Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management

Numero 1 - 2015 • Edizione multimediale

Atti del Convegno ANDIG
Le comunicazioni elettroniche (2014)

a cura di Donato A. Limone

FONDATA E DIRETTA DA
DONATO A. LIMONE

CLIOEDU®

Direttore responsabile
Donato A. Limone

Comitato scientifico
Stefano Adamo (Preside di Economia, Università del Salento), Piero Bergamini (Autostrade), Francesco Capriglione (Ordinario di Diritto degli intermediari e dei mercati finanziari, LUISS,Roma), Michele Carducci (Ordinario di Diritto Pubblico, Università del Salento), Ernesto Chiacchierini (Ordinario di tecnologia dei cicli produttivi, Università La Sapienza), Claudio Clemente (Banca d'Italia), Ezio Ercole (Vice Presidente dell' Ordine dei Giornalisti del Piemonte e consigliere della Federazione Nazionale della Stampa Italiana - FNSI), Donato A. Limone (Ordinario di informatica giuridica, Università telematica Unitelma-Sapienza, Roma), Vincenzo Mastronardi (Ordinario Psicopatologia forense, Università La Sapienza, Roma), Nicola Picardi (Professore emerito della Sapienza; docente di diritto processuale civile, LUISS,Roma), Francesco Riccobono (Ordinario di Teoria generale del diritto, Università Federico II, Napoli), Sergio Sciarelli (Ordinario di Economia Aziendale, Università di Napoli, Federico II), Marco Sepe (Ordinario di diritto dell'economia, Università telematica Unitelma-Sapienza, Roma)

Comitato di redazione
Leonardo Bugiolacchi, Antonino Buscemi, Luca Caputo, Mario Carta, Claudia Ciampi, Ersilia Crobe, Wanda D'Avanzo, Sandro Di Minco, Paola Di Salvatore, Pasquale Luigi Di Viggiano, Paolo Galdieri, Edoardo Limone, Emanuele Limone, Giulio Maggiore, Marco Mancarella, Antonio Marrone, Alberto Naticchioni, Gianpasquale Preite, Fabio Saponaro, Angela Viola

Direzione e redazione
Via Antonio Canal, 7
00136 Roma
donato.limone@gmail.com

Gli articoli pubblicati nella rivista sono sottoposti ad una procedura di valutazione anonima. Gli articoli sottoposti alla rivista vanno spediti alla sede della redazione e saranno dati in lettura ai referees dei relativi settori scientifico disciplinari.

Anno V, n. 1/2014
ISSN 2039-4926
Autorizzazione del Tribunale civile di Roma N. 329/2010 del 5 agosto 2010
Editor ClioEdu
Roma - Lecce

Tutti i diritti riservati.
È consentita la riproduzione a fini didattici e non commerciali, a condizione che venga citata la fonte.
La rivista è fruibile dal sito www.clioedu.it gratuitamente.

Indice

Le comunicazioni elettroniche. Introduzione al convegno
Donato A. Limone.....7

Presentazione del convegno
Giuseppe Corasaniti.....8

Le banche dati al servizio delle piccole e medie imprese
Francesca Bailo.....9

Motori di ricerca e piattaforme ugc tra privacy, diritto all'informazione e responsabilità: quali regole per i nuovi modelli di web business?
Leonardo Bugiolacchi.....30

La protezione dei dati personali del minore nel social digital marketing
Gianluigi Ciacci.....40

Agenda Digitale nell'ordinamento giuridico italiano
Alfonso Contaldo.....41

Il ruolo delle reti di comunicazione elettronica di nuova generazione nella prospettiva dell'open (big) data
Giovanni Crea.....58

Le comunicazioni elettroniche alla luce del nuovo regolamento europeo in materia di identificazione elettronica
Marco Cuniberti.....59

La comunicazione elettronica nel Welfare State
Luigi Di Viggiano.....60

La rete e lo scontro fra diritti: diritto all'informazione, diritto d'autore e privacy nell'era dei byte
Fernanda Faini.....61

Comunicazioni elettroniche commerciali e protezione dei dati personali: linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam
Massimo Farina 62

Dittatura e censura dell'algoritmo. Neutralità, poteri e responsabilità dei motori di ricerca web automatici
Gianluigi Fioriglio 63

Profili patologici nel rapporto media-minori: lacune normative o vuoto familiare?
Paolo Galdieri 87

Le nuove frontiere della privacy in sanità: APP mediche e WEARABLE computing
Marco Mancarella 88

Internet bill of rights: una proposta da discutere
Guido Scorza 89

La regolazione di Internet: un confronto con gli USA
Irene Sigismondi 90

Comunicazioni elettroniche tra qualità del servizio e tutela del consumatore
Angela Viola 103

Saluti finali
Giuseppe Corasaniti 115

Editoriale

Questo numero comprende gli Atti del Convegno annuale dell'Associazione Nazionale Docenti di Informatica Giuridica e diritto dell'informatica (ANDIG – www.andig.it) del 2014 (18 novembre, Roma, Aula Magna dell'Università degli studi di Roma "Unitelma Sapienza"). Il convegno è dedicato alle **Comunicazioni elettroniche** in sequenza logica e tematica con il convegno del 2013 su **I nuovi scenari della società dell'informazione: aspetti politici, giuridici, amministrativi e tecnici** (29 ottobre 2013, Aula magna, Università degli Studi di Roma "Unitelma Sapienza"). Gli atti del 2013 sono stati pubblicati in questa Rivista (n.1/2014; www.clioedu.it). Questo numero è pubblicato in versione multimediale (audiovideo e scritti).

Il Direttore della Rivista
Donato A. Limone

Istruzioni per la lettura

Gli interventi dei relatori del Convegno ANDIG tenutosi a Roma il 18 novembre 2014 presso l'Università telematica Unitelma SAPIENZA sono riportati in versione integrale sotto forma di MediaBook a cui è possibile accedere cliccando semplicemente sull'immagine di anteprima raffigurante l'autore. Al click si aprirà il MediaBook in una nuova finestra del browser Internet del dispositivo.

Nel caso si disponga della versione cartacea della rivista, per accedere al MediaBook è sufficiente leggere l'apposito *qr-code* mediante uno smartphone o un tablet.

Con il prodotto editoriale **MediaBook**, **CLIOedu** *ha sviluppato un sistema di trasmissione del sapere multicanale ed interattivo: l'efficacia dei contenuti didattici e dell'esperienza formativa nella sua totalità è accresciuta dalla positiva sinergia tra la versatilità dell'ipertesto e la ricchezza del prodotto audiovisivo.*

Le espansioni multimediali dei **MediaBook CLIOedu** *si integrano perfettamente con le attività tradizionalmente legate alla lettura, come la possibilità di aggiungere annotazioni, saltare da un capitolo all'altro dell'indice e inserire segnalibri nei punti di maggiore interesse.*

Autori di questo numero

Francesca Bailo

Laureata in giurisprudenza nel 2006, ha conseguito il Dottorato di ricerca in Metodi e tecniche della formazione e della valutazione delle leggi nel 2010 presso l'Università di Genova. È stata Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso Giurisprudenza, Università di Genova dal 2013 fino al gennaio 2015. Nel 2011 ha conseguito il Premio intitolato alla memoria del Prof. Temistocle Martines, indetto dall'Università Magna Graecia di Catanzaro. È docente a contratto in Diritto pubblico nell'ambito del Tirocinio Formativo Attivo (T.F.A.), presso il Disfor, Università di Genova ed è già stata docente a contratto in Istituzioni di diritto dell'Unione europea per gli a.a. 2012/2013 e 2013/2014 presso Scienze della Formazione, Università di Genova. È Avvocato presso il Foro di Genova dal 2009.

E-mail: francesca.bailo@unige.it

Leonardo Bugiolacchi

Dottore di ricerca in Informatica giuridica e diritto dell'informatica nell'Università "La Sapienza" di Roma, per molti anni docente di "Diritto commerciale" e di "Diritto delle società" nell'Università Unitelma Sapienza di Roma, ove attualmente dirige il Master di I livello in "Infermieristica forense". Ha insegnato ed insegna in numerosi master universitari dedicati al commercio elettronico ed in generale al diritto delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Avvocato civilista in Roma, si occupa prevalentemente di diritto della responsabilità civile e di diritto delle nuove tecnologie, con particolare riferimento alla disciplina del commercio elettronico, agli illeciti commessi on line ed alla responsabilità degli internet service providers, al diritto d'autore in rete. E' autore di numerosi saggi ed articoli in materia di responsabilità civile e di diritto delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Membro del Consiglio direttivo dell'ANDIG, nel cui ambito riveste anche la qualifica di "Responsabile" del Gruppo di lavoro dedicato al Commercio elettronico.

E-mail: avvleonardobugiolacchi@gmail.com

Alfonso Contaldo

Dottore di ricerca in Informatica giuridica e diritto dell'Informatica nell'Università di Roma e docente a c. di Diritto dell'Unione europea nell'Università della Tuscia, è autore di alcune monografie in tema di diritto dell'informazione e delle telecomunicazioni, nonché di vari articoli in tema di informatica giudiziaria e diritto dell'informatica. La sua monografia più recente è "La disciplina giuridica dell'editoria. Normative e problematiche" (Amon, 2013).

E-mail: a.contaldo@agcom.it

Pasquale Luigi Di Viggiano

Docente di Informatica giuridica presso il Master in Management pubblico ed eGovernement

e componente del Consiglio e del Comitato scientifico del LEG, Università del Salento. Dottore di ricerca in Scienze giuridiche, si occupa di comunicazione digitale, informatica giuridica, metodologia della ricerca sociale e sociologia giuridica. È impegnato nello studio dello Stato digitale e della sua struttura giuridica e organizzativa. Già professore a contratto nell'Università degli studi Unitelma-Sapienza di Roma, titolare dell'insegnamento di Sociologia della comunicazione elettronica. È autore di monografie, saggi e articoli su riviste nazionali e interazionali. Tra le sue pubblicazioni più recenti: Donne e società. Partecipazione democratica e cittadinanza digitale, Tangram, Trento, 2013; Periferias sociales del Estado moderno, in «Criterio y Conducta», Suprema Corte de Justicia de la Nación, Mexico, Num. 12/2013; Sanità digitale e Welfare elettronico, in «Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management», Anno V, n. 3/2014.

E-mail: luigi.diviggiano@unisalento.it; PEC: luigi.diviggiano@pec.it

Gianluigi Fioriglio

Dottore di ricerca in Scienze bioetico-giuridiche, è docente di "Giuspolitica e Informatica Giuridica" presso l'Università di Roma "Sapienza", Dipartimento di Scienze Politiche (Facoltà di Scienze Politiche, Sociologia, Comunicazione). È stato Visiting Scientist presso il Massachusetts Institute of Technology, Max Weber Fellow presso lo European University Institute, assegnista di ricerca nelle Università di Roma "Sapienza" e Bologna, professore a contratto presso le Università di Roma "Sapienza", Polo di Pomezia, e di Teramo, oltre che docente in master, seminari, corsi di formazione e di dottorato (nazionali e internazionali). È stato relatore, chair e peer reviewer in convegni e conferenze nazionali e internazionali (fra cui il XXVII Congresso mondiale IVR, il XXIX Congresso Nazionale SIFD e il convegno ANDIG 2014). È autore di tre monografie e di numerose pubblicazioni.

E-mail: gianluigi.fioriglio@gmail.com

Donato A. Limone

Ordinario di Informatica giuridica e docente di Scienza dell'Amministrazione digitale; Direttore del Dipartimento di Scienze giuridiche ed economiche, Università degli Studi di Roma "Unitelma Sapienza" (www.unitelma.it). Presidente ANDIG. Fondatore e direttore della Rivista elettronica di diritto, economia, management (www.clioedu.it)

E-mail: donato.limone@gmail.com

Irene Sigismondi

Avvocato cassazionista, docente, formatore e consulente. Coordinatore didattico per il settore della teoria e tecnica della normazione al Master INFOGIU (Sapienza). Docente di abilità informatiche e telematiche per il corso di Diritto e amministrazione pubblica (Sapienza). È membro del National Center for Technologies in Dispute Resolutions (www.odr.info). È membro del Consiglio Direttivo dell'Associazione ANDIG (Ass. Naz. Docenti di Informatica Giuridica). Collabora attualmente con le Università Sapienza, Unitelma Sapienza e Luiss Business School nei settori del diritto, in particolare nei profili pubblicistici, e dell'innovazione.

E-mail: irene.sigismondi@gmail.com

Angela Viola

Angela Viola, avvocato cassazionista, dottore di ricerca in Informatica Giuridica e Diritto dell'Informatica, è docente dal 2000 presso l'Università degli Studi di Roma La Sapienza già al Corso di Perfezionamento in Informatica Giuridica e dal 2002 al Master Universitario II° Livello in Diritto dell'Informatica e Teoria e Tecnica della Normazione e presso l'Università Telematica Telma (Unitelma) al corso di diritto commerciale (dal 2005 al 2008). L'interesse accademico e professionale si concentra sulle tematiche di diritto e commercio elettronico, tutela del consumatore nei contratti a distanza e comunicazioni commerciali anche con esperienze di ricerca all'estero (School of Law Boston University USA, 1997). E' componente del consiglio direttivo dell'ANDIG (Associazione Nazionale Docenti Informatica Giuridica. Pubblicazioni: Recensione: "Che cosa significa essere oggi americani" Ed Marsilio, M. Walzer in "World Speaker", September – 1995 – "A discussion of Walzer's philosophical thought in what does it mean to be an american ?". Ethical Aspects of the concept of legal standard, by E. Pattaro, trad. it. a cura di A.Viola, "Aspetti etici del concetto di standard giuridico" in Esperienze giuridiche del 900 (a cura di F. Modugno), Giuffrè 2000. Problematiche giuridiche di Internet: un profilo normativo sul commercio elettronico- tesi di Dottorato di ricerca, IX ciclo, Università degli Studi di Roma "La Sapienza", 2000. Diritto ed Intelligenza artificiale nel pensiero di Vittorio Frosini, In ricordo di Vittorio Frosini, Giuffrè, 2004 (cura di A.Jellamo e F. Riccobono), Giuffrè, 2004. Città metropolitane e Roma Capitale, in Trasformazioni della funzione legislativa. IV. Ancora in tema di fonti del diritto e rapporti Stato - Regione dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, a cura di Franco Modugno - Paolo Carnevale - Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche Università degli Studi di Roma "la Sapienza", Jovene, 2008. Il Diritto dell'informatica nella Società dell'informazione. Profili giuridici ed interpretativi, in Rivista Elettronica di Diritto, Economia, Management, N. 1- 2010. Net Neutrality. La Neutralità della Rete: problemi attuali e prospettive, in Rivista Elettronica di Diritto, Economia Management, N. 1, 2014.

E-mail: angelaviola@virgilio.it

Le comunicazioni elettroniche
introduzione al convegno

Donato A. Limone

Multimedia

Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode per accedere al MediaBook CLIOedu

Le comunicazioni elettroniche
presentazione del convegno

Giuseppe Corasaniti

Multimedia

Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode per accedere al MediaBook CLIOedu

Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management

N. 1 - 2015 · pp. 9-29

Le banche dati al servizio delle piccole e medie imprese

Francesca Bailo

Multimedia

Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode per accedere al MediaBook CLIOedu

Abstract: Il presente contributo si propone – in un'ottica prevalentemente pubblicistica – di indagare sui vantaggi e i rischi connessi all'implementazione dell'impiego delle banche dati da parte delle piccole e medie imprese, sia sotto un profilo strutturale (e, cioè, attraverso l'uso combinato di detti strumenti con il *cloud computing*), sia sotto un profilo relazionale, per la semplificazione dei rapporti con la pubblica amministrazione, con i propri dipendenti e con i propri clienti, anche alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento.

The aim of this article is to investigate - in a predominantly public law - the benefits and risks associated to the implementation of the use of databases by small and medium enterprises, both from a structural point of view (and, that is, through 'combined use of these tools with *cloud computing*), and in terms relational, for the simplification of relations with the public administration, with its employees and with their customers, especially in light of the regulatory and legal framework of reference.

Parole chiave: banche dati – PMI – diritto d'autore – *privacy* – sicurezza – *cloud computing* – conservazione sostitutiva – fatturazione elettronica – B.Y.O.D. – pubblicità comportamentale.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le coordinate essenziali della disciplina normativa delle banche dati. – 3. Le banche dati, le PMI e l'organizzazione dell'attività d'impresa: il *cloud computing* – 4. Le banche dati, le PMI e la semplificazione dei rapporti aziendali: conservazione sostitutiva dei dati, fatturazione elettronica e B.Y.O.D. – 5. Le banche dati, le PMI e la semplificazione dei rapporti con la clientela: pubblicità comportamentale e profilazione dei dati. – 6. Qualche breve osservazione conclusiva.

1. Premessa.

Nel presente contributo ci si propone in via preliminare di descrivere il quadro normativo e giurisprudenziale concernente le banche dati – comprensivo, dunque, non solo delle garanzie immediatamente connesse al diritto d'autore e al *diritto sui generis*, ma anche di quelle che riguardano la circolazione dei dati in esse contenuti e che determinano, principalmente, ricadute sia sulla *privacy*, sia sulla sicurezza della (e sulla) rete – per volgere quindi l'attenzione, in chiave pragmatica, ai vantaggi e alle eventuali criticità del loro impiego nelle piccole e medie imprese (d'ora in poi: PMI).
Sembra, infatti, indubbio che osservare l'implementazione di questi strumenti, specie se di carattere elettronico, dalla particolare prospettiva delle PMI, risulti di peculiare interesse in quanto pare che proprio in questo settore si possano maggiormente palesare le intrinseche capacità di pervenire, attraverso l'impiego delle ridette banche dati, non solo a ridurre costi che non sarebbero altrimenti alla portata di questa tipologia di imprese, ma anche a soddisfare esigenze che pervadono profili dell'attività (e della stessa strategia) aziendale, tali da permettere a queste ultime – o comunque contribuire notevolmente a – l'accesso, in modo competitivo, al mercato globale: e ciò sia per il caso in cui le PMI rivestano il ruolo di costitutori (magari anche in *outsourcing*), sia per il caso in cui le medesime ne fruiscano in qualità di utenti finali.
In questa prospettiva, si è perciò ritenuta opportuna la selezione di alcuni, sia pur sparsi e non esaustivi, casi di impiego delle banche dati che, proprio per i profili ora considerati, risultino di preminente rilievo, vuoi nell'organizzazione del lavoro, quando le stesse vengano usate in stretta

sinergia con tecnologie ormai sempre più capillarmente diffuse (come è per il *cloud computing*), vuoi per la possibilità che per loro tramite si semplifichino i rapporti con i diversi soggetti con cui, di volta in volta, le imprese possono venire a contatto e, quindi, sia con la pubblica amministrazione (come è per la conservazione sostitutiva in formato digitale e per la fatturazione elettronica), sia con i propri dipendenti (ciò che avviene, ad esempio, con il B.Y.O.D.), ma sia anche con i propri clienti (e, in specie, attraverso la profilazione degli utenti e la pubblicità comportamentale).
Nell'inevitabile tensione che, specie in un'ottica pubblicistica, può già anticiparsi, si registra tra interessi economici e tutela dei diritti di quanti debbano confrontarsi col fenomeno aziendale, *last but not least*, occorre precisare che, nonostante la specificità del titolo proposto, le riflessioni che seguono potranno talvolta toccare profili diversi o più ampi di quelli inerenti alle banche dati, ma che con questi appaiono variamenti connessi.

2. Le coordinate essenziali della disciplina normativa delle banche dati.

Può osservarsi, dunque, da subito che, benché le banche dati – intese come archiviazione di dati indicizzati, strutturati e collegati tra loro al fine di consentirne la gestione e l'organizzazione[1] – siano state impiegate già in epoche risalenti, la loro positiva considerazione sotto l'aspetto regolativo sia da considerarsi, tutto sommato, un fenomeno recente, e, più precisamente, allorquando, all'incirca a partire dagli anni '90 del secolo scorso[2], esse hanno iniziato ad essere utilizzate avvalendosi

---

[1] Sulle diverse posizioni della dottrina, italiana e straniera, in ordine alla distinzione della nozione di "banca dati" rispetto a quella di "base di dati", cfr., *ex multis*, S. Di Minico, *La tutela giuridica delle banche dati. Verso una direttiva comunitaria*, in *Inf. e Dir.*, 1996, 175 ss.

[2] Fino a quel momento, negli ordinamenti nazionali, in assenza di una specifica normativa interna, la giurisprudenza (così come, del resto, la dottrina) si era mostrata divisa tra coloro che consideravano appropriato ricomprendere le banche dati tra le opere dell'ingegno (limitando la tutela solo a quelle dotate del carattere della creatività), e coloro che ritenevano più congrua l'applicazione (in specie, per quel che riguardava il loro contenuto) della normativa sulla concorrenza sleale. Per quel che riguarda il primo orientamento, per tutti, cfr. Cass. civ., sez. I, 2 dicembre 1993, n. 11953, *Soc. Tecnodid c. Selva*, in cui la Suprema Corte, nel sostenere il carattere meramente esemplificativo (e non tassativo) di cui all'art. 2 della l. 22 aprile 1941, n. 633 (c.d. l. sul diritto d'autore), rilevò che si era in presenza di opere appartenenti alla letteratura (ai sensi dell'art. 1 della l. sul diritto d'autore), non solo quando si parlava di "opere letterarie" in senso stretto ma anche "quando la parola venga utilizzata per esprimere e comunicare dati informativi di vario genere elaborati ed organizzati in modo personale e autonomo dall'autore", nonché Pret. Roma, ord. 14 dicembre 1989, in *Foro it.*, 1990, I, 2673 ss. (con osservazioni di M. Chiarolla, *Diritto d'autore: la prima volta delle banche dati (in Italia)*, *ibidem*), che, nel sottolineare l'originalità della banca dati (su supporto elettronico) oggetto della vertenza ("frutto di un'attività di ricerca durata numerosi anni"), giunse per l'appunto a ricondurne la tutela alla disciplina prevista per il diritto d'autore. Analogamente, cfr. la sentenza della Corte suprema olandese del 4 gennaio 1991, *Van Dale Lexicografie B.V. v. Rudolf Jan Romme*, per cui una collezione di parole (nella fattispecie la copiatura e l'inserimento in una banca dati delle parole chiave di un noto dizionario olandese) avrebbe potuto essere coperta dal diritto d'autore "*if it results from a selection process expressing the author's personal views*". Per quel che riguarda il secondo orientamento, occorre osservare come le argomentazioni si basassero, fondamentalmente, su quanto disposto dall'art. 10-*bis*, n. 2, della Convenzione di Unione di Parigi del 20 marzo 1883, sulla protezione della proprietà industriale, laddove si affermava che "costituisce un atto di concorrenza

della tecnologia informatica, sì da disvelarne e massimizzarne le capacità in punto non solo di interoperabilità dei dati, ma anche di dematerializzazione.

Proprio gli interessi economici suscitati, a seguito di dette innovazioni tecnologiche, da parte delle imprese, così come la conseguente esigenza di vederne tutelati gli investimenti, del resto, hanno probabilmente indotto a una regolamentazione, propiziata, non a caso, in occasione della definizione degli *standards* internazionali per la proprietà intellettuale, contenuti nel noto *Agreement on Trade Related aspects of Intellectual Property Rights* (sez. I, art. 10, par. 2, TRIPS) e, successivamente, sempre a livello internazionale, con il Trattato WIPO sul diritto d'autore (WTC) del 20 dicembre 1996, per cui "Compilations of data or other material, in any form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations, are protected as such. This protection does not extend to the data or the material itself and is without prejudice to any copyright subsisting in the data or material contained in the compilation" (art. 5 WIPO).

Anche al fine di rendere competitive le PMI europee rispetto al mercato americano è, poi, come noto, intervenuta la direttiva n. 96/9/CE[3], che ha per la prima volta accordato alle banche dati una tutela "a doppio binario", la "struttura" delle stesse essendo rimessa alle garanzie proprie del diritto d'autore, e il "contenuto" essendo innovativamente protetto dal c.d. "*diritto sui generis*"[4], sulla

sleale ogni atto di concorrenza contrario agli usi onesti in materia industriale o commerciale". Con un'interpretazione ampia di detto principio, infatti, alcuni ritennero di poter inquadrare l'attività (non autorizzata) di estrazione di informazioni da una banca dati tra gli atti di concorrenza sleale, specie in seno alla *Ligue International contre la Concurrenc Deloyale*, nonché nell'A.L.A.L. (*Association Littéraire et Artistique Internationale*), affermandosi che per le banche dati non aventi i requisiti di creatività tali da poter essere ricondotte alla disciplina sul diritto d'autore "per assicurare ugualmente una protezione […] si offrono altre vie, in particolare […] le regole concernenti la concorrenza sleale", sviluppando così, specie nella giurisprudenza svizzera, ma poi anche in quella francese e olandese, la "*théories des agissements parasitaires*". Per l'applicazione del ridetto principio anche in Italia, peraltro, cfr. Trib. Genova, 4 maggio 1990, *Marconi s.r.l. c. Marchi & Marchi s.r.l.*, in *Dir. Inf.*, 1990, 1052 ss., con nota di A. Ristucci, ma anche una deliberazione dell'AGCM che sembrava volersi muovere proprio in detta direzione (delibera 10 aprile 1992, n. 452, *Ancic/Cerved*, reperibile all'indirizzo *http://www.agcm.it/ricerca-avanzata/open/41256297003874BD/0169911C2045D415C12560C3001FF7D2.html*).

[3] In ordine alle influenze esercitate da una importante sentenza della Suprema Corte americana del 27 marzo 1991, *Feist v. Rural Telephone*, sull'elaborazione della testé menzionata direttiva comunitaria, cfr., criticamente, A. Zoppini, *Privativa sulle informazioni e iniziative comunitarie a tutela delle banche dati*, in *Il dir. dell'informaz. e dell'informatica*, 1993, 895 ss., secondo cui "se era prevedibile che la sentenza americana avrebbe spiegato una significativa influenza sulla redigenda direttiva, ci si poteva attendere un atteggiamento più riflessivo da parte del legislatore di Bruxelles che non si limitasse – nell'illusione di imboccare una scorciatoia – a tradurre in norme le massime della giurisprudenza d'oltre oceano". Sul *leading case* e, in genere, sulla giurisprudenza della Suprema Corte americana in materia di banche dati, cfr. Id., *Itinerari americani ed europei nella tutela delle compilazioni: dagli annuari alle banche dati*, *ibidem*, 1992, 120 ss. Si ricordi che il caso americano, peraltro, traeva le mosse da una vertenza tra due produttori di elenchi telefonici che, pur insistendo su ambiti territoriali non perfettamente coincidenti, si contendevano il mercato pubblicitario, vertenza che fu definita dalla Corte suprema nel senso del mancato accoglimento della domanda di una delle parti di veder tutelata l'estrazione di una parte dell'elenco da parte della concorrente per il difetto dell'originalità, presupposto sulla base del quale avrebbe potuto trovare applicazione la tutela per il diritto d'autore, allora sancita dal *Copyright Act* del 1976.

[4] Si ricordi, peraltro, che, in virtù del diritto *sui generis* di cui all'art. 7 della direttiva n. 96/9/CE, si attribuisce al costitutore di una banca di dati il diritto di vietare operazioni di estrazione e/o reimpiego della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della stessa, valutata in termini qualitativi o quantitativi, qualora il conseguimento, la verifica e la presentazione di tale contenuto attestino un investimento rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo. Sul punto, e per maggiori approfondimenti, cfr., infra, alla giurisprudenza della Corte di giustizia, citata, in particolare, *infra*, alla nota 9.

cui qualificazione giuridica si è, peraltro, acceso un vivace dibattito, essendo da taluni ritenuto un diritto "connesso" alla proprietà intellettuale[5], da altri accostato alla disciplina sulla concorrenza sleale[6] e, da altri ancora, definito come un vero e proprio diritto (di privativa) "autonomo"[7] (tesi, quest'ultima, che, a quanto consta, sembra, in ultimo, essere prevalsa).

Ad ogni modo, al di là di detto ultimo profilo, che attiene ad un piano meramente dogmatico, sembra opportuno, quantomeno, segnalare che un rilevante contributo nell'interpretazione e applicazione della citata direttiva sia stato svolto dalla Corte di giustizia dell'UE che, in modo particolarmente meticoloso, si è sforzata non solo di definire alcune nozioni particolarmente dubbie sotto il profilo ermeneutico – quali, esemplarmente, il criterio dell'originalità per la tutela approntata in virtù del diritto d'autore[8], nonché i presupposti e l'oggetto della protezione del diritto *sui generis*[9] – ma ne ha anche indubbiamente esplicato le finalità e potenzialità, specie nella prospettiva della tutela di interessi e beni patrimoniali di rilievo per le imprese.

Ciò che la citata direttiva ha, viceversa, lasciato nella discrezionalità degli Stati membri, è stato il regime sanzionatorio da approntare per la violazione degli obblighi impartiti, limitandosi l'art. 12 della stessa (e, analogamente, il considerando n. 57) a raccomandare l'irrogazione di "sanzioni adeguate". In questo senso, dunque, risulta di particolare interesse osservare, da un lato, che il legislatore nazionale, all'art. 171-*bis*, comma 2, della l. 22 aprile 1941, n. 633, ha disposto al proposito alcune sanzioni penali (sia detentive, sia pecuniarie), particolarmente rigorose e, soprattutto, modulate a seconda della gravità della condotta lesiva (in senso analogo a quelle specificamente disposte per la violazione delle norme a tutela dei programmi per elaboratore), con la previsione, altresì, della confisca obbligatoria degli strumenti utili o destinati a compiere i reati ivi previsti (art. 171-*sexies*, comma 2, della l. n. 633 del 1941). Dall'altro lato, pare opportuno sottolineare che, sia pur se non proprio in riferimento alla norma incriminatrice in questione, la giurisprudenza costituzionale si è in più occasioni pronunciata sul più generale impianto sanzionatorio a difesa delle violazioni del diritto d'autore sancito nella l. n. 633 del 1941 e, almeno in certa misura, lo ha

---

[5] Al proposito, cfr. P. Spada, *"Creazione ed esclusiva", trenta anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 215 ss., specc. 228 s.; G. Guglielmetti, *La tutela delle banche dati con diritto sui generis nella direttiva 96/9/CE*, in *Contr. e Impr. Europa*, 1997, 177 ss., nonché M. Cardarelli, *Il diritto sui generis: la durata*, in *Annali it. dir. autore*, 1997, 68 ss.

[6] Sul punto, cfr., peraltro, A. Zoppini, *Privativa sulle informazioni e iniziative comunitarie*, cit., 905, che, nel commentare lo schema di quella che sarebbe divenuta la direttiva n. 96/9/CE, ha rilevato che "la novità della norma va ravvisata nel fatto che consente il ricorso ad una tecnica di tipo concorrenziale indipendentemente dalla sussistenza del requisito della *confusorietà*, che sino ad oggi ha costituito – non ostante i voti espressi dalla dottrina – il principale ostacolo all'applicazione del rimedio nel sistema italiano".

[7] In questi termini, cfr. F. Ronconi, *Trapianto e rielaborazione del modello normativo statunitense: il diritto d'autore di fronte alla sfida digitale*, in G. Pascuzzi, R. Caso (curr.), *Diritti sulle opere digitali. Copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, Padova, 2002, 283.

[8] Al proposito, e per maggiori approfondimenti, cfr. Corte di Giustizia, sent. 1° marzo 2012, nel procedimento C-604/10 (*Football Dataco e a. c. Yahoo e a.*), § 38, la quale si richiama anche a Id., sent. 16 luglio 2009, nel procedimento C-5/08 (*Infopaq c. DDF*), § 45; Id., sent. 22 dicembre 2010, nel procedimento C- 393/09 (*BSA c. Ministero ceco della Cultura*), § 50; Id., sent. 1° dicembre 2011, nel procedimento C-145/10 (*Painer c. Standard e a.*), §§ 89 e 92, che, peraltro, si sono pronunciate, in via pregiudiziale, sull'interpretazione della direttiva 2001/29/ CE, sul diritto d'autore.

[9] Al proposito, e per maggiori approfondimenti, cfr. Corte di Giustizia, sentt. 9 novembre 2004, nei procedimenti C-203/02 (*The British Horseracing Board Ltd e altri c. William Hill Organization Ltd*); C-338/02 (*Fixtures Marketing Ltd c. Svenska Spel AB*); C-444/02 (*Fixtures Marketing Ltd c. Organismos prognostikon agonon podosfairou AE (OPAP)*; C-46/02 (*Fixtures Marketing Ltd c. Oy Veikkaus Ab*), Id., sent. 5 marzo 2009, nel procedimento C-545/07 (*Apis-Hristovich EOOD c. Lakorda AD*).

giudicato congruo, ritenendolo motivato "non soltanto dalla rilevanza degli interessi coinvolti, ma anche dalla facilità e dalla diffusione dei comportamenti lesivi, soprattutto mossi da intenti lucrativi, che possono svilupparsi in un mondo ove l'opera dell'ingegno è divenuta un bene spesso di largo commercio e suscettibile di produrre cospicui profitti"[10].

Detto ciò, tuttavia, non può trascurarsi che la disciplina eurounitaria ora menzionata, recepita con il d.lgs. 6 maggio 1999, n. 169[11] e contenuta, per l'appunto, nella l. n. 633 del 1941, rappresenta solo uno, sia pur importante, dei profili che, nell'impiego delle banche dati da parte delle imprese, occorre tener presenti in quanto essa è, per lo più, improntata alla tutela dei beni patrimoniali e degli interessi economici da questi derivanti[12], ma non possono, parimenti, ignorarsi altri diritti fondamentali che, a causa della circolazione elettronica dei dati, potrebbero essere incisi e che sono, a maggior ragione, meritevoli di tutela.

A quest'ultimo proposito, vengono in rilievo, dunque, in primo luogo, la normativa, anch'essa di derivazione eurounitaria, relativa alla protezione dei dati personali e della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e, in secondo luogo e più in generale, le azioni e le strategie adottate, a vari livelli, per la garanzia della sicurezza della (e sulla) rete, principalmente a contrasto del *cyber crime*, ulteriori rispetto alle responsabilità individuali già contemplate all'art. 615-*ter* c.p, derivanti da accessi abusivi a sistemi informatici e telematici (in cui sono senza dubbio ricomprese le banche dati elettroniche).

Per quel che riguarda il primo versante, occorre quantomeno segnalare che detti svolgimenti normativi, così come la loro tutela, sono stati particolarmente riguardati, oltreché a livello giurisprudenziale, dal Garante per la protezione dei dati personali nazionale che, con provvedimenti e deliberazioni, di carattere sia generale, sia particolare, ha avuto il merito di fare chiarezza su alcuni

---

[10] In questo senso, cfr. Corte cost., sent. 28 febbraio 1997, n. 53. Già in precedenza, cfr. Corte cost., sent. 17 aprile 1968, n. 23, secondo cui "Dal complesso delle norme contenute nella legge in esame, fino al titolo quinto […] risulta, quindi, in modo non equivoco, che il legislatore ha ritenuto la tutela e l'esercizio del diritto di autore di tale rilevanza di interesse generale, e, quindi, pubblico, da non esitare a prevedere particolari forme di reato, che, espressamente, sono predisposte ad assicurarne la difesa". In senso analogo, cfr., poi, Id., sent. 19 aprile 1972, n. 65; Id., sent. 5 luglio 1973, n. 110; Id., ord 24 marzo 1988, n. 361; Id., sent. 6 aprile 1985, n. 108.

[11] Sul punto, peraltro, cfr. anche l'art. 43 della legge comunitaria annuale per gli anni 1995-1997 (l. 24 aprile 1998, n. 128), con cui il Governo era stato delegato a dare attuazione alla direttiva n. 96/9 CE secondo i seguenti principi e criteri direttivi: a) definire la nozione giuridica di banca di dati ai sensi dell'articolo 1 della direttiva ed agli effetti del recepimento della medesima; b) comprendere la banca di dati, alle condizioni previste dalla direttiva, tra le opere protette ai sensi dell'articolo 2 della legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni; c) riconoscere e disciplinare l'esercizio del diritto esclusivo dell'autore delle banche di dati; d) prevedere deroghe al diritto esclusivo di autorizzare l'estrazione e il reimpiego di una parte sostanziale del contenuto di una banca di dati, in conformità a quanto disposto dall'articolo 6, comma 2, lettere b) e c), della direttiva stessa; e) riconoscere e disciplinare, in applicazione delle disposizioni contenute nel capitolo III della direttiva, il diritto specifico di chi ha costituito la banca di dati alla tutela dell'investimento; f) prevedere disposizioni transitorie in conformità a quanto previsto dall'articolo 14 della direttiva.

