindicizzazione non in tutte le versioni del suo motore di ricerca, ma solo nelle versioni di tale motore corrispondenti a tutti gli Stati membri".

(40) La sentenza è pubblicata, *ex ceteris*, in *Dir. inf.*, 2019, 79, con commento di O. Pollicino - F. Resta, *Visibilità del potere, riservatezza individuale e tecnologia digitale. Il bilanciamento delineato dalla Corte*.

alle Corti europee per le questioni di interpretazione e invalidità del Diritto dell'Unione ex art. 267 TFUE - devono (affermeva la Corte nel 2017) o possono (sembra affermare la Corte oggi) rimettere al Giudice delle Leggi interno la questione di costituzionalità emergente dal conflitto tra una norma europea applicabile al caso di specie ed un principio costituzionale eventualmente anche ricavabile dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. E ciò in quanto "va preservata l'opportunità di un intervento con effetti *erga omnes*" della Corte Costituzionale "in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell'architettura" (art. 134 Cost).

### La crisi dei diritti fondamentali

Nello scenario tracciato nei paragrafi precedenti, riconoscere ancora, seppure solo formalmente, e cioè sul piano squisitamente definitorio, la natura di fondamentali ai diritti sopra cennati, e maggiormente incisi dallo sviluppo delle nuove tecnologie, rischia di apparire esercizio ipocrita o, quanto meno, sterile (41).

(41) Diversamente, ma in una prospettiva sostanzialmente inversa, T.E. Frosini, *Internet ai tempi del coronavirus*, in *Riv. di Internet*, 2020, 203, osserva come, soprattutto durante una situazione di emergenza che restringe e comprime gli spazi individuali e collettivi, "con la tecnologia si possono esercitare diritti e libertà costituzionali". Ma sul tema cfr. anche, *ex multis*, G. Ziccardi, *La democrazia elettronica tra social network, big data e problemi di sicurezza*, *Id.*, 2019, 239 e, in termini più ampi, *Id.*, *Internet, controllo e libertà*, Milano, 2015, nonché *Id.*, *Tecnologie per il potere*, Milano, 2019.

(42) E ciò a dispetto anche di alcune tendenze dottrinali recenti. In proposito, *ex ceteris*, cfr. G. Conte, *Il processo di neo-costituzionalizzazione del diritto privato - Notazioni sull'efficacia preceativa e sulle modalità applicative dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Giust. civ.*, 2018, 147; e G. Alpa, *L'applicazione dei diritti umani e dei diritti fondamentali ai rapporti tra privati: note sul modello inglese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 141.

(43) Cfr., *ex ceteris*, A. Zaccaria, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1 ss.: 11; U. Breccia, *Chiaroscuri della scienza giuridica contemporanea (a margine del libro di Nicolò Lipari, Diritto civile e ragione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 131 ss.; R. Pardolesi, *Dottrina e giurisprudenza: conflitti, dialoghi, monologhi*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, XIX, 2019, I (giugno), 53 ss.; A. Gentili, *La scienza giuridica dei civilisti contemporanei*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, XIX, 2019, I (giugno), 39 ss.; G. Doria, *La prospettiva del giusto. Percorsi di realismo giuridico neo-classico*, Roma, 2019; V. Zeno-Zencovich, *Autopsia del diritto civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, 617 ss.; e F. Di Ciommo, *Sulla giustizia ingiusta (dalla giurisprudenza normativa alla giustizia del caso concreto): la vicenda emblematica delle nullità negoziali*, in *Foro it.*, 2018, V, 249.

(44) Da ultimo, sul tema v., *ex multis*, A. Gatti, *Istituzioni e anarchia nella Rete. I paradigmi tradizionali della sovranità alla prova di Internet*, in *Dir. inf.*, 2019, 711.

(45) Sul tema, sia consentito rinviare a Di Ciommo, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, cit., in part. primo

In altra prospettiva, si dovrà ammettere che nell'attuale architettura della società dell'informazione i diritti fondamentali (soprattutto, ma non solo, quelli più strettamente ed ontologicamente legati al concetto di persona, a cui si è fatto riferimento sin qui) sono quotidianamente e massivamente violati senza che l'ordinamento giuridico reagisca, o quanto meno reagisca in modo adeguato (42).

Constatazione questa che induce a riflettere anche su come oggi - nell'epoca della globalizzazione, del diritto liquidato in quanto oramai prettamente giurisprudenziale, della contaminazione di ordinamenti giuridici nazionali e sovranazionali, del *crossroad* fra le Corti (43), del nichilismo giuridico, dell'indebolimento delle istituzioni politiche-democratiche (44), dell'affermazione del potere finanziario e tecnologico dei giganti di Internet, e del ribaltamento di ruoli tra economia e diritto (o, se si preferisce, tra tecnica, tecnologia, finanza, etica e diritto (45)) - risulti particolarmente arduo riuscire ad affermare con certezza persino cosa si intenda per diritti fondamentali (46).

Le cause principali di questa situazione possono, in estrema sintesi, essere ricavate da quanto il grande

capitolo. Per ampie riflessioni di carattere filosofico sul tema, v. U. Galimberti, *Psiche e technè. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 2002, il quale, in part. a 457, osserva come: "nell'età della tecnica l'etica celebra la sua impotenza, la sua incapacità a impedire alla tecnica, che può, di fare ciò che può. [...] Ciò significa che non è più l'etica a promuovere la tecnica, ma è la tecnica a condizionare l'etica obbligandola a prendere posizione su una realtà non più naturale, ma artificiale, che la tecnica non cessa di costruire e rendere possibile, qualunque sia la posizione assunta dall'etica".

(46) Su questi temi, come noto, la letteratura è sconfinata. Per qualche riferimento, in ordine sparso, tra i tanti si veda H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 1961, II ed., a cura di P. A. Bulloch - J. Raz, Oxford, 1994, trad. it. *Il concetto di diritto. Nuova edizione con un poscritto dell'autore*, Torino, 2002; A. Catania, *Decisione e norma*, Napoli, 1987; *Id.*, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, 2008; W.J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, 1994; N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990; M. Hardt - A. Negri, *Empire*, Cambridge (Mass.), 2000, trad. it., *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, Milano, 2002; F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; P. Perlingieri, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli, 1992. Cfr., per considerazioni particolarmente attuali, F. Viganò, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 481; V. Piccone, *Diritti fondamentali e tutele nel difficile crossroad fra le corti*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2019, 10; M.C. Carta, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo: i limiti del "dialogo" tra le corti*, in *Studi integrazione europea*, 2019, 161; G.M. Flick, *I diritti fondamentali e il multilevel: delusioni e speranze*, in *Cass. pen.*, 2019, 2401; V. Zagrebelsky - R. Chenal - L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, II, Bologna, 2019; e V. Baldini, *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti di diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Napoli, 2015.

sociologo Zigmunt Bauman, affermava, già nel 2002 - nell'introduzione del suo celeberrimo lavoro pubblicato in Italia con il titolo *La società sotto assedio* (47) - ragionando sul ruolo che la sociologia ha avuto storicamente.