[12] Obiettivo, quest'ultimo, peraltro, analogo, a quello che ispira la normativa approntata per i programmi per elaboratori che, parimenti, ha trovato una protezione negli accordi e trattati internazionali menzionati, nonché, a livello eurounitario, in una direttiva, la n. 91/250 CEE (ora abrogata e sostituita dalla direttiva n. 2009/24 UE), che, di fatto, ha funzionato da modello per la disciplina afferente alle banche dati "creative" e che, nella prassi, trova spesso applicazione insieme a quest'ultima, in quanto i ridetti programmi per elaboratore vengono utilizzati anche per la costituzione o il funzionamento di banche di dati accessibili grazie a mezzi elettronici.

casi pratici di spiccato interesse per le PMI operanti nel settore[13], su cui si avrà modo di portare l'attenzione nel prosieguo.

Per quel che riguarda il secondo versante, inoltre, riservandoci di approfondirne alcuni profili nella disamina della casistica selezionata, basti, poi, esemplarmente, osservare che, anche in virtù delle strategie sulla *cybersecurity* impartite a livello eurounitario, alcune misure di preminente rilievo sono state adottate a livello nazionale per la sicurezza della rete con l'intenzione, tra l'altro, di individuare specifiche azioni a supporto delle PMI, da ultimo, nel Quadro strategico nazionale per la sicurezza dello spazio cibernetico (la cui adozione è stata comunicata con il d.p.c.m. 27 gennaio 2014)[14]. In detta sede, infatti, ci si propone di individuare "i profili e le tendenze evolutive delle minacce e delle vulnerabilità dei sistemi e delle reti di interesse nazionale", e di specificare ruoli e compiti dei diversi soggetti pubblici e privati – ivi comprese le PMI, che si vorrebbe supportare con servizi di pubblica assistenza e collaborazione – oltreché di definire "strumenti e procedure con cui perseguire l'accrescimento delle capacità del Paese di prevenire e rispondere in maniera compartecipata alle sfide poste dallo spazio cibernetico".

3. Le banche dati, le PMI e l'organizzazione dell'attività d'impresa: il cloud computing.

Negli ultimi dieci anni, è stata portata avanti l'idea di introdurre, nel campo dell'informatica, l'offerta di tecnologia come mero "servizio", tanto da superarsi la tradizionale vendita di beni e prodotti su supporti fisici, quali *hardware* e *software*, e consentire, così, "la disponibilità e accessibilità ai propri dati in ogni momento, gratuitamente o a costi estremamente ridotti, da qualunque dispositivo collegato alla rete"[15].

---

[13] *Ex multis*, cfr. il provvedimento di carattere generale del 12 marzo 2009 (reperibile all'indirizzo *http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1598808*) con cui il Garante per la protezione dei dati personali, nel dare puntuali prescrizioni ai titolari del trattamento dei dati in possesso di banche dati costituite sulla base di elenchi telefonici prima del 1° agosto 2005 e che intendessero utilizzarle per fini promozionali, è stato fatto obbligo di trattare direttamente i ridetti dati personali ivi presenti, senza possibilità di cederli ad alcuno. Lo stesso Garante ha poi provveduto ad emettere ordinanze di ingiunzione alle PMI non attenutesi alle dovute prescrizioni, con l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie particolarmente considerevoli. Al proposito, cfr., ad es., l'ordinanza di ingiunzione dell'8 maggio 2014 (all'indirizzo *http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3275922*) e, in precedenza, le ordinanze di ingiunzione del 15 marzo 2012 (all'indirizzo *http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/2115627*) e il provvedimento inibitorio del 26 giugno 2008 (all'indirizzo *http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1544315*). In senso analogo, cfr. anche un altro provvedimento inibitorio del 25 settembre 2008, relativo ad una fattispecie di impiego delle banche dati dei *call center* (all'indirizzo *http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1562758*).

[14] Il ridetto Quadro strategico è reperibile all'indirizzo *http://www.governo.it/backoffice/allegati/74839-9250.pdf*.

[15] In questo senso, cfr. G. Troiano, *Profili civili e penali del cloud computing nell'ordinamento giuridico nazionale: alla ricerca di un equilibrio tra diritti dell'utente e doveri del fornitore*, in *Cyberspazio e diritto*, 2011, XII, 234. Sono queste, dunque, le principali caratteristiche del *cloud computing*, che, in estrema sintesi, consiste "in un insieme di tecnologie e risorse informatiche, accessibili direttamente *on-line* grazie allo sviluppo delle reti di comunicazione, autonomamente predisposto e controllato dall'impresa ovvero alla stessa fornito da terzi sotto forma

Non stupisce, dunque, come detto innovativo e ormai diffuso modello, meglio noto con il termine "*cloud computing*" sia, in primo luogo, funzionale al salvataggio dei dati in *server* esterni all'azienda e virtualizzati in rete e, perciò, sia spesso (se non proprio inevitabilmente) combinato con l'impiego di banche dati elettroniche, e, in secondo luogo, possa risultare di particolare interesse per l'implementazione delle politiche aziendali delle PMI, visto che, in tal modo, gli obiettivi a cui le stesse potrebbero pervenire grazie all'uso delle sole banche dati, sono, in qualche modo, esaltati, con il venire "offerti servizi aventi lo *standard* delle grandi imprese, dei quali non potrebbero fruire se dovessero contare solamente sulle proprie risorse *in house*"[16].

Le implicazioni economiche da ciò derivanti, hanno, dunque, probabilmente indotto le istituzioni, a livello sia eurounitario, sia nazionale, ad adottare alcune importanti strategie e azioni volte, da un lato, ad accrescerne l'utilizzo e, dall'altro lato, ad affrontarne e prevenirne le criticità.

Già nel 2010 un gruppo di esperti ha redatto un rapporto per la Commissione europea sul "Futuro del *cloud computing*"[17], a cui è seguito uno specifico atto della Commissione (Comunicazione COM (2012) 529 del 27 settembre 2012[18]), che, ponendosi l'obiettivo di sfruttare il potenziale della ridetta tecnologia in Europa ha, tra l'altro, sottolineato che l'adozione di detto servizio da parte delle PMI "con tutta probabilità determinerà un forte miglioramento dell'efficienza nell'economia globale", specie "in economie in difficoltà o in regioni periferiche o rurali" che, così, potranno accedere ai mercati di regioni "più dinamiche". Grazie a infrastrutture a banda larga, si consentirà, cioè, a tutti gli operatori, dalla *start-up* ad alta tecnologia ai piccoli commercianti o artigiani, di "sfruttare la nuvola per accedere a mercati lontani", raggiungendosi anche "la massa critica necessaria per negoziare condizioni di favore con *partner* commerciali importanti (ad es. fornitura/trasporto, operatori turistici e imprese finanziarie)".

In senso analogo, uno studio elaborato dalla Direzione generale politiche interne presso il Parlamento UE[19], ha rilevato che *il cloud computing* può essere considerato come "una forma potenziata e flessibile di esternalizzazione da parte di un'impresa o un'organizzazione" per la sua capacità di ridurre "le spese generali per la gestione informatica" e di consentire, al contempo, "un consoli-

di servizio" (in questo senso, cfr. A. Mantelero, *Processi di outsourcing e cloud computing: la gestione dei dati personali e aziendali*, in *Il dir. dell'informaz. e informatica*, 2010, 673). Peraltro, sul punto, cfr. anche la definizione fornita dal National Institute Standards and technology (NIST), secondo cui "is a model for enabling convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g., networks, servers, storage, applications, and services) that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction. This cloud model promotes availability and is composed of five essential characteristics (On-demand self-service, Broad network access, Resource pooling, Rapid elasticity, Measured Service); three service models (Cloud Software as a Service (SaaS), Cloud Platform as a Service (PaaS), Cloud Infrastructure as a Service (IaaS)); and, four deployment models (Private cloud, Community cloud, Public cloud, Hybrid cloud). Key enabling technologies include: (1) fast wide-area networks, (2) powerful, inexpensive server computers, and (3) high-performance virtualization for commodity hardware".

[16] In questo senso, cfr. A. Mantelero, *Processi di outsourcing e cloud computing*, cit., 676.

[17] Il ridetto rapporto è reperibile, in lingua inglese, all'indirizzo *http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf//document.cfm?doc_id=1175*.

[18] La comunicazione è reperibile all'indirizzo *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0529:FIN:it:PDF*.

[19] Il citato studio è reperibile all'indirizzo *http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/475104/IPOL-IMCO_ET(2012)475104_IT.pdf*.

damento e un'ottimizzazione su larga scala delle risorse *hardware* e s*oftware* di calcolo", in quanto, "invece che investire capitale per l'acquisto di attrezzature costose, le imprese devono semplicemente assegnare *budget* operativi per «noleggiare» l'accesso ai servizi di cui hanno bisogno in un dato momento". Secondo quanto si rileva nel citato studio, il risultato è, cioè, quello di "uniformare le condizioni del contesto competitivo, rendendo le risorse di calcolo su grande scala per la prima volta disponibili alle piccole imprese e alle altre organizzazioni che non hanno un'adeguata infrastruttura (comprese, a livello macro, le economie in via di sviluppo, almeno per quelle regioni che hanno già un'infrastruttura a banda larga sufficientemente affidabile e veloce); ancora, "a livello di fornitore di servizi *cloud*, l'aggregazione appianerebbe i picchi e minimi nella variabilità della domanda, consentendo tassi di sfruttamento dei *server* più elevati". Aggiungendosi che i servizi *cloud* possono supportare tutti i tipi di applicazioni e servizi delle imprese, coprendo, cioè, l'intero spettro delle esigenze aziendali: dalla pianificazione della continuità dell'attività alla gestione dei picchi di domanda, fino a un servizio completamente esternalizzato, oltre a permettere di "collegare i processi aziendali di numerosi fornitori diversi e migliorare la collaborazione tra diversi reparti all'interno della stessa organizzazione".

Sono state, inoltre, definite alcune strategie (quali, esemplarmente, l'*EU Cloud Initiative*, e l'*eGovernment Action Plan* 2011 – 2015) facenti capo all'Agenda digitale europea e la stessa Agenzia per l'Italia digitale nazionale partecipa sia a gruppi che contribuiscono allo sviluppo di *standard* di livello europeo nel settore, sia a interessanti progetti di ricerca dedicati, quali il "*Cloud for Europe*"[20] e il "*Coco Cloud*"[21].

Da un punto di vista prettamente legislativo, tuttavia, l'implementazione del *cloud computing* ha riguardato solo l'ambito della pubblica amministrazione[22], mentre spunti di maggior interesse, nella prospettiva delle PMI, a livello interno, provengono da una scheda di documentazione elaborata dal Garante per la protezione dei dati personali su "*Cloud computing: indicazioni per l'utilizzo consapevole dei servizi*"[23], rivolta specificamente "a tutti gli utenti di dimensioni contenute e di limitate risorse economiche (singoli, piccole o medie imprese, amministrazioni locali quali i piccoli comuni, ecc.) destinatari della crescente offerta di servizi di *cloud computing* (pubbliche o ibride), con l'obiettivo di favorire l'adozione consapevole e responsabile di tale tipologia di servizi".

A fronte degli innumerevoli vantaggi ora posti in luce e delle strategie approntate, come emerge negli stessi studi e atti, di livello nazionale e sovranazionale, citati, non può, tuttavia, sottacersi che le PMI, e in genere, le imprese che si approcciano a detta nuova tecnologia, potrebbero trovarsi esposte a talune difficoltà di cui occorre dare, almeno succintamente, conto.

Una prima difficoltà riguarda, infatti, la stessa applicabilità delle regole sul diritto d'autore, coinvolgenti all'evidenza sia i programmi per elaboratore attraverso cui il servizio viene reso, sia le banche dati attraverso cui il ridetto servizio viene posto in essere. Essendo, per l'appunto, il *software*

---

[20] Per maggiori informazioni su detto progetto, cfr. all'indirizzo *http://www.cloudforeurope.eu/*.

[21] Per maggiori informazioni su detto progetto, cfr. all'indirizzo *http://www.coco-cloud.eu/*.

[22] Al proposito, cfr. l'art. 47, comma 2-*bis*, lett. *d)* del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5 (conv., con modif., dalla l. 4 aprile 2012, n. 35), nonché l'art. 68, comma 1, lett. *d)* del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, così come modificato dall'art. 9-*bis* del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (conv., con modif., dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221).

[23] La citata scheda di documentazione, pubblicata congiuntamente alla relazione annuale 2010, è reperibile all'indirizzo *http://194.242.234.211/documents/10160/10704/1819933*.

distribuito non già come un bene (su supporto fisico), ma come un servizio, l'opera dell'ingegno resta "installata sul computer del fornitore e visualizzabile dall'utente attraverso un'interfaccia grafica", così che, fatta forse eccezione per il *cloud* Iaas (in cui i fornitori licenziano le c.d. "istanze virtuali")[24], "la possibilità che il titolare del diritto d'autore possa «licenziare» i propri diritti risulta inattuabile perché il *software* non è distribuito" e "il sistema è strutturato in modo che sia il fornitore a controllarlo"[25]. Ciò che non esclude (ma, anzi, almeno in certa misura rafforza) la "non sicurezza" del *software* stesso, specie laddove esso, come spesso accade, nasconda al suo interno "vulnerabilità per finalità eticamente molto discutibili"[26].

Altri problemi potrebbero, poi, insorgere per il trasferimento dei dati tra *data center* diversi, dislocati in luoghi spesso non noti all'utente. Oltre all'introduzione di elementi di quasi sicura "internazionalità", solo in parte arginati dalla previsione di cui all'art. 45 del d.lgs. n. 196/2003 – con cui è disposto che, fuori dei casi di cui agli artt. 43 e 44 del medesimo d.lgs., il trasferimento anche temporaneo fuori del territorio dello Stato, con qualsiasi forma o mezzo, di dati personali oggetto di trattamento, diretto verso un Paese non appartenente all'Unione europea, è vietato quando l'ordinamento del Paese di destinazione o di transito dei dati non assicura un livello di tutela delle persone adeguato, a tal proposito dovendosi valutare anche le modalità del trasferimento e dei trattamenti previsti, le relative finalità, la natura dei dati e le misure di sicurezza – particolari difficoltà, infatti, parrebbero registrarsi per quel che attiene alla sicurezza dei dati.

La scrupolosità con cui le misure, anche tecniche[27] (previste, in particolare, dagli artt. 31 e ss. del d.lgs. n. 196/2003[28], nonché dal disciplinare tecnico di cui all'allegato B al ridetto Codice), dovreb-

---

[24] Si ricordi che il clous IaaS (acronimo che sta per *Infrastructure as a Service*) si caratterizza (rispetto ai *cloud PaaS e SaaS*) per il fatto che in detta circostanza l'utente può acquistare risorse di memorizzazione (*Storage Cloud)* o computazionali (*Compute Cloud*) in quantità proporzionate alle proprie esigenze. Sul punto, e per maggiori approfondimenti, G. Troiano, *Profili civili e penali del cloud computing nell'ordinamento giuridico nazionale*, cit., 235, nota 11, nonché A. Mantelero, *Processi di outsourcing e cloud computing,* cit., 682 s.

[25] In questo senso, cfr. G. Troiano, *Profili civili e penali del cloud computing nell'ordinamento giuridico nazionale*, cit., 246. Sul punto, peraltro, cfr. anche C. Flick, *Dati nelle nuvole: aspetti giuridici del cloud computing e applicazione alle amministrazioni pubbliche*, in *Federalismi* (all'indirizzo *http://www.federalismi.it*), 20 marzo 2013, 7 s., per cui "la riunificazione di dati nelle mani di singoli operatori di mercato che non intervengono nel mettere a disposizione su internet opere creative ma che si limitano a consentirne la diffusione richiede, sotto il profilo della tutela dell'autore dell'opera, la necessità di abbattere l'ampio ambito di irresponsabilità del fornitore del servizio, che consente a quest'ultimo di non rispondere per i contenuti caricati dagli utenti. È evidente, infatti, la difficoltà per l'autore dell'opera di individuare i singoli che, in ipotesi, abbiano violato i suoi diritti (alla quale si aggiungono problemi di coordinamento con la disciplina in materia di privacy) e costi considerevoli che un'indagine su singoli soggetti comporterebbe".

[26] In questo senso, cfr. G. Troiano, *Profili civili e penali del cloud computing nell'ordinamento giuridico nazionale*, cit., 247.

[27] Al proposito, cfr., in particolare, l'art. 34, lett. *e)* e *f)*, del d.lgs. n. 196/2003, con cui si impone l'adozione di misure di sicurezza in ordine sia alla protezione degli strumenti elettronici e dei dati rispetto a trattamenti illeciti di dati, ad accessi non consentiti e a determinati programmi informatici, sia per l'adozione di procedure per la custodia di copie di sicurezza, il ripristino della disponibilità dei dati e dei sistemi. Ipotesi, queste ultime, che, in caso di violazione, comportano l'irrogazione delle sanzioni penali di cui all'art. 169 del medesimo d.lgs. n. 196/2003.

[28] Peraltro, con un provvedimento in materia di attuazione della disciplina sulla comunicazione delle violazioni di dati personali (*c.d. data breach*) del 4 aprile 2013 (all'indirizzo *http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/2388260*), il Garante per la protezione dei dati personali ha chiarito che i fornitori di servizio a cui sono impartiti gli obblighi di cui all'art. 32-*bis* del d.lgs. n. 196/2003, sono definibili come coloro che, essenzialmente, offrono il servizio telefonico e l'accesso a internet, specificando, dunque, che nessun obbligo è, esemplarmente, imposto, al proposito, nel caso in cui la

bero essere adottate, talora da parte delle stesse PMI, se si vuole, potrebbero essere aggravate dalle difficoltà derivanti dalla compresenza di elementi di internazionalità nei rapporti, il che, purtroppo, induce a porre in discussione la presunzione della riduzione dei costi aziendali che detta tecnologia mirerebbe ad agevolare e, dunque, la stessa possibilità per le PMI di accedere, per questa via, ad un mercato più "dinamico".

Su questo profilo, soprattutto in riferimento ai cd. *big data*, ossia uno dei servizi dell'ICT in forte espansione[29], sta, comunque, portando una particolare attenzione la Commissione europea, nello sforzo di attenuare, quando sarà adottato il nuovo Regolamento dell'Unione in materia di *privacy*[30], l'attuale complessità del quadro giuridico e le conseguenti difficoltà di accedere a grandi *dataset* e alle infrastrutture abilitanti: l'obiettivo apertamente dichiarato è proprio quello di eliminare le barriere che ostacolano l'ingresso sul mercato delle PMI che dovrebbero essere, invece, le prime generatrici di innovazione, e di colmare il divario attuale tra investimenti degli operatori europei e americani[31].

violazione riguardi "una banca dati del fornitore che non attiene in maniera specifica al servizio offerto dallo stesso, ma ad una qualunque delle altre attività che svolge, ad esempio alla gestione del personale o alla contabilità". Del pari, non vi rientrano:
a)"coloro che offrono direttamente servizi di comunicazione elettronica a gruppi delimitati di persone (come, a titolo esemplificativo, i soggetti pubblici o privati che consentono soltanto a propri dipendenti e collaboratori di effettuare comunicazioni telefoniche o telematiche)", in quanto i servizi non sono "accessibili al pubblico"; né
b) "i titolari e i gestori di esercizi pubblici o di circoli privati di qualsiasi specie che si limitino a porre a disposizione del pubblico, di clienti o soci apparecchi terminali utilizzabili per le comunicazioni, anche telematiche, ovvero punti di accesso a Internet utilizzando tecnologia senza fili, esclusi i telefoni pubblici a pagamento abilitati esclusivamente alla telefonia vocale"; né, ancora,
c) "i gestori dei siti Internet che diffondono contenuti sulla rete (c.d. "*content provider*"), a meno che non offrano anche il servizio di posta elettronica, limitatamente alla gestione dei dati personali relativi allo stesso, per i quali rientrano viceversa nel campo di applicazione della nuova disciplina"; né, in ultimo,
d) "i gestori di motori di ricerca, salvo l'eventuale componente di trasmissione dati".
Parimenti, per "terzi affidatari del servizio", a cui sono impartiti gli obblighi di comunicazione di cui all'art. 32-*bis* del d.lgs. n. 196/2003, devono intendersi esclusivamente gli "operatori virtuali di rete mobile (MVNO)" e, in ultima analisi, "le società che forniscono servizi di telefonia mobile senza possedere alcuna licenza per il relativo spettro radio né tutte le infrastrutture necessarie per fornire tali servizi e che utilizzano a tale scopo una parte dell'infrastruttura di uno o più operatori mobili reali" e che "sono dotati di archi di numerazione telefonica propri e quindi di proprie SIM card, possono gestire in proprio le funzioni di commutazione e di trasporto nonché la base dati di registrazione degli utenti mobili. Sono, quindi, completamente autonomi nella relazione con i clienti, i quali non hanno alcun rapporto diretto con l'operatore di rete mobile e stipulano un unico contratto, appunto, con il MVNO". Sul punto, e per maggiori precisazioni, cfr. anche la delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 544/00/CONS, "*Condizioni regolamentari relative all'ingresso di nuovi operatori nel mercato dei sistemi radiomobili*" (pubblicata in G.U. n. 183 del 7 agosto 2000, all'indirizzo *www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2000/08/07/00A11171/sg*).

[29] Più precisamente, si tratta dell'elaborazione di enormi ed eterogenee quantità di dati al fine della loro compattazione in *dataset* di considerevoli dimensioni. Al proposito, e per maggiori approfondimenti, cfr., *infra*, in questa *Rivista*, G. Crea, *Il ruolo delle reti di comunicazione elettronica di nuova generazione nella prospettiva dell'open (big) data*.

[30] In argomento, e per maggiori approfondimenti, cfr., *infra*, in questa *Rivista*, M. Cuniberti, *Le comunicazioni elettroniche alla luce del nuovo regolamento europeo in materia di identificazione elettronica*.

[31] Lucidamente in questo senso, A. Gambino, relazione al convegno *Governance di Internet ed efficienza delle regole: verso il nuovo regolamento europeo sulla privacy*, svoltosi il 13 novembre 2014 a Roma e organizzato dall'Accademia Italiana per il Codice di Internet (*paper*).

4. Le banche dati, le PMI e la semplificazione dei rapporti aziendali: conservazione sostitutiva dei dati, fatturazione elettronica e B.Y.O.D.

Gli effetti positivi dell'uso delle banche dati da parte delle PMI si esplicano non solo in vista dell'ottimizzazione dell'organizzazione dell'attività di impresa, ma anche a mezzo della semplificazione dei rapporti con i principali soggetti che vengono, pressoché quotidianamente, a contatto con le stesse PMI e, dunque, *in primis*, la pubblica amministrazione, ma poi anche i propri dipendenti e i consumatori finali.

In questo senso, e con riguardo al primo dei rapporti considerati, particolarmente dirimente sembra l'incremento, proprio grazie all'impiego delle banche dati, della gestione documentale informatizzata dei dati che, peraltro, impone, anche alle PMI che vogliano perseguire detta finalità, il rispetto di almeno le "regole tecniche" definite con il d.p.c.m. 3 dicembre 2013 che, nell'abrogare la delibera Cnipa 19 febbraio 2004, n. 11, ha avuto come esito quello di rendere i processi di dematerializzazione più strutturati e complessi, anche alla luce dell'introduzione di un nuovo *standard*, di una nuova ISO (l'*Open archival information system*) e del modello UNIsincro. A fronte di dette maggiori incombenze, peraltro, è stato emanato il DMEF 17 giugno 2014[32] che, nell'abrogare il DMEF 23 gennaio 2004, si propone di armonizzare le disposizioni di legge o di regolamento di natura tributaria sulla conservazione con le citate regole tecniche, avendo, quantomeno, il merito di introdurre semplificazioni importanti al processo di dematerializzazione della documentazione fiscale[33] tali da offrire maggiore slancio e diffusione dei processi di conservazione digitale già a partire dal periodo d'imposta 2015.

Ciò a maggior ragione in seguito al recente e correlato obbligo della fatturazione elettronica[34]

---

[32] Il testo del ridetto DMEF, pubblicato nella G.U. n. 146 del 26 giugno 2014, è reperibile all'indirizzo *www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2014/06/26/14A04778/sg*.

[33] Tra le novità introdotte con il citato DMEF, vi sono, esemplarmente, l'eliminazione dell'obbligo di conservazione quindicinale delle fatture (ora allineato a quello della tenuta dei libri e dei registri), tenuto conto che il processo di conservazione dei documenti con valenza fiscale deve essere effettuato entro il termine previsto dall'art. 7, comma 4-*ter*, del d.l. 10 giugno 1994, n. 357 (conv., con modif., nella l. 8 agosto 1994, n. 489) e, quindi, entro tre mesi dal termine della presentazione della dichiarazione dei redditi; e l'espunzione dell'obbligo di comunicazione dell'impronta dell'archivio dei documenti con rilevanza tributaria all'Agenzia delle entrate, dovendo il contribuente comunicare l'effettuazione della conservazione in modalità elettronica dei ridetti documenti già nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo di imposta di riferimento. Inoltre, l'art. 4 del ridetto DMEF dispone che «ai fini tributari il procedimento di generazione delle copie informatiche e delle copie per immagine su supporto informatico di documenti e scritture analogici avviene ai sensi dell'art. 22, comma 3, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e termina con l'apposizione della firma elettronica qualificata, della firma digitale ovvero della firma elettronica basata sui certificati rilasciati dalle Agenzie fiscali».

[34] Per una prima definizione, cfr. l'art. 21 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, per cui per "fattura elettronica si intende la fattura che è stata emessa e ricevuta in un qualunque formato elettronico". Sul punto, cfr., poi, la circolare dell'Agenzia delle entrate del 3 maggio 2013, n. 12/E e, in ultimo, quella del 24 giugno 2014, n. 18/E (all'indirizzo *http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/file/nsilib/nsi/documentazione/provvedimenti+circolari+e+risoluzioni/circolari/archivio+circolari/circolari+2014/giugno+2014/circolare+n18e+del+24+giugno+2014/cir18e+del+24+06+14.pdf*), relativa anche ai processi di fatturazione elettronica tra imprese.

verso la pubblica amministrazione[35], che si svolge anch'essa attraverso l'impiego prevalente delle banche dati. Su quest'ultimo versante, infatti, è stato emanato il d.m. 3 aprile 2013, n. 55[36], con cui sono state adottate non solo le "regole tecniche" relative alle modalità di emissione della fattura elettronica, nonché alla trasmissione e al ricevimento della stessa attraverso lo SdI (allegato B al regolamento), ma anche le "misure di supporto" per le PMI, stabilendosi che il Ministro dell'economia e delle finanze renda loro disponibili in via non onerosa sul proprio portale elettronico "i servizi e gli strumenti di supporto di natura informatica in tema di generazione delle fatture nel formato previsto dal Sistema di Interscambio e di conservazione, nonché i servizi di comunicazione con il detto Sistema", mentre, per parte sua, l'Agenzia per l'Italia digitale (in collaborazione con Unioncamere e sentite le associazioni di categoria delle imprese e dei professionisti) deve mettere a disposizioni delle PMI, sempre in via non onerosa, il supporto per lo sviluppo di strumenti informatici "*open source*" (art. 4 del D.M. n. 55 del 2013)[37].

Emerge, così, con maggior nitidezza, l'esigenza, anche per le PMI (come già per le pubbliche amministrazioni), di affidare dette attività ad una figura professionale specializzata, ossia al "responsabile della conservazione sostitutiva", visto anche che, secondo quanto disposto dall'art. 12, comma 2, del d.p.c.m. 3 dicembre 2013, i soggetti privati appartenenti ad organizzazioni che già adottano specifiche regole di settore per la sicurezza dei sistemi informativi devono adeguare il sistema di conservazione alle misure ivi meglio dettagliate, mentre gli altri soggetti possono adottare quale modello di riferimento le regole di sicurezza indicate dagli articoli 50-*bis* e 51 CAD (oltre alle relative linee guida emanate dall'Agenzia per l'Italia digitale) e i sistemi di conservazione devono rispettare le misure di sicurezza previste dagli artt. 31 e ss., nonché dal disciplinare tecnico di cui all'allegato B, del d.lgs. n. 196/2003.

Venendo, poi, rapidamente, al secondo dei rapporti considerati, e cioè a quello con i propri dipendenti, spunti per una semplificazione, attraverso l'impiego delle banche dati in formato elettronico, per le imprese in genere, e per le PMI in particolare, sembrano derivare dall'ormai esponenziale

---

[35] Come noto, infatti, l'obbligo della fatturazione in formato elettronico, in dette circostanze, è stato introdotto con la legge finanziaria 2008 (art. 1, comma 209, della l. 24 dicembre 2007, n. 244, così come modificato dall'art. 10, comma 13-*duodecies* del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv., con modif., nella l. 22 dicembre 2011, n. 214), e riguarda, per l'appunto, l'emissione, la trasmissione, la conservazione e l'archiviazione delle fatture emesse nei rapporti con la P.A. Attività, queste ultime, che devono svolgersi nell'osservanza di quanto disposto dal d.lgs. 20 febbraio 2004, n. 52 (di attuazione della direttiva 2001/115/CE, sulla semplificazione ed armonizzazione delle modalità di fatturazione in materia di IVA), nonché dello stesso CAD, e tenendo conto che la trasmissione dovrebbe avvenire attraverso il SdI (Sistema di Interscambio). Al proposito, cfr. il d.m. del 7 marzo 2008, che ha individuato l'Agenzia delle Entrate quale gestore del Sistema di Interscambio e la Sogei quale apposita struttura dedicata ai servizi strumentali ed alla conduzione tecnica.

[36] Sul punto, cfr., poi, la Circolare del Ministero dell'economia e delle finanze del 31 marzo 2014, n. 1 (all'indirizzo *http://www.finanze.gov.it/export/download/novita2014/2014-03-31_Circolare_FE.pdf*).

[37] Occorrerà, dunque, attendere che il nuovo regime entri pienamente in funzione (essendo fissata al 31 marzo 2015 l'estensione generalizzata a tutta la pubblica amministrazione dell'obbligo di adozione della fatturazione elettronica) e verificare se le regole (anche di natura tecnica) approntate presentano o meno criticità ancora tutte da vagliare. Sembrerebbe, in ogni caso, di poter anticipare che detto strumento, così come, in genere, la conservazione sostitutiva in formato digitale, possa contribuire notevolmente a semplificare il rapporto delle PMI con la pubblica amministrazione e renderlo maggiormente trasparente, limitandosi al minimo i rischi che non siano quelli della sicurezza della rete, che, peraltro, sembrano poter essere abbastanza efficacemente fronteggiati attraverso l'istituzione di personale altamente specializzato e le agevolazioni offerte proprio a dette imprese.

sviluppo dei fenomeni B.Y.O.D. (acronimo che sta per "*bring your own device*", ma ci sono anche altre varianti: *bring your own technology* (B.Y.O.T.), *bring your own phone* (B.Y.O.P), e *bring your own* PC (B.Y.O.PC)) e Consumerizzazione IT, che paiono rappresentare la naturale evoluzione del più tradizionale telelavoro[38], con l'imporsi di un modello di lavoratore "nomade" che si muove grazie alla sempre più capillare disponibilità di una connessione a banda larga e alla sempre maggiore portabilità dei propri strumenti tecnologici (quali *smartphone* e *tablet*), permettendo di esercitare la propria attività in remoto – e, nella maggior parte dei casi, in *cloud* – e di accedere, quindi, alle applicazioni aziendali[39].

Occorre, tuttavia, sottolineare che, se dette innovazioni, collocabili nel più ampio *frame* dello *smart work*, hanno sicuramente il pregio di migliorare l'organizzazione complessiva degli uffici e dei posti di lavoro, oltreché di ottimizzare la qualità delle prestazioni (spesso a vantaggio delle categorie più deboli), comportano anche ineluttabili – e, almeno in certa misura, amplificati – rischi, più o meno mediati, sulla *privacy*, sulla sicurezza, sulla proprietà intellettuale e, in ultimo, sulle stesse strategie aziendali.

Pur non essendoci, ad oggi, una normativa *ad hoc* sul punto[40], occorre quantomeno segnalare che

---

[38] Si ricordi che il telelavoro è stato introdotto nel nostro ordinamento con l'art. 4 della l. 16 giugno 1998, n. 191 (a cui è stata data attuazione con D.P.R. 8 marzo 1999, n. 70 e con l'Accordo Quadro del 23 marzo 2000) in riferimento alla sola pubblica amministrazione, mentre, nel settore privato, la regolamentazione, in recepimento dell'Accordo quadro europeo del 16 luglio 2002, è stata affidata all'Accordo interconfederale del 9 giugno 2004, i cui principi sono stati poi eventualmente adeguati e/o integrati dalla contrattazione collettiva. Con l'art. 22, comma 5, della l. 12 novembre 2011, n. 183 (Legge di stabilità 2012) sono, inoltre, state individuate alcune misure volte a favorire il telelavoro, con particolare riguardo ai lavoratori disabili e in mobilità e, da ultimo, nel d.d.l. delega sul c.d. *Jobs act* (nella versione approvata definitivamente dal Senato in data 3 dicembre 2014 e non ancora pubblicato : A.S. 1428-B), all'art. 1, comma 9, lett. *d*), allo scopo di garantire un adeguato sostegno alla genitorialità, si prevede l'indicazione al Governo di criteri e principi direttivi tesi all'incentivazione di accordi collettivi volti a promuovere la flessibilità dell'orario lavorativo e dell'impiego di premi di produttività, al fine di favorire la conciliazione tra l'esercizio delle responsabilità genitoriali e dell'assistenza alle persone non autosufficienti e l'attività lavorativa, anche attraverso il ricorso al telelavoro.

[39] Sulle applicazioni intelligenti, scaricabili sui propri dispositivi mobili, e sui rischi per la privacy degli utenti, cfr., *amplius*, il parere 2/2013 del WP29 del 27 febbraio 2013 (all'indirizzo *http://www.privacy.it/grupripareri201302.html*).

[40] Occorre, tuttavia, quantomeno segnalare che è stata presentata una proposta di legge presso la Camera dei Deputati (l'A.C. del 29 gennaio 2014, n. 2014, di iniziativa dell'on. Mosca e a.), recante "*Disposizioni per la promozione di forme flessibili e semplificate di telelavoro*", già oggetto di consultazione pubblica e di pubblicazione *on-line*, che si propone l'obiettivo di configurare lo *smart work* come strumento e non come tipologia contrattuale, "con lo scopo di renderlo utilizzabile da tutti i lavoratori che svolgano mansioni compatibili con questa possibilità, anche in maniera «orizzontale» […] a seconda dell'accordo raggiunto tra datore di lavoro e lavoratore, attraverso una modifica alla normativa in materia di Agenda digitale, per estendere gli incentivi fiscali alle aziende che adottano dette modalità di lavoro "agile". Nella citata proposta di legge, più nel dettaglio, all'art. 4, si dispone che il datore di lavoro adotti "misure atte a garantire la protezione dei dati utilizzati ed elaborati dal lavoratore che svolge la propria prestazione lavorativa in regime di *smart working*" e che, per sua parte, il lavoratore sia tenuto "a custodire con diligenza tutte le informazioni aziendali ricevute, anche tramite gli strumenti informatici o telematici eventualmente utilizzati", detto obbligo estendendosi anche "alle apparecchiature fornite dal datore di lavoro, che devono essere custodite in modo da evitare il loro danneggiamento o smarrimento", mentre, all'art. 5, si stabilisce che il datore di lavoro debba essere considerato "responsabile della fornitura e della manutenzione degli strumenti informatici o telematici eventualmente utilizzati dal lavoratore", salvo che abbia pattuito con il lavoratore la messa a disposizione di strumenti informativi e tecnologici di proprietà di quest'ultimo e, soprattutto, che "al fine di verificare il rispetto dei criteri di proporzionalità

di detti profili problematici si sono, almeno in parte, fatti carico l'ENISA[41], per quel che concerne il fronte della sicurezza, e il Garante per la protezione dei dati personali, per quello della *privacy*. In particolare quest'ultimo è intervenuto con l'individuare alcune interessanti "*Linee guida in tema di riconoscimento biometrico e firma grafometrica*" adottate il 21 maggio 2014[42] in cui è stato, tra l'altro, rilevato che, nell'ambito della crescente diffusione, nei più importanti settori produttivi, di modelli di lavoro fortemente caratterizzati da mobilità abbinata a interazione con i sistemi informativi aziendali, un trattamento biometrico effettuato con dispositivi mobili (es. *tablet*), "può andare incontro, in assenza di adeguate e specifiche misure di sicurezza, a rischi maggiori rispetto allo svolgersi del trattamento all'interno del perimetro di sicurezza aziendale", specie laddove "l'accentuata possibilità di uso promiscuo dello strumento e, addirittura, dell'uso personale e familiare, per motivi ludici e ricreativi, non si concilia con la sicurezza dei dati anche in considerazione dell'accresciuta esposizione al rischio e all'utilizzo di applicativi non selezionati e installabili in modo incontrollato dall'utente". Sottolineandosi, del resto, che raramente, in questi contesti, "vengono adottati meccanismi di controllo degli accessi anche di tipo basilare, come il blocco automatico per inattività, né vengono offerte modalità di connessione sicura con protocolli avanzati per proteggere i dati in mobilità che rimangono esposti poiché trasmessi su canali insicuri"[43].

e di pertinenza dell'eventuale controllo", il datore di lavoro debba inviare un'informativa generale alla direzione territoriale del lavoro del luogo dove ha sede l'azienda, nella quale deve descrivere le caratteristiche tecniche degli strumenti informatici o telematici forniti al lavoratore. Quest'ultima, ricevuta l'informativa, deve, dunque, "verificare l'entità, la proporzionalità e la pertinenza degli eventuali controlli che le caratteristiche tecniche degli strumenti informatici o telematici forniti al lavoratore possono consentire al datore di lavoro, tenendo conto della necessità di permettere all'azienda e al lavoratore di utilizzare sistemi efficaci di collegamento nell'ambito di una prestazione lavorativa che si caratterizza, tra l'altro, per l'essere resa al di fuori dei locali aziendali" e, in presenza di eventuali motivi ostativi, essa può chiedere nei successivi trenta giorni chiarimenti in relazione ai medesimi strumenti informatici o telematici, dando un termine non superiore a quindici giorni per la risposta. La ridetta procedura dovrebbe concludersi, "in ogni caso", entro quarantacinque giorni dall'invio della prima informativa, con l'applicazione del principio del silenzio assenso (dovendosi considerare equivalente all'autorizzazione di cui all'art. 4 della l. 20 maggio 1970, n. 300, con la precisazione non è necessaria in caso di accordo sottoscritto con le rappresentanze sindacali aziendali).

41 Al proposito, cfr., in particolare, il rapporto "*Consumerization of IT: Final report on Risk Mitigation Strategies and Good Practices*" del 19 dicembre 2012, all'indirizzo *http://www.enisa.europa.eu/activities/risk-management/evolving-threat-environment/COIT_Mitigation_Strategies_Final_Report/at_download/fullReport*.

42 Dette Linee guida sono reperibili all'indirizzo *http://www.garanteprivacy.it/garante/document?ID=3132361*.

43 Nello "schema di provvedimento in tema di riconoscimento biometrico e firma grafometrica (reperibile all'indirizzo *http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3132642*) adottato unitamente alle menzionate Linee guida, poi, è stato rilevato che l'utilizzo di dispositivi e tecnologie per la raccolta e il trattamento di dati biometrici è soggetto a una crescente diffusione, tra gli altri, per l'accesso a banche dati informatizzate aziendali, e, per tale ragione, è stata rimarcata l'esigenza che, anche per essi siano osservate, in generale, le disposizioni del Codice (e, in particolare, quelle di cui all'art. 17) poiché "l'adozione di sistemi biometrici, in ragione della tecnica prescelta, del contesto di utilizzazione, del numero e della tipologia di potenziali interessati, delle modalità e finalità del trattamento, comporta rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali, nonché per la dignità dell'interessato". In questa prospettiva, tra l'altro, si è raccomandato che, nella circostanza in cui sistemi di firma grafometrica vengano utilizzati nello scenario mobile o B.Y.O.D. (*Bring Your Own Device*), debbano "essere realizzati idonei sistemi di gestione dei dispositivi mobili (sistemi MDM – *Mobile Device Management*) per isolare l'area di memoria dedicata all'applicazione biometrica, ridurre i rischi di installazione abusiva di *software* anche nel caso di modifica della configurazione dei dispositivi e contrastare l'azione di eventuali agenti malevoli (*malware*)".

Se, dunque, per la tutela di detti profili, qualcosa si sta muovendo, sembra non essere ancora compiutamente emersa e/o stata approfondita un'altra criticità, ossia quella degli aspetti del *licensing* per il B.Y.O.D., in quanto la maggior parte di fornitori di *software* e banche dati non hanno ancora definito come si possano acquisire regolarmente licenze d'uso per strumenti aziendali da eseguirsi però su dispositivi di proprietà del dipendente, né sembrano dipanarsi del tutto i profili di responsabilità che da ciò potrebbero derivarne, tenuto conto che si tratterebbe pur sempre di uso di strumenti informatici personali in ambito aziendale.
Si tratta, in ogni caso, di una rivoluzione – sia nel mondo del lavoro, sia, più ampiamente, nell'ambito delle tecnologie informatiche – che sembra destinata a protrarsi nel tempo e che, alla luce delle numerose implicazioni che presenta su almeno alcuni dei diritti fondamentali sopra menzionati, è, dunque, meritevole di essere attentamente "monitorata", in attesa di prossimi (e, probabilmente necessari) sviluppi sotto un profilo normativo.

5. Le banche dati, le PMI e la semplificazione dei rapporti con la clientela: pubblicità comportamentale e profilazione dei dati.

È ampiamente noto come attraverso motori di ricerca, generici o specializzati, *social network* e sistemi di geolocalizzazione[44] sia ormai diventato piuttosto semplice, con l'indicizzazione e l'aggregazione dei dati, addivenire ad una profilazione, più o meno dettagliata, degli internauti – in grado di definire delle vere e proprie "identità digitali" – così come è del pari evidente che, per ognuna di dette attività, un ruolo fondamentale venga svolto dalle banche dati[45].
Ciò che più preme, tuttavia, in questa sede sottolineare è che dette informazioni, nella prospettiva delle PMI, possono essere utili non solo a condurre ricerche di mercato, ma anche ad attivare quello che è un vero proprio *marketing* di prossimità, sì da porle in grado di orientarsi sul "come" fare pubblicità e a quale "*target*" rivolgersi.
La pubblicità comportamentale, in particolare, diversamente dalle pubblicità contestuali o segmentate (che ricorrono a "istantanee" di ciò che gli internauti visualizzano o fanno su un particolare sito *web*, oppure a caratteristiche note degli utenti), si basa "sull'osservazione del comportamento

---

[44] Su quest'ultimo profilo, per maggiori approfondimenti, anche in una prospettiva comparata, cfr., in dottrina, per tutti e più recentemente, P. Costanzo, *Note preliminari sullo statuto giuridico della geolocalizzazione (a margine di recenti sviluppi giurisprudenziali e legislativi)*, in *Il diritto dell'informaz. e dell'informatica*, 2014, 331 ss.

[45] Esemplarmente, attraverso la geolocalizzazione, compaiono spesso sul proprio dispositivo (grazie ad autorizzazioni rilasciate alle applicazioni più o meno inconsapevolmente scaricate), le condizioni meteorologiche e i "punti di interesse" vicini al luogo in cui ci si trova, ma può anche capitare che, sulla semplice base di ricerche effettuate su motori di ricerca generici e l'incrocio di detti dati con la corrispondenza scaricata tramite *e-mail*, si attivino sulla schermata del proprio fornitore di comunicazione (e, più nello specifico, nella "*home*") informazioni sugli *hobbies* e i luoghi già visitati in precedenza dall'utente sul *web*, nonché quelli più "affini" ai primi. Sulla pagina personale dei *social network* più noti, compare poi un "*banner*" con la pubblicità dei prodotti, dei locali, degli alberghi, dei luoghi o delle "*stars*" su cui gli "amici" hanno indicato la propria preferenza.

delle persone nel tempo" attraverso le loro azioni (frequentazione ripetuta di certi siti, interazioni, parole chiave, produzione di contenuti online, ecc.), con lo scopo di elaborare un profilo specifico e quindi inviare messaggi pubblicitari che corrispondano perfettamente agli interessi dedotti. Così, vede coinvolti, essenzialmente, i fornitori di rete pubblicitaria (con la funzione di "monitorare" gli utenti e tracciarne il comportamento attraverso le tecnologie di *targeting* – principalmente grazie ai *cookie* ma anche agli ancor più invasivi *fingerprinting* – e le banche date connesse, ai fini della distribuzione), spesso in partenariato con i fornitori di accesso a internet (in quanto in grado di inserire *tracking cookie* in tutto il traffico *web* non criptato), l'editore (che ha il compito di riservare sul proprio sito *web* uno spazio per la visualizzazione del messaggio pubblicitario) e l'impresa (che attraverso i dati messi a disposizione dal fornitore di rete pubblicitaria, negozia con l'editore per porre in essere il c.d. marjeting di prossimità).
Lo *streaming* di dati ottenuti, idonei a consentire di "seguire" ogni momento della vita dell'internauta, e, in certa misura, di condizionarne le scelte, se, da un lato, rappresenta una fonte di guadagno importante, specie per le PMI e, in genere, permette la crescita e l'espansione dell'economia *on-line*, dall'altro lato, porta, tuttavia, inevitabilmente, a sollevare significative preoccupazioni per la (talora indebita) interferenza nella sfera privata di ogni individuo che necessariamente comporta.
Di tali ultime criticità, oltreché il legislatore eurounitario (con le note direttive nn. 95/46 CE, 2002/58 CE e, da ultimo, 2009/136 UE[46]), e il Consiglio d'Europa[47], si è fatto particolarmente carico il Gruppo di lavoro sull'art. 29 (WP29), prima con il parere 2/2010[48], sulla pubblicità comportamentale *online* e successivamente – a seguito della definizione di un "codice di autoregolamentazione delle buone prassi in materia di pubblicità comportamentale online" redatto dai maggiori operatori coinvolti (*l'European Advertising Standards Alliance* (EASA) e l'Internet Advertising Bureau Europe (IAB)[49] – con il parere n. 16/2011, con cui si è, peraltro, rilevata la non perfetta aderenza dell'approccio di *opt-out* suggerito nel ridetto codice di autoregolamentazione con la normativa eurounitaria.
Sul piano nazionale, poi, di un certo interesse risultano alcuni provvedimenti adottati dal Garante per la protezione dei dati personali che – pur avendo, in genere, come destinatari sia i fornitori di servizi di comunicazione, sia i gestori di motori di ricerca generici o di siti – riguardano, sia pur incidentalmente, le stesse PMI e che, pur appuntandosi tutti sugli obblighi degli operatori coinvolti

---

[46] Per maggiori approfondimenti sulle citate direttive, nonché sulla normativa di recepimento nazionale, con particolare riferimento al fenomeno della pubblicità comportamentale e al *marketing* diretto, cfr. A. Mantelero, *Si rafforza la tutela dei dati personali:* data breach notification *e limiti alla profilazione mediante i* cookies, in *Il dir. dell'informaz. e dell'informatica*, 2012, 4-5, 781 ss. Si ricordi, viceversa, che la direttiva 2006/24/CE, sulla conservazione dei dati personali di traffico telefonico e telematico, è stata recentemente dichiarata invalida dalla stessa Corte di giustizia, con la ormai nota sent. 8 aprile 2014, nelle cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd contro Irlanda*, su cui, per tutti, cfr., in dottrina, O. Pollicino, *Interpretazione o manipolazione? La Corte di giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in *Federalismi*, 24 novembre 2014 (all'indirizzo *http://www.federalismi.it*).

[47] Al proposito, cfr., in particolare, la raccomandazione CM/Rec(2010)13 del Comitato dei ministri presso il Consiglio d'Europa del 23 novembre 2010, su "*the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling*".

[48] Al proposito, cfr. il parere 2/2010 sulla "*pubblicità comportamentale online*", adottato il 22 giugno 2010 (all'indirizzo *http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_it.pdf*).

[49] Il citato codice di comportamento è reperibile all'indirizzo *http://www.easaalliance.org/binarydata.aspx?type=doc/EASA_BPR_OBA_12_APRIL_2011_CLEAN.pdf/download*

in merito all'esigenza dell'ottenimento di un consenso effettivamente informato degli utenti e, perciò, sulla necessità di un mutamento della stessa filosofia con cui essi operano sul mercato digitale (talora travalicando in quello che è, piuttosto, un "mercato virale" o un vero e proprio "*social spam*"[50]), hanno, comunque, sottolineato la strategicità della pubblicità comportamentale, specie nell'economia delle imprese di piccole o medie dimensioni.

Il riferimento è, esemplarmente, ad un provvedimento generale del 25 giugno 2009[51], con cui si è, tra l'altro, verificato che i fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico effettuano, in genere "attività di profilazione utilizzando dati personali che vengono anche aggregati secondo parametri predefiniti individuati da ciascun titolare di volta in volta, a seconda delle esigenze aziendali". Dette attività di profilazione possono, così, comprendere "informazioni personali di tipo variegato, tra cui dati di carattere contrattuale e dati relativi ai consumi effettuati, dai quali è possibile desumere indicazioni ulteriori riferibili a ciascun interessato (ad esempio, fascia di consumo, livello di spesa sostenuto ad intervalli regolari, servizi attivi su ciascuna utenza)" e, dunque, sono potenzialmente in grado di permettere la disponibilità e trattabilità dei dati, seppur su base aggregata, così da rendere disponibile "un patrimonio informativo che va ben al di là delle informazioni considerate singolarmente e relative a ciascun interessato", al fine di "monitorare l'andamento economico della società o, eventualmente, in un secondo momento, anche di progettare e realizzare campagne di *marketing* sulla base delle analisi effettuate"[52].

Analoghe osservazioni sono state poi ribadite, di recente, sia in un altro provvedimento generale

---

[50] Fenomeni, questi ultimi, che, peraltro, hanno reso necessaria l'adozione, con provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 4 luglio 2013, di apposite "*Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam*" (all'indirizzo *http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/2542348*) e di un provvedimento generale del 15 maggio 2013, recante "*Consenso al trattamento dei dati personali per finalità di "marketing diretto" attraverso strumenti tradizionali e automatizzati di contatto*" (all'indirizzo *http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/2543820*). Particolarmente secondo le citate Linee guida, dunque, per "*social spam*" deve intendersi "un insieme di attività mediante le quali lo spammer veicola messaggi e link attraverso le reti sociali online", e, in quanto tale è sottoposto alla disciplina di cui agli artt. 3, 11, 13, 23 e 130 del Codice. Esso deve considerarsi illecito particolarmente nel caso in cui l'utente riceva, in privato, in bacheca o nel suo indirizzo di posta e-mail collegato al suo profilo social, un determinato messaggio promozionale relativo a uno specifico prodotto o servizio da un'impresa che abbia tratto i dati personali del destinatario dal profilo del social network al quale egli è iscritto, a meno che il mittente non dimostri di aver acquisito dall'interessato un consenso preventivo, specifico, libero e documentato ai sensi dell'art. 130, commi 1 e 2, del Codice. Per "*marketing virale*", invece, sempre secondo dette Linee guida, deve intendersi "una modalità di attività promozionale mediante la quale un soggetto promotore sfrutta la capacità comunicativa di pochi soggetti destinatari diretti delle comunicazioni per trasmettere il messaggio ad un numero elevato di utenti finali" e, in genere, con detta locuzione vuole farsi riferimento "agli utenti di Internet che suggeriscono o raccomandano ad altri l'utilizzo di un determinato prodotto o servizio". Detta attività, quando viene svolta con modalità automatizzate e per finalità di *marketing*, può rientrare nello spam se non rispetta le già menzionate norme di cui agli artt. 3, 11, 13, 23 e 130 del Codice. Su detti profili, in ogni caso, per maggiori approfondimenti, si rinvia a M. Farina, *Comunicazioni elettroniche commerciali e protezione dei dati personali: linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam*, *infra*, in questa *Rivista*.

[51] Il riferimento è, in particolare, al provvedimento su "*Prescrizioni ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico che svolgono attività di profilazione - 25 giugno 2009*", all'indirizzo *http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1629107*.

[52] Ciò che ha condotto alla definizione di una serie dettagliata di prescrizioni, a pena dell'irrogazione delle sanzioni previste dal d.lgs. n. 196/2003, in particolare per la violazione degli obblighi sull'informativa degli utenti e la prestazione del consenso al trattamento dei propri dati personali.

sugli obblighi dei gestori di siti facenti uso di *cookie*[53], sia in un provvedimento individuale nei confronti del motore di ricerca generico Google[54], adottato anche alla luce della nota pronuncia della Corte di giustizia sul diritto all'oblio implicato, tra l'altro, dagli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza-Strasburgo[55], e all'apposita istruttoria compiuta, proprio a seguito di detta pronuncia, dallo stesso WP29[56]. Provvedimento, quest'ultimo, in cui, peraltro, è emerso come la stessa "filosofia" imprenditoriale della società – tesa a voler offrire ai propri utenti un servizio unificato mediante l'integrazione e l'interoperabilità di diversi prodotti e funzionalità, anche al fine di fornire agli interessati una migliore esperienza di utilizzo – non sia conforme al dettato normativo, in specie in ragione del fatto che "le operazioni di trattamento tese alla profilazione dell'utente anche per scopi di analisi e di monitoraggio dei visitatori di siti *web* nonché all'invio di pubblicità personalizzata realizzate anche attraverso l'incrocio di dati raccolti in relazione a funzionalità diverse", non rientrano nei casi di esonero dall'obbligo di acquisizione del consenso di cui all'art. 24 del Codice[57].

---

[53] Il riferimento è, in particolare, al provvedimento generale dell'8 maggio 2014 (*Individuazione delle modalità semplificate per l'informativa e l'acquisizione del consenso per l'uso dei cookie - 8 maggio 2014*", all'indirizzo *http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3118884*). Al proposito, e per maggiori approfondimenti, cfr., in dottrina, S. Cavalcanti, *Cookies: Italian Data Protection Authority's New Rules Information Notice and Consent*, in *Federalismi*, 19 settembre 2014 (all'indirizzo *http://www.federalismi.it*).

[54] Il riferimento è al "*Provvedimento prescrittivo nei confronti di Google Inc. sulla conformità al Codice dei trattamenti di dati personali effettuati ai sensi della nuova privacy policy*", del 10 luglio 2014 (all'indirizzo *http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3283078)*. Tra le criticità segnalate in detto provvedimento, di peculiare interesse, ai nostri fini, risulta quella della "omessa richiesta del consenso degli interessati per finalità di profilazione tesa anche alla visualizzazione di pubblicità comportamentale personalizzata ed all'analisi e monitoraggio dei comportamenti dei visitatori di siti *web*, nonché mancato rispetto del diritto di opposizione degli interessati". Ipotesi, questa, ritenuta in contrasto con gli artt. 7, 23, 24 e 122 del d.lgs. n. 196/2003, in quanto effettuata mediante:
"a) trattamento, in modalità automatizzata, dei dati personali degli utenti autenticati in relazione all'utilizzo del servizio per l'inoltro e la ricezione di messaggi di posta elettronica […];
b) incrocio dei dati personali raccolti in relazione alla fornitura ed al relativo utilizzo di più funzionalità diverse tra quelle messe a disposizione dell'utente;
c) utilizzo di *cookie* e altri identificatori (credenziali di autenticazione, *fingerprinting* etc.), necessari per ricondurre a soggetti determinati, identificati o identificabili, specifiche azioni o schemi comportamentali ricorrenti nell'uso delle funzionalità offerte (*pattern*)".
Si ricordi, peraltro, che analoghi provvedimenti sono stati adottati anche dai Garanti nazionali di Francia, Germania, Regno Unito, Paesi Bassi e Spagna.

[55] Il riferimento è, in particolare a Corte di giustizia, sent. 13 maggio 2014, nella causa C-131/12, *Google Spain c. AEPD*. Per un commento alla citata decisione, in dottrina, cfr., per tutti, O. Pollicino, *Interpretazione o manipolazione?*, cit., nonché G.E. Vigevani, *Identità, oblio, informazione e memoria in viaggio da Strasburgo a Lussemburgo, passando per Milano*, in *Federalismi,* 19 settembre 2014 (all'indirizzo *http://www.federalismi.it*).

[56] Al proposito, cfr., il *Press Release* del WP 29 del 6 giugno 2014, reperibile all'indirizzo *http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/press-material/press-release/art29_press_material/20140606_wp29_press_release_google_judgment_en.pdf*. Si ricordi, peraltro, che il ridetto gestore, in seguito al Press Release e alla citata pronuncia della Corte di Giustizia del 13 maggio 2014, ha messo a disposizione un *tool* per consentire agli utenti di avanzare le relative istanze di cancellazione.

[57] Occorre, peraltro, aggiungere, per maggior completezza, che, in detto provvedimento individuale, si è precisato, altresì, che il ricorso a tecniche di identificazione diverse dai *cookie* basato "sul trattamento, da parte della società, di dati personali ovvero anche di informazioni o parti di informazioni (che non sono o non sono ancora dati personali ma che, poste in associazione tra loro ovvero con altre informazioni, possono diventarlo), con l'obiettivo di pervenire all'identificazione inequivoca (cd. *single out*) del terminale e, per il suo tramite, anche del profilo di uno o più utilizzatori di quel dispositivo", deve, più propriamente, essere denominato *fingerprinting*. Detta tecnica si caratterizza, perciò, per la visualizzazione di pubblicità comportamentale personalizzata e per l'analisi e il monitoraggio dei comportamenti dei

Nuovi spunti di riflessione nella definizione di un congruo bilanciamento tra i diritti degli operatori del settore a far uso delle tecnologie offerte dalle banche dati e, in genere, dal *targeting*, per addivenire, attraverso una profilazione degli internauti, ad un *marketing* di prossimità e agli opposti – ma non necessariamente contradditori – diritti di tutela della riservatezza dei propri dati personali (ivi compreso, se si vuole, il diritto all'oblio in essi implicato), da un lato, e all'indicizzazione e al diritto di "apparire", dall'altro lato (che, si badi, potrebbe coinvolgere anche le persone fisiche, al di là di interessi strettamente economici), sembrano, peraltro, provenire dalla proposta di regolamento sulla protezione generale dei dati, laddove, esemplarmente, si dispone che il responsabile del trattamento debba fornire all'interessato informazioni "chiare ed evidenti" in ordine al trattamento dei propri dati a fini di profilazione, indicando ad esso, altresì, il diritto di opporsi (obblighi, questi, il cui rispetto è reso cogente anche in virtù di sanzioni – al più amministrative – modulate e proporzionate, particolarmente, alla condotta tenuta), e si affida all'istituendo comitato europeo per la protezione dei dati il compito di emettere orientamenti, raccomandazioni e buone prassi, per specificare ulteriormente i criteri e le condizioni per la profilazione[58]. Previsioni, queste ultime, analoghe a quelle, per ora solo abbozzate, inserite nella Dichiarazione dei diritti in internet da parte della Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet istituita in seno alla Camera dei deputati nel luglio 2014 e presieduta dal prof. Rodotà[59].

visitatori di siti *web*, ma, rispetto ai *cookie* – in cui l'utente che non intenda essere profilato, oltre alle tutele di carattere giuridico connesse all'esercizio del diritto di opposizione, ha anche la possibilità pragmatica di rimuoverli direttamente (in quanto archiviati all'interno del proprio dispositivo) – non pone rimedi sufficienti a tutela dell'interessato, considerato che il solo strumento nella disposizione del medesimo "consiste nella possibilità di rivolgere una specifica richiesta al titolare, confidando che essa venga accolta", in contrasto con i requisiti richiesti dagli artt. 23, 24 e 122 del d.lgs. n. 196/2003.

[58] Non sono, viceversa, stati approvati gli emendamenti proposti dalla Commissione per l'industria, la ricerca e l'energia del 26 febbraio 2013, nn. 38 e 182 (rispettivamente relativi al considerando n. 58 e all'art. 20 del regolamento, così come individuati nella proposta originaria della Commissione del 25 gennaio 2012) che si proponevano, da un lato, di escludere dall'ambito di applicazione del regolamento l'attività di profilazione mediante trattamento automatizzato i cui effetti reali non fossero paragonabili, per intensità, agli effetti giuridici, ivi essendo espressamente incluse le misure relative alla comunicazione commerciale, quali, ad esempio, le misure nel settore della gestione delle relazioni con i clienti o dell'acquisizione della clientela e, dall'altro lato, di chiarire che ai fini del *marketing*, della ricerca di mercato o dell'adeguamento dei mezzi di comunicazione telematica alle esigenze, fosse possibile realizzare profili di utilizzo impiegando dati pseudonomizzati, purché l'interessato non si fosse opposto, al precipuo scopo di evitare che, nel raccogliere un consenso per ogni forma di trattamento, si ponessero le condizioni per "distruggere il modello aziendale di innumerevoli piccole e medie imprese europee, avvantaggiando in tal modo le grandi aziende degli Stati Uniti". Peraltro, occorre precisare che, sia pur se non nei medesimi termini, l'idea di "allentare" gli obblighi imposti al responsabile del trattamento in caso di pseudonomizzazione dei dati raccolti è stata almeno in parte accolta nel progetto da ultimo approvato dal Parlamento in data 12 marzo 2014 (all'indirizzo *http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2014-0212&language=IT&ring=A7-2013-0402*), prevedendosi (con l'emendamento n. 34, che introduce il considerando 58-*bis*) la presunzione per cui "la profilazione basata esclusivamente sul trattamento dei dati pseudonimi non incida significativamente sugli interessi, sui diritti o sulle libertà dell'interessato", e precisandosi che, qualora la profilazione, sia essa basata su una singola fonte di dati pseudonimi o sull'aggregazione dei dati pseudonimi da diverse fonti, consenta al responsabile del trattamento di attribuire i dati pseudonimi a un soggetto specifico, "i dati trattati non vanno più considerati pseudonimi" e, quindi, necessitano del consenso dell'interessato.

[59] Sul punto, e per maggiori approfondimenti, cfr., *infra*, in questa *Rivista*, F. Faini, *La rete e lo scontro fra diritti: diritto all'informazione, diritto d'autore e privacy nell'era dei byte*, nonché G. Scorza, *Internet bill of rights: una proposta da discutere*.

6. Qualche breve osservazione conclusiva.

Si confida di esser riusciti a mettere a fuoco non tanto quanto più banalmente è facile constatare e cioè che l'utilizzo da parte delle PMI delle banche dati elettroniche, nelle loro varie declinazioni ed evoluzioni, ha costituito e costituisce uno straordinario salto di qualità ed opportunità rispetto alle tradizionali strategie aziendali industriali e commerciali e uno strumento per aver accesso e rimanere su un mercato fino ad ora egemonizzato da strutture aziendali più importanti e di livello internazionale, ma che (ed è ciò che maggiormente rileva) questa stessa circostanza sia stata presa in carico dal legislatore nazionale ed europeo come ulteriore incentivo allo sviluppo di un'economia globale, nel rispetto e nella garanzia di un mercato libero e aperto e nel contempo "tutelato". Obiettivo, quest'ultimo, che, peraltro, in una dimensione costituzionale, non può non tener conto, da un lato, dell'ormai mutato (e costantemente *in fieri*) scenario tecnologico e, dall'altro lato, dell'esigenza di una dialettica tra la tutela dei diritti prettamente patrimoniali che conseguono al sempre più capillare impiego delle banche dati, ormai da tempo garantiti dalla proprietà intellettuale latamente intesa (e, quindi, comprensiva delle garanzie apprestate con il diritto *sui generis*), con una ancor più diffusa e uniforme tutela dei diritti della persona (e della personalità), nella più ampia prospettiva di quella che va costruendosi come una vera e propria identità digitale all'interno di un società che non è più solo locale ma che, anzi, ha un impatto sempre più transfrontaliero.

N. 1 - 2015 · pp. 30-39

Motori di ricerca e piattaforme UGC tra privacy, diritto dell'informazione e responsabilita: quali regole per i nuovi modelli di web business?

Leonardo Bugiolacchi

Multimedia

Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode per accedere al MediaBook CLIOedu

Sommario: 1. Introduzione. 2. L'evoluzione dei servizi di "*hosting*". 3. La costruzione giurisprudenziale della figura dell'*hosting provider* "attivo". 4. La responsabilità dell'*hosting provider* dopo la sentenza della Corte di Giustizia nel caso Costeja/Google. 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Già nel convegno nazionale Andig dello scorso anno alcune relazioni, tra le quali anche quella di chi scrive, avevano evidenziato come l'evoluzione dei servizi forniti dagli hosting provider avesse prodotto la costruzione, di matrice giurisprudenziale, sia europea che italiana, di una nuova figura "atipica" di intermediari della rete, i cosiddetti *host provider* "attivi", rispetto ai quali ci si chiedeva se potessero continuare a beneficiare del regime privilegiato di responsabilità con il quale la direttiva 2000/31 aveva inteso favorire il loro ingresso nel mercato dei servizi internet nella fase iniziale di sviluppo del web.
L'evoluzione dei servizi offerti dai fornitori di *hosting* e la conseguente evoluzione giurisprudenziale che li ha interessati sono noti, e mi limito pertanto a tratteggiarle brevemente.

2. L'evoluzione dei servizi di "hosting"

Questi servizi, che nella fase di prima diffusione della rete come strumento commerciale, erano caratterizzati dalla fornitura – ad un numero anche molto elevato di siti – del servizio di memorizzazione permanente dei contenuti sul web (era la fase della prevalenza della c.d. "navigazione libera"[1]), sono transitati via via verso la gestione di enormi piattaforme digitali. E' il risultato della progressiva centralizzazione delle informazioni su un numero tutto sommato esiguo di enormi aggregatori di contenuti, incessantemente alimentati dall'apporto degli utenti (appunto le piattaforme ugc – *user generated content* di cui al titolo della mia relazione) ed organizzati in maniera sofisticata (di qui la loro analogia con il servizio reso dai motori di ricerca, al di là di qualche isolata pronuncia giurisprudenziale che ritiene che i motori di ricerca svolgano attività di *caching*)[2].
Si è così creato un nuovo modello di *business*, funzionale all'esigenza di reperimento dei dati

---

[1] *Questo scritto rappresenta la rielaborazione – con l'aggiunta un minimo apparato di note e di qualche lieve integrazione, dovuta a novità giurisprudenziali delle quali si è voluto dar conto, intervenute successivamente al convegno – della relazione svolta nell'ambito del Convegno nazionale ANDIG per l'anno 2014.*
Caratterizzata dal fatto che l'utente poteva dirigersi, tendenzialmente, solo verso siti dei quali conosceva l'indirizzo (URL), per averlo in qualche modo in precedenza reperito.

[2] Per una descrizione di tale evoluzione, oltre che per una analisi delle più immediate ricadute sul regime di responsabilità degli host provider, sia consentito il rinvio a BUGIOLACCHI, Evoluzione dei servizi di hosting provider, conseguenze sul regime di responsabilità e limiti dell'attuale approccio case by case, in Resp. Civ., prev., 2013, 1997 e ss.; si veda anche TESCARO, Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'internet provider, in Giur. mer., 2013, 2584.

da parte degli utenti ed alla realizzazione del loro diritto all'informazione in un ambiente web che non rende più immaginabile la ricerca autonoma dei contenuti (la navigazione libera detto poc'anzi) e, dalla parte dei fornitori del servizio, all'ottenimento di introiti derivanti dalla raccolta pubblicitaria generata dall'abbinamento dei risultati delle ricerche degli utenti con i link degli utenti "inserzionati" (i quali stipulano in tale prospettiva contratti con il titolare della piattaforma ugc o del motore di ricerca).

3. La costruzione giurisprudenziale della figura dell'hosting provider "attivo"

I gestori dei motori di ricerca e delle piattaforme ugc, al fine di rendere reperibili, e quindi fruibili i contenuti, predispongono sistemi di indicizzazione, categorizzazione, selezione, organizzazione, etc., che pongono senz'altro dubbi di compatibilità con quella neutralità tecnica che si è costantemente ritenuta essere il presupposto dell'esonero ("condizionato", in quanto non assoluto) da responsabilità, ai sensi degli artt. 12-14 della direttiva, anche alla luce del principio cardine .tali "superhoster" potrebbero finire per essere chiamati a rispondere secondo la regola ordinaria di cui all'art. 2043 c.c., venendo appunto sottratti al regime speciale (e privilegiato) della direttiva[3], come peraltro già ipotizzato dalla Corte di Lussemburgo nei casi in cui il provider di hosting svolga attività che gli consentano di controllare i contenuti e averne conoscenza (il che avviene, ovviamente, ogni volta che il provider intervenga direttamente sulle informazioni, rielaborandole e/o modificandole)[4].
In questo modo è sembrato profilarsi un allargamento dell'area di responsabilità dei provider di *hosting*, che non può non imporre riflessioni in quanto rischia di disincentivare l'attività di questi soggetti, i quali hanno creato un modello di business difficilmente rinunciabile per gli utenti ma che rischiano di vedersi esposti a responsabilità molto più di quanto non accadesse secondo il disegno e la *ratio* della direttiva, basata come noto su una tendenziale irresponsabilità di questi soggetti, quali intermediari necessari della rete di comunicazione elettronica per eccellenza che è internet[5].
Il quadro sul punto appare però fluido, se solo si pensa che la Corte di Appello di Milano,

---

[3] Gli host provider, come pure, e soprattutto, i motori di ricerca, a prescindere dal fatto che nelle pronunce siano stati espressamente qualificati come provider "attivi", sono stati privati del regime di particolare favore previsto per loro dalla direttiva 2000/31 ogni qual volta il giudice abbia ritenuto che la loro attività in concreto esorbitasse rispetto ad un intervento meramente tecnico. La giurisprudenza italiana, si è già espressa in tal senso.
Si veda, ad esempio, Trib. Milano, 25 maggio 2013, in Resp. civ.prev., 2013, 1996; Trib. Roma, 22 marzo 2011, in Danno e resp., 2011, 847; Trib. Milano, 9 settembre 2011, in Dir. Ind., 2011, 559.

[4] Per tali rilievi si veda Corte giust. UE, grande sez., 23 marzo 2010 (C-236/08, caso Google c. Loouis Vuitton) e Corte giust. UE, 12 luglio 2011 (C-324/09, caso L'Oreal c. Ebay)

[5] Sulla *ratio* dello speciale di responsabilità degli internet providers e, in particolare, dei fornitori di hosting, nella direttiva 2000/31, la letteratura è pressoché sterminata. Mi limito pertanto a segnalare DE CATA, La responsabilità civile dell'internet provider, Milano, 2010; PASQUINO, Servizi telematici e criteri di responsabilità, Milano, 2003 e, di recente, BRAVO, voce "Commercio elettronico", in Enc. Dir., Agg., Milano, 2012, 308.

con una sentenza pubblicata qualche mese dopo lo svolgimento del convegno Andig dell'anno 2014, ha affermato, in riforma della decisione di primo grado, come il concetto di hosting provider "attivo" sia fuorviante, in quanto anche tale prestatore fornisce gli attuali, innovativi servizi aggiuntivi poco sopra sintetizzati, a meno che questi non consistano in una elaborazione o rielaborazione del contenuto da parte dell'hosting provider (che lo trasformerebbero, sostanzialmente, in un *content provider*, come tale soggetto alle regole comuni di responsabilità civile in quanto autore diretto e materiale dell'illecito), non eccedono il carattere neutro della sua attività e gli permettono pertanto di continuare a beneficiare del regime privilegiato di responsabilità di cui alla direttiva 2000/31[6].

4. La responsabilità dell'host provider dopo la sentenza della Corte di Giustizia nel caso Costeja/Google

La questione è divenuta ancora più attuale in seguito alla notissima pronuncia della Corte di Giustizia europea del maggio di quest'anno (caso "Costeja/Google")[7], la quale è idonea a schiudere una nuova frontiera della responsabilità, non ai sensi della direttiva 2000/31 bensì fondata sull'art. 2043 c.c.

La fattispecie che ha dato origine alla pronuncia interpretativa è di dominio pubblico, visto il risalto anche mediatico ottenuto dalla vicenda, per cui verranno qui sinteticamente analizzati i principi in essa affermati, al fine di valutarne le conseguenze sull'attività dei motori di ricerca, conseguenze che sono replicabili anche per tutti quegli aggregatori di contenuti che, pur non essendo motori di ricerca, dovendo necessariamente dotarsi di sistemi di organizzazione dei contenuti, potrebbero essere chiamati a rispondere alle medesime condizioni.

Le questioni affrontate dalla decisione della CGUE attengono al fatto se l'attività di un motore di ricerca, consistente nel reperire informazioni pubblicate o inserite da terzi sulla rete, nell'indicizzarle in modo automatico, nel memorizzarle e, infine, nel metterle a disposizione degli utenti di internet secondo un determinato ordine di preferenza, debba essere qualificata come "trattamento di dati personali" ai sensi della direttiva 95/46 e, conseguentemente, se il gestore del motore di ricerca debba o meno essere considerato il "responsabile del trattamento" dei dati personali effettuato da tale motore nell'ambito della sua attività.

È risaputo che la Corte di Bruxelles abbia risolto entrambe le questioni, collegate tra loro, in senso positivo, nel senso cioè di ritenere che il motore di ricerca effettui, ai sensi della direttiva 95/46 un "trattamento dei dati personali" e che, al tempo stesso, il gestore del

---

[6] Si veda infatti App. Milano, 7 gennaio 2015, in Resp. civ. prev., 2015, con nota BUGIOLACCHI, Ascesa e declino della figura del provider "attivo"? Riflessioni in tema di fondamento e limiti del regime privilegiato di responsabilità dell'hosting provider.

[7] Corte giust, UE, Grande Sezione, 13 maggio 2014, in Resp. Civ., prev., 2014, 1159.

servizio di motore di ricerca debba essere qualificato come "responsabile del trattamento". La motivazione viene individuata nel fatto che il fornitore del servizio, esplorando in modo automatizzato la rete, "raccoglie" dati, che poi "organizza" nell'ambito dei suoi programmi di indicizzazione e conserva. Che tali dati, poi, siano da qualificarsi come personali, è motivato con il rilievo che le informazioni indicizzate riguardano persone fisiche identificate o identificabili[8].