In proposito, l'illustre autore osserva, tra l'altro, come non siano, di fatto, mai esistiti diritti individuali o collettivi senza qualcuno, dotato dell'autorità necessaria, che li riconoscesse e li tutelasse come tali attraverso una coercizione sociale che è detta legittima proprio, e solo, in quanto viene esercitata dalla istituzione, o dal soggetto, che nel dato momento storico è riuscito ad imporsi su ogni altro contendente e, dunque, a guadagnare il potere di decidere che forma dare alla società (48). Sennonché, la fine del XX secolo ha visto il tramonto dello stato-nazionale e dell'idea che quest'ultimo possa avere il monopolio della coercizione legittima e, quindi, del potere di decidere che forma deve avere la società; e ciò in quanto l'architettura sociale fondata attorno all'idea di stato-nazione, ha "ceduto sotto una duplice pressione: dall'alto (la globalizzazione) e dal basso (la biodiversità, che alla fine ha sconfitto i tentativi di dissolvimento e fusione entro la cornice strutturale dello stato nazionale)" (49).

È, dunque, accaduto (per usare sempre le parole di Bauman) che, "avendo 'appaltato' molte delle sue principali funzioni (economiche, culturali e in misura maggiore anche sociali e biopolitiche) a forze di mercato palesemente non politiche e 'deregolate'", lo stato "ha abbandonato la rivendicazione del monopolio sulla coercizione legittima", tanto "che la coercizione amministrata dallo stato ha perso il suo rango privilegiato tra le tante coercizioni con diverso, ma essenzialmente contestato, livello di

legittimità che operano nei due distinti ma interdipendenti campi di battaglia del cyberspazio e della politica della vita".

In sostanza Bauman sembra, in qualche modo, guardare oltre rispetto a quanto Norberto Bobbio, negli anni Ottanta del secolo scorso, osservava circa la "età dei diritti", che sarebbe iniziata nel Settecento (50), e che si sarebbe affermata nel secondo dopo guerra attraverso i processi di positivizzazione, generalizzazione e, infine, internazionalizzazione dei diritti fondamentali (51). Come a dire che l'età dei diritti, professata da Bobbio, è finita perché non c'è più lo stato nazionale a garantire la tutela dei diritti o, meglio, valorizzando quanto sopra cennato circa il concetto di "capitalismo della sorveglianza", perché il nuovo assetto di poteri che governa il mondo attribuisce ai diritti individuali un valore relativo, concentrato com'è a perseguire il profitto dei nuovi padroni del vapore (52).

In verità, neanche Bobbio riteneva che l'età dei diritti fosse una condizione realizzata, ed anzi era pienamente consapevole di come la "crescita morale si misura non dalle parole ma dai fatti", e che dunque la sua definizione di "età dei diritti" fosse valida solo su un "piano ideale" (53), in quanto in concreto le continue violazioni dei diritti fondamentali e l'incapacità degli ordinamenti giuridici di evitarle evidenziano come i diritti individuali considerati fondamentali troppo spesso difettino di effettività. Ed è proprio in questa prospettiva che può senz'altro parlarsi di una attuale crisi dei diritti fondamentali. Non già, dunque, crisi di affermazioni retoriche e riconoscimenti politici/normativi di carattere formale, bensì - il che è più grave - crisi di effettività (54). Accentuata, negli ultimi vent'anni - e cioè,

(47) Il titolo dell'edizione originale è *Society under Siege*, Oxford, 2002. Il libro in Italia, con la traduzione di S. Minucci, è pubblicato a Roma-Bari nel 2003.

(48) Bauman afferma (a pag. VIII della versione italiana, cfr. la nota che precede) che "Il diritto di tracciare il confine tra coercizione legittima (ammissibile) e coercizione illegittima (non ammissibile) è il principale obiettivo di tutte le lotte per il potere", ed inoltre che "la violenza (vale a dire la coercizione che sfida apertamente la legittimità esistente, che reclama legittimità o che aspira a conquistarla) è una matita con la quale il confine tra legittimo e illegittimo viene continuamente ridisegnato".

(49) Così si può leggere a pag. X del libro di Bauman citato nelle note che precedono.

(50) Come noto, per Bobbio la nascita dell'età dei diritti si deve a una vera e propria "rivoluzione copernicana", consistente nel "capovolgimento del punto di osservazione", per cui il "problema morale" concernente il rimedio al male che ogni uomo può procurare all'altro uomo è stato "considerato dal punto di vista non più soltanto della società ma anche dell'individuo", e per conseguenza non più secondo la preminenza dei doveri, ma secondo quella dei diritti. Così Bobbio, *L'età dei diritti* (1987), in Id., *L'età dei diritti*, Torino, 1992, in part. 54-61.

(51) Cfr. T. Mazzarese, *Diritti fondamentali*, in *Atlante di filosofia del diritto*, a cura di U. Pomarici, Torino, 2013, I, 179-217, 195; nonché P. Parolari (a cura di), *Diritti fondamentali: le nuove sfide*, Torino, 2010.

(52) In questo senso, sostanzialmente, A. Schiavello, *La fine dell'età dei diritti*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, XV, 2013, I, 120, il cambiamento dei rapporti di forza nella società e dell'organizzazione sociale determina necessariamente la fine dell'età dei diritti per come l'aveva intesa Bobbio.

(53) È lo stesso Bobbio (*L'età dei diritti*, cit., in part. 64 e 65), infatti, ad osservare che: "Quando rifletto su altri aspetti del nostro tempo, ad esempio sulla corsa vertiginosa ad armamenti che mettono in pericolo la vita stessa sulla terra, dovrei dare una risposta completamente diversa".

(54) In vero, sul tema si registrano in dottrina le posizioni più diverse. Ad esempio, secondo C. Douzinas, *The End of Human Rights*, Oxford, 2002, in part. 380, la crisi dei diritti umani dipenderebbe proprio dalla loro diffusa positivizzazione e dalla conseguente perdita di idealità e slancio utopistico. Secondo J. Raz, *Diritti umani senza fondamento*, in *Ragion Pratica*, 29, 2007, 449, invece, questo "è un buon momento per i diritti umani". Mentre per T. Mazzarese, *Minimalismo dei diritti: pragmatismo*

paradossalmente, ma il paradosso è solo apparente, come si è giustappunto notato un attimo fa, mentre in Europa i diritti individuali fondamentali venivano affermati ai massimi livelli del sistema delle fonti e si riconosceva anche una c.d. efficacia orizzontale degli stessi (55) - dall'avvento delle nuove tecnologie informatiche di rete e, dunque, dall'avveramento di nuove dimensioni spazio/temporali che l'uomo appare frequentare del tutto inconsapevolmente e, soprattutto, dal mutamento dei rapporti di forza tra diritto ed economia, così come tra stati sovrani e grandi imprese private detentrici del potere tecnologico (56).