A mio avviso, difficilmente condivisibile appare invece la qualificazione del gestore di un motore di ricerca come "responsabile" del trattamento di dati personali descritto.

Tale scelta interpretativa viene motivata dalla Corte con il rilievo che egli effettui un'attività sovrapponibile a quella indicata dall'art. 2, lett. d) della direttiva 95/46 al fine di individuare il "responsabile del trattamento", vale a dire quella di determinazione delle finalità e degli strumenti del trattamento di dati personali, che si realizza nel momento in cui il servizio ha lo scopo di facilitare agli utenti l'accesso alle informazioni a partire semplicemente dal nome della persona interessata, consentendo così di rintracciare dati originariamente presenti su uno spazio web che verosimilmente l'utente della rete non sarebbe riuscito a localizzare, oltre a quello di consentire, agli stessi utenti, di ottenere, attraverso l'elenco di risultati, una "*visione complessiva strutturata delle informazioni relative a questa persona reperibili su internet*".

Mi pare che una qualificazione del gestore di un motore di ricerca come responsabile del trattamento privilegi un rafforzamento del diritto dell'interessato sui propri dati, finalizzato ad una loro più agevole rimozione dal web, rispetto alla attività concretamente esercitata suoi dati dal provider ed alla sua effettiva capacità di controllo sugli stessi.

La conseguenza è che sul motore di ricerca grava sostanzialmente l'obbligo di rimuovere (deindicizzare) dall'elenco dei risultati i link verso pagine che contengono dati relativi a una persona, obbligo sussistente anche quando le informazioni "incriminate" restino sui siti di provenienza dei dati e la loro pubblicazione non sia di per sè illecita.

Questa interpretazione è tale da condurre ad una generalizzata soppressione di *link* dall'elenco dei risultati della ricerca che potrebbe comprimere il legittimo interesse (oltre che diritto) degli utenti ad accedere alle informazioni, in favore di una posizione ipergarantista nei confronti del soggetto interessato e, per giunta, omette ogni riferimento alla disciplina che la direttiva 2000/31 pone in tema di responsabilità degli isp, dalla quale è invece possibile a mio avviso evincere caratteri e limiti dell'attività esigibile dagli internet provider.

La valorizzazione della direttiva sul commercio elettronico al fine della qualificazione del gestore del motore di ricerca come responsabile o meno del trattamento dei dati personali era stata invece compiuta dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni.

Secondo l'Avvocato generale, infatti, il fornitore di servizi di motore di ricerca su internet non ha alcun rapporto con il contenuto della pagina "*web source*" di terzi su Internet in cui possano comparire dati personali; per giunta, il fatto che il motore di ricerca fornisca uno strumento di localizzazione di informazioni, oltre a non implicare alcun controllo sul

[8] Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale, specialmente ai punti da 70 a 77, ove sono anche descritte le funzionalità dei motori di ricerca, prima tra tutte quella di esplorazione costante della rete (c.d. attività di *googleboot*).

contenuti, non mette il fornitore di servizi in condizione di distinguere tra i dati personali ai sensi della direttiva (vale a dire quelli che si riferiscono ad una persona fisica identificata o identificabile) e gli altri dati.
Questo approccio, osserva ancora l'Avvocato generale, trova poi conferma:
- sia nel *considerando* 47 della direttiva 95/46, laddove si afferma che il responsabile del trattamento di messaggi contenenti dati personali trasmessi tramite telecomunicazioni o posta elettronica è colui che ha emanato il messaggio e non la persona che presta i servizi di trasmissione,
- sia nel regime di responsabilità dei provider, risultante dagli artt. 12, 13, 14 e 15 della direttiva 2000/31 sul commercio elettronico, le quali si basano, come pure il considerando n. 47 della direttiva privacy, sul principio secondo il quale i rapporti automatizzati, tecnici e passivi relativi ad un contenuto archiviato o trasmesso elettronicamente non implicano alcun controllo o responsabilità sullo stesso[9].
Trovo interessante evidenziare che un'interpretazione in tutto analoga a quella proposta dall'Avvocato generale, anch'essa basata sulla utilizzazione delle regole stabilite dalla direttiva 2000/31 sulla responsabilità dei prestatori intermediari, era stata di recente adottata anche dalla nostra Cassazione penale, pronunciatasi sul noto caso Google/ Vividown.
Come è noto, con tale sentenza (dicembre 2013, motivazioni febbraio 2014)[10] la Corte è stata chiamata a decidere sulla applicabilità, a carico dei vertici aziendali del più importante motore di ricerca del mondo, delle disposizioni penali di cui al nostro Codice in materia di protezione dei dati personali, le quali presuppongono – vertendosi in tema di reati "propri" – che vi sia un trattamento di dati personali da parte del gestore del servizio e che questi possa essere qualificato come "titolare del trattamento".
La Corte, in maniera del tutto condivisibile, al fine di comprendere quale sia la condotta in concreto posta in essere dal fornitore di hosting (al quale viene ricondotta la figura del prestatore di servizi di motore di ricerca) ha richiamato espressamente l'art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003 di recepimento della direttiva 2000/31, secondo il quale, anche in raccordo con il principio generale dell'assenza dell'obbligo di sorveglianza di cui al successivo art. 17 (corrispondente all'art. 15 della direttiva 2000/31), il gestore del servizio di hosting non ha alcun controllo sui dati memorizzati, né contribuisce in alcun modo alla loro scelta, alla loro ricerca o alla formazione del file che li contiene, essendo tali dati interamente ascrivibili all'utente destinatario del servizio che li carica sulla piattaforma messa a disposizione, tanto è vero che diviene responsabile per eventuali informazioni illecite alla quali fornisca ospitalità solo successivamente al momento in cui ne abbia conoscenza (secondo le modalità di cui all'art. 16 d.lgs. 70/2003) e non si attivi per la immediata rimozione.
La questione della qualificazione del gestore di un motore di ricerca come soggetto che effettua un trattamento di dati personali e come eventuale responsabile del trattamento

[9] Cfr. paragrafo n. 87 delle conclusioni dell'Avvocato Generale.

[10] Cass. Pen., 17 dicembre 2013-3 febbraio 2014, n. 5107, in Giur. it., 2014, 2016..

viene quindi risolta in senso negativo, attraverso il richiamo alla disciplina sul commercio elettronico (o meglio, alla disciplina relativa al regime di responsabilità degli isp ivi contenuta), all'interno di condivisibile ricostruzione del rapporto tra normativa sulla privacy e normativa sui servizi forniti dagli hosting provider, visto che secondo la Cassazione penale la disciplina sul commercio elettronico viene in rilievo "*non in via diretta ma solo in via interpretativa, al fine di chiarire ulteriormente e confermare la portata che la disciplina in materia di privacy ha già di per sé*".

Una tale interpretazione mi pare anche rispettosa del rapporto che la stessa legge stabilisce tra normativa sulla protezione dei dati personali e normativa sul commercio elettronico[11]. Penso all'art. 1, comma 5, lett. b) della direttiva 2000/31, trasposto nell'art, 1, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 70 del 2003 di recepimento il quale, nel far salva la disciplina sulla protezione dei dati personali, non ha l'effetto di rendere inoperanti in ogni fattispecie che riguardi la materia della privacy le norme in materia di commercio elettronico bensì di chiarire che l'applicazione delle norme in tema di commercio elettronico deve avvenire in armonia con quelle in materia di protezione dei dati personali, armonia perfettamente riscontrabile nel caso della questione della responsabilità penale dell'hosting provider rispetto ai dati personali caricati dagli utenti sulla sua piattaforma.

Ho quindi più di una perplessità sull'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia laddove ha ritenuto non solo di riscontrare nell'attività del motore di ricerca un "trattamento di dati personali", ma soprattutto di rinvenire nel gestore del servizio la qualifica del "responsabile del trattamento".

Tale scelta mi sembra poi ancor più sorprendente pensando che nell'ultimo testo noto dell'atteso Regolamento europeo in materia di privacy, oggetto di ormai lunga gestazione e la cui emanazione è stata più volte rinviata – almeno per quanto mi consta - all'art. 17 ("Diritto all'oblio e alla cancellazione"), dopo che nel primo comma vengono elencati i motivi fondanti il diritto dell'interessato di ottenere la cancellazione dei dati che lo riguardano, nel secondo comma è previsto testualmente che "*quando ha reso pubblici i dati personali, il responsabile del trattamento di cui al paragrafo 1 prende tutte le misure ragionevoli, anche tecniche, in relazione ai dati della cui pubblicazione è responsabile per informare i terzi che stanno trattando tali dati della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali*".

E' evidente che l'impostazione è opposta a quella della Corte di Bruxelles: si afferma che il destinatario della richiesta di cancellazione dei dati sia l'effettivo responsabile del trattamento, cioè il gestore dello spazio web "sorgente", sul quale è stato caricato originariamente il contenuto, il quale, a seguito della richiesta dell'interessato, informa i terzi che stanno trattando tali dati, di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione degli stessi (tali terzi sono senz'altro anche i motori di ricerca, che quindi implicitamente non vengono ritenuti responsabili del trattamento).

Infine, ad ulteriore riprova della obiettiva difficoltà di rinvenire nei gestori dei motori

[11] Sul punto, per una trattazione più diffusa, sia consentito il rinvio a BUGIOLACCHI, Mancata rimozione della indicizzazione di spazi web a richiesta dell'interessato: la nuova frontiere della r.c. dei motori di ricerca, in Resp. Civ. prev., 2014, 1530 e ss.

di ricerca i responsabili del trattamento di dati immessi in altro *web source*, deve essere evidenziato che essi, ove gli venisse riconosciuta, come fa la Corte di Giustizia, tale qualifica, sarebbero tenuti ad ottenere il preventivo consenso da parte dell'interessato al trattamento, previa adeguata informativa: il che, essendo palesemente di impossibile realizzazione, rende chiara la erroneità della scelta interpretativa.
Non resta quindi che attendere il regolamento europeo per capire come verranno gestire quelle che io definirei le "relazioni pericolose" tra disciplina sui dati personali e regole sulla responsabilità dei fornitori di hosting e dei motori di ricerca (della questione si occupa peraltro anche il c.d. *bill of right* di internet, prodotto dalla Commissione camerale nominata nel nostro paese, il cui art. 10 sul diritto oblio propende per una sorta di riequilibrio informativo ex post che non mi pare molto convincente del quale penso ci parlerà Guido Scorza).

5. Conclusioni

Quel che è certo è che dopo la pronuncia della Corte di giustizia rischia di aprirsi una nuova frontiera della r.c. dei prestatori intermediari, in particolar modo dei motori di ricerca.
Una delle conseguenze della attribuzione, al gestore del servizio di motore di ricerca, della qualifica di responsabile del trattamento, è che egli sia obbligato a sopprimere – pena la sua responsabilità ex art. 2043 c.c. ed a richiesta dell'interessato - dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, i *link* verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, anche nel caso in cui tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine web "sorgenti", e ciò eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine web sia di per sé lecita[12].
Tale obbligo, di per sé già criticabile, in quanto riferito ad un soggetto che non dovrebbe avere, in nessuna fase, titolo ad intervenire sui contenuti ospitati, non viene affermato dalla Corte europea in maniera generalizzata, stante l'esigenza di bilanciare il diritto alla protezione dei dati personali con quello di accesso alle informazioni ed alla libertà di manifestazione del pensiero.
Ne deriva un meccanismo che, secondo la Corte, demanda al fornitore di servizi di motore di ricerca l'onere di "selezionare" le richieste degli interessati di deindicizzazione dei link, in ragione della sussistenza di un interesse pubblico alla persistenza dell'accesso agevolato all'informazione, fondamentalmente in ragione del ruolo ricoperto dal soggetto in questione nella vita pubblica.
Ad avviso di chi scrive in questo modo viene imposta al provider una condotta non esigibile, in considerazione del fatto che egli non è un soggetto competente ad effettuare una scelta relativa al bilanciamento di interessi della persona confliggenti e parimenti

[12] Sul punto, pressoché testualmente, il paragrafo n. 88 della sentenza della CGUE.

rilevanti, scelta dalla quale ben potrebbe derivare una responsabilità civile del prestatore. Se egli sceglie infatti di non deindicizzare taluni link, come richiesto dall'interessato, questi potrebbe lamentare un danno non patrimoniale conseguente alla lesione di un suo diritto della persona, sotto la specie di diritto all'oblio, all'identità personale, all'immagine sociale etc.[13]; ugualmente, qualora opti per la cancellazione di ogni riferimento a quel soggetto dal proprio elenco di risultati potrebbe incorrere in una responsabilità nei confronti del soggetto che aveva caricato sul web le informazioni deindicizzate, il quale ben potrebbe lamentare una illegittima compressione del proprio diritto alla libertà di manifestazione del pensiero, come pure, un eventuale danno patrimoniale conseguente alla perdita di "visibilità" dei propri contenuti informativi, situazione alla quale infatti ben può corrispondere un danno suscettibile di valutazione economica[14].

Mi pare quindi che la sentenza della Corte di Bruxelles faccia comprendere come sia ineludibile una "manutenzione" della direttiva 2000/31 che abbia ad oggetto la disciplina della responsabilità del fornitore di hosting e che introduca una disciplina ad hoc, anche ricalcata su quella dell'host provider, per i motori di ricerca, come peraltro già nella *mens* del legislatore della direttiva il quale era stato lungimirante nell'individuare nella responsabilità dei motori di ricerca e nella individuazione di una procedura di *notice and take down* (segnalazione e rimozione) i punti principali di intervento della eventuale "revisione " della direttiva, prevista già dal suo art. 21[15].

L'elemento centrale di questo auspicabile intervento dovrebbe consistere nell'adeguamento delle condizioni di esenzione da responsabilità (o di imputazione della stessa, a seconda della prospettiva da cui si guarda) degli hosting provider alla nuova realtà che caratterizza questa tipologia di servizi, mediante un chiarimento dei limiti entro i quali permangono i caratteri di neutralità dell'intervento del provider.

E' evidente che per risolvere la questione si dovrebbe pervenire a quella che certa dottrina chiama *technical disclosure*[16], difficilmente compatibile con la sotto certi aspetti legittima segretezza delle modalità di funzionamento dell'algoritmo che è alla base del funzionamento di Google search); si potrebbe così superare l'approccio meramente casistico che risulta dalla costruzione giurisprudenziale dell'host attivo, in grado di incidere anche sulla eventuale sua qualificazione come responsabile del trattamento dei dati personali, laddove egli nell'intervenire sulle informazioni ospitate, determini in qualche modo anche le finalità del "trattamento", come ritenuto dalla Corte giustizia.

Si tratta ovviamente di un settore molto delicato, stante il conflitto tra esigenze di protezione dei soggetti danneggiati o da illeciti o da informazioni non di per sé illecite ma tali in quanto superate dal mutamento dell'immagine sociale della persona interessata

---

[13] Sul diritto all'oblio, con particolare riferimento alle informazioni circolanti sul web, si veda PERON, Il diritto all'oblio nell'era dell'informazione on-line, in Resp. Civ. prev., 2014, spec. 1188 e ss.

[14] In questo senso si veda BUGIOLACCHI, Mancata rimozione della indicizzazione, cit., 1539.

[15] Per tali considerazioni sia consentito il rinvio a BUGIOLACCHI, Evoluzione dei servizi di hosting provider, cit., spec. 2005 e ss.

[16] L'espressione è utilizzata da Sica, in SICA, Responsabilità del provider: per una soluzione "equilibrata", del problema, in Corr. Giur., 2013, 505.

da un lato e rischi di disincentivazione di attività da parte di soggetti che sulla prestazione di tali funzionalità - peraltro ormai irrinunciabili al fine di reperire i contenuti richiesti in quell'oceano informativo che è il web - hanno incentrato il loro modello di *business* dall'altro.

L'auspicato intervento di revisione della direttiva sull'e-commerce potrebbe rappresentare, tra l'altro, unitamente all'atteso Regolamento in materia di privacy, la sede per superare le perplessità suscitate dalla decisione della Corte di Giustizia ed evitarne alcune conseguenze eccessive, limitando, ad esempio, l'obbligo di intervento del gestore del servizio di motore di ricerca ai casi in cui la richiesta di deindicizzazione gli venga rivolta dal titolare del sito sorgente, quale effettivo responsabile del trattamento, il quale abbia a sua volta ricevuto dall'interessato una richiesta di cancellazione delle informazioni pubblicate.

La protezione dei dati personali del minore nel social digital marketing

Gianluigi Ciacci

Multimedia

Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode per accedere al MediaBook CLIOedu

Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management

N. 1 - 2015 · pp. 41-57

L'evoluzione della società dell'informazione verso l'Agenda digitale nell'ordinamento giuridico italiano

Alfonso Contaldo

Multimedia

Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode per accedere al MediaBook CLIOedu

Sommario: 1.I prodromi dell'Amministrazione digitale; 1.1. Il Sistema Pubblico di Connettività (SPC) e gli enti pubblici territoriali; 1.2. Il Sistema pubblico di connettività (SPC), la connettività e le reti internazionali; 2. Il Codice dell'Amministrazione digitale: brevi cenni sull'incidenza nello sviluppo della Società dell'informazione; 3. L' Agenda Digitale Italiana: brevi cenni normativi.

1. I prodromi dell'Amministrazione digitale

Lo sviluppo della Società dell'informazione, che a partire dal 1994 costituiva un obiettivo politico dell'Unione europea, diveniva nel 1999 un caposaldo anche dell'azione del governo italiano: "il Governo ritiene lo sviluppo della Società dell'informazione un obiettivo fondamentale della propria azione" . Con il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 5 febbraio 1999 veniva istituito (art. 2) il "Forum per la Società dell'informazione" con il compito sia di formulare proposte finalizzate allo sviluppo della società dell'informazione, sia di progettare il contributo delle strutture, pubbliche e private, sia di discutere della partecipazione italiana alle organizzazioni internazionali di settore , prevedendo altresì un suo coordinatore con l'incarico (articolo 3, comma 4) di: a) assicurare al Comitato dei Ministri il necessario supporto tecnico; b) proporre le modalità e le forme di partecipazione alle attività' dell'Unione europea e delle organizzazioni internazionali in materia di Società dell'informazione; c) promuovere la creazione - anche su base territoriale e nell'ambito del Forum - di gruppi di lavoro. Viene altresì previsto un Comitato interministeriale con il compito sia di definire le strategie e dare impulso all'attività di governo, sia di coordinare l'attività dei ministeri. Il Presidente del Consiglio, all'atto della formazione del Governo, ha nominato, per la prima volta, un Ministro senza portafoglio per l'innovazione e le tecnologie, il quale, ai sensi del D.P.C.M. 9 agosto 2001, è stato delegato ad esercitare le funzioni spettanti al Presidente del Consiglio "nelle materie dell'innovazione tecnologica, dello sviluppo della Società dell'informazione, nonché delle connesse innovazioni per le amministrazioni pubbliche, i cittadini e le imprese". Con la nomina del ministro senza portafoglio, il Governo ha "inteso colmare una visibile carenza del passato: la mancanza di una visione, di una strategia nazionale complessiva e coerente, che sappia tradursi in un piano d'azione e in progetti coordinati" . Secondo quanto stabilito dal decreto citato, il ministro per l'innovazione e le tecnologie svolge funzioni di indirizzo, di coordinamento e di impulso nei confronti delle amministrazioni centrali, con lo scopo di definire progetti specifici, piani di azione e programmi che, attraverso l'uso delle tecnologie dell'informazione, offrano servizi migliori, più efficaci ed efficienti, ai cittadini e alle imprese, e comportino un generale miglioramento delle condizioni economiche, sociali e culturali del Paese, favorendone la competitività, mentre in precedenza le funzioni del Presidente del Consiglio in materia di innovazione tecnologica erano state attribuite al Ministro per la funzione pubblica. Una serie di disposizioni frammentarie finalizzate a conferire finanziamenti, ha interessato la configurazione dei poteri del ministro per l'innovazione e le tecnologie. La legge 27 dicembre 2002 n. 289 all'art. 26, commi 2 e 3 ha attribuito al ministro ulteriori funzioni, con l'obiettivo di razionalizzare la spesa per il settore, oltre ad istituire il "Fondo per il finanziamento di progetti di innovazione tecnologica nelle pubbliche amministrazioni e nel Paese", con una dotazione di 100 milioni di euro per il 2003 (art.

26, co. 1). La legge n. 3 del 2003 all'art. 27 ha dettato norme volte a promuovere progetti innovativi per l'utilizzo delle nuove tecnologie nella pubblica amministrazione, conferendo al ministro per l'innovazione e le tecnologie compiti di direzione in progetti strategici e istituendo un apposito fondo, denominato "Fondo di finanziamento per i progetti strategici nel settore informatico delle pubbliche amministrazioni", dotato di un finanziamento di circa 155 milioni di euro nel triennio 2002-2004, successivamente rifinanziato dall'art. 4, comma 8, della legge finanziaria per il 2005. E' stato posto un forte accento sull'uso degli strumenti informatici come mezzo per migliorare la conoscibilità delle leggi e semplificare l'accesso alle norme da parte dei cittadini. In attuazione dell'art. 107 della legge 23 dicembre 2000 n. 388, che ha finanziato, con un apposito fondo, iniziative volte a promuovere l'informatizzazione e la classificazione della normativa vigente, al fine di facilitarne la ricerca e la consultazione gratuita da parte dei cittadini, con D.P.C.M. 24 gennaio 2003 sono state definite le modalità di utilizzazione del fondo (finanziato con 5 miliardi di lire annui dal 2001 al 2005). Del resto grande importanza avevano assunto le carte elettroniche nelle politiche di e-Government. Nell'ambito di esse, la carta d'identità elettronica e la carta nazionale dei servizi sono individuate come gli strumenti attraverso i quali i cittadini vengono riconosciuti in rete in modo certo, al fine di usufruire dei servizi erogati per via telematica dalle amministrazioni pubbliche. La Carta d'Identità Elettronica (CIE) è stata introdotta dall'art. 2, comma 10, della legge n. 127 del 1997 ; il passaggio decisivo verso la definizione della carta d'identità quale carta di servizi si è avuto con la modifica alla legge n. 127 del 1997 operata dalla legge n. 198 del 1999, che ne ha previsto l'utilizzo come strumento di semplificazione del rapporto tra P.A. e cittadini. Nel corso della legislatura, alcuni strumenti per la realizzazione dell'e-Government (ad es. firma digitale, protocollo informatico, carte elettroniche) già regolati dal testo unico sulla documentazione amministrativa sono stati oggetto di una ampia ridefinizione, altri sono stati in maniera innovativa disciplinati. Il D. Lgs. n. 10 del 2002 ha stabilito che le istanze e le dichiarazioni inviate per via telematica sono valide quando l'autore è identificato dal sistema informatico con l'uso della carta d'identità elettronica o della carta nazionale dei servizi, nei limiti di quanto stabilito da ciascuna amministrazione. La disposizione è stata recepita dall'art. 65 del Codice, che nell'articolo successivo disciplina in via generale le carte elettroniche. La legge finanziaria per il 2003 (art. 26, comma 4) ha previsto il ricorso a forme innovative di finanziamento (convenzioni, contributi di privati, finanza di progetto, cartolarizzazioni) per promuovere la diffusione della carta di identità elettronica e della carta nazionale dei servizi; l' art. 52, comma 9, ha stabilito l'assorbimento del tesserino fiscale nella carta nazionale dei servizi e la progressiva utilizzazione della carta medesima, anche ai fini della razionalizzazione della spesa sanitaria. La legge finanziaria per il 2004 (art. 4, comma 127) modificando l'art. 50 del decreto-legge n.269 del 2003 in materia di "Tessera sanitaria", ha disposto che quest'ultima possa essere integrata nella carta di identità elettronica. Dal 1 gennaio 2006, secondo quanto ha previsto l'art. 7-vicies ter, comma 2, del decreto-legge n. 7 del 2005 (Disposizioni urgenti per l'università e la ricerca, per i beni e le attività culturali, per il completamento di grandi opere strategiche, per la mobilità dei pubblici dipendenti, nonché per semplificare gli adempimenti relativi a imposte di bollo e tasse di concessione. Sanatoria degli effetti dell'articolo 4, comma 1, del decreto-legge 29 novembre 2004, n. 280), la carta d'identità cartacea è sostituita, all'atto della richiesta del primo rilascio o del rinnovo del documento, dalla carta d'identità elettronica. Per quanto riguarda la concreta attuazione, nel 2001 è stato dato avvio ad una prima fase di sperimentazione della CIE che ha visto l'emissione di 100.000 carte da parte di 83 comuni selezio-

nati alla sperimentazione. Tale sperimentazione ha consentito di valutare la complessità del processo di emissione, dalle implicazioni organizzative all'interno dei comuni ai requisiti di formazione per gli operatori coinvolti. I costi elevati di realizzazione del progetto carta d'identità elettronica e le notevoli difficoltà organizzative hanno rallentato la diffusione di tale documento, facendo di conseguenza concentrare le risorse sulla carta nazionale dei servizi.
Con il D.P.R. n. 117 del 2004 è stato approvato il regolamento concernente la diffusione della carta nazionale dei servizi. La carta nazionale dei servizi è emessa, su richiesta del soggetto interessato, dalle pubbliche amministrazioni che intendono rilasciarla e si assumono i relativi oneri di produzione e rilascio. Essa ha validità determinata dall'amministrazione emittente, comunque non superiore a sei anni e costituisce lo strumento principale per l'accesso ai dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni, sia quelli di dominio pubblico, sia quelli contenenti informazioni personali del cittadino (dati fiscali, previdenziali, sanitari, ecc.). La carta consente ai cittadini di fruire dei servizi da una postazione dotata di lettore (PC) senza doversi recare personalmente nei vari uffici. La carta nazionale dei servizi può essere utilizzata anche per i pagamenti informatici tra soggetti privati e pubbliche amministrazioni, secondo quanto previsto dalla normativa vigente. Le pubbliche amministrazioni che erogano servizi in rete devono consentirne l'accesso ai titolari della carta nazionale dei servizi indipendentemente dall'ente di emissione, che è responsabile del suo rilascio. Nel microprocessore della CNS è contenuto il certificato di autenticazione, che identifica il titolare e garantisce l'autenticità delle informazioni; accanto a questo potrà essere inserito anche il certificato di firma digitale, che renderà la carta uno strumento più completo. Al momento dell'emissione o del rinnovo della carta nazionale dei servizi, l'amministrazione, utilizzando i servizi telematici resi disponibili dall'indice nazionale delle anagrafi (INA), effettua la verifica della corrispondenza dei dati identificativi e accerta che il soggetto richiedente non sia già in possesso della carta di identità elettronica. In caso di corrispondenza dei dati identificativi e se il soggetto richiedente non risulta titolare di una carta d'identità elettronica, l'amministrazione emette la carta nazionale dei servizi ed invia il codice numerico identificativo della carta, la data del rilascio e la data di scadenza all'Indice nazionale delle anagrafi, al fine di formare ed aggiornare la lista di emissione. L'articolo 1-novies del decreto-legge n. 44 del 2005 (Disposizioni urgenti in materia di enti locali) ha riformulato il quarto e il quinto comma dell'art. 1 della legge n. 1228 del 1954 ("Ordinamento delle anagrafi della popolazione residente", recante la disciplina delle anagrafi, con lo scopo di alimentare l'Indice nazionale delle anagrafi (INA) in vista della diffusione della carta d'identità elettronica. I commi quarto e quinto dell'art. 1 della legge n. 1228 del 1954 sono stati introdotti dall'art. 2-quater del decreto-legge n. 392 del 2000 (Disposizioni urgenti in materia di enti locali). Essi hanno istituito, presso il Ministero dell'interno, l'Indice nazionale delle anagrafi (INA), finalizzato a migliorare l'esercizio della funzione di vigilanza e di gestione dei dati anagrafici tenuti dai comuni .
L'INA è un archivio di servizio, accessibile in rete a tutti i Comuni, nel quale sono contenute una serie di informazioni (cognome e nome del cittadino; codice fiscale; codice del comune di ultima residenza presso il quale sono conservate le informazioni anagrafiche). Le informazioni di dettaglio continuano comunque ad essere contenute e gestite dalle rispettive anagrafi comunali: l'INA pertanto non costituisce un'anagrafe centralizzata, ma una sorta di anagrafe virtuale realizzata attraverso il collegamento telematico delle singole anagrafi comunali. Con il decreto del ministro dell'interno 23 aprile 2002, n. 513, è stato costituito il Centro nazionale per i servizi demografici presso il Dipartimento per gli affari interni e territoriali, competente, fra l'altro, in ordine alle

funzioni connesse alla gestione dei processi di autenticazione e convalida dei dati anagrafici, alla gestione, all'aggiornamento e alla consultazione dell'INA, alla gestione del Centro servizi anagrafi del Sistema di accesso e interscambio anagrafico (SAIA). Il continuo e costante aggiornamento delle informazioni contenute nell'INA è garantito dalle comunicazioni di variazioni anagrafiche che vengono inviate tramite il SAIA. Al progetto INA-SAIA è tra l'altro connessa l'introduzione della carta nazionale dei servizi per quanto riguarda sia le funzioni di controllo del procedimento di emissione in "sicurezza" delle carte da parte dei Comuni sia quelle relative all'utilizzo del nuovo documento da parte dei cittadini. La nuova carta permette anche l'accesso ai servizi della pubblica amministrazione centrale e degli enti locali. Secondo quanto prevede il D.P.R. n.117 del 2004, le amministrazioni che intendono emettere la CNS, identificato il titolare, rilasciano la carta nel rispetto delle regole tecniche ed inviano i dati identificativi all'INA, che ne verifica la correttezza e inserisce il codice numerico e le date di rilascio e scadenza nella lista di emissione. La formazione dell'INA sta avendo luogo progressivamente. Il regolamento recante i principi generali sull'INA è stato adottato con D.M. 13 ottobre 2005, n. 240 "Regolamento di gestione dell'Indice Nazionale delle Anagrafi (INA)".

Il decreto del ministro dell'interno, del ministro per l'innovazione e del ministro dell'economia del 9 dicembre 2004 ha definito le regole tecniche e di sicurezza relative alle tecnologie e ai materiali utilizzati per la produzione della Carta nazionale dei servizi. Per completare e unificare il quadro di applicazione della firma elettronica , la cui disciplina era stata inizialmente posta nella XIII legislatura, è stato emanato il D.P.R. n. 137 del 2003. Il provvedimento, attuativo del D. Lgs. n. 10 del 2002, ne ha coordinato le disposizioni con quelle recate dal testo unico sulla documentazione amministrativa e ha fissato i requisiti (affidabilità; garanzia della sicurezza) per lo svolgimento dell'attività dei certificatori.

Le regole tecniche per la generazione, apposizione e verifica delle firme digitali che si applicano ai certificatori che rilasciano al pubblico certificati "qualificati" e ai certificatori "accreditati", i quali devono osservare anche le regole per la validazione temporale e per la protezione dei documenti informatici, sono state fissate dal D.P.C.M. 13 gennaio 2004 che ha riguardato le Regole tecniche per la formazione, la trasmissione, la conservazione, la duplicazione, la riproduzione e la validazione, anche temporale, dei documenti informatici. Proseguendo nell'azione già intrapresa nella XIII legislatura, che aveva segnato la prima introduzione nella P.A. di alcuni strumenti e processi digitali fortemente innovativi, quali le firme elettroniche, le carte per l'accesso on-line ai servizi della pubblica amministrazione, il protocollo informatizzato, il sistema centralizzato di acquisti delle amministrazioni pubbliche (e-Procurement), etc., sono stati adottati numerosi provvedimenti per la digitalizzazione della pubblica amministrazione. Alcune tematiche (il documento informatico, le firme elettroniche, i pagamenti informatici, le carte elettroniche) hanno successivamente trovato collocazione, a livello di principi generali, nel Codice dell'amministrazione digitale. Con l'intento di assicurare una maggiore trasparenza ai cittadini in merito alle richieste di informazioni da essi presentate alle amministrazioni statali e per promuovere l'utilizzo del documento informatico e della firma elettronica negli scambi di documenti ed atti tra amministrazioni, il ministro per l'innovazione e le tecnologie ha emanato il 9 dicembre 2002 una direttiva sulla trasparenza dell'azione amministrativa e sulla gestione elettronica dei flussi documentali . Ad essa hanno fatto seguito ulteriori provvedimenti volti a favorire l'automazione dei flussi documentali, tra i quali si ricordano, in particolare, le linee guida per l'adozione del protocollo informatico e per il trattamento

informatico dei procedimenti amministrativi (D.P.C.M. 14 ottobre 2003).
La legge n. 15 del 2005 (art. 3), inserendo l'art. 3-bis nella legge n. 241 del 1990, ha previsto in via generale l'uso della telematica da parte delle amministrazioni pubbliche nei rapporti tra le diverse amministrazioni, e tra queste e i privati. Il D.P.C.M. 27 settembre 2001 aveva istituito, nell'ambito della Presidenza del Consiglio, il Dipartimento per l'innovazione e le tecnologie, quale struttura di supporto all'esercizio delle funzioni delegate al ministro, mentre con il decreto 18 dicembre 2001 si era provveduto a definire l'organizzazione interna dello stesso Dipartimento. Per favorire lo sviluppo e l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nei diversi settori, era stato costituito, con D.P.C.M. 19 settembre 2001, il Comitato dei ministri per la Società dell'informazione, con il compito di coordinare l'azione delle amministrazioni e di assicurare la definizione e la realizzazione di una strategia coerente per lo sviluppo della Società dell'informazione e delle politiche di settore collegate. Il Comitato, presieduto dal ministro per l'innovazione e le tecnologie, è stato composto dal Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio (con funzioni di Segretario del Consiglio dei ministri) e dai ministri delle attività produttive, per l'attuazione del programma di Governo, dei beni culturali, delle comunicazioni, dell'economia, per la funzione pubblica, dell'interno, del lavoro, per le politiche comunitarie, dell'istruzione e della salute. La struttura organizzativa funzionale al perseguimento degli obiettivi di e-Government e di costruzione della Società dell'informazione veniva individuata nel Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione (CNIPA), istituito presso la Presidenza del Consiglio ai sensi dell'art. 176, comma 3, del D. Lgs. n. 196 del 2003, che assumeva i compiti della preesistente Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione (AIPA), istituita dall'art. 4 del D. Lgs. n. 39 del 1993. Ex art. 5 D. Lgs. n.343 del 2003, a decorrere dal 1° gennaio 2004 venivano trasferiti al CNIPA anche i compiti, le funzioni e le attività esercitati dal Centro tecnico istituito presso l'AIPA per l'assistenza ai soggetti che utilizzano la Rete unitaria della pubblica amministrazione (RUPA) istituita ai sensi dell'art. 15, comma 1, della legge n 59 del 1997, successivamente sostituta, ad opera del D. Lgs. n. 42 del 2005, dal Sistema pubblico di connettività (SPC).
Sono stati inoltre istituiti, tra gli altri, due organismi con competenze consultive generali. La Conferenza permanente per l'innovazione tecnologica, prevista dall'art. 18 del Codice dell'amministrazione digitale (D. Lgs. n. 82 del 2005, è l'organo che svolge funzioni di consulenza al ministro per l'innovazione e le tecnologie in materia di sviluppo ed attuazione dell'innovazione tecnologica nelle amministrazioni dello Stato; tra l'altro, essa verifica con cadenza semestrale lo stato di attuazione sia dei programmi in materia di innovazione tecnologica, sia del piano triennale dei progetti e dei principali interventi di sviluppo e gestione dei sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni predisposto dal CNIPA.
Dando attuazione a quanto previsto dall'art. 14 CAD, che prevede l'istituzione di organismi di cooperazione con le Regioni e le autonomie locali, il D.Lgs. n. 159 del 2006, con una novella al Codice, ha istituito presso la Conferenza Unificata Stato-Regioni la Commissione permanente per l'innovazione tecnologica nelle Regioni e negli Enti locali, quale sede paritetica per il confronto sull'attuazione delle politiche per l'innovazione sul territorio, dotata di funzioni istruttorie e consultive. Iniziative analoghe erano già state assunte in precedenza: il 15 gennaio 2004 era stata insediata, nell'ambito del programma di innovazione tecnologica funzionale all'ammodernamento della pubblica amministrazione locale (P.A.L.), la Commissione permanente per l'innovazione tecnologica nei Comuni. L'organismo era previsto dal protocollo d'intesa siglato con l'ANCI del 19

dicembre 2002 e aveva compiti sia operativi, sia di indirizzo; di esso facevano parte rappresentanti dell'ANCI e dei Comuni individuati in ogni Regione italiana.
Il Governo aveva inoltre dettato gli obiettivi generali in materia, definendoli all'inizio del 2002 con le Linee guida del Governo per lo sviluppo della Società dell'informazione che si sarebbe sviluppata lungo tre direttrici di intervento: a) la trasformazione della pubblica amministrazione tramite le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (e-Government), avendo come modello una pubblica amministrazione orientata all'utente, cittadino ed impresa, fornitrice di moderni servizi, con cui sia facile operare; b) la realizzazione di interventi nel "sistema Paese" per l'innovazione e lo sviluppo della Società dell'informazione, che agiscono sul capitale umano, in materia di politica industriale e finanziaria, sulle norme e sulle infrastrutture, e sono orientati a creare le condizioni e i prerequisiti per il diffondersi dell'innovazione e l'affermarsi della Società dell'informazione; c) l'azione internazionale, che ha portato il Governo Italiano ad assumere, nell'ambito del G8, la responsabilità dell'iniziativa "e-Government per lo sviluppo": un programma di cooperazione internazionale per la digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni nei Paesi in via di sviluppo. L'azione internazionale è inoltre volta a fare in modo che le tematiche della Società dell'informazione assumano sempre maggiore centralità nell'agenda dell'Unione europea.
La complessa attività di sviluppo della Società dell'informazione avrebbe previsto altresì l'adozione di specifici strumenti di governo, tra i quali il piano triennale , con cui definire i progetti di innovazione, gli obiettivi quantitativi e qualitativi e i finanziamenti necessari sia per gli investimenti che per la gestione. Il piano è adottato dal CNIPA, che provvede annualmente alla sua revisione.
Dal punto di vista delle politiche legislative, gli interventi normativi che hanno interessato il settore sono stati sostanzialmente finalizzati: a) alla definizione delle strutture di governo dell'innovazione e all'individuazione dei loro compiti; b) al finanziamento di iniziative specifiche dirette a sostenere il processo di sviluppo della Società dell'informazione nella pubblica amministrazione e nel Paese (si ricordano, tra le numerose altre, gli incentivi per l'acquisto di personal computer in favore dei giovani, dei docenti, dei dipendenti pubblici; i finanziamenti per la diffusione della carta di identità elettronica e della carta nazionale dei servizi; la sperimentazione del conteggio informatizzato del voto, etc.); c) all'introduzione o alla ridefinizione di strumenti o di procedure volti a riorganizzare la pubblica amministrazione al fine della sua progressiva digitalizzazione e del miglioramento dei servizi offerti (fra questi, il sistema pubblico di connettività; la posta elettronica certificata; le firme digitali; il protocollo informatico; gli acquisti centralizzati delle pubbliche amministrazioni; l'informatizzazione degli uffici cassa delle amministrazioni statali; la partecipazione al procedimento amministrativo informatico; etc.).
Con riferimento alla trasformazione della pubblica amministrazione, e in particolare delle Amministrazioni centrali, le Linee guida per lo sviluppo della Società dell'informazione hanno indicato i dieci obiettivi : a) servizi on line ai cittadini e alle imprese sia come disponibilità on line di tutti i servizi delle amministrazioni centrali 'prioritari' per cittadini e imprese, sia come distribuzione di 30 milioni di carte di identità elettroniche e carte nazionali dei servizi per favorire l'accesso ai servizi della pubblica amministrazione, sia come diffusione di un milione di firme digitali entro il 2003; b) efficienza interna della pubblica amministrazione; c) effettuazione del 50 per cento degli acquisti di beni e servizi da parte della pubblica amministrazione tramite e-Procurement; sia con l'utilizzo delle e-mail per tutta la posta interna della pubblica amministrazione, sia con la gestione on-line di tutti gli impegni e i mandati di pagamento; d) valorizzazione delle risorse umane sia

con l'alfabetizzazione certificata di tutti i dipendenti pubblici che utilizzano le tecnologie ICT per il loro lavoro, sia con un terzo della formazione dei dipendenti pubblici erogata via e-Learning; e) trasparenza con l'accesso on-line all'iter delle pratiche da parte dei cittadini (trasparenza verso l'esterno dell'iter burocratico) per due terzi degli uffici della pubblica amministrazione; f) qualità, con la dotazione a tutti gli uffici che erogano servizi, di un sistema di soddisfazione dell'utente. Le singole Amministrazioni sono state inoltre invitate ad elaborare obiettivi specifici, coerenti con la strategia di e-Government, nelle proprie aree di intervento, finalizzati a qualificare in modo innovativo l'azione di ciascun Ministero.