La conclusione di Bobbio - che, *mutatis mutandis*, è la stessa di Bauman, ma anche di Luigi Ferrajoli e molti altri pensatori contemporanei - evidenzia come, a prescindere dalle dichiarazioni formali, per la effettiva esistenza dei diritti individuali (quali che siano, e dunque fondamentali, umani o altro ancora) sia essenziale la concreta capacità degli ordinamenti giuridici di reagire alle loro violazioni a tutela di tutti consociati danneggiati (57).

Se ne ricava che se certi diritti, in qualche ordinamento, fossero considerati alienabili e quindi teoricamente non nella titolarità di tutti gli uomini - giacché alcuni, o molti, consociati potrebbero essersene privati alienandoli a terzi - ovvero se, anche a prescindere da ciò, una volta lesi, tali diritti non trovassero ampia ed effettiva tutela nelle aule di giustizia, con riferimento a detto ordinamento i diritti

in questione non potrebbero essere considerati universali né fondamentali.

Per quanto possa apparire politicamente scorretto affermarlo, sembra essere questa la situazione che si verifica, in Europa così come sostanzialmente in tutto il mondo, quando i diritti individuali incrociano le nuove tecnologie informatiche. Ma il punto è che le nuove tecnologie informatiche oggi sono ovunque e sempre. E che i nostri diritti fondamentali, come evidenziato dagli esempi sopra proposti, sono costantemente violati proprio attraverso l'uso di tali tecnologie, nella sostanziale inerzia complice del diritto.

### Le responsabilità della responsabilità civile

L'inerzia complice del diritto, sul piano politico e sociologico spiegabile in ragione di quanto sinteticamente appena evidenziato - e che ha prodotto nei consociati l'idea che la difesa dei diritti individuali contro i giganti del *web* sia una battaglia persa, tanto che non vale neanche la pena di provare a combatterla - dal punto di vista tecnico-giuridico trova probabilmente la sua ragione principale, e insieme la sua rappresentazione più plastica, nel modo in cui, nella società dell'informazione, (non) hanno operato le regole di responsabilità civile a presidio dei diritti in questione.

Di fronte all'avanzata inarrestabile della tecnologia, infatti, la responsabilità civile - *rectius*, più in generale, il principio di responsabilità su cui la stessa si fonda - rappresenta l'ultima speranza, l'ultimo

*antiteorico o liberalismo individualista?*, Id., 26, 2006, 179, l'analisi deve svolgersi su piani diversi; per S. Rodotà, *L'età dei diritti. Le nuove sfide*, in AA.VV., *Lezioni Norberto Bobbio*, Torino, 2006, 55, e in part. 77, i diritti devono essere costantemente presidiati e tutelati perché possano dirsi effettivi; e per F. Belvisi, *Domande intorno alla crisi dell'età dei diritti: un po' di realismo sui diritti umani*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, XV, 2013, 1, 10, in part. 16, "con un minimo di realismo: non ci si può lamentare né della strumentalizzazione dei diritti, né del fatto che non vengano presi sul serio. Questo è il destino delle cose umane".

(55) Come noto, oggi in Europa i diritti fondamentali sono quelli di cui all'art. 2 del trattato sull'Unione europea, integrato dai diritti affermati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Sul tema dell'efficacia orizzontale v., *ex ceteris*, D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018; O. Pollicino, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in V. Piccone - O. Pollicino (a cura di), *La Carta dei Diritti Fondamentali dell'unione Europea*, Roma, 2018, 263-300; S. Walkila, *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, Amsterdam, 2016; E. Frantziou, *The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality*, in *European Law Journal*, 21, 2015, 657 ss.; D. Leczykiewicz, *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Review*, 38, 2013, 479 ss.; R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 570-571; e, per una riflessione più

datata, M. Hunt, *The "Horizontal Effect" of the Human Rights Act*, in *Public Law*, 1998, 423.

(56) È sempre Bobbio, infatti, ad avvertire che il fondamento dei diritti dell'uomo "è un problema mal posto", poiché l'obiettivo "è oggi non tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli", e dunque "non si tratta tanto di sapere quali e quanti sono questi diritti, quale sia la loro natura e il loro fondamento, se siano diritti naturali o storici, assoluti o relativi, ma quale sia il modo più sicuro per garantirli, per impedire che nonostante le dichiarazioni solenni vengano continuamente violati" (*L'età dei diritti*, cit., in part. 16-18).

(57) Come noto, secondo Luigi Ferrajoli, sono fondamentali i diritti che nei singoli ordinamenti giuridici sono effettivamente riconosciuti all'uomo in quanto tale, a prescindere da ogni considerazione circa la valenza etica, morale, sociale o, più in generale, valoriale dei diritti in questione. Cfr. L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, 2001, nel quale le tesi espresse dall'Autore, in particolare nelle prime due parti del volume, sono discusse, e per certi versi confutate, in saggi a firma di altri studiosi proposti in forma dialettica come "interventi"; ma anche, come *summa* del pensiero di Ferrajoli, Id., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2, Roma-Bari, 2007. Mentre per riflessioni più datate, non strettamente incentrate sul tema dei diritti fondamentali, ma nelle quali si rinvergono le basi argomentative degli altri scritti qui citati, v. Id., *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari, 1997, e prima ancora *Teoria assiomatica del diritto*, Milano, 1970.

possibile *modus agendi* del diritto, almeno inteso in senso tradizionale e cioè per come lo abbiamo concepito negli ultimi due secoli (58).

Ciò in quanto le possibilità materiali infinite schiuse dal continuo avanzare scientifico e tecnico e la complessità delle società in cui noi tutti oramai viviamo, con conseguente relativismo culturale e valoriale, impongono di riconsiderare il rapporto tra morale (o etica che dir si voglia (59)), libertà individuale, mercato e diritto, e di impostare il discorso sulla base dell'unico principio che appare in grado di limitare l'esposizione dell'uomo ai pericoli derivanti dall'evoluzione tecnologica senza negare, o comunque senza dare l'idea di voler arginare, tale evoluzione.

Dando per conosciute questioni di grande rilievo, che qui non è dato neanche cennare (60), possiamo senz'altro affermare che quello in questione, come anticipato, è esattamente il principio di responsabilità, ma non nel senso teorico e filosofico in cui lo intende Hans Jonas, bensì nel senso pratico che deve essere proprio del giurista (61).

“Per rendere operativo il principio di responsabilità occorre, dunque, muovere alla volta della sua concretizzazione. [...] Quello che si chiede è che il diritto compia le scelte che gli competono e decida in presenza di quali presupposti e in applicazione di quali criteri si debba giudicare la responsabilità attuale di soggetti determinati che con il loro operato producono pericoli o danni per altri.