Le priorità d'intervento in materia di digitalizzazione della pubblica amministrazione sarebbero state definite ciascun anno da direttive emanate dal ministro per l'innovazione e le tecnologie, fissando gli obiettivi concreti da conseguire nel corso dell'esercizio. Esse costituiscono indirizzi per le amministrazioni dello Stato e integrano i piani predisposti autonomamente dalle singole amministrazioni per l'anno di riferimento.

Per l'anno 2005 sono stati enucleati con la Direttiva del ministro per l'innovazione e le tecnologie del 18 novembre 2005, Linee guida per la Pubblica amministrazione digitale sono stati elencati i settori di intervento prioritario per le amministrazioni: a) comunicazione elettronica (all'interno di ciascuna amministrazione; tra amministrazioni diverse; tra amministrazioni, cittadini e imprese); b) Rete Internazionale delle pubbliche amministrazioni; c) Sistema pubblico di connettività e cooperazione (SPC); c) Carta nazionale dei servizi (CNS); d) servizi on-line agli utenti; e) gestione documentale. La direttiva prevede l'attivazione della seconda fase della digitalizzazione della P.A., successiva alla prima che, iniziata nel 2001, si è conclusa nel 2004. La seconda fase si fonda sulla interoperabilità tra le amministrazioni e sul pieno raccordo tra digitalizzazione, organizzazione, processi e servizi al pubblico.

Secondo quanto prevede la Direttiva, questo passaggio alla seconda fase della digitalizzazione trova il suo fondamento normativo nell'approvazione di due riforme organiche che costituiranno la base per l'evoluzione dell'e-Government nei prossimi anni: il decreto legislativo (D.Lgs. n. 42 del 2005) con cui è stato disciplinato il Sistema Pubblico di Connettività' e Cooperazione (SPC), che ha sostituito la Rete Unitaria delle Pubbliche Amministrazioni, con l'obiettivo di raccordare tutte le pubbliche amministrazioni statali, regionali e locali, e il Codice dell'amministrazione digitale, che ha dato un assetto unitario ed organico al complesso di diritti dei cittadini e delle imprese, agli istituti giuridici e ai doveri delle amministrazioni in materia di digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni.

Le Linee guida per il 2006 (Direttiva del ministro per l'innovazione e le tecnologie del 18 novembre 2005, Linee guida per la Pubblica amministrazione digitale) , dopo aver ricordato l'entrata in vigore, il 1° gennaio 2006, del Codice dell'amministrazione digitale, hanno indicato alcuni punti fondamentali da questo disciplinati sui quali le pubbliche amministrazioni dovranno concentrare i loro sforzi per assicurarne l'attuazione, fornendo loro indicazioni operative in merito. Si tratta dei seguenti obiettivi, coincidenti, in parte, con quelli elencati nella precedente Direttiva del gennaio 2005: a) comunicazione telematica tra pubblica amministrazione e cittadini; b) comunicazione interna alle pubbliche amministrazioni; c) Carta Nazionale dei Servizi; d) transazioni economiche on line; e) conferenza di servizi on line; f) sicurezza dei sistemi informativi; g) strutture per l'organizzazione, l'innovazione e le tecnologie (centri di competenza).

Secondo quanto si rileva in proposito nelle Linee guida per l'amministrazione digitale per il 2006,

il numero di CNS in circolazione è di oltre dieci milioni e molte sono in procinto di essere emesse: "pertanto, tutte le pubbliche amministrazioni che erogano servizi in rete devono provvedere – in coerenza con quanto previsto nell'art. 5, comma 2 del D.P.R. 117/2004 – a consentire l'accesso ai servizi ai titolari di tutte le CNS, indipendentemente dall'ente di emissione delle stesse. Contestualmente, le amministrazioni sono tenute a dare esplicita pubblicità nei propri siti istituzionali della possibilità di usufruire dei servizi offerti ai cittadini utilizzando la CNS come strumento di accesso".
La progressiva sostituzione dell'attuale archiviazione su carta con modalità di conservazione informatizzate (dematerializzazione dei documenti delle pubbliche amministrazioni) è un altro degli obiettivi del programma di digitalizzazione della pubblica amministrazione. Tra gli strumenti fondamentali per la limitazione della produzione cartacea sono stati individuati la protocollazione e gestione documentale informatica e la posta elettronica.
Nel marzo 2006 è stato presentato il primo Libro bianco sulla dematerializzazione della documentazione amministrativa, promosso da uno specifico Gruppo di lavoro interministeriale. Nel frattempo, per approfondire alcuni problemi specifici, sono stati attivati dieci Tavoli tecnici, i risultati dei quali saranno pubblicati in un successivo Libro bianco, atteso per il prossimo autunno.
La dematerializzazione punta a due obiettivi: da un lato, l'eliminazione dei documenti cartacei attualmente esistenti negli archivi e la loro sostituzione con documenti digitali, dall'altro, l'adozione di criteri per evitare o per ridurre significativamente la creazione di nuovi documenti cartacei. Ciò consentirebbe notevoli risparmi diretti, per quanto riguarda la carta e gli spazi recuperati, e, indiretti, in termini di tempo, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa pubblica. Nel documento sono illustrate alcune esperienze significative nel campo della dematerializzazione realizzate o in corso di realizzazione da parte di amministrazioni pubbliche.

1.1. Il Sistema Pubblico di Connettività (SPC) e gli enti pubblici territoriali

Con il decreto legislativo 28 febbraio 2005 n. 42 viene dettata una prima disciplina del sistema pubblico di connettività, che prima supporterà e poi sostituirà (al massimo entro trenta mesi dalla emanazione dello stesso decreto legislativo) le RUPAR e le reti civiche , assicurandone il coordinamento informativo e informatico dei dati tra le amministrazioni centrali, regionali e locali e di promuovere l'omogeneità nella elaborazione e trasmissione dei dati stessi, finalizzata allo scambio e diffusione delle informazioni tra le pubbliche amministrazioni e alla realizzazione di servizi integrati: la realizzazione del SPC avviene nel rispetto dei seguenti principi :a) sviluppo architetturale ed organizzativo atto a garantire la natura federata, policentrica e non gerarchica del sistema; b) economicità nell'utilizzo dei servizi di rete, di interoperabilità e di supporto alla cooperazione applicativa; c) sviluppo del mercato e della concorrenza nel settore delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Si definisce un insieme di infrastrutture tecnologiche e di regole tecniche, per lo sviluppo, la condivisione, l'integrazione e la diffusione del patrimonio informativo e dei dati della pubblica amministrazione, necessarie per assicurare l'interoperabilità di base ed evoluta e la cooperazione applicativa dei sistemi informatici e dei flussi informativi, garantendo la sicurezza, la

riservatezza delle informazioni, nonché la salvaguardia e l'autonomia del patrimonio informativo di ciascuna pubblica amministrazione, anche con collegamenti all'estero . Al Sistema Pubblico di Connettività partecipano tutte le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, fatta eccezione per le funzioni di ordine e sicurezza pubblica, difesa nazionale, consultazioni elettorali. Le finalità del Sistema pubblico di connettività sono quelle: a) fornire un insieme di servizi di connettività condivisi dalle pubbliche amministrazioni interconnesse, definiti negli aspetti di funzionalità, qualità e sicurezza, ampiamente graduabili in modo da poter soddisfare le differenti esigenze delle pubbliche amministrazioni aderenti al SPC; b) garantire l'interazione della pubblica amministrazione centrale e locale con tutti gli altri soggetti connessi a Internet, nonché con le reti di altri enti, promuovendo l'erogazione di servizi di qualità e la miglior fruibilità degli stessi da parte dei cittadini e delle imprese; c) fornire un'infrastruttura condivisa di interscambio che consenta l'interoperabilità tra tutte le reti delle pubbliche amministrazioni esistenti, favorendone lo sviluppo omogeneo su tutto il territorio nella salvaguardia degli investimenti effettuati; d) fornire servizi di connettività e cooperazione alle pubbliche amministrazioni che ne facciano richiesta, per permettere l'interconnessione delle proprie sedi e realizzare così anche l'infrastruttura interna di comunicazione; e) realizzare un modello di fornitura dei servizi multifornitore coerente con l'attuale situazione di mercato e le dimensioni del progetto stesso; f) garantire lo sviluppo dei sistemi informatici nell'ambito del SPC salvaguardando la sicurezza dei dati, la riservatezza delle informazioni, nel rispetto dell'autonomia del patrimonio informativo delle singole amministrazioni e delle vigenti disposizioni in materia di protezione dei dati personali. Il coordinamento per gli indirizzi strategici è affidato ad una apposita Commissione di livello tecnico-funzionariale, la quale, subentrando nelle funzioni del CNIPA: a) assicura il raccordo tra le amministrazioni pubbliche, nel rispetto delle funzioni e dei compiti spettanti a ciascuna di esse; b) approva le linee guida, le modalità operative e di funzionamento dei servizi e delle procedure per realizzare la cooperazione applicativa fra i servizi erogati dalle amministrazioni; c) promuove l'evoluzione del modello organizzativo e dell'architettura tecnologica del SPC in funzione del mutamento delle esigenze delle pubbliche amministrazioni e delle opportunità derivanti dalla evoluzione delle tecnologie; d) promuove la cooperazione applicativa fra le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle regole tecniche di cui all'art. 16; e) definisce i criteri e ne verifica l'applicazione in merito alla iscrizione, sospensione e cancellazione dagli elenchi dei fornitori qualificati SPC; f) dispone la sospensione e cancellazione dagli elenchi dei fornitori qualificati; g) verifica la qualità e la sicurezza dei servizi erogati dai fornitori qualificati del SPC; h) promuove il recepimento degli standard necessari a garantire la connettività, l'interoperabilità di base e avanzata, la cooperazione applicativa e la sicurezza del Sistema.

1.2. Il Sistema pubblico di connettività (SPC), la connettività e le reti internazionali

La comunicazione interattiva grazie all'impiego delle tecnologie informatiche sembra costituire un elemento importante anche nella ricostruzione dei rapporti fra i cittadini, gli enti pubblici territoriali e l'ambito sopranazionale. Con il decreto interministeriale del 14 maggio 2004, su proposta

del Ministro per l'Innovazione e le Tecnologie di concerto con i Ministri per la Funzione pubblica, Economia e Finanze e Affari Esteri, è stata prevista l'istituzione ed una prima disciplina della Rete Internazionale Pubblica Amministrazione secondo un progetto che ambisce a collegare le sedi estere dei diversi rami della P.A. in modo sicuro ed affidabile, consentendo nel contempo loro di poter accedere in maniera efficiente ad Internet: la qual cosa potrebbe consentire altresì agli uffici di rappresentanza delle Regioni presso le Comunità economiche europee a cooperare con le stesse amministrazioni statali al fine delle iniziative a tutela delle produzioni locali di prodotti, beni (anche agroalimentari) e servizi.

Il progetto era stato approvato dal Comitato dei Ministri per la Società dell'Informazione il 18 marzo 2003, sulla base della proposta presentata dal Ministro per l'Innovazione e le Tecnologie, e vi erano stati assegnati 17 milioni di euro per la sua realizzazione, con la previsione di un apposito gruppo di lavoro congiunto fra il CNIPA, il Ministero degli Affari Esteri e l'Istituto del Commercio Estero. L'analisi dei fabbisogni di connettività delle Amministrazioni, propedeutica alla definizione dei servizi del listino, ha richiesto notevoli sforzi; ma soprattutto l'estensione geografica della fornitura, che interessa l'intero globo, ha messo in luce una serie di problematiche di rilevante complessità. Il listino di servizi che ne risulta ha una struttura altamente articolata e sulla base delle sue singole voci del listino, ogni amministrazione potrà soddisfare le esigenze di ciascun sito estero mediante un'opportuna combinazione dei profili di connettività Ip (servizi di base, servizi opzionali, servizi di trasporto IP, servizi internet), e sicurezza di rete, che comprende la gestione ed evoluzione di servizi di sicurezza che riguardano l'erogazione delle funzionalità di firewall, di intrusion detection, di VPN IPSec e NAT. Sono previsti due profili di sicurezza che differiscono sia nella misurazione dei livelli di servizio che nel livello di proattività del fornitore a monitorare gli allarmi del sistema di sicurezza che, nel caso di profilo strong, deve essere molto più elevato.

Critica è anche la gestione di un progetto che abbia uno sviluppo territoriale su diverse aree geografiche, da quelle più avanzate a quelle più arretrate . Sulla base di tali esigenze si è giunti alla formulazione di un bando di gara della RIPA per una procedura "ristretta ad appalto concorso" svolta in ambito europeo per giungere alla sottoscrizione di un contratto-quadro della durata di cinque anni per la fornitura di "Servizi di Rete Internazionale delle P.A" tra il Fornitore aggiudicatario della gara ed il CNIPA, in rappresentanza delle Amministrazioni . La Rete internazionale delle pubbliche amministrazioni viene inoltre interconnessa ai sensi dell'art. 11 decreto legislativo n. 42 del 2005 al SPC. Anche per le connettività alla R.I.P.A. , le singole P.A. che vi aderiscono sono tenute ad avvalersi dei servizi offerti da P.A., che dispongono di reti in ambito internazionale, sono tenute a migrare nella Rete internazionale delle pubbliche amministrazioni entro e non oltre due anni a decorrere dalla data dello stesso decreto legislativo n. 48 del 2005; ma possono comunque aderire alla R.I.P.A. e alla connessione internazionale della SPC altresì le amministrazioni non comprese tra quelle di cui all'art. 1, comma 1, del decreto legislativo 12 febbraio 1993, n. 39, e quindi gli enti pubblici territoriali, che così possono attivarsi in un circuito di comunicazione internazionale .

Il SPC è stato ritenuto maggiormente idoneo della RUPA a garantire l'interoperabilità e la cooperazione applicativa tra i sistemi informativi delle diverse amministrazioni pubbliche, centrali e locali, consentendo a queste di utilizzare i servizi telematici per elaborare ed erogare i propri servizi direttamente ai cittadini e alle imprese. Accanto al SPC, ed a questo interconnessa, il D. Lgs. 42/2005 ha istituito una Rete internazionale delle pubbliche amministrazioni, volta a consentire il

collegamento tra queste e gli uffici italiani all'estero. Le disposizioni del D. Lgs. n. 42 del 2005 sono confluite successivamente nel Codice.
Le strategie in materia di sicurezza informatica e delle telecomunicazioni per la pubblica amministrazione sono state definite dalla Direttiva del 16 gennaio 2002. Con decreto interministeriale del 24 luglio 2002 è stato istituito uno specifico Comitato tecnico nazionale, quale organismo tecnico di coordinamento tra le amministrazioni interessate, nell'ambito della realizzazione del Piano Nazionale della sicurezza informatica e delle telecomunicazioni.
L'obiettivo di comunicare per via telematica con i cittadini e le imprese che lo richiedano presuppone che l'amministrazione si adoperi per rendersi facilmente raggiungibile con tale modalità. Oltre al regolamento sulla posta elettronica certificata, si segnala la direttiva del Presidente del Consiglio del 30 maggio 2002 sull'uso del dominio internet ".gov.it" e l'interazione del portale nazionale "italia.gov.it" con le pubbliche amministrazioni. Il portale nazionale intende porsi come una porta di accesso unificato ai servizi digitali resi disponibili dalle diverse strutture amministrative pubbliche.
La legge n. 4 del 2004, per favorire l'accesso all'informatica per i disabili, ha introdotto specifiche disposizioni per garantire il diritto di accesso ai servizi informatici e telematici della pubblica amministrazione e ai servizi di pubblica utilità da parte delle persone disabili. La legge tutela e garantisce, in particolare, il diritto di accesso ai servizi informatici e telematici della pubblica amministrazione e ai servizi di pubblica utilità da parte delle persone disabili, in ottemperanza principio di uguaglianza sancito dall'articolo 3 della Costituzione. Il Dipartimento per l'innovazione e le tecnologie, avvalendosi del CNIPA, svolge i compiti amministrativi inerenti alla attuazione della legge. Con il D.P.R. n. 75 del 2005 è stato adottato il regolamento di attuazione della legge n. 4 del 2005 e con il decreto 8 luglio 2005 (Requisiti tecnici e i diversi livelli per l'accessibilità agli strumenti informatici) sono stati definiti i requisiti tecnici e i diversi livelli per l'accessibilità agli strumenti informatici. Gli interventi infine hanno avuto come obiettivo il miglioramento dell'efficienza interna della macchina organizzativa statale e la valorizzazione delle risorse umane.
Per quanto riguarda lo sviluppo e l'utilizzazione dei programmi informatici da parte delle pubbliche amministrazioni, la Direttiva 19 dicembre 2003 ha dettato indicazioni e criteri tecnici e operativi per gestire più efficacemente il processo di predisposizione o di acquisizione di programmi informatici. In particolare, nella direttiva si precisa che le pubbliche amministrazioni devono tenere conto dell'offerta sul mercato della modalità di sviluppo e diffusione di programmi informatici, definita "open source" o "a codice sorgente aperto".

2. Il Codice dell'Amministrazione digitale: brevi cenni sull'incidenza nello sviluppo della Società dell'informazione

Il d.P.R. n. 82 del 2005 unifica in un Codice sia le disposizioni legislative che le disposizioni regolamentari dettate per il settore . Non affrontando in questa sede la questione delle fonti, se sia o meno possibile un' inserzione in un'unica norma di due fonti di diversa natura, una primaria e

l'altra secondaria atipica (trattasi di regolamento di delegificazione) , occupiamoci in questa sede di analizzarne il contenuto, anche alla luce delle novità introdotte successivamente con il d. lgs. 30 dicembre 2010 n. 235. .

Il Codice per l'Amministrazione digitale (d.P.R. 7 marzo 2005 n. 82) è stato suddiviso in otto capi. Volendo soffermarci massimamente sugli articoli dal 20 in poi, che si riferiscono proprio alla gestione elettronica dei documenti, procediamo ad una rapida analisi delle altre disposizioni .

L'art. 3 del Codice sancisce il principio generale in base al quale i cittadini e le imprese hanno il diritto di "richiedere" e di "ottenere" l'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni centrali e con i gestori di pubblici servizi statali.

Il medesimo principio è ripreso anche dal decreto-legge 35/2005 che, al comma 3-quater dell'art. 7, stabilisce l'obbligo per le amministrazioni statali di ricevere nonché inviare, ove richiesto, in via telematica, nel rispetto della normativa vigente, la corrispondenza, i documenti e tutti gli atti relativi ad ogni adempimento amministrativo.

Il capo II del Codice (articoli da 20 a 23) ha recepito nella sostanza la disciplina già contenuta, sul tema in questione, nel testo unico sulla documentazione amministrativa, apportando alcune rilevanti innovazioni, con particolare riguardo al valore probatorio del documento informatico in relazione alla tipologia delle firme elettroniche; pertanto riprende altresì le disposizioni del d.P.R. n. 513 del 1997, al fine di armonizzare le norme relative al documento tradizionale con quello informatico . Viene affermato il principio della rilevanza del documento informatico, sotto il profilo della validità e quello dell'efficacia probatoria. Con riferimento alle regole tecniche (art. 71) del documento informatico si rinvia a un emanando decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sentita la CNIPA (già Autorità Informatica per la Pubblica Amministrazione) e il Garante per la protezione dei dati personali . Viene poi affermato il principio per cui il documento informatico formato dalla pubblica amministrazione è da considerarsi "originale". Infatti il documento informatico sottoscritto con firma digitale equivale ad una scrittura privata. Occorre ovviamente che il documento sia corredato di tutte le informazioni necessarie ad identificare il soggetto che ha effettuato l'operazione e le pubbliche amministrazioni da cui i dati provengono. Il documento trasmesso per via telematica si intende inviato quando è ricevuto all'indirizzo dichiarato dal destinatario . Sono opponibili ai terzi la data e l'ora della formazione, di trasmissione e ricezione del documento.

Gli artt. 22 e 23 si occupano, viceversa, della redazione degli atti, trasmissione all'estero e tutela dei dati personali contenuti nei documenti. Sulla base delle nuove tecniche di scrittura dell'atto, si ribadisce il principio per cui la redazione di atti pubblici oggi è consentita con qualunque mezzo, purché idoneo a garantirne la conservazione nel tempo. Il testo dell'atto deve essere redatto in una forma corretta, senza lacune, aggiunte, abbreviazioni, alterazioni, abrasioni, abbreviazioni, acronomi, espressioni straniere. Norme particolari sono stabilite per la trasmissione dall'estero di atti agli uffici dello stato civile e per gli atti che riguardano cittadini stranieri residenti in Italia. Con riferimento alla riservatezza dei dati personali contenuti nei documenti trasmessi, il Codice riprende i principi affermati nell'art. 8 del d.P.R. n. 403 del 1998 in relazione ai dati sensibili elencati nell'articolo 22 della legge n. 674 del 1996. In dettaglio i dati inseriti su documento informatico sono trattati alla stregua di quelli sensibili, così come indicati nella legge sulla privacy.

Nella sezione seconda del Capo II del Codice è disciplinata la copia di atti e documenti informatici. La disciplina delle copie autentiche è anche frutto di una combinazione tra gli art. 7 e 14 legge

n. 15 del 1968. La risultante è che al momento il procedimento di formazione della copia dell'atto o del documento e la scelta del supporto sul quale la copia è conservata sono liberi, a condizione che la riproduzione sia fedele e duratura, ma le copie di atti e documenti informatici sono riconosciute valide ed efficaci a tutti gli effetti di legge.
La sezione seconda del capo II è dedicato alla firma digitale. Trattandosi di una materia attinente anche alla sicurezza, rinviamo al prossimo capitolo la sua discettazione.
Nella sezione quarta si razionalizzano anche le norme in materia di Carta di identità elettronica. Si riproduce ancora il contenuto dell'art. 2 della legge n. 127 del 1997. In realtà la regolamentazione già è stata prevista dal d.P.C.M. n. 437 del 1999. Con riferimento al contenuto della carta d'identità si espunge la necessità della fotografia e dell'indicazione di non validità ai fini dell'espatrio o la sottoscrizione del titolare o di un esercente la patria potestà o tutela. Dati opzionali potranno essere inseriti nella stessa carta, a richiesta del titolare.
Non sono invece riportati nel Codice le disposizioni in materia di autocertificazione, tratte per la maggior parte dal regolamento di attuazione della legge n. 127 del 1997 e cioè dal d.P.R. n. 403/1998 recante "Norme di attuazione degli articoli 1,2 e 3 della legge 15 maggio 1997 n. 127, in materia di semplificazione delle certificazioni amministrative". Non riguardando la materia oggetto del presente lavoro, ne tralasciamo i contenuti. Il capo III viceversa, tratta proprio della gestione informatica dei documenti e delle modalità di conservazione necessarie per attuare questa gestione .
Gli art. da 40 a 44 riprendono gli artt. 6, 13, 51 sulla formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici. Le pubbliche amministrazioni sarebbero state tenute a creare piani di sviluppo dei sistemi informativi automatizzati anche al fine della formazione di un protocollo informatico. Ogni amministrazione individua per aree omogenee gli uffici da organizzare, ai fini della gestione dei documenti. I piani di sviluppo hanno la funzione di automatizzare le fasi di produzione, gestione, diffusione e utilizzazione degli atti, dei documenti, delle informazioni e dei procedimenti della P.A. Tutti gli archivi cartacei devono quindi essere sostituiti. Sono anche espressamente richiamate le disposizioni della legge n. 675 del 1996, con particolare attenzione alla sicurezza dei sistemi informativi automatizzati che contengono dati personali.
L'art. 40 ha ad oggetto il sistema di gestione informatica dei documenti . Esso mira a consentire sia il reperimento delle informazioni sia l'accesso ai documenti da parte dell'interessato e di altre pubbliche amministrazioni. Infatti stabilisce che la gestione informatica dei documenti deve garantire la sicurezza e l'integrità del sistema, la corretta registrazione e organizzazione dei documenti e la facilità del reperimento e dell'accesso agli stessi, nonché la facilità del collegamento degli atti infraprocedimentali.
Gli articoli da 63 a 65, riprendendo gli art. 24 e 28 d.P.R. 445/2000 e l'art. 12 d. lgs. n. 10/2002 disciplinano le modalità di accesso ai servizi erogati in rete . La norma di cui all'art. 65 prevede le modalità per le istanze e le dichiarazioni presentate alle pubbliche amministrazioni per via telematica. Delle modalità attraverso cui avviene l'acquisizione e il rinvio di sistemi informatici si occupano gli articoli da 67 a 70. La gestione dei procedimenti amministrativi viene effettuata mediante sistemi informativi automatizzati sulla base delle indicazioni fornite dal CNIPA. Si tratta di una disposizione di cui all'art. 50, 51, 52 del Codice.
Gli articoli da 53 a 55 sono dedicati ai siti telematici della P.A.. In particolare è disposto che piani di conservazione per la definizione dei criteri di organizzazione e di selezione periodica e conser-

vazione dei dati devono essere effettuati dal servizio per la gestione dei flussi documentali e degli archivi. Ma tali piani devono essere redatti nel rispetto delle norme in materia.
Il Capo III del Codice pone il principio secondo cui "le pubbliche amministrazioni gestiscono i procedimenti amministrativi utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione". L'uso di tali tecnologie costituisce dunque, o dovrebbe giungere a costituire, la modalità ordinaria di gestione dei procedimenti amministrativi. La modifica della legge n. 241 del 1990, operata dalla legge n. 15 del 2005 e recepita nel Codice, ha introdotto la possibilità di effettuare la conferenza di servizi attraverso l'uso dell'informatica. Nel processo di trasformazione e modernizzazione delle amministrazioni pubbliche, hanno assunto particolare importanza il tema della qualità dei servizi pubblici e il ruolo centrale del cittadino, inteso non solo come destinatario di servizi, ma anche quale soggetto da coinvolgere per valutare la rispondenza dei servizi erogati ai bisogni reali. Con l'obiettivo di fornire indicazioni per migliorare la qualità e promuovere l'utilizzo dei servizi on-line, attraverso un'attenta ed efficace rilevazione delle esigenze e delle aspettative degli utenti, è stata emanata la Direttiva 27 luglio 2005, sulla qualità dei servizi on-line e la misurazione della soddisfazione degli utenti. Le nozioni di qualità dei servizi resi e di soddisfazione dell'utenza sono state recepite dal Codice, sulla base del presupposto di una pubblica amministrazione efficiente che si pone effettivamente, attraverso i nuovi strumenti informatici, al servizio degli utenti. Il Codice (art. 7) stabilisce che le pubbliche amministrazioni, nella riorganizzazione dei servizi da esse resi, devono tenere conto delle reali esigenze dei cittadini e delle imprese e del grado di soddisfazione degli utenti, da valutarsi periodicamente attraverso specifici meccanismi di rilevazione e analisi. Il Codice (art. 69) favorisce, con l'intento di renderlo praticabile su larga scala, il riuso di programmi informatici realizzati per conto di altre amministrazioni, anche istituendo, a cura del CNIPA, un'apposita banca dati informativa a livello nazionale dei programmi informatici riutilizzabili. È inoltre utile ricordare in proposito il D.Lgs. n.36 del 2006, con cui è stata recepita in Italia la direttiva comunitaria 2003/98/CE. Il provvedimento disciplina le modalità di riutilizzo dei documenti contenenti dati pubblici nella disponibilità delle pubbliche amministrazioni e degli organismi di diritto pubblico. Il termine "documento" è inteso in senso molto ampio: la definizione comprende qualsiasi rappresentazione di atti, fatti o informazioni - e qualsiasi raccolta dei medesimi - a prescindere dal suo supporto (testo su supporto cartaceo o elettronico, registrazione sonora, visiva o audiovisiva) in possesso di enti pubblici. Il riutilizzo dei documenti può essere consentito a fini commerciali o non commerciali, diversi dallo scopo iniziale per il quale il documento che lo rappresenta è stato prodotto nell'ambito dei fini istituzionali. Non è previsto un obbligo per la P.A. di consentire il riutilizzo delle proprie informazioni, la decisione di concedere o meno tale riutilizzo spetta all'amministrazione o all'organismo interessato. Le Amministrazioni interessate possono nel caso chiedere il pagamento di un corrispettivo in denaro; il totale delle entrate provenienti dalla fornitura e dalla autorizzazione al riutilizzo dei documenti non deve superare i costi di raccolta, produzione, riproduzione e diffusione, maggiorati, nel caso di riutilizzo per fini commerciali, di un utile.

3. L' Agenda Digitale Italiana: cenni normativi

Nell'ottica di realizzare un mercato unico digitale, il 19 marzo 2010 la Commissione europea ha presentato il progetto dell'Agenda digitale europea (DAE) con l'obiettivo di garantire un Internet veloce e super-veloce, accessibile a tutti cittadini europei e con un elevato livello di sicurezza. L'Agenda contiene una serie di azioni raggruppate in sette aree prioritarie: 1) creazione di un nuovo quadro normativo per l'implementazione della banda larga; 2) la realizzazione di nuove infrastrutture per i servizi pubblici digitali; 3) creazione di una coalizione per le competenze digitali; 4) proposizione di una strategia per la sicurezza digitale dell'Unione Europea; 5) aggiornamento del framework normativo dell'UE sul copyright; 6) accelerazione del cloud computing; 7) lancio di una nuova strategia industriale sull'elettronica.

In attuazione di tale progetto, e nella prospettiva di una digitalizzazione dei servizi e dell'ammodernamento del sistema pubblico, con l'articolo 47 del Decreto – Legge n. 5/2012, convertito con modificazioni dalla Legge 4 aprile 2012, n. 35 , il Governo italiano si è impegnato a raggiungere l'obiettivo generale di modernizzare i rapporti tra pubblica amministrazione, cittadini e imprese, incentivando domanda e offerta di servizi digitali innovativi, mediante l'istituzione di una cabina di regia per l'attuazione dell'Agenda digitale italiana (ADI) . Le regole tecniche previste per l'attuazione dell'Agenda sono adottate ai sensi dell'articolo 71 del codice di cui al Decreto Legislativo 7 marzo 2005, n. 82, con decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri di concerto con i Ministri competenti .

Sempre con il decreto legge n. 5/2012 (art. 47, comma 2 - bis) sono stati individuati anche determinati sotto-obiettivi per la cabina di regia per l'agenda digitale italiana: a) realizzazione delle infrastrutture tecnologiche e immateriali al servizio delle "comunità intelligenti" nei settori della mobilità, risparmio energetico, sicurezza, sanità, sistema educativo, servizi sociali, cultura; b) promozione del paradigma dei dati aperti (open data); c) potenziamento delle applicazioni di amministrazione digitale (e-government); d) diffusione e controllo di architetture di cloud computing; e) utilizzazione di acquisti pubblici innovativi e appalti pre–commerciali; f) infrastrutture per favorire l'accesso alla rete internet nelle zone rurali e in grandi spazi pubblici collettivi; g) investimenti nelle tecnologie digitali per il sistema scolastico e universitario; h) consultazione delle posizioni debitorie nei confronti dello Stato da parte dei cittadini; i) individuazione di criteri, tempi e modalità per i pagamenti con modalità informatiche.

Inizialmente, con l'articolo 47, comma 2-quater, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni era tenuta a garantire la massima concorrenzialità nel mercato delle telecomunicazioni, individuando le misure idonee ad assicurare la più agevole ed equa fruizione della rete fissa da parte degli operatori di comunicazione. Tuttavia, con le modifiche apportate all'articolo 47, comma 2-quater , il ruolo dell'Autorità viene ridotto ad un intervento non obbligatorio (può considerare di adottare le misure idonee alla realizzazione delle finalità di cui al comma 1 dell'articolo 47).