Compiere tali scelte non è cosa da poco, anche perché significa valutare tecnicamente le diverse problematiche; ed anzi può dirsi che essa risulta senza dubbio, operazione difficile, alla quale, tuttavia, il legislatore è irrimediabilmente chiamato. È proprio il legislatore, infatti, a dover far fronte ai problemi accennati, servendosi di norme giuspubblicistiche, volte a prevenire situazioni di pericolo, e dunque a disciplinare e controllare il compimento di

attività rischiose, nonché delle regole di responsabilità civile, le quali durante il ventesimo secolo si sono dimostrare particolarmente adatte a fungere da strumenti per il perseguimento di moderni obiettivi di politica del diritto.

Operando con i principi di responsabilità civile è, infatti, possibile recuperare la logica della responsabilità di ogni consociato in termini di prevedibilità delle conseguenze delle proprie scoperte e delle proprietà attività e, dunque, in termini di assunzione giuridica e patrimoniale dei relativi rischi, laddove questi siano prevedibili, evitabili e non giustificati dai vantaggi sociali che l'attività loro collegata produce, e sempre che tali rischi non siano irrimediabilmente nefasti per la collettività. Responsabilità, in altre parole, per quello che si inventa o produce, per come si utilizza quello che si inventa, per come si comunica ai consociati l'esito delle proprie ricerche, per le conseguenze sociali dannose cagionate da ciò che si immette sul mercato e, più in generale, per i danni provocati dall'esercizio di attività più o meno pericolose” (62).

Del resto, già attorno alla metà del XI secolo (nell'opera *Social statistics* (63)) Harbert Spencer, uno dei padri fondatori della sociologia moderna, affermava che “compito dell'uomo saggio è quello di facilitare l'azione delle forze che realizzano il progresso” per evitare che esso prenda una falsa direzione e si tramuti in regresso, ed inoltre che tali forze ruotano attorno al principio di libertà del singolo consociato, il quale deve trovare i suoi limiti concreti e fattuali nella libertà altrui e nel principio di responsabilità.

Sennonché, in quella che definiamo società dell'informazione, rispetto alle nuove dimensioni e ai nuovi rapporti sociali prodotti dallo sviluppo tecnologico degli ultimi trent'anni, e ai correlati rischi in termini di tutela dei consociati - e persino di fronte alla concrete violazioni dei diritti fondamentali e alle

(58) Per la completa esposizione degli argomenti a sostegno di questa tesi, v. Di Ciommo, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, cit., in part. capitoli I e II.

(59) Sul rapporto tra etica e diritto, *ex multis*, v. F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, 2001.

(60) Cfr., *ex multis*, G. Rossi, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003; P. Perlingieri, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003; N. Irti, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 625; D. Messinetti, *La manualistica e le funzioni fondamentali del diritto*, *Ibid.*, I, 649; G. Oppo, *Impresa e mercato*, *Id.*, 2001, I, 421; F.D. Busnelli, *Bioetica e diritto privato. frammenti di un dizionario*, Torino, 2001; L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1; E. Severino, *Il destino della tecnica*, Milano, 1998; e N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.

(61) L'idea di Jonas, condensata nell'affermazione per cui in sostanza non si tratta di essere responsabili verso gli uomini del

presente né verso gli uomini che verranno, bensì verso “l'essere” (H. Jonas, *Dans Prinzip Verantwortung, versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt, 1979, trad. it. P. Rinaudo, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1990) non può essere condivisa dal giurista in quanto finisce, in concreto, per svilire l'importante presupposto concettuale dal quale muove lo stesso Jonas, e cioè quello per cui il principio di responsabilità sarebbe l'unico fondamento etico e giuridico in grado di evitare che lo sviluppo della scienza applicata finisca per disumanizzare il mondo.

(62) Così Di Ciommo, *op. ult. cit.*, in part. 55-56.

(63) L'opera è pubblicata in prima edizione a Londra nel 1851, ed è consultabile attualmente in ristampa anast., Londra, 1996. Ma v. anche *Id.*, *Principles of Sociology*, London, 1882-1892, pubblicata in italiano con il titolo *Principi di sociologia*, Torino, 1967.

limitazioni delle libertà individuali più importanti - le regole di responsabilità civile nella realtà dei provvedimenti giudiziari o delle decisioni delle autorità di vigilanza non hanno operato o, quando sporadicamente lo hanno fatto, si sono limitate a rappresentare la reazione (troppo) mite di ordinamenti giuridici piegati alla ragione del più forte, o forse solo rassegnati di fronte all'inevitabilità di quello che evidentemente appare il divenire storico.

È così accaduto che i giganti del web hanno potuto circondarci, sedurci, spiare in ogni modo le nostre vite, impossessarsi dei dati personali e farne mercato, imporci bisogni artificiali, condizionare i nostri comportamenti sociali (ed in particolare, quelli di rilievo economico e politico), proiettarci in un modo di informazioni nel quale è sempre più difficile distinguere tra realtà e fantasia, esporci al rischio di furti di identità, hackeraggio dei sistemi informatici, violazioni virali dei nostri diritti della personalità, mistificazione della verità ed altro ancora. Il tutto, persino, senza mai pagare le tasse dovute agli stati sovrani, ma - ed è quel che più conta nell'ambito di questa riflessione - senza assumersi mai le relative responsabilità e senza mai rispondere dei danni sociali cagionati.

Il tutto, paradossalmente, mentre, non solo, come anticipato, i diritti fondamentali a livello internazionale venivano proclamati come inviolabili ai massimi livelli del sistema delle fonti del diritto, ma addirittura l'elaborazione della categoria dei *diritti fondamentali* varcava i confini della filosofia e della teoria generale del diritto per divenire - in ambiti diversi da quelli dominati dalle nuove tecnologie informatiche - pratica quotidiana nelle aule dei tribunali. E ciò non solo in Europa - dove, in vero, il fenomeno ha assunto caratteri problematici a seguito dell'applicazione diretta negli ordinamenti giuridici degli Stati membri della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, con conseguente disapplicazione

delle fonti interne (64) - ma sostanzialmente in tutto il mondo.

In buona sostanza, per tutto quanto riguarda la vita dell'uomo non incisa dalle nuove tecnologie, i diritti fondamentali della persona negli ultimi vent'anni sono divenuti - almeno secondo una certa tendenza giurisprudenziale - la stella polare a cui l'operatore del diritto deve costantemente guardare per svolgere la sua attività ermeneutica ed applicativa delle norme giuridiche (65); mentre, come dimostrato dalle vicende esemplificativamente richiamate nei precedenti paragrafi, quando si tratta di farli rispettare ai giganti del web, i medesimi diritti, nelle pronunce dei giudici, si relativizzano e si graduano, sino a farsi piccoli e quasi insignificanti.

### ***Dal caso Vivi Down al caso Høiness vs. Novergia: ovvero la sostanziale deresponsabilizzazione dei provider di Internet nella Dir. 2000/31/CE***

Emblematica della dinamica a cui si appena fatto cenno risulta, tra le altre, anche la saga giudiziaria italiana passata agli onori delle cronache come caso Google-Vivi Down.

Era il 2006 quando l'associazione Vivi Down, che persegue la tutela delle persone con sindrome di Down, denunciò al Tribunale penale di Milano alcuni *manager* di Google, contestando a questi ultimi di non aver rimosso per ben due mesi, e malgrado le proteste dell'associazione medesima, un video postato sulla piattaforma "you tube" (di proprietà di Google) che ritraeva alcuni giovani insolentire gravemente un ragazzo *down*, e dunque di aver, con la loro condotta omissiva ed al fine di trarre profitto dal mantenimento *on-line* del video in questione, partecipato a (o, quanto meno, favorito) i reati di illecito trattamento dei dati personali, diffamazione e violazione della dignità personale del malcapitato.

(64) In proposito, per la completezza, l'efficacia e l'attualità della riflessione svolta, v. G. Scaccia, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in RAIC, 2019, disponibile *on-line* all'indirizzo [https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2019\\_6\\_01\\_Scaccia.pdf](https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2019_6_01_Scaccia.pdf). Cfr. V. Sciarabba, *La tutela dei diritti fondamentali nella costituzione, nella convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella carta fondamentale dell'UE*, Id., 2017, disponibile *on-line* all'indirizzo [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1\\_2017\\_Sciarabba.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2017_Sciarabba.pdf), nonché, sebbene per riflessioni più datate, A. Guazzarotti, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, Id., 2011, disponibile *on-line* all'indirizzo " <https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Guazzarotti.pdf>"; V. Baldini, *La tutela dei diritti fondamentali nell'esperienza contemporanea dello Stato a sovranità (sempre di più) limitata*, Id., 2012, disponibile *on-line* all'indirizzo " <https://www.rivistaaic.it/>

*images/rivista/pdf/Baldini\_tutela\_diritti.pdf*"; ed infine L. Ruggeri (a cura di), *Giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Napoli, 2012.

(65) Per le più aggiornate considerazioni sul tema, v. S. Mangiameli, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo e le funzioni nazionali*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, disponibile *on-line* all'indirizzo <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2020/02/Mangiameli-La-garanzia-dei-diritti-fondamentali-nell-%E2%80%99ordinamento-europeo.pdf>. Circa il ruolo del giudice nella tutela dei diritti fondamentali, cfr., ex ceteris, N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, nonché Id., *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 635; e Id., *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 413. Per un recente esempio pratico, v. R. Pardolesi - B. Sassani, *Il bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto di cronaca: il mestiere del giudice* (nota a Cass., ord., 5 novembre 2018, n. 28084), in *Foro it.*, 2019, I, 235.

Sebbene sulla base di argomentazioni in buona parte diverse, e malgrado la violazione dei diritti fondamentali coinvolti fosse stata accertata, sia in primo che in secondo grado i *manager* furono assolti dall'accusa in parola (66), e l'assoluzione, benché puntualmente contestata dall'articolato ricorso della Procura generale (67), fu nel 2014 confermata in Cassazione in ragione dell'affermata inesistenza, in capo ai *provider* di Internet, di un obbligo generale di sorveglianza sui contenuti postati in rete dagli utenti (68).

Tale principio, cioè quello dell'inesistenza di un obbligo di sorveglianza in capo ai *provider* di Internet, e più precisamente della generale irresponsabilità di questi ultimi per tutto ciò che gli utenti compiono nelle reti telematiche usufruendo dei servizi messi a disposizione dai *provider* stessi (salvo che questi ultimi abbiano in qualche modo partecipato all'illecito, e dunque a condizione che abbiano mantenuto un atteggiamento tecnicamente neutro rispetto a quest'ultimo (69)), è stato per la prima volta affermato, a livello legislativo, con il *Digital Millennium Copyright ACT* americano del 1998 e quindi ribadito solennemente in Europa con la direttiva 2000/31/CE (in particolare artt. 11-14), cioè la direttiva sul commercio elettronico che dal 2000 rappresenta nel vecchio continente il testo normativo di riferimento in tema, per l'appunto, di commercio elettronico e responsabilità per illeciti commessi *on-line* (70).

Nell'impossibilità di trattare qui compiutamente le questioni, anche interpretative, sollevate dalla

Direttiva in parola, va evidenziato che la scelta legislativa di esonerare i *provider* di Internet da ogni responsabilità per illeciti commessi *on-line* dagli utenti, nel momento in cui fu assunta, e cioè alla fine dello scorso secolo, appariva razionale e condivisibile perché evidenziava la volontà politica di voler favorire la crescita dell'industria dell'informatica di rete, sollevando i fornitori di servizi della nascente società dell'informazione da responsabilità che in quel contesto rischiavano di tradursi in fardelli organizzativi ed economici eccessivi.

Senonché, i giudici europei (italiani compresi), sotto questo aspetto hanno interpretato la Direttiva dilatando oltremodo lo scudo protettivo a favore dei *provider* e, dunque, sostanzialmente finendo per far sì che lo stesso si applicasse senza possibilità di distinguere tra *provider* attivi (e cioè che rispetto all'illecito hanno svolto una qualche attività ulteriore rispetto a quelle di mera ospitalità o trasmissione, per cui non possono essere considerati estranei alla vicenda) e *provider* passivi o neutrali.

Ciò ha determinato a favore dei *provider* di Internet il prodursi di una immunità piena, e non "condizionata" come invece avrebbe dovuto essere alla luce della Direttiva. Il tutto, per altro, senza che sia stato minimamente valorizzato dai giudici l'obbligo di riconoscimento dell'identità reale dell'utente posto a carico dei *provider* che hanno accordi di memorizzazione stabile con l'utente e che in Italia si ricava dall'art. 17, comma 2, D.Lgs. n. 70/2003 (71).

(66) Sulla sentenza di primo grado, v. F. Di Ciommo, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonerazione della responsabilità on-line: a proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Dir. inf.*, 2010, 829-857.