Con l'articolo 47, comma 2, D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, viene quindi annunciata la nascita della cabina di regia dell'Agenda digitale, da istituirsi mediante decreto ministeriale, adottato dal Ministero dello Sviluppo economico, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, il Ministro per la coesione territoriale, il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, il Ministro dell'economia e delle finanze, al fine di provvedere all'attuazione dell'Agenda Digitale italiana anche coordinando gli interventi pubblici di Regioni, Province ed enti locali

in materia di ICT con quelli statali.
Con decreto del ministero dello Sviluppo economico, del 1 marzo 2012, viene istituita la Cabina di Regia per l'Agenda Digitale (ADI) , articolata in 6 gruppi di lavoro, con la partecipazione di un referente per ogni amministrazione coinvolta nel progetto, al fine di curare i principali obiettivi dell'Agenda Digitale quali: a) Infrastrutture e sicurezza; b) E-commerce; c) E-gov/Open Data; d) Informatizzazione digitale e competenze digitali; e) Ricerca e innovazione; f) Smart Cities e Communities.
Successivamente la governance per l'attuazione dell'Agenda digitale italiana viene completamente revisionata con il Decreto-Legge 21 giugno 2013, n. 69 .
La "nuova" cabina di regia , istituita direttamente con legge , e presieduta dal Presidente del Consiglio dei Ministri, è composta dai Ministeri già coinvolti nella precedete cabina (articolo 47, D.L. 9 febbraio 2012, n. 5), nonché da un Presidente di Regione e da un Sindaco designati dalla Conferenza Unificata. Nell'ambito della cabina di regia, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, viene istituto un Tavolo permanente per l'innovazione e l'agenda digitale italiana composto da esperti e presieduto dal Commissario del Governo a capo di una struttura di missione per l'attuazione dell'agenda digitale istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Con tale intervento il legislatore affida direttamente alla Presidenza del Consiglio dei Ministri il compito strategico di attuare l'Agenda Digitale Italiana riconoscendo la cabina di regia quale primario organo operativo dell'ADI.
All'interno del progetto di realizzazione dell'Agenda Digitale Italiana un rilevante ruolo viene attualmente svolto dalle Regioni che hanno avviato percorsi differenti per l'attuazione delle singole Agende Digitali Regionali. Il contributo delle autonomie locali è contenuto nel documento approvato il 6 giugno 2012 dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome contenente i programmi avviati, ovvero in fase di avvio, in linea con i temi nazionali al fine di facilitare la realizzazione del progetto anche a livello territoriale. La Lombardia è stata tra le prime Regioni ad aver approvato una strategia per l'attuazione di una Agenda digitale territoriale, con D.g.r. 30 novembre 2011, n. 2585 (Approvazione Agenda Digitale Lombardia 2012 – 2015). Nella prosecuzione di tale processo di innovazione e digitalizzazione la Regione Lombardia, con D.g.r. 30 maggio 2014 – n. X/1887 ha approvato l'Agenda Digitale Lombardia (ADL) per il quadriennio 2014-2018 individuando le seguenti sei aree prioritarie d'intervento, mutuandole da quelle previste dall'ADI e da quelle individuate dall'Agenda Digitale Europea: 1. Competenze digitali; 2. Reti e servizi digitali interoperabili; 3. Interoperabilità e standard; 4. Patrimonio informativo pubblico; 5. Cittadinanza digitale; 6. ICT per le imprese. Vi è da segnalare che molte altre regioni hanno avviato tale percorso, nella prospettiva di una realizzazione territoriale dei sotto-obiettivi dell'Agenda Digitale Europea ed Italiana. Del resto, che le singole Regioni provvedano ad avviare percorsi finalizzati alla realizzazione dagli obiettivi dell'Agenda Digitale Europea, ovvero definendo per il territorio di loro competenza una serie di sotto-obiettivi, appare fondamentale per il perseguimento di questo progetto.

Il ruolo delle reti di comunicazione elettronica di nuova generazione nella prospettiva dell'open (big) data

Giovanni Crea

Multimedia

Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode per accedere al MediaBook CLIOedu

Le comunicazioni elettroniche alla luce del nuovo regolamento europeo in materia di identificazione elettronica

Marco Cuniberti

Multimedia

Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode per accedere al MediaBook CLIOedu

La comunicazione elettronica nel Welfare State

Luigi Di Viggiano

Multimedia

Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode per accedere al MediaBook CLIOedu

La rete e lo scontro fra diritti: diritto all'informazione, diritto d'autore e privacy nell'era dei byte

Fernanda Faini

Multimedia

Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode per accedere al MediaBook CLIOedu

Comunicazioni elettroniche commerciali e protezione dei dati personali: linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam

Massimo Farina

Multimedia

Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode per accedere al MediaBook CLIOedu

Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management

N. 1 - 2015 · pp. 63-86

Dittatura e censura dell'algoritmo. Neutralità, poteri e responsabilità dei motori di ricerca web automatici

Gianluigi Fioriglio

Multimedia

Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode per accedere al MediaBook CLIOedu

Abstract: I motori di ricerca web hanno un ruolo primario nella Società dell'informazione; trattano miliardi di informazioni allo scopo di restituire risultati pertinenti e rilevanti in risposta alle interrogazioni di una molteplicità di utenti. L'esecuzione è delegata ad agenti software, realizzati sulla base di complessi algoritmi, che operano in un ambiente (sin troppo) ricco di informazioni da analizzare. Detti sistemi sono sempre più sofisticati e gli agenti software mostrano di essere autonomi e reattivi, intelligenti e mobili, flessibili e dotati di abilità sociali, ma anche di operare decisioni talvolta discutibili e di compiere errori. Il tutto, però, dovrebbe essere svolto in modo automatico, oggettivo e neutrale, al fine di evitare che la prestazione del servizio di motore di ricerca web si concretizzi in una dittatura nel controllo delle informazioni web che può giungere alla loro parziale censura. **È** necessario passare dalla irresponsabilità *de facto* dei motori di ricerca per gli errori dei propri agenti alla definizione di criteri che possano consentire una possibilità di tutela ai soggetti lesi dalle decisioni automatiche dei motori di ricerca nonché alla predisposizione di garanzie di neutralità e correttezza del trattamento anche verso i titolari dei siti web (e dei dati eventualmente) indicizzati (e utilizzati dal provider non solo per fornire il proprio servizio ma altresì per vendere gli spazi pubblicitari). Al potere derivante dall'uso di agenti digitali e al godimento dei conseguenti benefici, anche patrimoniali, non può che accompagnarsi la responsabilità per l'uso medesimo, nonché la necessità di garantirne la neutralità salva esplicita e inequivocabile dichiarazione che i risultati eventualmente forniti non sono, né tendono ad essere, neutrali ed oggettivi.

Parole chiave: motore di ricerca, *search engine,* neutralità, dittatura, algoritmo, censura, agenti software, società dell'informazione, ricerca organica, errori, comportamenti anomali

Sommario: 1. Premessa – 2. Il motore di ricerca quale sistema esperto fondamentale nella Società dell'informazione – 3. Automazione e soggettività: alcune riflessioni – 4. Algoritmi e agenti software: scelte, decisioni ed errori del motore di ricerca – 5. Un caso concreto: Google e il completamento automatico – 6. Neutralità, controllo e censura – 7. È possibile evitare la dittatura dell'algoritmo?

1. Premessa

L'informatica giuridica si **è sempre** occupata delle problematiche connesse all'*information retrieval*, con particolare riferimento non solo alle conseguenze della creazione e della diffusione delle banche dati, ma anche alle loro modalità di funzionamento nonché all'effettuazione di ricerche di testi giuridici. Il progresso tecnologico ha inoltre portato a un continuo studio dell'intelligenza artificiale e delle sue applicazioni in campo legale, investendo questioni di particolare delicatezza inerenti alla comprensione e alla formalizzazione del linguaggio, al ragionamento giuridico e all'applicazione automatica del diritto[1].

Questo costante lavorìo costituisce ora un importante punto di partenza teorico per approcciarsi a una problematica che assume una rilevanza fondamentale non solo dal punto di vista dell'informatica e del diritto positivo, ma altresì, e ancor prima, da quello filosofico-giuridico ed infor-

[1] Per una completa ricostruzione degli studi di informatica giuridica in Italia, cfr., in particolare, G. Peruginelli – M. Ragona (a cura di), *L'informatica giuridica in Italia. Cinquant'anni di studi, ricerche ed esperienze*, ESI, Napoli, 2014.

matico-giuridico: studiare il ruolo dei motori di ricerca web[2] quali sistemi di *information retrieval* fondamentali per garantire il funzionamento della Società dell'informazione così come si è andata configurando dalla fine del XX secolo.

In un simile approccio, pertanto, il diritto può costituire una "meta-tecnologia", nel senso esposto da Ugo Pagallo in riferimento alle *laws of robots*, ossia utilizzando il diritto quale mezzo per governare gli strumenti tecnologici stabilendo le condizioni di legittimità per la progettazione, la produzione e l'utilizzo dei robot. Questa prospettiva tocca non solo aspetti di diritto positivo ma, più profondamente, aspetti giusfilosofici che spaziano dalla natura del diritto al ragionamento giuridico[3], riprendendo esplicitamente sia Platone nel Libro IV de "La Repubblica" ("questa serie di precetti che diamo loro non sono, come si potrebbe credere, grandi cose: sono tutte cose facili, sempre che essi osservino, come si suol dire, «un'unica grande cosa»"[4]) sia Hans Kelsen ("Ciò che distingue l'ordinamento giuridico da tutti gli altri ordinamenti sociali è il fatto ch'esso regola il comportamento umano per mezzo di una tecnica specifica")[5]. Dunque, "once such tecnique regulates other techniques and, moreover, the process of technological innovation, we may accordingly conceive the law as a meta-technology"[6].

Invero, nell'ambito di indagine del presente contributo, è oltremodo difficoltoso già dibattere in ordine al *Sein* del ciberspazio, in generale, e del ruolo dei motori di ricerca, in particolare, prima ancora di giungere al *Sollen*. Come sono e cosa sono? Come dovrebbero essere?

Innanzi tutto, è d'uopo considerare che il ciberspazio, effettivamente, si caratterizza quale labirinto informatico in grado di ridisegnare ogni rapporto, di recuperare qualsiasi informazione memorizzata e, come nella biblioteca di Babele, idoneo a contenere la soluzione a problemi di varia tipologia[7]. Il motore di ricerca, in tal senso, ha un ruolo fondamentale: non è solo un sistema per il reperimento delle informazioni, ma guida chi si approccia a tale labirinto consentendogli di reperire le informazioni che cerca ed evitando di perdersi nella immensa ragnatela di nodi e connessioni. Nel fare ciò, lo conduce secondo sentieri che non sono prestabiliti a priori bensì dinamicamente generati in esecuzione concreta di una molteplicità di algoritmi coperti da assoluta segretezza.

Questi sentieri sono tracciati a partire dallo studio e dall'analisi dei collegamenti ipertestuali. Nella sua concezione originaria, l'ipertesto consente di fornire uno strumento di lettura più agevole per l'uomo, non basato sulla mera lettura sequenziale delle informazioni. Però, nella "prospettiva filosofico-giuridica dell'ipertestualità", si è osservato che "è stata paradossalmente totalmente *dimenticata* la "visione dell'ipertesto" che pure si trova all'origine del World Wide Web", per cui Internet è stata conquistata "da una concezione meramente positivistico-costruttivistica e da una visione ingegneristica della libera interazione umana"[8]. Questa visione ingegneristica trova oggi

---

[2] Nel presente saggio, l'espressione "motore di ricerca" è utilizzata per contraddistinguere chi presta il servizio di motore di ricerca web mediante *search engine* automatico, con ciò escludendo le altre tipologie che possono essere identificate con la medesima espressione.

[3] U. Pagallo, *The Laws of Robots. Crimes, Contracts, and Torts*, Springer, Dordrecht, 2013, p. 10.

[4] Platone, *La Repubblica*, tr. it., Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 135.

[5] H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, tr. it., ETAS, 1994, p. 26.

[6] U. Pagallo, *The Laws of Robots*, cit., p. 11.

[7] A.C. Amato Mangiameli, *Diritto e Cyberspace. Appunti di informatica giuridica e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 36.

[8] P. Heritier, *Verso una teoria della virtualità giuridica. Il problema del metodo nell'ipertesto e la questione della libertà*, in P. Moro

realizzazione nell'attività automatica dei motori di ricerca, che non solo modificano l'interazione umana nel ciberspazio, ma controllano addirittura il flusso delle informazioni e giungono a costituire e modificare la stessa identità digitale dei vari soggetti riconosciuti dagli ordinamenti giuridici: dunque, semplificando, sia persone fisiche che giuridiche, come esposto più compiutamente nel prosieguo.

Nonostante la Rete sia infatti decentralizzata, in essa vanno a crearsi più o meno spontaneamente alcuni centri fondamentali che vanno a costituire nodi imprescindibili nella quotidianità del suo funzionamento e che contribuiscono a plasmare la stessa Società dell'informazione. In riferimento al web, ad esempio, Benkler ha giustamente osservato che solo (relativamente) pochi siti sono enormemente visitati, mentre la maggior parte passa inosservata[9].

Ciò è dovuto, ovviamente, a una molteplicità di fattori, fra cui l'operato del motore di ricerca. Così, già la circostanza di essere quanto meno elencati nella pagina dei risultati (SERP, *Search Engine Results Page*), in primo luogo, e di esserlo in posizioni elevate, in secondo luogo, può portare ad un circolo virtuoso o vizioso: virtuoso, se il motore di ricerca opera correttamente (A) e l'elencazione è svolta nel rispetto di regole astrattamente condivisibili e caratterizzate da oggettiva neutralità (B) nonché concretamente e correttamente eseguite (C); vizioso, qualora le condizioni sopra indicate non siano rispettate (ossia la condizione A non si verifichi per problematiche conseguenti alle condizioni B e C). Ciò comporta la definizione di una serie di questioni: è sostenibile un generale diritto alla indicizzazione e, in caso positivo, alla corretta indicizzazione? Come qualificare giuridicamente il rapporto che si crea fra il prestatore del servizio e il soggetto (persona fisica o giuridica)? Quale regime di responsabilità teorizzare ed implementare? È possibile discutere di "correttezza" nel senso appena esposto e comunque in una prospettiva insieme informatica e giuridica? Possono essere imposte delle obbligazioni specifiche al prestatore del servizio e, in caso positivo, a quali condizioni?

Fornire una risposta alle predette domande è compito improbo, ma non ci si può sottrarre ad esso, perché la porta di accesso alle informazioni digitali (non solo testi, ma anche immagini, brani musicali, filmati, ecc.) **è, nella maggior parte dei casi, costituit**a proprio dal motore di ricerca, che, come si vedrà, svolge anche altre funzioni.

Sia consentito un parallelismo: in dottrina si è osservato che "ciascuno di noi ha certamente provato, almeno una volta, la sensazione di "sentirsi sopraffatto dalle idee" che volevano, per così dire, uscire tutte insieme" e che "**è impossibile emettere un discorso fatto di parole se non attraverso una sequenza lineare, se non attraverso un flusso** *ordinato*. Per la scrittura è qualcosa di simile: v'è una linearità nello scorrimento del discorso, un flusso, più o meno continuo, che segue un ordine lineare"[10]. Ecco: il motore di ricerca mette ordine fra le informazioni, per non farci "sopraffare" da esse. Ma oggi rischiamo di essere sopraffatti dal motore stesso, come di seguito evidenziato.

(a cura di), *Etica Informatica Diritto*, Franco Angeli, Milano, 2008, p. 95).

[9] Y. Benkler, *The Wealth of Networks. How Social Production Tranforms Markets and Freedom*, Yale University Press, New Haven and London, 2006, *passim*.

[10] P. Heritier, *Verso una teoria della virtualità giuridica*, op. cit., p. 99.

2. Il motore di ricerca quale sistema esperto fondamentale nella Società dell'informazione

Com'è noto e come si è accennato, i *search engines*, oltre ad essere la principale porta di ingresso "generalista" verso le informazioni rese disponibili sul web in diverse forme, operano anche come motori di ricerca "specializzati" (ad esempio, in relazione a testi ed articoli scientifici) e vengono comunemente utilizzati quale veicolo preferenziale per la vendita di spazi pubblicitari dinamici. Inoltre, vengono spesso utilizzati per reperire prodotti da acquistare o informarsi sui medesimi e, in questi come in molti altri casi, le scelte degli utenti si concretizzano nella selezione dei collegamenti ipertestuali (link) proposti nella SERP, con preponderanza addirittura estrema per i link che vengono elencati per primi: il *ranking* nei motori di ricerca, del resto, è notoriamente di vitale importanza per ciascun sito. In tutti questi casi, il motore risponde in modo automatico a ciascuna *query* degli utenti organizzando i risultati in modo gerarchico sulla base della loro rilevanza e della loro pertinenza alla ricerca medesima, eseguendo una molteplicità di algoritmi decisi a priori e coperti, in linea di principio, da assoluta segretezza, fatte salve alcune informazioni generiche che non consentono di esprimere una valutazione sulle effettive neutralità e correttezza, quanto meno potenziali, del ragionamento effettuato: questo è un aspetto di particolare criticità dal punto di vista informatico-giuridico. È possibile unicamente effettuare deduzioni *ex post* sulla base dei risultati forniti e dal confronto con i contenuti indicizzati o indicizzabili, per cui tale compito si appalesa alquanto arduo.

Non v'è dubbio che i motori di ricerca debbano affrontare numerose difficoltà, che spaziano dall'ambiguità intrinseca della sintassi, della grammatica e della semantica alle modificazioni del linguaggio naturale e del codice informatico finalizzate a ottenere un miglior posizionamento nella SERP. In particolare, il linguaggio naturale non si tecnicizza in relazione a specifici domini di conoscenza ma si «tecnologicizza**» per adattarsi alla Società dell'informazione, in generale, e al web, in particolare. Basti pensare, in tal senso, a**l proliferare dei servizi c.d. di SEO (*Search Engine Optimization*), per cui il linguaggio adoperato sul web assume connotazioni particolari, senza tuttavia assurgere a rappresentazioni formali della conoscenza. Molto più banalmente, il linguaggio tende a semplificarsi e all'arte della retorica sembra sostituirsi quella del sapiente utilizzo delle parole chiave, delle abbreviazioni, degli *hashtags*, e così via, perdendo di vista non solo la raffinatezza del linguaggio naturale ma altresì l'importanza della concettualizzazione e del ragionamento. In tale quadro fattuale, al motore di ricerca viene affidato il compito di trovare e comprendere le informazioni, siano esse disponibili in linguaggio naturale e/o informatico, rendendole reperibili a chi lo interroga. Usando un termine più adatto, invero, a una persona che a un sistema artificiale (per quanto complesso), l'abilità nello svolgimento dei predetti compiti, e dunque l'efficienza del motore, comporta, dal punto di vista fattuale, il successo o l'insuccesso di un *search engine* nella Società dell'informazione. Un successo estremo, come sarà di seguito meglio prospettato, è tuttavia idoneo a comportare non solo onori, ma altresì oneri in capo al prestatore del servizio, connessi a una posizione dominante o di monopolio esercitata su ambiti territoriali più o meno ampi e co-

munque generalmente su scala internazionale (e non a caso il diritto è sempre più "sconfinato"[11]). Per operare una valutazione informatico-giuridica del motore di ricerca pare opportuno ricordare che nelle prime fasi dell'informatizzazione ci si è accorti che il computer avrebbe potuto memorizzare grandi masse di dati, anche non numerici, che avrebbero potuto costituire l'input di elaborazioni algoritmiche; in tal modo l'informatica si è espansa, fra l'altro, verso la gestione e l'uso di archivi, database e sistemi documentari[12]. Sin dal principio, gli studiosi di informatica giuridica si sono così occupati dello studio delle banche dati giuridiche (dal punto di vista dell'informatica giuridica documentaria) e hanno esposto i principi di base connessi al concetto di "banca dei dati elettronica" (database):

- principio di libertà di scelta del dato e di casualità della ricerca (il computer sa rintracciare i documenti contenenti quel dato in qualsiasi settore dell'archivio siano stati collocati e in principio qualsiasi punto del documento quel dato figuri);
- principio della libera combinazione dei dati di ricerca (mediante gli operatori logici);
- principio del mascheramento dei dati (si possono utilizzare anche dati di cui non può o non vuole indicare tutti i caratteri, mediante simboli jolly);
- principio della estraibilità delle informazioni dai documenti mediante le analisi c.d. spettrali (ricerca consentita per qualsiasi tipo di dato, anche mediante sola indicazione della sua tipologia);
- principio del carattere colloquiale della ricerca (si può pervenire alla selezione dei documenti in approssimazioni successive, frutto di un processo interattivo tra la documentazione via via reperita e il ricercatore; dunque un continuo adattamento della strategia di ricerca alla valutazione dei risultati progressivamente ottenuti)[13].

Nell'ambito dei motori di ricerca, la fase di input può rinvenirsi nell'acquisizione di dati non solo da parte dei c.d. spider o crawler che scandagliano il web, ma altresì da altri servizi al fine di personalizzare i risultati della ricerca: dalla cronologia delle ricerche svolte ai servizi di social network, dalla geolocalizzazione al calendario, e così via.

Il motore di ricerca, però, non può essere considerato una, seppur complessa, banca dati corredata da un'interfaccia utente che rende possibile interrogarla. Oggi assume sempre più le caratteristiche di un sistema esperto. Non v'è dubbio, infatti, che un motore di ricerca esegua "compiti che richiederebbero intelligenza da parte dell'uomo"[14], atteso che opera come archivista e bibliotecario e che svolge dunque un compito da esperto[15] (anche se la comprensione del testo rientra fra i "compiti del senso comune"[16]): del resto, reperisce informazioni digitali di diverse tipologie, le analizza, le cataloga e le rende reperibili a chi lo interroga. Compie, pertanto, molteplici scelte e si trova dinanzi a numerose difficoltà, dovute anche alla eterogeneità delle informazioni che reperisce ed

---

[11] L'efficace e ben nota espressione è di M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

[12] G. Sartor, *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale. La rappresentazione della conoscenza*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 7.

[13] R. Borruso, *Computer e diritto*, tomo II, *Problemi giuridici dell'informatica*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 302-307.

[14] La definizione, relativa all'intelligenza artificiale, è di G. Sartor, *Intelligenza artificiale e diritto. Un'introduzione*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 9.

[15] I compiti da esperti "presuppongono conoscenze e abilità specifiche" (ivi, p. 10).

[16] G. Sartor, *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, op. cit., p. 15.

analizza. Si va oltre il mero concetto di banca dati[17] poiché il sistema **è sempre più** automatizzato e «intelligente». Effettua decisioni e sovente pare volersi sostituire a chi lo interroga, andando al di là della risposta a una semplice interrogazione anche mediante la fornitura di risposte supplementari: basti pensare ai suggerimenti o allo svolgimento di operazioni di conversione fra valute, travalicando così il mero (per così dire) ambito dell'*information retrieval*.
Inoltre, se, in linea generale, può avvertirsi un "disagio tecnologico" derivante "dalla eccessiva complicatezza di funzionamento delle interfacce, dalla sovrapposizione di differenti livelli d'uso, dalla stessa umana esigenza di pervenire il più rapidamente possibile all'informazione o al contatto necessitato, che comporta la disattenzione degli utenti"[18], allora sembra quasi che chi presta il servizio di motore di ricerca voglia aiutare quest'ultimi a non doversene preoccupare, aiutandoli nello svolgimento delle ricerche e guidandoli nei labirinti della Rete: compito arduo, ma certamente di estrema utilità, purché compiuto nel rispetto del principio di neutralità come di seguito esposto.
Da un'altra prospettiva, questi riferimenti sembrano confermare ulteriormente la nota teoria di Lawrence Lessig, secondo cui nella società contemporanea coloro i quali scrivono i codici informatici sono sempre più veri e propri legislatori, poiché decidono gli standard di Internet, se e come la privacy sarà protetta e l'anonimato consentito, sino a che punto l'accesso sarà consentito, e così via; le loro decisioni, svolte negli interstizi in cui la Rete è codificata, la definiscono nella sua essenza[19]. Ne definiscono, dunque, la sua concreta, seppur immateriale struttura, ad uso delle generazioni presenti e future. Non sembra fuori luogo citare Gianluigi Palombella quando, in riferimento proprio alle generazioni future e riprendendo Vico e Dilthey, evidenzia che, in linea generale, "l'animale storico si trova in un romanzo scritto da altri, ma proprio per questo può scrivere il suo capitolo"[20]. Nella Società dell'informazione, però, ciò diviene più arduo in riferimento alla sua componente digitale, poiché parte del romanzo viene scritta in modo automatizzato e talvolta imprevedibile proprio da quegli stessi strumenti creati dall'uomo.

3. Automazione e soggettività: alcune riflessioni

Prima di giungere alle spinose questioni della neutralità dei motori di ricerca nonché delle conseguenze delle loro decisioni e dei loro errori, è necessario effettuare talune riflessioni preliminari in tema di automazione e soggettività giuridica. Come ha affermato Sergio Cotta in tempi ormai remoti, del resto, "La straordinaria proliferazione dell'artificiale tende a far diventare l'uomo un *agente di secondo grado*, che anima e dirige macchine agenti direttamente; il vivere in un mondo di artefatti influisce in maniera rilevante sulla psicologia dell'uomo; l'artefatto di oggi non è più soltanto il processo di modificazione della *forma* del naturale, bensì di una modificazione della sua

[17] Nel caso delle banche dati, infatti, il relativo "contenuto viene da prima manipolato dall'operatore umano e poi combinato, rispetto a parametri prefissati, dalla macchina senza però che questa vi aggiunga nulla di "suo"" (M. Cossutta, *Questioni sull'informatica giuridica*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 8-9).

[18] G. Corasaniti, *Esperienza giuridica e sicurezza informatica*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 58.

[19] L. Lessig, *Code. Version 2.0*, Basic Books, New York, 2006, p. 110.

[20] G. Palombella, *Ragioni di giustizia, diritti e generazioni future*, in *RIFD. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2007, 3, p. 399 (pp. 399-436).

sostanza"[21]. Quel particolare artefatto costituito dal motore di ricerca, in particolare, incide su molti aspetti della vita umana e una componente fondamentale del suo funzionamento è da individuarsi negli agenti intelligenti che svolgono le funzioni di reperimento e di analisi delle informazioni, nonché di risposta alle interrogazioni degli utenti. In ogni caso, lo sviluppo di agenti informatici dotati di una certa autonomia porta a importanti sviluppi in relazione alle dimensioni filosofiche dell'informatica giuridica; tra essi si stabiliscono relazioni semi-giuridiche[22] e il loro agire ha conseguenze di particolare delicatezza per l'intera Società dell'informazione.

In materia, bisogna distinguere fra gli agenti elettronici che operano nel mondo materiale e in quello virtuale. Nel primo operano automi o robot comunque definiti, che si caratterizzano dunque per una vera e propria corporeità, per quanto artificiale, con tutto ciò che ne consegue. Nel secondo, le percezioni e le azioni riguardano "esclusivamente dati e messaggi informatici"[23].

In relazione agli automi, la dottrina giusfilosofica si è interrogata sulla possibilità di operare un riconoscimento di diritti nei loro confronti (ove gli stessi siano "implementati da programmi molto intelligenti"), tanto da non dubitare che detto problema sia "prima un problema della Filosofia del diritto e poi di diritto positivo", atteso che "i diritti non si attribuiscono, ma di diritti qualcuno è titolare oppure non lo è, in considerazione della sua struttura"[24]. Così, anche qualora si dovesse riconoscere l'importanza degli automi iperintelligenti per il progresso scientifico ed umano, tanto da considerarli costituenti valori socio-economici da tutelare e riconoscere loro una certa intelligenza artificiale debole, oltreché una capacità di simulare e di riprodurre processi cognitivi, non si dovrebbe riconoscere loro alcun diritto perché mera espressione, quasi un prolungamento tecnologico, della "sostanza individuale sussistente di natura razionale" ("e non sono neanche delle «cose» fatte dall'uomo e dotate di una certa autonomia")[25].

Anche in relazione agli agenti software è stata comunque esclusa, da autorevole dottrina, la possibilità di attribuire loro personalità giuridica[26], e comunque, in linea generale, si è osservato più volte che, anche facendo riferimento al diritto positivo, non si può attribuire personalità giuridica agli agenti intelligenti perché non riconosciuti da alcuna norma quali soggetti di diritti e dunque diventa difficoltoso attribuire a tale agente la responsabilità delle proprie azioni. Detta responsabilità viene così ricondotta *a fortiori* nella sfera dell'utilizzatore o del produttore dell'agente[27].

Tanto premesso, in relazione agli agenti software e alla loro differenza con automi e robot, si evidenzia, poi, una difficoltà concettuale ancora maggiore, riprendendo un concetto che Renato Borruso aveva esemplificato nei termini che seguono: un profano incontra una notevole difficoltà

---

21 S. Cotta, *Il giurista e la società in trasformazione*, in *Iustitia*, XIX, 1966, p. 286.

22 C. Faralli, *La filosofia del diritto contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 81.

23 G. Sartor, *Gli agenti software e la disciplina giuridica degli strumenti cognitivi*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 1, p. 62.

24 A. Tarantino, *Elementi di informatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 45-46.

25 Ivi, p. 52.

26 G. Sartor, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto*, in *Contratto e impresa*, 2002, 1, pp. 57-91, e Id., *Gli agenti software e la disciplina giuridica degli strumenti cognitivi*, cit., p. 84.

27 M.A. Biasiotti – F. Romano – M.T Sagri, *La responsabilità degli agenti* software *per danni prodotti a terzi*, in *Informatica e diritto*, 2002, 2, p. 159 (sull'impossibilità di attribuzione di personalità giuridica gli autori citano, in particolare, G. Taddei Elmi, *I diritti dell'"intelligenza artificiale" tra soggettività e valore: fantadiritto o ius condendum?*, in L. Lombardi Vallauri, *Il meritevole di tutela*, Giuffrè, Milano, 1990).

nel percepire l'esatta natura e finalità del computer anche in virtù del fatto che anche vederlo in funzione non ne fa comprendere tutte le capacità potenziali, a differenza di oggetti materiali come un autoveicolo, un telefono o un televisore, la cui semplice vista ne fa comprendere almeno la natura e lo scopo di tutte le prestazioni di cui sono capaci, anche se non il modo interiore di funzionamento[28]. Orbene, la differenza fra un agente intelligente dotato di corporeità e uno che ne è privo comporta non solo e non tanto una maggiore difficoltà nella percezione già delle rispettive potenzialità ma anche e soprattutto una presumibilmente più difficile valutazione delle conseguenze delle rispettive azioni, poiché le prime si concretizzano in atti necessariamente materiali, mentre le seconde in atti necessariamente immateriali e sovente invisibili perché non visualizzati mediante un dispositivo di output. Nel caso specifico dei motori di ricerca, stante la segretezza che cela ogni linea del loro codice, si ribadisce che è possibile unicamente effettuare deduzioni *ex post* sulla base dei risultati forniti e dal confronto con i contenuti indicizzati o indicizzabili, per cui diviene quasi impossibile percepire anche eventuali azioni errate o illecite se non quando le loro conseguenze sono tanto evidenti da non poter essere nascoste.

Assume, dunque, una prospettiva nuova la "radicale questione filosofica del *rapporto tra azione giuridica nella realtà fisica e azione giuridica nella realtà virtuale*"[29], perché, in simili casi, un'azione giuridica nella realtà virtuale può essere compiuta da un agente software con conseguenze non solo in detta realtà ma altresì in quella fisica: ad esempio, perché l'agente software esclude gran parte delle pagine di un sito di commercio elettronico dalla SERP e dunque lo nasconde agli occhi dei propri clienti. Sul punto è dunque necessario verificare due questioni principali: dal punto di vista soggettivo, chi può o deve essere considerato responsabile delle azioni dell'agente software; dal punto di vista oggettivo, se il diritto possa imporre un'obbligazione al prestatore del servizio e, in caso positivo, quale prestazione si possa o ci si debba attendere e se detta obbligazione sia desumibile da principi e norme già vigenti oppure se sia necessario l'intervento dei vari legislatori (atteso che simili questioni sono idonee a riverberarsi nella società globale, poiché, fatte salve talune eccezioni, tali servizi sono normalmente resi su scala mondiale seppur con localizzazioni e altri accorgimenti).

La seconda questione sarà trattata ai paragrafi 6 e 7, mentre in relazione alla prima è opportuno richiamare quanto esposto da Giovanni Sartor in relazione alla responsabilità civile conseguente alle azioni degli agenti software, secondo cui "la possibilità di attribuire rilievo giuridico all'intenzionalità degli AS, in particolare negli ambiti della responsabilità civile e dei contratti, non impone […] alcuna modifica nel diritto delle persone. Al fine di ottenere una disciplina giuridica adeguata agli AS (negli ambiti da noi considerati) bisognerebbe solo applicare analogicamente le norme in materia di responsabilità vicaria (combinandole con quelle attinenti alla responsabilità di proprietari e custodi) e in materia di sostituzione nell'attività giuridica (mandato e rappresentanza)"[30].

Appare doveroso menzionare ancora Renato Borruso, secondo cui, per quanto il computer possa

---

[28] R. Borruso, *Computer e diritto*, tomo I, *Analisi giuridica del computer*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 27.

[29] P. Heritier, *Verso una teoria della virtualità giuridica*, op. cit., p. 86.

[30] G. Sartor, *Gli agenti software e la disciplina giuridica degli strumenti cognitivi*, cit., p. 62. Del resto, in altro senso, si è rilevato che "L'idea dell'utilizzo *cibernetico* (e non solo *telematico*) di un sistema informatico nella formazione del contratto non è assolutamente estranea né all'esperienze giuridica, né alla sua rappresentazione normativa" (M. Cossutta, *Questioni sull'informatica giuridica*, cit., p. 157).

valutare le circostanze del caso concreto e decidere in base ad esse, la volontà di tali decisioni deve comunque essere riferita all'uomo poiché questi l'ha preordinata attraverso il programma: in esso va ravvisata la proiezione nel futuro del pensiero e della volontà dell'uomo e conseguentemente la capacità (comunque entro limiti predeterminati) di intendere e di volere[31].

Infine, bisogna soffermarsi su un'altra questione relativa ad un'altra soggettività: l'incidenza dell'automazione sulla soggettività dal punto di vista della costruzione dell'identità personale. Essa è generalmente tutelata dai vari ordinamenti giuridici contemporanei e non potrebbe essere altrimenti. Un punto di partenza, nella complessiva prospettiva delineata nel presente saggio, può essere rinvenuto nelle affermazioni di Sergio Cotta, secondo cui nell'affrontare il problema della tecnica non ci si può limitare a rilevarne la posizione di predominio assunta nell'attività odierna, illustrandone poi la produttività e le conseguenze, e dunque limitandosi a considerarla soltanto in quanto strumento. Bisogna invece sforzarsi "di portare alla luce la radicale tendenza umana che presiede (pre-siede = sta prima!) all'origine della tecnica" anche nel senso della «provocazione della natura» individuata da Heidegger[32]. Orbene, l'elaborazione digitalizzata della realtà svolta dagli agenti software dei motori di ricerca è idonea a tracciare e rendere pubblicamente disponibile il profilo elettronico di una persona così come risultante dalla raccolta e dalla elaborazione dei dati pubblicamente disponibili sulla rete Internet. Si potrebbe obiettare che, in simili casi, il motore di ricerca non farebbe altro che prendere cognizione di informazioni create e rese disponibili da terzi, per cui sarebbe un sistema isomorfo. Invero, all'esito delle elaborazioni continue e dinamiche vi è una modifica anche qualitativa delle informazioni, sia nella stessa elencazione dei risultati sia qualora siano resi disponibili servizi aggiuntivi come la proposizione automatica di suggerimenti nella ricerca. Basti pensare ai casi, oggetto anche di procedimenti giudiziari, in cui è stato lamentato l'accostamento di espressioni asseritamente offensive al nome e cognome di una persona oppure alla denominazione di una società o di un'associazione. Sul punto, si può riprendere quanto sostenuto da autorevole dottrina, seppur in ambito non coincidente, per cui "Parlare sempre e soltanto di *trattamento delle informazioni* quando, in esito di esse, si prendono decisioni automatiche immediatamente operative è, dunque, niente altro che una edulcorazione di concetti (quasi un'ipocrisia) tipicamente anglosassone e non poco pericolosa, tanto che dovremmo fare del tutto per liberarcene o, quanto meno, per ricordare che in un computer l'elemento decisionale può avere la

---

[31] R. Borruso, *Computer e diritto*, tomo II, cit., pp. 253-255 (tesi già prospetta dall'A. nel suo *Civiltà del computer*, Ipsoa, Milano, 1978). Inoltre, "l'uomo, attraverso il programma, trasferisce nel computer non solo la sua logica e la sua scienza (pensiero "pensato" anche se non "pensante"), ma anche la sua volontà, come nel caso in cui imponga alla macchina di decidere in base a criteri arbitrari (ad esempio, attraverso una "istruzione" per effetto della quale, quando fa eseguire al computer un somma, gli ordina di sottrarre dal risultato un certo numero senza che l'utente se ne accorga). Sul piano giuridico ciò è di fondamentale importanza: tutti gli atti formati da un computer non possono, infatti, essere ritenuti invalidi per difetto del requisito della volontà, perché in essi una volontà, anche se formata in precedenza, c'è: una "*volontà voluta*" e ragionata dal programmatore, anche se non una *"volontà volente"*. E nel nostro ordinamento giuridico è riconosciuta validità non solo ad atti caratterizzati da una volontà che perduri per tutto il tempo in cui devono essere considerati validi (in forza di una volontà volente) e che, per tale ragione, sono atti revocabili (es., la procura e il mandato), ma anche ad atti posti in essere in base ad una volontà che, al momento in cui devono produrre i loro effetti, o è irrilevante che non ci sia più nella persona che li pose in essere (trattandosi di atti irrevocabili, almeno unilateralmente) ovvero non c'è più perché detta persona è morta" (R. Borruso – S. Russo – C. Tiberi, *L'informatica per il giurista. Dal bit a Internet*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 139).