(67) Secondo la Procura generale, in estrema sintesi: i) *Google* avrebbe inequivocabilmente effettuato un trattamento dei dati personali del minore disabile ripreso nel video; ii) *Google* non potrebbe beneficiare delle previsioni di cui agli artt. 16 e 17, D.Lgs. n. 70/2003, stante quanto disposto dall'art. 1, comma 2, lett. b), D.Lgs. n. 70/2003 che escluderebbe l'applicabilità della normativa sul commercio elettronico alle questioni relative al trattamento di dati personali; iii) *Google* non si era limitata ad offrire un mero spazio per l'*upload* di video, eseguendo in realtà attività di indicizzazione e catalogazione del materiale caricato in qualità di *host provider* "attivo", figura che, secondo la pubblica accusa, non rientrerebbe in ogni caso nel campo di applicazione del citato art. 16 suddetto; iv) ai sensi dell'art. 167 del Codice della *privacy* *Google* senz'altro persegue la realizzazione del profitto nell'esercizio dell'attività di *host provider*. Gli imputati, in sostanza, avrebbero serbato una volontaria disattenzione sui contenuti del video, in modo tale da riuscire ad ottenere dalla sua permanenza in rete, anche solo eventualmente, un introito economico attraverso l'inserimento di *link* pubblicitari.

(68) Sulla vicenda, sia consentito rinviare a F. Di Ciommo, *Google/Vivi Down, atto finale: l'hosting provider non risponde quale titolare del trattamento dei dati*, nota a Cass., Sez. III penale, sent., 17 dicembre - 3 febbraio 2014, n. 5107, in *Foro it.*, 2014, II, 346.

(69) Anche su questi temi la letteratura è molto ampia. In proposito, sia dato rinviare ancora a Di Ciommo, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, cit., ma anche G. Ponzanelli, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli Internet service providers?*, in *Danno e resp.*, 2002, 5. Da ultimo, anche per R. Petruso, *La responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a confronto*, Torino, 2019.

(70) Il riferimento è alla Dir. 2000/31/CE dell'8 giugno 2000 del Parlamento europeo e del Consiglio, "relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("Direttiva sul commercio elettronico")", che per prima definisce "servizi della società dell'informazione" le attività legate al commercio elettronico.

(71) Sul punto è necessario ancora rinviare a F. Di Ciommo, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, in part. 345-347, laddove, proprio valorizzando il comma 2 dell'art. 17, si sostiene l'applicabilità nei confronti dei fornitori di accesso ad Internet dell'art. 2043 c.c. e, tra l'altro, si osserva che "in definitiva, ritenere che l'art. 2043 sia inapplicabile agli intermediari della rete che, pur essendo tenuti a conservare i dati identificativi dei propri clienti, non controllano la veridicità di tali dati, vorrebbe dire pensare di (non) utilizzare le regole di responsabilità civile per promuovere lo sviluppo della rete Internet e, più in generale, dell'economia telematica, senza tuttavia accorgersi che è punto questa la via per perseguire tale obiettivo".

Si è così diffusa l'idea nella società che le autostrade telematiche siano un *far west* in cui tutto è possibile e nessuno, sul piano giuridico, risponde di alcunché. E ciò, al netto delle altre criticità di carattere processuale derivanti dal contesto digitale e ubiquo, principalmente per la difficoltà, patita dai danneggiati interessati, di individuare le controparti processuali per le quali chiedere la condanna al risarcimento del danno posto che gli utenti di Internet, e più in generale delle reti telematiche, ogni volta che possono si nascono dietro il facile (se pure spesso effimero, ma comunque insidioso da superare per il cittadino medio) schermo dell'anonimato mentre, come detto, i *provider* generalmente non rispondono per gli illeciti commessi dagli *user*.

A conferma di quanto sia attuale l'orientamento giurisprudenziale in parola, che tende ad assicurare la detta irresponsabilità civile e penale dei *provider* di Internet, e che, dunque, di fatto, sterilizza l'operatività delle regole di responsabilità civile per illeciti commessi via Internet, giova citare la recente sentenza della CEDU (sez. II), del 19 marzo 2019 (72). Con tale arresto i giudici di Strasburgo, confermando i principi sanciti nel caso precedente *Delfi vs. Estonia* definito con la nota sentenza del 16 giugno 2015 (73), hanno affermato che il rifiuto di una corte nazionale (nel caso di specie si tratta di una corte norvegese) di accertare la responsabilità civile di un sito Internet per commenti osceni contro una donna pubblicati anonimamente dagli utenti di un *forum on-line*, non viola l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e cioè il diritto al rispetto della vita privata di ogni singolo consociato, in quanto i giudici nazionali hanno ampia discrezionalità nell'individuare, caso per caso, in concreto il punto di miglior equilibrio tra tutela di tale diritto e tutela del diritto alla libertà di espressione (art. 10 della stessa Convenzione).

Nella circostanza, in primo grado la Corte cittadina di Oslo, pur premettendo di "comprendere perfettamente che la [ricorrente] avesse potuto trovare

spiacevole [*unpleasant*] il fatto che delle persone anonime avessero pubblicato su Internet commenti squallidi [*sleazy remarks*] su di lei", aveva osservato che la pagina Internet su cui tali commenti erano stati postati è una pagina "leggera" (*unserious*) frequentata principalmente da utenti anonimi, sicché la maggior parte dei lettori avrebbe convenuto che "i commenti [ivi pubblicati] dicessero più dei loro autori che delle persone in essi menzionate", ed inoltre, proprio in quanto si trattava di commenti anonimi, non vi era ragione - sempre secondo la Corte - di prenderli sul serio.

Investita dell'appello, l'Alta Corte di Boarting non entrava nel merito della natura illecita, o meno, dei messaggi postati da anonimi, in quanto riteneva che comunque la ricorrente non fosse riuscita a provare in giudizio la colpa del sito Internet e del suo direttore, e cioè dei convenuti, i quali si erano attivati per rimuovere i messaggi 13 minuti dopo la notifica di una intimazione in tal senso da parte del legale della Signora. Secondo la Corte, infatti, visto che i "commenti sono pubblicati in tempo reale senza che sia possibile alcuna censura preventiva" l'unico obbligo che si può riconoscere sussistere in capo ai *provider* è quello di intervenire *ex post* su segnalazione dell'interessato, e ciò per non violare il diritto alla libertà di espressione (74).

### **La necessità di andare oltre la Dir. 2000/31/CE**

Senonché, dalla lettura di alcune recenti pronunce, sembra emergere una nuova (auspicabilissima) consapevolezza pretoria circa l'attuale esigenza di andare oltre il regime di sostanzialmente deresponsabilizzazione garantito ai *provider* di Internet dall'interpretazione, sopra ricordata e sin qui praticata, della Dir. 2000/31/CE (75).

In particolare, con le sent. nn. 7708 e 7709 del 19 marzo 2019, la Sez. I della Corte di cassazione (Pres. Genovese, Rel. Nazzicone) è intervenuta per ridefinire il concetto di *provider* attivo cercando, per questa via, di sottrarre al cono della deresponsabilizzazione i

(72) La sentenza è resa a fronte del ricorso n. 43624/14, caso *Høiness vs. Norvegia*, ed è pubblicata, *ex ceteris*, in *Riv. di Internet*, 2019, 477, con commento di E.L. Scali, *Responsabilità del sito Internet per commenti osceni e violenza on-line contro le donne*.