[32] S. Cotta, *La sfida tecnologica*, Il Mulino, Bologna, 1968, p. 47.

stessa importanza – se non addirittura maggiore – dell'elemento informativo"[33]. Nel caso di specie, poi, l'ambito decisionale investe quello informativo e si verifica una commistione che porta alla costruzione di una soggettività digitale.

4. Algoritmi e agenti software: scelte, decisioni ed errori del motore di ricerca

Chi interroga un motore di ricerca si aspetta che esso risponda a ciascuna interrogazione (*query*) in modo corretto, ossia elencando i risultati in ordine di rilevanza e pertinenza. Qualora possa prospettarsi una legittima aspettativa verso la predetta correttezza, cosa deve intendersi per essa? **È forse** sufficiente la perfetta esecuzione degli algoritmi, che risulterebbero così insindacabili? O comunque nessun sindacato può essere svolto poiché nessuna prestazione giuridicamente rilevante può essere attesa dal prestatore del servizio?

Per rispondere adeguatamente si può partire dal concetto di algoritmo, oggetto di attenzione da parte degli studiosi di informatica giuridica sin dai suoi primordi. Difatti, "un elaboratore elettronico può svolgere solo compiti che siano riducibili a un algoritmo: un algoritmo è una sequenza di prescrizioni o «istruzioni» che indica in modo preciso e non ambiguo i passi da compiere per risolvere correttamente, a partire da determinate informazioni, un certo tipo di problema (se una soluzione esiste), in un tempo finito"[34]. Del resto, "il computer non ha una logica propria; ha solo strutture particolari per applicare qualsiasi logica (ovviamente compatibile con tali strutture, cioè espressa tenendo conto di esse): quella impostagli dal programma, cioè dall'uomo che lo ha formulato"[35].

Ciò non significa assolutamente che il computer sia un mero calcolatore o esecutore di ordini, atteso che "l'autonomia (o meglio, l'"autarchia") del computer rispetto all'uomo […] può crescere indefinitivamente nel senso che persino il programmatore non riesca più a prevedere come in concreto si comporterà il computer da lui programmato"[36].

Nel caso degli agenti software, proprio l'imprevedibilità assume importanza notevole in prospettiva informatico-giuridica, perché inerente all'ambito delle conseguenze pregiudizievoli del loro agire e del loro utilizzo. Difatti, le loro caratteristiche tipiche (inserimento nel loro ambiente, reattività e pro-attività, flessibilità comportamentale, persistenza nel tempo, mobilità, intelligenza,

---

[33] R. Borruso, *Computer e diritto*, tomo I, cit., p. 26.

[34] G. Sartor, *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 5. Borruso ha così definito l'algoritmo: "L'insieme ordinato in sequenza, di tutte le regole precise, inequivoche, analitiche, generali, astratte, formulare «ex ante» (cioè prima che si presentino concrete questioni da risolvere e senza riferimento specifico ad esse), la cui scrupolosa e letterale applicazione, da parte di chiunque, lo pone infallibilmente in grado di conseguire il risultato giusto (o «esatto» o «voluto», come sia più appropriato dire nei singoli casi")" (R. Borruso, *Computer e diritto*, tomo I, cit., p. 189).

[35] R. Borruso, *Computer e diritto*, tomo I,cit., p. 101.

[36] R. Borruso – S. Russo – C. Tiberi, *L'informatica per il giurista*, cit., p. 98 (come può accadere a un "legislatore che emani troppe leggi e alla fine, non ricordandole più tutte, ne emette delle nuove che, integrandosi con le precedenti, portino a conseguenze impreviste e assurde"; così R. Borruso, *Computer e diritto*, tomo I, cit., p. 112).

capacità nel comunicare) comportano, secondo Giovanni Sartor, la difficoltà o l'impossibilità di prevedere il loro comportamento secondo due aspetti distinti, imprevedibilità teorica e pratica. La prima discende dalla considerazione che la combinazione della complessità degli agenti software e degli ambienti rende molto difficile, se non impossibile, una previsione accurata del loro comportamento; la seconda è dovuta al fatto che dedicare le proprie energie all'esatta previsione del comportamento dell'agente sarebbe in contraddizione con il fine di delegare a quest'ultimo i compiti cognitivi implicati nell'attività ad esso affidata[37].

Orbene, se dall'ambito generale degli agenti software ci si sposta a quello specifico dei motori di ricerca e dunque del loro utilizzo per la fornitura dell'omonimo servizio, emerge la delicatezza delle questioni concernenti il profilo delle scelte e delle loro decisioni, ma altresì degli errori e degli ipotetici comportamenti anomali che possono eventualmente riscontrarsi. Il tutto ha intuitive ricadute sul tema della neutralità, al centro di numerosi dibattiti non solo dottrinali.

Prima di analizzare i suddetti profili, è d'uopo sottolineare che il provider si trova in una posizione ricca di potenzialità, ma nello stesso tempo di insidie. Ciò è dovuto alla oggettiva difficoltà di trattare correttamente miliardi di informazioni restituendo risultati utili e rilevanti in risposta alle interrogazioni di una molteplicità di utenti (il caso di Google è emblematico sotto diversi aspetti: tale azienda afferma che le dimensioni del suo indice sono pari a oltre 100.000.000 di gigabyte, personalizza sempre più i risultati di ricerca in base a una molteplicità di parametri, è utilizzato in oltre il 90% delle ricerche web nell'ambito dell'Unione europea (per cui opera, di fatto da monopolista), e così via)[38]. Pertanto, quando si tratta di cercare informazioni sul web, indipendentemente dal loro formato, all'occhio dell'uomo si sovrappone quello del motore di ricerca, che si frappone fra l'utente e il web, fra la persona e così tante informazioni al di fuori della umana possibilità di reperimento. Agli agenti software, dunque, viene delegato lo svolgimento di un'attività che, per sua stessa natura, si presta ad essere automatizzata, poiché vi è un limite pratico costituito, allo stesso tempo, dal numero eccessivo di informazioni e dalla loro crescita rapidissima[39].

Bisogna però prestare particolare attenzione. Vittorio Frosini aveva già notato che "il calcolatore elettronico, che sa leggere, cioè discernere, gli impulsi registrati su un nastro elettromagnetico, compie in tal modo l'operazione di un occhio di nuovo genere, un occhio artificiale e spirituale, costruito dall'uomo per l'uomo"[40].

---

37 G. Sartor, *Gli agenti software e la disciplina giuridica degli strumenti cognitivi*, cit., p. 62.

38 Cfr. http://www.google.com/intl/it/insidesearch/; inoltre, cfr. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, *Indagine conoscitiva sul settore dei servizi Internet e sulla pubblicità* online, All. A alla Delibera n. 19/14/CONS, Roma, 2014, p. ix.

39 L'informazione, poi, va a connotarsi in senso diverso ed ulteriore rispetto alla mera "parola". Come ha evidenziato Pietro Barcellona, ""la parola istituisce uno spazio nuovo fra la contiguità fisica immediata e la distanza assoluta: lo spazio specificamente umano del mondo simbolico e delle rappresentazioni affettive. Nella contemporaneità, la parola perde questa attitudine a dare forma all'invisibile e all'ultrasensibile e decade a livello di mera informazione. Tra parola e informazione, infatti, non c'è coincidenza: la parola collega e distanzia, non può prescindere dalla distanza fra lo spazio fisico delle azioni e lo spazio simbolico degli oggetti che non esistono prima in natura; l'informazione, invece, non è dissimile da un impulso elettrico che attiva automaticamente un dispositivo di risposta e può descriversi come una catena necessitata di stimoli e risposte. Essere in rete, in connessione con il flusso delle informazioni, non significa parlare con gli altri e forse neppure comunicare, ma piuttosto essere inseriti nella catena di stimoli e reazioni che strutturano il processo della vita a ogni livello" (P. Barcellona, *La parola perduta. Tra* polis *greca e cyberspazio*, Dedalo, Bari, 2007, p. 11).

40 V. Frosini, *Informatica diritto e società*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 75.

Oggi quell'occhio "artificiale e spirituale" è costituito, in molti casi, proprio dai motori di ricerca che, decidendo della visibilità delle informazioni, di fatto le controllano.
Come si è detto, chi presta il predetto servizio deve oggi delegarne l'esecuzione ad agenti software che operano in un ambiente sin troppo ricco di informazioni da analizzare, oltretutto sovente ottimizzate proprio per i motori di ricerca utilizzando tecniche di SEO sempre più estreme. I predetti strumenti automatici sono così realizzati sulla base di algoritmi via via più complessi, per rispondere all'esigenza di fornire risultati utili e rilevanti sotto una pluralità di aspetti: come capire cosa viene realmente cercato da ciascun utente e come interpretare le sue intenzioni?
In ogni caso, il motore deve compiere delle scelte che comportano numerose valutazioni che toccano non tanto l'ambito del mero reperimento delle informazioni (oramai automatizzata)(fase 1) ma piuttosto quello della loro analisi (fase 2) e della generazione dinamica di ciascuna pagina dei risultati in risposta alle interrogazioni di ciascun utente (fase 3). Le caratteristiche tecniche degli strumenti tecnologici contemporanei difatti non comportano particolari ostacoli nel reperimento delle informazioni (fase 1), ma tuttora è estremamente difficoltoso avere dei sistemi che siano in grado compiere effettivamente il passaggio da una conoscenza meramente formale a una conoscenza realmente sostanziale, ossia sull'aspetto fondamentale per le fasi 2 e 3[41], anche se i progressi compiuti sono notevoli ed empiricamente ravvisabili. Ciò è dovuto al fatto che, in esecuzione di molteplici algoritmi, i moderni motori di ricerca compiono operazioni sintattiche e semantiche di analisi dei testi, oltre a contestualizzarli nell'ambito del ciberspazio e dunque a valutare anche la "popolarità" dei medesimi mediante appositi algoritmi (generalmente riferiti alla quantità e alla qualità di link verso una determinata risorsa). Una fondamentale attività è dunque relativa all'analisi di ciascuna informazione e, in particolare, di quelle testuali, che costituisce altresì un aspetto particolarmente delicato dal punto di vista giuridico perché incide sul concetto di neutralità, assolutamente centrale nelle riflessioni in materia.
Orbene, già in relazione all'interpretazione dei testi normativi, in dottrina si **è** rilevato che, "come la riflessione ermeneutica ha ormai da tempo chiarito, l'accostamento al testo non è mai neutrale; chi interpreta attua sempre un "progetto", interpreta sulla base di una comprensione preliminare del tutto, nella consapevolezza che il testo si fa comprendere solo se lo si legge con certe attese determinate"; e, sulla scia di quanto affermato da Gadamer, "l'interpretazione muove sempre, allora da una pre-comprensione, da un pre-giudizio sul senso complessivo del testo da interpretare"[42].
Se, dunque, si osserva il concetto di neutralità del motore di ricerca dalla predetta prospettiva fi-

---

[41] Sul punto, è stato efficacemente osservato che "Il *computer* non riesce a comprendere la componente sintattica del significato dei discorsi, non perché (come purtroppo, invece, molti ancora credono) sia *stupido*, ma soltanto perché le regole della sintassi (almeno di quella italiana) non costituiscono un *algoritmo* e l'uomo, quindi, non riesce a formularle algoritmicamente" (R. Borruso – L. Mattioli, *Computer e documentazione giuridica. Teoria e pratica della ricerca*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 189), Tuttavia, "Non esistono (né sembrano concepibili, allo stato della tecnologia) sistemi in grado di «ragionare» direttamente in linguaggio naturale. Anche se il linguaggio nel quale è espressa la base di conoscenza può assomigliare esteriormente ad un determinato linguaggio naturale, si tratta pur sempre di un linguaggio formalizzato, nel quale il significato dei simboli è determinato, anziché dalla sintassi e dalla semantica del linguaggio naturale (e, quindi, dalla cultura di cui quel linguaggio è parte), dal modo nel quale i simboli sono manipolati dal motore inferenziale (e, quindi, dalla sintassi univoca e semplificata nella quale i simboli sono espressi)" (G. Sartor, *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, cit., pp. 125-126).

[42] F. Macioce, *Un'ermeneutica per i sistemi esperti?*, in A.C. Amato Mangiameli (a cura di), *Parola chiave: informazione. Appunti di diritto, economia e filosofia*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 138.

losofica, allora si può sostenere che la neutralità sia di fatto irraggiungibile. Ma se è irraggiungibile allora si può concludere che non può essere invocata per sottrarsi alle ipotesi di responsabilità civile e, in ultima analisi, alla coercizione dell'ordinamento giuridico. Eppure questo non è del tutto vero, come sarà di seguito esposto (v. *infra*, par. 7).

Un differente approccio può invero consentire di giungere a risultati maggiormente utili nella riflessione sulla tematica di cui al presente contributo, sulla scia di quanto affermato da Sergio Cotta: egli afferma che presentare la situazione tecnologica come *problema* e non come *dato* consente di farla rimanere a misura d'uomo, impegnando così l'intera personalità intellettuale e morale in un responsabile sforzo di comprensione e insieme di controllo[43]. Nel caso di specie, ove si dovesse considerare la predetta assenza di neutralità quale dato incontrovertibile (e non come problema), perché l'attività ermeneutica non è mai neutrale ed è compiuta dagli agenti software in esecuzione degli ordini impartiti da chi li ha programmati, allora i motori di ricerca (*rectius*, le persone fisiche o giuridiche che ne sono legalmente i controllori) non potrebbero mai essere ritenuti responsabili[44]. Inoltre, si potrebbe sostenere che, in tale attività, le conseguenze delle azioni degli agenti sono imprevedibili poiché non solo i testi da analizzare ma altresì le interrogazioni degli utenti non sono aprioristicamente individuabili e sono comunque al di fuori del controllo del provider. Ancora, si potrebbe ritenere che, in ogni caso, non esiste un diritto ad essere indicizzati e che comunque non risulterebbe individuabile un obbligo giuridico in capo al prestatore del servizio di motore di ricerca in relazione sia ai soggetti che lo interrogano sia ai soggetti le cui informazioni vengono analizzate e indicizzate.

Tuttavia, se si problematizzano le tre considerazioni appena esposte, allora l'intera tematica può essere analizzata in un'altra prospettiva, anche perché, ragionando in senso contrario, un'intera categoria di soggetti si troverebbe ad operare al di fuori di qualsiasi responsabilità, giungendo ad essere di fatto *legibus solutus* nella prestazione di un servizio (oltretutto svolto a fine di lucro) che è centrale nella Società dell'informazione.

Così, in risposta alle suddette considerazioni, si può ritenere, in primo luogo, che in relazione alla neutralità nell'interpretazione di un testo e alla protezione che i vari ordinamenti attribuiscono nelle ipotesi che potrebbero essere ritenute sostanzialmente analoghe (dal *free speech* statunitense al diritto alla libera manifestazione del pensiero di cui al nostro ordinamento), non si può comunque estremizzare tale concetto a uso e consumo del servizio reso dai prestatori, poiché ogni ordinamento pone delle limitazioni, com'è noto, dovute, fra l'altro, all'equilibrio con il generale principio del *neminem laedere*. In secondo luogo, anche un'eventuale imprevedibilità teorica o pratica non può esimere dall'attribuire la responsabilità per eventuali danni a chi ha il controllo sul motore, che può essere teorizzata in termini di responsabilità vicaria oppure per danno cagionato da cose in

[43] S. Cotta, *La sfida tecnologica*, cit., p. 103.

[44] Cfr., ad esempio, *S. Louis Martin* vs. *Google Inc.* (No. CGC-14-539972, Cal. Sup. Ct. Nov. 13, 2014).

custodia[45], se non in termini di responsabilità oggettiva[46]. In terzo luogo, si può sostenere sia un diritto a ottenere una risposta corretta sia a essere correttamente indicizzati, purché il concetto di correttezza venga sufficientemente teorizzato in riferimento al caso specifico, come di seguito esposto; basti qui premettere che il motore di ricerca (*rectius*, chi ha il controllo su di esso) afferma generalmente di operare l'indicizzazione in modo neutrale e oggettivo (e senza avvantaggiare alcun soggetto) in riferimento alla ricerca organica, mentre in riferimento alla ricerca sponsorizzata la situazione muta, com'è giusto che sia. Pertanto, si assume autonomamente l'obbligazione di operare l'indicizzazione di qualsiasi sito o contenuto nonché di rispondere alle interrogazioni degli utenti in modo imparziale (fermo restando che nulla vieta di creare un motore di ricerca che in ipotesi elenchi unicamente o in modo preminente link a titolo oneroso, come avvenuto in passato con il motore "Overture"). Il motore di ricerca, com'è ovvio, dipende però dai siti e dai contenuti che indicizza, perché, nel modello che si è imposto con il passare degli anni, la ricerca organica (gratuita) diventa il cavallo di Troia per effettuare la visualizzazione della ricerca sponsorizzata (a pagamento per gli inserzionisti). La decisione sugli annunci da mostrare, del resto, dipende in modo inequivoco dalla decisione sulla composizione della SERP, entrambe svolte dal *search engine*.
Dal punto di vista giuridico, non vi sono problemi nella struttura del modello appena descritto, ove siano effettivamente garantite la neutralità e l'imparzialità delle decisioni in riferimento alla ricerca organica e la ricerca sponsorizzata non sia ingannevole. Ma, come rileva Castells, "The problem would be with search engines that mix the two strategies and hide the mix, or with a monopolistic search engine"[47].
Si ripropone, dunque, la questione fondamentale della neutralità delle scelte e delle decisioni del motore di ricerca, cui si accompagna quella della posizione dominante o di monopolio, con ovvie conseguenze dal punto di vista giuridico.
La prima questione sar**à** approfondita al par. 7; basti qui anticipare che l'unica modalità che può fornire garanzie adeguate consiste nella possibilità, semplificando, di verificare il ragionamento svolto dal motore. Tale profilo si connette con il secondo, perché va ad incidere su uno spazio privato che è generalmente sottratto al sindacato di terze parti o comunque di un'autorità giudiziaria salvo che non vi siano indizi o prove di un danno causalmente dipendente dalla "condotta" del motore. Qualora, però, un soggetto dovesse trovarsi in una posizione dominante o, ancor di più, di monopolio, l'approccio giuridico alla questione potrebbe mutare, soprattutto ove vi sia motivo di ritenere che il soggetto medesimo possa abusare o stia abusando della sua posizione. In tali ipotesi, la legislazione antitrust ha un ruolo primario e chi decide della sua applicazione diviene così l'unico potere in grado di opporsi a chi detiene quello economico e tecnologico. Bisogna infatti considera-

---

[45] In relazione agli agenti software: "sembra che la responsabilità del custode per l'azione di un AS non possa essere fondata solo sul fatto che un danno poteva essere previsto secondo le «normali» leggi della natura (o della tecnica). Dobbiamo inoltre considerare anche se l'AS abbia intenzionalmente o negligentemente prodotto il danno. Pertanto, la responsabilità dell'utilizzatore di un AS viene ad essere assimilata, anziché alla responsabilità del custode di una cosa, alla responsabilità vicaria […]. Come è noto questa forma di responsabilità civile non è fondata sul fatto che il datore di lavoro potesse prevedere il comportamento del dipendente, ma invece sul fatto che il dipendente abbia commesso un illecito nell'ambito della sua attività lavorativa" (G. Sartor, *Gli agenti software e la disciplina giuridica degli strumenti cognitivi*, cit., p. 77).

[46] Cfr., in riferimento alla citata *law of robots*, quanto sostenuto in U. Pagallo, *The Laws of Robots*, cit., *passim*.

[47] M. Castells, *Communication Power,* Oxford University Press, New York, 2009, p. 157.

re che, ove in posizione dominante o di monopolio, il motore di ricerca ha poteri enormi, non solo economici: in particolare, quello della tecno-esclusione. Esso sollecita una domanda già posta in altro senso da autorevole dottrina: "Ma è proprio vero che nel mondo cibernetico, grazie ai nuovi concetti spaziali e alle nuove dinamiche filtrate dalla matrice informatica, non si dia esclusione alcuna e che anzi a *tutti* **è garantita in Rete la stessa libertà?"**[48]. Ebbene: l'esame empirico della realtà fattuale mostra come tali spazi informatici vadano a modificarsi e come chi controlla la porta di ingresso alle informazioni del ciberspazio abbia tutto il potere, concreto seppur intangibile, non solo di escludere a suo piacimento ma altresì di costruire un profilo digitale astrattamente idoneo a danneggiare una persona fisica o giuridica, o comunque a orientare il convincimento su determinate tematiche, semplicemente mostrando determinati collegamenti in posizioni preminenti e, in ipotesi, nascondendone altri o relegandoli in posizioni estremamente subordinate.
L'ultimo profilo, in particolare, evidenzia la questione del c.d. ranking nella pagina dei risultati del motore di ricerca. Numerosi studi ne hanno dimostrato l'estrema importanza, per cui **è notorio che** essere elencati in posizioni non primarie equivalga spesso a non essere reperiti dagli utenti. Inoltre, in numerosi casi il motore di ricerca decide che determinate pagine, seppur indicizzate, non debbano essere mostrate per impostazione predefinita: è il caso dei "risultati omessi".
Ancora, il motore di ricerca può decidere di accostare determinati termini ad altri. Il tutto, però, dovrebbe essere svolto in modo automatico, oggettivo e neutrale, al fine di evitare che la prestazione del servizio di motore di ricerca web si concretizzi in una dittatura nel controllo delle informazioni che possa addirittura giungere alla loro parziale censura e, dunque, a ledere quei diritti di libertà informatica di cui illustri studiosi hanno oramai da decenni evidenziato la fondamentale importanza nella Società dell'informazione. Così, in diversi casi la reperibilità di molte pagine web mediante interrogazioni a un motore di ricerca può diventare estremamente difficoltosa o limitata qualora vengano svolte in un paese diverso da quello in cui le stesse sono ospitate e dunque il motore presuma e ritenga che esse non siano di interesse per chi effettua una *query* da una simile distanza (come avviene in esecuzione dell'algoritmo che localizza l'utente sulla base di diversi parametri come l'indirizzo IP e la lingua del browser): **è legittimo chiedersi, dunque, se** l'estrema personalizzazione delle modalità di svolgimento delle ricerche web possa quindi portare al recupero di quello stesso concetto di spazio che proprio Internet e il Web hanno contribuito a rendere evanescente nella Società dell'informazione. E ci si può chiedere se ciò sia un bene.
Nel complesso quadro sin qui delineato, è necessario aggiungere un ulteriore elemento di particolare delicatezza: la riflessione in merito agli errori e ai comportamenti del motore di ricerca, nonché alle rispettive conseguenze. Sul punto, è d'uopo premettere che "Il computer non è affatto infallibile, non tanto per i possibili guasti del suo hardware, quanto piuttosto per il software che lo guida"[49]. La vita quotidiana, tuttavia, è sempre più pervasa e controllata da una molteplicità di software, che mostrano anche di essere suscettibili di andare incontro a errori anche grossolani: il riferimento non è, unicamente, allo sfruttamento di falle o "trucchi informatici" per finalità diverse da quelle perseguite mediante un determinato servizio (ad esempio, di attivismo politico come nei casi di "Google bombing" relativi, fra gli altri, alla *query* "miserable failure", per cui nel 2004

[48] A.C. Amato Mangiameli, *Diritto e Cyberspace*, op. cit., p. 11.

[49] R. Borruso – S. Russo – C. Tiberi, *L'informatica per il giurista*, cit., p. 98.

il medesimo motore rispondeva elencando, come primo risultato, la biografia del presidente degli Stati Uniti George W. Bush), ma anche a *bug* e malfunzionamenti che possono, in linea teorica, inficiare il corretto funzionamento del motore di ricerca, essendo lo stesso, di fatto, una complessa piattaforma informatica. Di conseguenza, possono aversi casi di *ranking* potenzialmente errati o, ancora, di risultati erroneamente nascosti o di suggerimenti idonei a diffamare perché il motore di ricerca ha deciso così.

Nelle ipotesi qui appena accennate sorgono ulteriori interrogativi: l'errore è da individuarsi in un algoritmo o nella sua implementazione? O, piuttosto, può ravvisarsi nell'interazione fra una molteplicità di algoritmi che portano a risultati inattesi o a comportamenti anomali? Gli errori o i comportamenti anomali erano astrattamente prevedibili?[50]

Premesso che non pare possano esservi dubbi circa l'imputabilità di eventuali conseguenze dannose a chi ha il controllo sul motore di ricerca e dunque sul soggetto eventualmente chiamato a risponderne, **è chiaro** che l'analisi complessiva delle predette questioni vada ben oltre l'ambito civilistico del risarcimento del danno e investa un aspetto fondamentale della società contemporanea in quanto relativo anche all'accesso a una infrastruttura essenziale (il web) e alla libertà informatica nel suo complesso.

5. Un caso concreto: Google e il completamento automatico

Quanto sinora affermato investe aspetti di particolare delicatezza dal punto di vista teorico, ma è d'uopo rilevare che il possibile "errore" di un motore di ricerca non è un caso di scuola. Nel presente paragrafo si evidenzia un caso concreto di malfunzionamento, alquanto complesso, relativo al motore di ricerca Google e riscontrato dallo scrivente negli anni 2013 e 2014. Essendo un caso di particolare complessità, si ritiene opportuno svolgere in questa sede solo taluni riferimenti a titolo esemplificativo, rinviando ulteriori approfondimenti a eventuali e futuri contributi sul punto.

La questione **è relativa a** un sito (che sarà denominato "sito A"); la parte distintiva del nome a dominio (compresa fra "www" e ".it") corrisponde a un nome di fantasia e non a una parola di uso comune; essa è totalmente diverso da quella del "sito B". Ciò nonostante, si può argomentare che il sito A sia stato erroneamente considerato un sinonimo del sito B, per cui il motore di ricerca, automaticamente, sostituiva il secondo al primo quando quest'ultimo veniva specificato.

A tal proposito si farà, innanzi tutto, riferimento al servizio di "completamento automatico" di Google, per cui il motore suggerisce, fra l'altro, termini che potrebbero essere simili ai termini di ricerca digitati o comunque accosta determinate parole ad altre. Nel caso specifico, effettuando

[50] Sembra opportuno ricordare il seguente monito di Sergio Cotta: "Per quanto largo sia o diventi il suo sapere, l'uomo non è onnisciente. Se si lascerà trascinare nell'ingranaggio implacabile dello sviluppo e dell'artificiale, l'uomo corre il rischio di provocare l'evento l'assoluto: la rottura dell'equilibrio vitale e la distruzione del mondo, per l'impossibilità di prevedere tutte le conseguenze della propria azione di trasformazione, per l'impossibilità di evitare l'errore" (*La sfida tecnologica*, cit., pp. 101-102).

una *query* del tipo seguente[51]:

sito A libri g

Google suggeriva:

sito B libri gratis

sito B libri gialli

sito B libri gramellini

sito B libri geronimo stilton

e così via. In altri termini, non accostava termini, ma sostituiva la prima parola della *query* perché presumibilmente ritenuta sinonimo della parola che costituisce il nome del sito B.
Quanto accaduto viene riportato nella figura che segue:

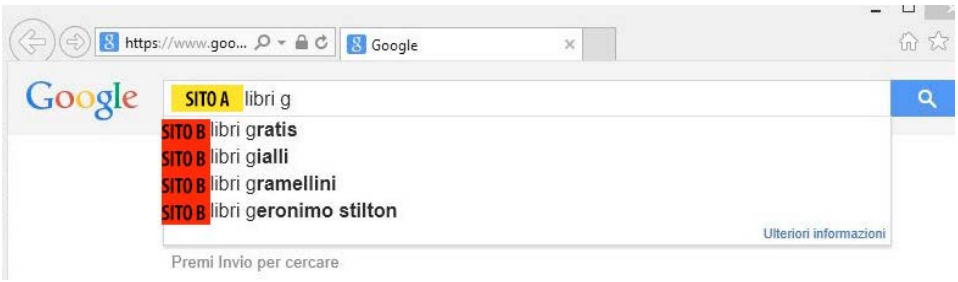

Figura 1 - Google - Completamento automatico

La situazione di cui sopra si è protratta per alcuni mesi, sino a quando pare essersi risolta in riferimento alla mera manifestazione esteriore di tale bug o comportamento anomalo.
Un secondo esempio concreto è da rinvenirsi in *query* della seguente tipologia:

titolo libro sito A

In tali casi, Google mostrava i risultati del sito B prima di quelli del sito A, nonostante il sito B non fosse stato specificato nella *query*, come da figura che segue:

[51] Per sito A e sito B sono da intendersi, rispettivamente, il nome di ciascun sito, corrispondente al nome a dominio senza indicazione né di "www" né del TLD ".it"; per completezza, si precisa che entrambi i siti sono composti da numerose pagine.

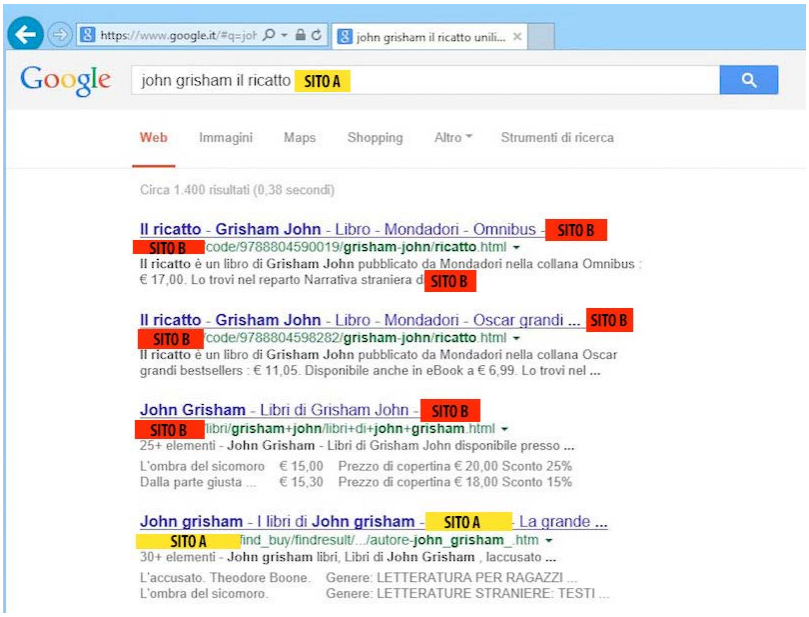

Figura 2 - Google - Esempio di query

Infine, una terza questione, di particolare rilevanza, è relativa al fenomeno dei risultati omessi, per cui il sito A non viene elencato in numerose occasioni. Essa richiede ulteriore approfondimento e lo studio di dati statistici, ma ai fini del presente contributo si ritiene sufficiente discutere in ordine a quanto prospettato e mostrato nelle figure che precedono, fermo restando che privare chi interroga un motore di numerosi risultati e nascondere del tutti determinati siti dovrebbe essere oggetto di particolare attenzione da parte del prestatore medesimo per evitare discriminazioni giuridicamente rilevanti.

Ad ogni buon conto, la finalità dell'inserimento delle predette figure **è molteplice.**

In primo luogo, consente di mostrare come l'ipotesi di un errore o di un comportamento anomalo di un motore di ricerca non sia solo un caso di scuola ma possa verificarsi anche in presumibile assenza di atti di hacking, di cracking o di attivismo telematico.

In secondo luogo, nonostante la Società dell'informazione sia caratterizzata da tempi rapidissimi, evidenzia come in diversi casi determinate situazioni possano protrarsi per lungo tempo.

In terzo luogo, evidenzia la difficoltà di calcolare le conseguenze **«a cascata»** di un errore del motore di ricerca, poiché, anche se i sintomi indicati sono stati eliminati e per lo più eliminati per ciò che concerne rispettivamente le figure 1 e 2, non v'è dubbio che sia estremamente difficoltoso, per chi si approccia dall'esterno del motore di ricerca, non solo comprendere cosa sia effettivamente avvenuto, ma altresì capire se l'errore sia stato effettivamente risolto e, in caso positivo, trovare una soluzione che porti a un circolo virtuoso anziché vizioso e a ripristinare la situazione *quo ante*: il che appare un compito improbo. Basti pensare, in tal senso, agli effetti consequenziali che possono aversi sul *ranking* di un determinato sito. Se anche i programmatori di un agente software non possono sovente prevedere tutte le conseguenze del loro, allora come essere ragionevolmente certi che alla risoluzione di un errore consegua una giusta interazione fra i numerosi algoritmi che presiedono al funzionamento del motore di ricerca?

6. Neutralità, controllo e censura

Le considerazioni sin qui effettuate hanno consentito di delineare la figura del prestatore del servizio del motore di ricerca mettendone in luce diversi aspetti che lo caratterizzano altresì quale controllore e censore della Società dell'informazione. Esse evidenziano ulteriori criticità su un aspetto di particolare interesse, di cui dottrina e giurisprudenza si sono occupate e si stanno occupando: la neutralità del motore di ricerca (oltre che la natura di Internet Service Provider attivo o passivo, da cui può discendere l'applicazione delle ipotesi di esenzione da responsabilità previste dalla normativa vigente)[52]. Tuttavia, proprio questo profilo abbisogna di un maggior approfondimento, nella direzione di una prospettiva più specifica che superi la visione normalmente adottata dai vari legislatori che si sono occupati della materia. **È** innegabile, infatti, che il diritto positivo si sia focalizzato in modo praticamente esclusivo sulla ipotesi di (esenzione da) responsabilità del prestatore per il fatto di uno **o più destinatari del servizio** nonché sulla eventuale de-indicizzazione di taluni contenuti[53], mentre appare necessario, più che opportuno, considerare il ruolo centrale di chi si pone quale intermediario fra le informazioni rese pubblicamente disponibili *on line* e chi le cerca, utilizzando altresì il diritto quale meta-tecnologia, nel senso esposto in apertura del presente contributo.

Si ribadisce, infatti, che la prestazione del predetto servizio fornisce un potere enorme: il controllo delle informazioni mediante la possibilità di renderle reperibili e, in caso positivo, di quanto facilmente renderle tali. Non v'è dubbio che gli algoritmi siano sempre più sofisticati e che le tecniche oggi disponibili siano comunque estremamente raffinate, spingendosi addirittura a personalizzare i risultati di cui alla SERP sulla base di numerosi criteri, non solo geografici, e personalizzazioni anche *ad hoc* (per quanto automatizzate).

Sino ad oggi è sembrata prevalere la tesi di una essenziale irresponsabilità del motore di ricerca, quasi come se gli algoritmi all'uopo utilizzati non fossero un prodotto di quegli stessi uomini che ne traggono i rilevanti benefici patrimoniali.

Come si è anticipato, può invece sostenersi che i titolari dei siti web (e dei dati eventualmente) indicizzati hanno tutto il diritto che detta operazione sia effettuata correttamente anche in ragione del fatto che essi forniscono i contenuti che il titolare del motore medesimo utilizza non solo per fornire il proprio servizio, ma altresì per vendere gli spazi pubblicitari. Infatti, in assenza dei risultati organici, la ricerca sponsorizzata non avrebbe oggi alcun senso poiché si può presumere che nessuno utilizzerebbe quello specifico motore di ricerca (il modello dei motori *pay per click* non ha, del resto, avuto successo, come quello del citato *Overture*).

---

[52] In riferimento alla considerazione di Google quale ISP attivo in relazione al servizio di completamento automatico, cfr. Trib. Milano, ord. 23 maggio 2013.

[53] Ciò soprattutto in seguito alla nota sentenza del 13 maggio 2014 della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di diritto all'oblio (reperibile sul sito della Corte: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=IT). Tale sentenza, oltre ad aver avuto un rilevante impatto mediatico, ha altresì rivitalizzato il dibattito dottrinale sul punto. Su di esso cfr., fra gli altri, T.E. Frosini, *Google e il diritto all'oblio preso sul serio*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, 4-5, pp. 563-567; F. Pizzetti, *Le autorità garanti per la protezione dei dati personali e la sentenza della Corte di giustizia sul caso Google Spain: è tempo di far cadere il "velo di Maya"*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, 4-5, pp. 805-829; G. Sartor – M. Viola de Azevedo Cunha, *Il caso Google e i rapporti regolatori USA/EU*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, 4-5, pp. 657-680.

In particolare, in virtù del ruolo centrale del motore di ricerca nella Società dell'informazione, bisognerebbe dettare dei principi per contemperare la libertà di informazione con quella di iniziativa economica (e i diritti di proprietà industriale) anche sotto questo aspetto.

Inoltre, **è necessario passare dalla irresponsabilità** *de facto* dei motori di ricerca per gli errori dei propri agenti (dunque presumibilmente per errori negli algoritmi o per comportamenti anomali conseguenti alla loro esecuzione, alla loro interazione o alla loro implementazione) alla definizione di criteri che possano consentire una possibilità di tutela ai soggetti lesi dalle decisioni automatiche dei motori di ricerca, che vada oltre al recentissimo orientamento in tema di diritto all'oblio sul web.