(73) La sentenza è resa a fronte del ricorso n. 64569/09, ed è pubblicata, *ex ceteris*, in *Dir. inf.*, 2014, 2, 242, con nota di G. Alma, *Libertà di espressione e diritto all'onore in Internet secondo la sentenza "Delfi AS contro Estonia"*.

(74) Circa il difficile equilibrio tra il diritto al rispetto della vita privata e la libertà di espressione, v. anche Corte di Giustizia UE, Sez. II, sent., 14 febbraio 2010, causa C-345/2017, *Buivids vs. Datu Valsts inspekcija* (Agenzia nazionale lettone per la protezione dei dati), in *Riv. dir. Internet*, 2019, 37, con nota di J. Liguori, *Libertà di espressione e limiti derivanti dall'applicazione della disciplina*

*sulla tutela dei dati personali*. La pronuncia, in estrema sintesi, afferma che sia il giudice nazionale a dover valutare, caso per caso, se il trattamento dei dati personali altrui (nel caso di specie consistente nella registrazione e pubblicazione su un sito Internet di un video che ritraeva ignari agenti di polizia a lavoro in un commissariato), sia giustificato dall'esercizio del diritto di cronaca che spetta anche a chi non svolga professionalmente l'attività di giornalista purché il trattamento in parola sia effettivamente ed univocamente finalizzato a svolgere divulgazione al pubblico di informazioni, opinioni o idee ritenute di pubblico interesse.

(75) Sul tema, sia consentito rinviare a F. Di Ciommo, *Oltre la direttiva 2000/31/Ce, o forse no: La responsabilità dei provider di Internet nell'incerta giurisprudenza europea*, in *Foro it.*, 2019, 1, 2072.

*provider* che non si limitano a svolgere un servizio di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, ma pongono in essere, per l'appunto, una condotta attiva, per questa ragione, sul piano giuridico, dovendo essere ritenuti concorrenti con gli autori del contenuto illecito nella commissione dell'illecito (76).

Le stesse sentenze affermano, inoltre, che il *provider*, a prescindere dalla sua natura di soggetto attivo o passivo rispetto all'illecito commesso *on-line* dall'utente, e malgrado su di lui non incomba un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza per conto di altri, né un obbligo di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, abbia un preciso obbligo di attivarsi per rimuovere i contenuti illeciti e impedire ulteriori violazioni non appena venga a conoscenza, in qualsiasi modo, dell'esistenza di tali contenuti illeciti, senza necessità che vi sia una espressa comunicazione in tal senso da parte dell'interessato danneggiato, né tanto meno che quest'ultimo indichi gli "url" di ciascun contenuto da rimuovere.

In questa sede non è possibile approfondire le due interessanti sentenze, ma giova osservare come, non solo in ragione dei principi affermati e appena sintetizzati, ma anche in considerazione del tessuto motivazionale di entrambe le pronunce, con esse la Suprema Corte abbia dimostrato inequivocabilmente di voler superare l'attuale e consolidata prassi interpretativa che ha reso la direttiva uno scudo, quasi invalicabile, a tutela dei *provider* di Internet, e ciò proprio in considerazione del fatto che, al contrario, è senz'altro adesso cambiato il contesto di riferimento rispetto al momento in cui la direttiva fu emanata ed è dunque opportuno, per non dire necessario, responsabilizzare i *provider*, e soprattutto quelli più forti finanziariamente e dunque maggiormente capaci di organizzarsi, al fine di prevenire il più possibile la commissione degli illeciti *on-line* o, almeno, le conseguenze dannose degli stessi.

Solo qualche mese dopo rispetto alla cennata doppietta italiana, la Corte di Giustizia UE - con due sentenze rese tra la fine di settembre del 2019 (C-507/17, Google LLC contro *Commission nationale de l'informatique et des libertés*, CNIL, 24 settembre 2019) e l'inizio di ottobre (C-18/18, Eva Glawischnig-Piesczek contro Facebook Ireland Limited, 3 ottobre 2019) - è intervenuta, prima, sui limiti territoriali del diritto alla deindicizzazione delle notizie ritenute lesive del proprio diritto all'oblio, ovvero di altri diritti della personalità (oggi sostanzialmente codificato nell'art. 17 del Reg. *Privacy* n. 679/2016, GDPR (77)), e poi proprio sull'interpretazione, sostanziale e territoriale, dell'esenzione di responsabilità, a favore degli *hosting provider*, prevista dalla Direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE (78).

Al netto delle pur interessanti, e fondamentali, questioni trattate dalle due pronunce (in apparente antitesi tra loro) circa l'efficacia territoriale dei principi giuridici affermati dal diritto europeo applicabile ad Internet - e, dunque, circa la possibilità per una Corte europea di imporre ad un *provider*, tra l'altro, di rimuovere un contenuto *on-line* su ogni pagina Internet da quello gestita senza limiti territoriali - nell'economia della riflessione qui proposta i due cennati recenti interventi della Corte di Giustizia risultano rilevanti sotto un diverso profilo.

Ed infatti, essi evidenziano un approccio della Corte orientato a responsabilizzare i *provider* rispetto ai contenuti che essi veicolano in rete in quanto nella prima pronuncia si dà per assunto che quest'ultimo abbia un obbligo di rimozione dei contenuti illeciti denunciato dall'interessato e nella seconda si arriva addirittura ad affermare, così come aveva fatto la Cassazione italiana pochi mesi prima, che il *provider*, una volta a conoscenza dell'esistenza di contenuti illeciti, se richiesto dall'interessato, ha l'obbligo di cancellare dalle pagine Internet che lui controlla non solo i contenuti indicati dal danneggiato ma anche ogni contenuto analogo (79).

(76) Le due sentenze sono pubblicate, *ex ceteris*, in *Foro it.*, 2019, I, 2036, con nota di F. Di Ciommo e in *Dir. di Internet*, 2019, 261, con commenti di R. Panetta - A.M. Rovati.

(77) Circa l'art. 17 del GDPR e il diritto all'oblio, sia consentito rinviare a F. Di Ciommo, *Diritto alla cancellazione, diritto di limitazione del trattamento e diritto all'oblio*, in V. Cuffaro - R. D'Orazio - V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 353; Id., *Il diritto all'oblio nel Regolamento (UE) 2016/679. Ovvero, di un "tratto di penna del legislatore" che non manda al macero alcunché*, in *Corr. giur.*, 2018, 16; e Id., *Il diritto all'oblio (oblito) nel Regolamento UE 2016/679 sul trattamento dei dati personali*, in *Foro it.*, 2017, V, 306.

(78) Per un interessante commento alle due pronunce, v. O. Pollicino, *L'"autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di*

*tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *federalismi.it*, 2019, n. 19, consultabile *on-line* all'indirizzo [https://www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=533&content=&content\\_auth=](https://www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=533&content=&content_auth=).

(79) Il caso austriaco da cui origina il ricorso alla Corte di Giustizia vedeva Facebook contrapposto a una esponente del gruppo austriaco dei verdi che aveva chiesto al *provider* non solo la rimozione delle espressioni a contenuto diffamatorio pubblicate da un utente sul *social network*, e da lei segnalate, ma anche dei contenuti diffamatori equivalenti, seppure non totalmente identici. Il *social network* rimuoveva i contenuti indicati dall'interessata ma non faceva altrettanto con i contenuti di natura equivalente, in quanto, a suo dire, così facendo avrebbe operato in

Come evidente, siamo ben oltre l'interpretazione, e la conseguente applicazione, della direttiva che i giudici europei hanno svolto sino a circa un anno fa. Che siano questi i prodromi di una nuova stagione? Che davvero, almeno in Europa, istituzioni politiche e giudici si siano resi conto che è necessario imporre una decisa e rapida inversione di rotta, e ciò al fine di tentare di riprodurre anche nell'ecosistema digitale le condizioni minime perché la responsabilità civile operi e svolga le sue essenziali funzioni di prevenzione ed efficiente gestione del rischio sinistri, oltre che riparatorie e distributive?

Forse è troppo presto per rispondere a queste domande.

Ma certo non è presto (e anzi, piuttosto, speriamo non sia troppo tardi) per affermare con forza, ed a scampo di ogni equivoco, che lavorare sull'interpretazione della Dir. 2000/31/CE non basta.

Per provare a riaffermare le sopra cennate condizioni minime appare, infatti, necessario operare perché si addivenga ad un deciso un cambio di paradigma nell'ambito del quale, in estrema sintesi, occorre fare in modo, quanto meno, che:

1) i giudici riconoscano maggior valore ai diritti fondamentali della persona nel raffronto con altri diritti, e dunque nell'ambito della ricerca del giusto equilibrio tra interessi contrapposti, ma anche nella prospettiva della tutela risarcitoria, con conseguente inversione della tendenza attuale, già evidenziata, alla grave sottovalutazione del valore dei diritti in parola e dunque del risarcimento dovuto al titolare che veda lesa uno o più propri diritti;

2) le istituzioni in generale, e le autorità di regolazione e vigilanza in particolare, assumano un atteggiamento più severo e incisivo affinché non accada che emergano, magari attraverso indagini giornalistiche, trattamenti illeciti dei dati personali o comunque violazione massive, o meno, di altri diritti fondamentali della persona, che restano non sanzionate adeguatamente;

3) sia favorita l'organizzazione, l'introduzione e la conduzione di azioni collettive verso chi, a livello massivo, abbia commesso violazioni dei diritti in questione; e

4) sia concesso ai giudici di utilizzare lo strumento dei c.d. *punitive damages*, che permette di sanzionare adeguatamente chi abbia posto in essere condotte illecite, condannandolo a versare a titolo risarcitorio una somma molto più alta di quella accertata in giudizio, e ciò al fine di realizzare un effetto disincentivante e quindi di prevenire la commissione di ulteriori illeciti.

In alcuni Paesi, e tra questi gli Stati Uniti, la tutela dei diritti fondamentali individuali esposti al rischio di essere lesi dai comportamenti dei colossi dell'informatica già oggi appare più efficace rispetto a quanto può dirsi che avvenga nel vecchio continente, e ciò perché essa viene perseguita attraverso un controllo pubblico (meno blando di quello europeo), in grado di irrogare salate sanzioni pecuniarie (80), ed un sistema di contenziosi privati basati sulla c.d. *class action* e/o finalizzati a sentire condannare l'impresa colpevole a risarcire i danni in misura enormemente più alta rispetto a quanto concretamente accertato in giudizio e questo nella logica dei c.d. *punitive damages* (81).

Entrambe le circostanze producono effetti virtuosi nel mercato. In particolare, il secondo rimedio si rivela particolarmente idoneo in quanto - volendo sintetizzare (ed inevitabilmente per banalizzarlo) al massimo il concetto - gli avvocati, prevedendo di maturare lauti compensi professionali, sono incoraggiati ad investire ingenti risorse per monitorare le attività delle grandi aziende che possono ledere i diritti dei cittadini e, nel caso cui vi siano i presupposti, a sollecitare loro stessi i danneggiati interessati ad agire contro l'azienda responsabile per ottenere il giusto risarcimento.

Le vicende a cui si è fatto cenno in quest'ultimo paragrafo inducono a coltivare qualche moderata

contrasto con l'art. 15 della Direttiva sul commercio elettronico, a norma del quale l'*hosting provider* non ha alcun obbligo di monitoraggio preventivo rispetto a ciò che ospita sulle sue pagine. La Corte di Giustizia chiude la questione affermando che non è in contrasto con il mancato obbligo di sorveglianza previsto dalla direttiva che un giudice, nell'inerzia del *social network*, ordini a quest'ultimo di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita, ed inoltre chiarisce che tale ordine di rimozione ha portata globale e non valevole solo per il territorio dell'Unione.

(80) Tra i tanti, in argomento, anche a commento della sent. di Cass., SS.UU., 5 luglio 2017, n. 16601, v. A. Palmieri - R. Pardolesi, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile* (nota a Cass., Sez. UU. Civ., sent. 5 luglio 2017 n. 16601), in *Foro it.*, 2017,

l, 2630. Cfr. anche E. D'Alessandro, *Riconoscimento in Italia di danni punitivi: la parola alle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2016, I, 1981.

(81) A titolo di esempio, può citarsi la rilevante sanzione da 5 miliardi di dollari che negli Usa, nel luglio 2019, è stata inflitta a Facebook dall'autorità Antitrust per violazione della *privacy* degli utenti. Facebook non solo ha accettato tale sanzione nell'ambito di un accordo stragiudiziale sottoscritto con la detta Autorità, ma si è altresì impegnata a "sottomettersi a nuove restrizioni" e ad apportare una sostanziale modifica organizzativa della propria struttura aziendale per evitare future criticità in materia di *privacy*. Cfr., *ex ceteris*, G. Aloisi, *Facebook, condanna a 5 miliardi per il caso Cambridge Analytica*, pubblicato su *il Giornale* e disponibile on-line alla pagina <https://www.ilgiornale.it/news/mondo/privacy-facebook-si-accorda-states-sborsa-5-miliardi-1731437.html>.

speranza circa la possibilità di ripristinare, anche in Europa, condizioni di effettiva - se pure, a ben vedere, comunque parziale e (forse anche) episodica - tutela dei diritti della persona, tradizionalmente considerati fondamentali, maggiormente esposti al rischio di lesione nella società dell'informazione. Tuttavia,

perché questa speranza si tramuti in qualcosa di più necessita che nella società maturi una nuova sensibilità e che emerga una concreta volontà di impegno comune in tal senso.

La sfida è lanciata da tempo, ma sin qui non l'abbiamo colta.