In particolare, si potrebbero implementare dei meccanismi di controllo per verificare la correttezza dell'operato degli agenti software (come, a titolo esemplificativo, la possibilità di verificare il ragionamento svolto), poiché la segretezza che circonda tali sistemi è estremamente rischiosa sia per l'impossibilità di tutela da parte dei danneggiati (che molto difficilmente potranno provare il dolo o la colpa del prestatore per la condotta dei propri agenti digitali, se non in caso di errori lapalissiani e comunque con le ovvie difficoltà di assicurarsi della loro effettiva risoluzione e non semplicemente della loro eventuale manifestazione esterna) sia per il fatto che i risultati potrebbero, in ipotesi, essere organizzati in modo da favorire le pagine di siti web propri o di propri clienti approfittando della predetta segretezza.

Del resto, come sottolineato in modo estremamente efficace da Stefano Rodotà, alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione è stata attribuita una virtù, quella di rendere la società più trasparente proprio per quanto riguarda la possibilità di controlli diffusi sul potere, su qualsiasi potere. Ma quando l'algoritmo diviene il fondamento stesso del potere esercitato da un soggetto, com'è nel caso assai enfatizzato di Google, e tutto ciò che lo riguarda è avvolto dalla massima segretezza, allora siamo davvero di fronte alla nuova versione degli *arcana imperii*, che non tutelano soltanto l'attività d'impresa, ma si impadroniscono, direttamente o indirettamente, della vita stessa delle persone"[54].

La garanzia della neutralità della prestazione del servizio è dunque un obiettivo imprescindibile: effettivamente, "Web-search mechanisms are too important to be shaped by the marketplace alone"[55]. Basti pensare al fatto che anche l'identità di un soggetto può essere ricostruita digital-

---

[54] S. Rodotà, *Il mondo nella rete*, op. cit., pp. 37-38. Come rileva Pagallo, inoltre, "Spesso i giuristi accolgono l'idea che la tecnica, come attività progettuale dell'uomo e suo sapere specialistici, risulti alcunché di "neutro". Quasi che la cifra virtuale che accomuna i diversi casi dell'identità cibernetica e le interazioni elettroniche automatizzate, con i problemi di *privacy* e le nuove forme di (non) comunicazione intersoggettiva, lascino inalterate le categorie e le figure con le quali si è rappresentato il diritto negli ultimi secoli!" (U. Pagallo, *Prolegomeni d'informatica giuridica*, Cedam, Padova, 2003, p. 11).

[55] L.D. Introna – H. Nissenbaum, *Shaping the Web: Why the Politcs of Search Engines Matters*, in *The Information Society*, 2000, 16, p. 176. "Search engines are important because they provide essential access to the Web both to those with something to say and offer and to those wishing to hear and finnd. Our concern is with the evident tendency of many of the leading search engines to give prominence to popular, wealthy, and powerful sites at the expense of others. This they do through the technical mechanisms of crawling, indexing, and ranking algorithms as well as through human-mediated trading of prominence for a fee. As long as this tendency continues, we expect these political effects will become more acute as the Web expands. We regret this tendency not because it goes against our personal norms of fair play but because it undermines a substantive ideal—the substantive vision of the Web as an inclusive democratic space. This ideal Web is not merely a new communications infrastructure offering greater band—width, speed, massive connectivity, and more, but also a platform for social justice" (Ivi, p. 181).

mente in modo totalmente automatizzato, mediante software intelligenti che eseguono algoritmi sempre più complessi. Anche la reperibilità stessa di una persona fisica o giuridica, nonché la consultabilità di uno o più profili o comunque di contenuti di qualsiasi tipologia, dipende oramai da algoritmi che decidono cosa può essere mostrato in seguito alle interrogazioni degli utenti. Si ribadisce, dunque, che è necessario "sottrarre la persona alla «dittatura dell'algoritmo», emblema di una società della spersonalizzazione, nella quale scompare la persona del decisore, sostituito appunto da procedure automatizzate; e scompare la persona in sé considerata, trasformata in oggetto di poteri incontrollabili"[56]. Ciò è ancor più vero quando il soggetto leso od escluso non ha la forza di far sentire la propria voce, perché esso viene stretto fra il mercato e la tecnologia (anche perché "In this market of markets, there is likely to be little incentive to ensure inclusion of these small markets and only a small cost (in loss of participation) for their exclusion")[57].

7. È possibile evitare la dittatura dell'algoritmo?

Nel quadro sin qui delineato, le problematiche giuridiche che emergono sono di diverso ordine e toccano aspetti estremamente delicati, con particolare, ma non esclusivo, riferimento alla responsabilità per le condotte di terzi, al potenziale abuso di posizione dominante (o di monopolio), alla tutela della libertà informatica e al potenziale conflitto con la libertà di iniziativa economica del prestatore di servizi. Il diritto non può rimanere inerte: "ora che l'uomo ha creato un mondo nuovo, non può sottrarsi **a ciò che è implicato dall'atto creativo di una nuova realtà: l'ordinarla e il darle delle leggi"**[58]. È vero che, ormai da tempo, il diritto positivo si occupa, o tenta di occuparsi, di regolamentare il ciberspazio, con alterne fortune. Ma non sembra che la nuova "sfida tecnologica", consistente anche nell'evitare la dittatura dell'algoritmo, sia stata efficacemente raccolta, pur se qualsiasi dibattito in materia è idoneo a fomentare il dibattito fra chi non vuole limitazione alcuna (il fornitore di servizi e chi ritiene che qualsiasi limitazione sia comunque un attentato alla libertà della Rete) e chi vuole porre dei limiti (molteplicità di soggetti aventi interessi anche temporalmente diversi, con tutto ciò che ne consegue anche in termini di capacità di pressione). Alla frammentazione degli oppositori e all'unità dei fornitori si accompagna poi una società in cui il *pater familias* non è generalmente dotato delle cognizioni informatico-giuridiche per comprendere la realtà informatica in cui si trova, essendo di particolare complessità anche per gli stessi operatori del settore.

Così, l'uomo si trova dinanzi ad artefatti non solo quantitativamente sempre più presenti nella sua vita ma altresì qualitativamente più importanti e decisivi, che tendono a farlo diventare un "agente di secondo grado che anima e dirige macchine agenti direttamente, le quali, per la loro maggiore precisione e potenza, lo sostituiscono con vantaggio in attività finora a lui riservate"[59]; tali macchine, oltretutto, sempre più spesso sono il mezzo mediante cui taluni dirigono altri, anche in via

---

[56] S. Rodotà, *Il mondo nella rete*, op. cit., pp. 37-38.

[57] L.D. Introna – H. Nissenbaum, *Shaping the Web*, cit., p. 177.

[58] S. Cotta, *La sfida tecnologica*, cit., p. 82.

[59] S. Cotta, *La sfida tecnologica*, cit., p. 79.

automatizzata. Tale problematica va ad estremizzarsi quando l'artefatto è costituito dal motore di ricerca, per le implicazioni più volte ricordate. Al potere derivante dall'uso di agenti digitali e al godimento dei conseguenti benefici, anche patrimoniali, deve pertanto accompagnarsi la responsabilità per l'uso medesimo, nonché la necessità di garantirne la correttezza e la neutralità, salva esplicita e inequivocabile dichiarazione che i risultati eventualmente forniti non sono, né tendono ad essere, neutrali ed oggettivi. Una costante ed attenta riflessione in materia è quindi assolutamente necessaria per evitare il consolidarsi di un potere dittatoriale e censorio, seppur *conquistato sul campo*, in capo a chi fornisce, di fatto, un fondamentale e imprescindibile strumento di accesso alla sterminata e crescente mole di informazioni digitali, anche indipendentemente dal loro formato.
Come si è detto, infatti, il motore di ricerca dipende dai siti e dai contenuti che indicizza, perché la ricerca organica (gratuita) è il cavallo di Troia per la visualizzazione della ricerca sponsorizzata (a pagamento per gli inserzionisti). Ciò è perfettamente legittimo, purché siano garantite neutralità, trasparenza e oggettività, mentre la presentazione dei risultati sponsorizzati non deve essere ingannevole o tesa a sviare gli utenti. Inoltre, è necessario che la ricerca organica funzioni correttamente, per evitare di escludere sia gli operatori economici, che sarebbero costretti a dover ricorrere alla ricerca sponsorizzata (dunque, a titolo oneroso) sia chiunque utilizza la Rete a fini non patrimoniali, o comunque non ha sufficienti mezzi economici.
Per garantire le condizioni sopra esposte sarebbe necessario, innanzi tutto, imporre un obbligo di trasparenza circa gli algoritmi utilizzati e la loro implementazione concreta[60], nonché di consentire di prendere visione delle fasi del ragionamento che hanno portato il motore a prendere determinate decisioni. Ciò non significa trasferire a terzi la possibilità di utilizzarne il codice, ma unicamente di studiarli e assicurarsi che la neutralità del motore di ricerca sia effettiva e non solo proclamata. Eventuali obiezioni in merito alla sicurezza dei sistemi e alla possibilità di sfruttare tali conoscenze a fini illeciti o illegittimi possono essere superate citando un fatto notorio: la notevole diffusione di software a sorgente aperto comunemente utilizzato in numerosi settori e da molti anni senza che le problematiche di sicurezza possano essere considerate più gravi rispetto ai casi in cui viene assicurata la segretezza del codice sorgente.
Del resto, la persona non può perdere la capacità di pensare e demandare un sempre maggior numero di compiti, anche intellettuali, agli strumenti tecnologici, al fine di evitare di farsi sopraffare da essi o da chi controlla gli strumenti medesimi. Nel 1964 Norbert Wiener ha affermato che i nuovi "schiavi meccanici" non ci offriranno un mondo in cui l'uomo potrà astenersi dal pensare; il mondo del futuro sarà caratterizzato da una sempre più forte sfida alle limitazioni della nostra intelligenza e non da "una confortevole amaca in cui potremo distenderci mentre siamo accuditi dai nostri schiavi robotici"[61]. I nuovi sistemi informatici (*rectius,* coloro i quali li controllano), però, vogliono talvolta portare l'uomo a non pensare. Così, provocatoriamente e quasi per scherzo, Larry Page (co-fondatore di Google) ha affermato che l'obiettivo è far sì che Google possa rispondere

[60] Cfr. L.D. Introna – H. Nissenbaum, cit., p. 181 ("As a first step we would demand full and truthful disclosure of the underlying rules (or algorithms) governing indexing, searching, and prioritizing, stated in a way that is meaningful to the majority of Web users. Obviously, this might help spammers. However, we would argue that the impact of these unethical practices would be severely dampened if both seekers and those wishing to be found were aware of the particular biases inherent in any given search engine").

[61] N. Wiener, *God and Golem Inc.*, The MIT Press, Cambridge (Massachusetts), 1964, p. 69.

a una domanda prima che essa sia posta, mentre Hal Varian (chief economist di Google) ha sostanzialmente affermato che, seppur in modo parziale, una simile funzione viene già offerta grazie alla convergenza di taluni servizi[62].

Un ulteriore contributo può derivare dalla costante cooperazione multidisciplinare nel continuo sviluppo del motore di ricerca. Difatti, si è osservato che nella creazione di "sistemi esperti che permettono di prendere delle decisioni con rilevanza giuridica", "il giurista si affianca all'opera dell'analista nella creazione/individuazione di algoritmi che il programmatore renderà in *software* al fine di offrire istruzioni al sistema informatico. Quest'ultimo opererà come un *robot* nella risoluzione di casi concreti. L'intelligenza artificiale sostituisce l'umano operare"[63]. Allo stesso modo, nello sviluppo dei motori di ricerca non si può pretermettere l'apporto, in particolare, di filosofi e giuristi che, in affiancamento agli informatici, li coadiuvino nel garantire il rispetto dei principi e delle libertà fondamentali[64].

In conclusione, alla luce di quanto esposto, appare chiaro che non ci si può concentrare unicamente sulle riflessioni in materia di de-indicizzazione, ma bisogna invece approfondire ulteriormente la questione, ancor più complessa, dell'obbligo di indicizzare correttamente i contenuti pubblicamente reperibili. Dal punto di vista giuridico, può ritenersi, in virtù delle argomentazioni qui complessivamente esposte, che sussista un generale obbligo di indicizzazione corretta in capo a chi presta il servizio di motore di ricerca sostenendo di fornirlo in modo neutrale e non discriminatorio. Tale obbligo diventa ancor più cogente qualora detto soggetto si trovi in una posizione dominante o di monopolio, per cui determinate limitazioni possono essere imposte in modo più agevole in applicazione delle normative antitrust all'uopo applicabili.

---

[62] "We all thought he was joking but Larry's vision has been realized by Google Now, an application that runs on Android phones. One day my phone buzzed and I looked at a message from Google Now. It said: "Your meeting at Stanford starts in 45 minutes and the traffic is heavy, so you better leave now." The kicker is that I had never told Google Now about my meeting. It just looked at my Google Calendar, saw where I was going, sent my current location and destination to Google Maps, and figured out how long it would take me to get to my appointment given current traffic conditions. Some people think that's the coolest thing in the world, and others are just completely freaked out by it. The issue is that Google Now has to know a lot about you and your environment to provide these services. This worries some people. But, of course, I share highly private information with my doctor, lawyer, accountant, trainer, and others because I receive identifiable benefits and I trust them to act in my interest" (H.L Varian, *Beyond Big Data*, working paper presented at the NABE Anual Meeting, San Francisco, 2013, in http://people.ischool.berkeley.edu/~hal/Papers/2013/BeyondBigDataPaperFINAL.pdf).

[63] M. Cossutta, *Questioni sull'informatica giuridica*, cit., p. 32.

[64] In senso simile cfr. L.D. Introna – H. Nissenbaum, *Shaping the Web*, cit., p. 181.

Profili patologici nel rapporto media-minori: lacune normative o vuoto familiare?

Paolo Galdieri

Multimedia

Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode per accedere al MediaBook CLIOedu

Le nuove frontiere della privacy in sanità: APP mediche e Wearable computing

Marco Mancarella

Multimedia

Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode per accedere al MediaBook CLIOedu

Internet bill of rights: una proposta da discutere

Guido Scorza

Multimedia

Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode per accedere al MediaBook CLIOedu

Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management

N. 1 - 2015 • pp. 90-102

La regolazione di Internet: un confronto con gli USA

Irene Sigismondi

Multimedia

Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode per accedere al MediaBook CLIOedu

Abstract: La regolazione di Internet è un tema ricco di implicazioni, sia tecnologiche e giuridiche, sia sociali ed economiche. Negli Stati Uniti, la regolazione posta dalla Federal Communication Commission (FCC) nel c.d. Open Internet Order del 2010 è stata impugnata e ritenuta illegittima dalla Corte di Appello per il Distretto di Washington DC nel noto caso Verizon vs. FCC del gennaio 2014. In seguito a ciò, si è aperto un dibattito di dimensioni senza precedenti, che ha coinvolto per mesi politici, studiosi, ed anche direttamente la società civile, per giungere al *New Proposed Rule Making*. La FCC ha votato queste regole nel Febbraio 2015, pubblicandole il successivo 12 Marzo. Vi sono diverse questioni ancora aperte, anche nel confronto con il contesto europeo e la Proposta di Regolamento c.d. *Connected Continent*, soprattutto in relazione alle problematiche di neutralità della rete.

Internet Regulation is a topic full of implications, both in terms of technology and law, and in terms of society and economics. In United States, the Open Internet Order of 2010 by the Federal Communication Commission was challenged and struck down by the well-known DC Circuit Court of Appeal decision Verizon vs. FCC in January 2014. After that, an unprecedented debate rose among politicians, scholars and also directly involved the civil society, bringing to the so called New Proposed Rulemaking. Finally FCC voted these rules last February 2015 and released them on March 12, 2015. There are still several open issues, also by comparing the European context and the Proposed Regulation "Connected Continent", with particular reference to Net Neutrality.

Parole chiave: Regolazione di Internet, apertura della rete, neutralità della rete, Open Internet Order 2010, FCC, Net Neutrality.

Sommario: 1. Tecnologie e società – 2. La regolazione di Internet negli Stati Uniti: dal *Policy Statement* all'*Open Internet Order* - 3. Il caso Verizon vs. FCC - 4. Le tappe del *New Proposed Rule Making* (NPRM 2014) - 5. Epilogo "*open issues*" e riflessioni di confronto con la situazione per l'Unione Europea.

1. Tecnologie e società

Internet è parte della nostra vita quotidiana e, almeno fino ad ora, l'esperienza che ne abbiamo è quella di una risorsa "aperta", ossia una fonte di dati e informazioni a cui si accede senza alcun filtro o censura, per i soggetti, per l'infrastruttura e per i contenuti.
Cosa ciò significhi è ben evidenziato dai dati statistici[1] e descritto e spiegato dagli studiosi del fenomeno in tutti i suoi risvolti, anche sociologici, come la persistenza di un certo

[1] Cfr. il Rapporto *Pew Internet Project*, relative all'uso di Internet negli Stati Uniti, negli anni dal 2000 al 2015. In Italia, secondo i dati della *Digital Agenda Scoreboard* della Commissione Europea, il 68% delle famiglie è connesso ad Internet tramite rete fissa e/o mobile.

digital divide[2] o la diffusione esponenziale delle nuove realtà dei *social network*[3].
In effetti, però, da cosa dipenda il c.d. *Internet as we know it*, ossia Internet "per come lo conosciamo", è per lo più "sconosciuto" nella sua reale configurazione, non tanto perché sia tenuto nascosto, ma, al contrario, proprio perché la tecnologia che lo rende possibile è fatta per essere "trasparente", e cioè "invisibile", all'utente finale.
La c.d. rete delle reti[4] si compone di due elementi fondamentali, i protocolli TCP/IP, ossia un sistema di comunicazione ed un sistema di indirizzamento. Il protocollo di trasmissione TCP (*Transmission Control Protocol*) consente il flusso di dati da un punto all'altro (*end-to-end*) tra i nodi/indirizzi definiti dal protocollo IP (*Internet Protocol*), e grazie al *World Wide Web*, rende possibile, con i *web browsers*, accedere ai documenti ipertestuali dai contenuti multimediali più vari[5].
L'utente finale conosce soltanto l'indirizzo scelto, ma non il percorso fisico che la sua richiesta segue: i dati viaggiano in rete divisi in pacchetti, secondo regole dettate da statistica e probabilità, in una logica, se vogliamo, antica, ma al tempo stesso sofisticatissima, di una gestione sequenziale. Il principio giuridico del "*prior tempore potior jure*" si traduce, nei termini informatici di gestione del traffico dati, nel correlativo "*first come, first served*", che consente il rispetto dell'eguaglianza dell'accesso sia per gli utenti, sia per le loro richieste, a parità di condizioni e con le ragionevoli eccezioni, che si possono sintetizzare con la clausola *best effort*, nel senso che se un pacchetto di dati non dà il segnale di essere giunto a destinazione viene subito ritrasmesso dalla fonte. Quando si verificano casi di uso anomalo o più semplicemente picchi di traffico, le medesime regole di *traffic management* offrono soluzioni immediate per evitare rallentamenti, congestioni o blocchi del servizio[6].

---

[2] Il problema del divario digitale riguardava, all'origine, il tema della diseguaglianza nell'*accesso* ad Internet (digital inequality) a causa di disuguaglianze socio-economiche, cognitive o culturali. Nel tempo, questo fenomeno è stato osservato in sociologia, anche con riguardo all'*uso* di Internet, introducendo parametri di osservazione collegati, ad esempio, alle diverse fasce di età o a diverse categorie di utenti. Cfr. Van Dijk, Jan A.G.M., *The Deepening Divide*, Sage Publications, 2005. In senso ampio, esso assume rilievo in relazione all'insieme di politiche a sostegno delle ineguaglianze, per favorire la diffusione della c.d. società dell'informazione e della conoscenza. Anche la Corte Costituzionale italiana, già con la sent. n. 307/2004, affrontava il tema proprio in questo senso, riconoscendo l'utilità, se non addirittura la necessità, di politiche statali di alfabetizzazione informatica, per consentire un approccio reale ed effettivo agli strumenti informatici e telematici. Cfr. AA. VV., a cura di E. De Marco, *Accesso alla rete e eguaglianza digitale*, Milano 2008.

[3] L'ampia disponibilità di strumenti per la "produzione di informazioni" da parte degli utenti della rete (c.d. *user-generated content*) ha ben presto trasformato Internet nel c.d. Web 2.0. Dalla creazione di siti web o blog personali, si è passati alla diffusione di foto, video all'interno di vere e proprie comunità di utenti che condividono gli stessi interessi (*Facebook, Twitter, YouTube, Flickr, Instagram* etc.): sono le c.d. *reti sociali* che oggi principalmente coinvolgono i giovani, se vogliamo, in un certo senso, riproponendo l'attualità del problema del *digital divide*, anche con riferimento ai nuovi dispositivi di accesso alla rete. Lee, H., et al. *A new dimension of the digital divide: Exploring the relationship between broadband con- nection, smartphone use and communication competence*, in Telematics & Informatics (2014), http://dx.doi.org/10.1016/j.tele.2014.02.001.

[4] A livello strutturale, la rete si basa sul modello OSI, di interconnessione di sistemi aperti (OSI – *Open Systems Interconnection*), suddiviso in 7 livelli (*layers*): fisico, dati, rete, trasporto, sessione, presentazione, applicazione. Cfr. Tannenbaum, A.S., *Reti di calcolatori* (tit. orig. *Computer Networks*), Milano, 2003.

[5] Per una sintesi dell'evoluzione di Internet con interessanti spunti, cfr. Cohen-Almagor, R., *Internet History*, in *International Journal of Technoethics*, 2(2), 45-64, April-June 2011.

[6] Già gli ingegneri della *Internet Engineering Task Force*, all'interno della Internet Society, un organismo internazionale indipendente in materia di standard, avevano fissato alcune raccomandazioni: Branden, B. et Al., RFC n. 2309,

Dunque, tornando agli utenti della rete, essi non possono sapere se le proprie richieste vengano artificiosamente manipolate rispetto alle ordinarie regole della gestione del traffico.

Questa circostanza è divenuta nel tempo, però, sempre più cruciale, per effetto di una crescita esponenziale nell'uso della rete. Se è vero, da una parte, che il progresso tecnologico rinvia il problema della scarsità *fisica* del mezzo, che al momento resta sempre sullo sfondo[7], è anche vero che vi è un profilo di scarsità *artificiale*, che ben può presentarsi per effetto delle dinamiche di domanda e offerta sul mercato.

Questo particolare profilo si è reso ancor più evidente con l'avvento della banda larga perché nello stesso tempo si sono moltiplicate le potenzialità di uso della rete, per la sua oggettiva aumentata capacità fisica, ed è aumentata anche la percezione della *velocità di accesso* alla rete ed ai suoi contenuti, parametro, quest'ultimo, che diviene sempre più importante nella valutazione della qualità del servizio[8].

In effetti, questa importanza sempre crescente riguarda non soltanto i singoli utenti, giacché l'accesso ad Internet in banda langa consente una fruizione della rete significativamente più ampia e differenziata, a livello quantitativo e qualitativo, ma anche per il sistema economico nel suo complesso, in quanto rappresenta un indubbio fattore di sviluppo, sia che riguardi la banda larga su rete fissa, sia quella su rete mobile, dal momento che,

Recommendations on Queue Management and Congestion Avoidance in the Internet (1998), disp: http://tools.ietf.org/html/rfc2309. Del resto anche l'ITU (International Telecommunication Union, ente responsabile degli standard tecnici internazionali per le telecomunicazioni all'interno del sistema delle Nazioni Unite), nel Marzo 2004, con la Raccomandazione ITU-T I.371, *Traffic control and congestion control in B-ISDN*, nella Sezione 7 (*Functions for traffic control and congestion control*) includeva anche le tecniche di c.d. *traffic shaping* tra i meccanismi di controllo del traffico che possono ad alterare il flusso dei dati per consentire il rispetto degli standard di efficienza e qualità del servizio della rete, disp: https://www.itu.int/rec/TRECI.371200403I/en.

[7] Con riferimento specifico ad Internet si è assistito al continuo superamento della "frontiera" delle previsioni di uso, senza però mai arrivare (ancora) alla saturazione: si pensi in tema di indirizzi IP al passaggio dall'IPv4 all'IPv6, su cui cfr. Hain, T., *A Pragmatic Report on IPv4 Address Space Consumption*, in *The Internet Protocol Journal*, Vol. 8, N. 3, 2005; o all'introduzione dei gTLD (generic Top Level Domain) nell'ambito delle possibilità di espansione dei nomi a dominio da parte dell'ICANN.

Più in generale, però, sul concetto di scarsità alla base dell'economia, cfr. un recente saggio, che mette in evidenza come proprio Internet abbia ridotto radicalmente il costo di produzione e distribuzione di diversi beni e servizi (ad esempio le potenzialità di stampa in 3D), portandoci verso l'economia della *post-scarsità*, descritta da Rifkin, J., nel suo *The Zero Marginal Cost Society* 9 (2014). L'autore del saggio prosegue poi cercando di individuare il ruolo della tutela legale della proprietà intellettuale in questo nuovo scenario, arrivando a prevederne un possibile sviluppo nel senso di una progressiva *de-regulation*. Cfr. Lemley, M.A., *IP in a World Without Scarcity*, in *New York University Law Review* Vol. 90, 460, May 2015, spec. pp. 465, 483 ss. e 496 ss.

[8] Il rapporto Eurobarometro della Commissione Europea *"E-communications and telecom single market household survey"* del Marzo 2014 definisce la percezione della velocità di connessione come parametro *rilevante* per il 41% degli utenti europei nella scelta della connessione ad Internet, mentre, in Italia, questo dato è importante (ancora) soltanto per il 30% degli utenti. La velocità e continuità del segnale in rete divengono peraltro *necessari* quando la rete viene usata in *streaming*, per la fruizione di contenuti multimediali video o voce che, fisicamente, occupano più pacchetti di dati e quindi possono creare code o congestioni. In effetti, il problema dell'uso della rete per lo *streaming* è oggetto di polemiche legate alla c.d. *Netflix distortion*. Netflix è una società che offre un catalogo di film e occupa con i suoi abbonati, che rappresentano l'1,2% degli utenti totali di Internet, più di un terzo della banda nelle ore di punta. Cfr. il recente articolo apparso sul Wall Street Journal: *The FCC imposes Netflix's Broadband Policy*, Sept.1/2015, di H. W. Jenkins, Jr. in cui si valutano le conseguenze di questa asimmetria nell'allocazione dei costi della banda larga (a tutto vantaggio degli utenti di Netflix) di cui la FCC pare invece non preoccuparsi. Disp: http://www.wsj.com/articles/the-fcc-imposes-netflixs-broadband-policy-1441149876

ancorché supportate da aspetti infrastrutturali assai differenti, portano alla medesima "esperienza" della rete[9].

Proprio su questo si è soffermato l'interesse dei governi per raggiungere gli obiettivi di crescita e competitività[10].

Sta crescendo così in tutti i settori la consapevolezza che Internet "come lo conosciamo" è un modello oggi in continua evoluzione e si sono aggregati i sostenitori di due opposte politiche per delinearne il possibile futuro: quella favorevole alla tutela della libertà ed apertura di Internet[11], che ne sottintende la neutralità rispetto a *providers*, utenti e dati stessi, e quella favorevole alla tutela della concorrenza come valore assoluto, nella convinzione che il mercato sia di per sé in grado di garantire l'innovazione e la migliore offerta di servizi.

L'intreccio fra la libertà degli individui di "dare e prendere" dati sulla rete e la libertà degli imprenditori di gestire quest'ultima per ottimizzarne le prestazioni sono dunque al centro di un acceso dibattito, ricco di implicazioni e di risvolti a vari livelli.

Forse si può riconoscere, dietro queste posizioni, la storica contrapposizione tra *liberals* e *libertarians* che, in materia di Internet, è, se vogliamo, ancora più netta, perché viene ad incidere, in ultima istanza, sull'esercizio di diritti fondamentali come la libertà di espressione e manifestazione del pensiero, che gode di una garanzia costituzionale forte in tutti gli ordinamenti di tipo occidentale, a partire dal primo emendamento (*freedom of speech*) della Costituzione USA.

Questo dibattito ha seguito ad oggi alcune tappe fondamentali che vorremmo qui ripercorrere brevemente, per concludere guardando al presente, anche accennando ad un confronto con l'attuale situazione in Europa.

---

[9] In effetti, in generale le reti fisse hanno un peso relativo elevato nella fornitura di servizi a banda ultra-larga, perché richiedono investimenti elevati: portare le reti a fibra ottica dalla centrale locale all'armadio stradale, "Cabinet" (c.d. FTTC, *Fiber to the Cabinet*) o fino alle "Premises" (FTTB o FTTH, rispettivamente *to the Building* o *to the Home*) è sicuramente un investimento considerevole. Forse questa è anche una ragione per cui in Italia la banda larga su rete fissa ha un tasso di penetrazione di molto inferiore alla media europea, mentre la banda larga su rete mobile registra un costante aumento, secondo i dati rilevati da Eurobarometro, anche grazie alle offerte illimitate a tariffa fissa (*flat*). D'altro canto, anche la banda larga mobile presenta le sue criticità: mentre si continua ad evolvere con le reti di nuova generazione (NGN, che dal 3G e LTE ora passano a 4G, 5G), al tempo stesso soffre della finitezza dell'allocazione statale della risorsa spettro-radio, che potrebbe portare al c.d. *data capacity crunch*, una saturazione dagli impatti drammatici sulla vita quotidiana.

[10] Per un interessante resoconto sulla situazione negli Stati Uniti alla vigilia del c.d. *Open Internet Order*, di cui si dirà più oltre, cfr. Varona, A. E., *Toward a Broadband Public Interest Standard*, in *Administrative Law Review*, 2009 Vol. 61, n. 1; In Europa, per monitorare gli obiettivi della *Digital Agenda for Europe* è stato costruito l'indice DESI (*Digital Economy and Society Index*), che fa riferimento a 5 fattori (la connettività, il capitale umano, l'uso di Internet, l'integrazione delle tecnologie digitali e i servizi pubblici digitali). Purtroppo, in un quadro pur sempre in ascesa, l'Italia è ancora tra gli ultimi paesi europei, se misurata in base a questo indice. Anche per questa ragione, di recente, il governo ha adottato la "*Strategia Italiana per la banda ultra-larga*", su cui sono state chiamate a pronunciarsi le Autorità Indipendenti competenti, per la Concorrenza (AGCM) e per le Comunicazioni (AGCOM), che, al riguardo hanno anche condotto una indagine conoscitiva pubblicata nel Novembre 2014: cfr. *Indagine conoscitiva sulla concorrenza statica e dinamica nel mercato dei servizi di accesso e sulle prospettive di investimento nelle reti di telecomunicazioni a banda larga e ultra-larga*. Roma, 8 novembre 2014, Conclusioni. Disp. su http://www.agicm.it

[11] Va ricordato che anche l'Alto Consiglio dei Diritti Umani dell'ONU ha definito l'accesso ad Internet come bene strumentale all'esercizio di diritti fondamentali e dunque esso stesso diritto primario (Dichiarazione del 6 luglio 2012).

2. La regolazione di Internet negli Stati Uniti: dal Policy Statement all'Open Internet Order

Per ripercorrere brevemente le tappe della regolazione di Internet negli Stati Uniti, si può segnare come punto di partenza il 2005, quando la *Federal Communications Commission* (FCC)[12] aveva approvato il c.d. *Internet Policy Statement*[13], proprio con lo scopo di favorire lo sviluppo della banda larga e di promuovere la natura aperta ed interconnessa di Internet ("*preserve and promote the open and interconnected nature of the Internet*[14]").

L'obiettivo era di fissare principi volti ad assicurare ai consumatori, secondo le proprie scelte, piena possibilità di (1) accedere a tutti i contenuti leciti di Internet, (2) utilizzare applicazioni e servizi, nel rispetto della legge; (3) connettersi con dispositivi conformi a legge, che non danneggino la rete stessa e (4) avvalersi della concorrenza per scegliere tra i diversi fornitori di accesso alla rete (*network*), di applicazioni, di servizi e di contenuti. Il tutto, fatto salvo un "*reasonable network management*".

Infatti, si comprendeva che le oggettive potenzialità della banda larga potevano venire modificate e limitate artificialmente da parte dell'operatore di rete che fornisce il servizio Internet (*Internet Service Provider*) sia nei confronti dell'utente consumatore finale[15], sia nei confronti del fornitore di contenuti. Se da un lato una qualche misura di questo tipo può sempre rientrare nella ragionevole gestione del traffico ed è comprensibile per prevenire blocchi o congestioni, che si potrebbero realizzare con la continua espansione nell'uso della rete, l'uso sistematico di queste misure inevitabilmente viene a compromette l'apertura e la neutralità della rete[16].

---

[12] Dal punto di vista costituzionale, la FCC è un'agenzia federale indipendente dall'esecutivo, istituita nel 1934 con poteri regolatori e una giurisdizione strumentale (*ancillary jurisdiction*) sulla materia delle comunicazioni.

[13] Cfr. Internet Policy Statement: *Appropriate Regulatory Treatment for Broadband Access to the Internet Over Cable Facilities*, 20 FCC Rcd 14986, 14987-88, par. 4 (2005).

[14] Cfr. *Idem*, 14988 n.15.

[15] Ai fini del *reasonable network management* si distingue tra le misure *fisiche* di gestione della rete e quelle *contrattuali* (*commercial agreements*). Solo le prime vengono tecnicamente prese in considerazione, mentre gli accordi commerciali sono generalmente posti al di fuori. Essi dunque possono prevedere tariffe basate sull'uso come i c.d. *data caps* ossia soglie di traffico concordate, ed in effetti la possibilità di limitare contrattualmente la soglia massima di dati potrebbe apparire neutrale rispetto alla regolazione della rete in sé, anzi potrebbe essere considerata un incentivo all'accesso alla rete stessa da parte dei consumatori. In questo senso è stato interpretato dal *Working Group on Economic Impacts of Open Internet Frameworks*, del Comitato Consultivo *Open Internet (Advisory Comm.)* della FCC, che ha diffuso il documento *Policy Issues in Data Caps and Usage-Based Pricing*, 2013 OIAC ANN. REP. 16 (2013), disp: http://transition.fcc.gov/cgb/oiac/oiac-2013-annual-report.pdf Possono però anche rilevarsi misure *contrattuali* che incidono più direttamente sul traffico *fisico*, come nel caso dei piani a tariffa fissa (*unlimited data plan*) quando oltre una certa soglia non garantiscono più la qualità del servizio oppure *exclusive deals*, come i c.d. *zero-ratings* per specifici servizi o applicazioni, che invece non vengono fatti rientrare nel volume di traffico fatturato al consumatore, proprio per favorirne l'accesso. In effetti sono temi centrali a quello della regolazione di Internet e, per certi versi, restano aperti: cfr. le considerazioni conclusive *infra* par. 5.

[16] Vi sono infatti argomenti che in queste pratiche vedono alto il rischio di discriminazione, perchè si traducono in una limitazione sostanziale all'accesso alla rete. Cfr. Klein, R., *Creating Artificial Scarcity*, in *Santa Clara High Tech. Law Journal*, Vol., 139, May 2015. In effetti, anche il GAO (*Government Accountability Office*) ha rilevato, in un report dello scorso Novembre 2014, che il problema delle tariffe basate sull'uso, più che un vantaggio per gli utenti, potrebbe nascondere una concentrazione nel mercato da parte degli Internet Service Providers di banda larga. Cfr. GAO

Dal punto delle fonti del diritto, però, non a caso si trattava di un *Policy Statement*, di una sorta di atto di "indirizzo politico", anziché di un atto propriamente normativo, forse anche per non affrontare direttamente il problema del perimetro delle competenze. In generale, infatti, questo è da sempre stato un terreno scivoloso per le Agenzie federali[17].
Infatti, se alla FCC viene riconosciuto il potere regolatorio per la materia delle comunicazioni e delle telecomunicazioni (comunicazioni via radio, televisione, rete, satellite e via cavo), il ricorso al *Policy Statement* diveniva un metro di misurazione (*yardstick*) per alcune importanti transazioni su larga scala[18].
Era però stato anche posto alla base di un provvedimento specifico – il c.d. Comcast *Order*, una sorta di ordinanza-ingiunzione – contro la maggiore società di fornitura di servizi di connessione a banda larga per gli Stati Uniti[19], accusata di aver ingiustamente discriminato gli utenti del *file sharing* in modalità *peer-to-peer*, impedendo o rallentando significativamente l'accesso alla rete. In questo caso, senza imporre alcuna multa, la Commissione aveva ordinato alla società di rimuovere entro l'anno il comportamento ritenuto violativo dei principi fissati con lo *Statement*.
Per questo *Order*, l'Agenzia aveva invocato la propria giurisdizione funzionale (*ancillary jurisdiction*) sulla base del Titolo I del *Communications Act* e non direttamente il potere regolatorio. La società aveva però contestato il fondamento del potere con cui l'Agenzia aveva agito, impugnando l'ordinanza in questione e chiedendone, con successo, la revisione (*petiton for review*)[20].

Report 2014.

17 Cfr. 535 U.S. 1, New York et Al. v. Federal Energy Regulatory Commission (FERC) et Al. No. 00-568, 2001. Si tratta di un caso per certi versi simile, deciso dalla Corte Suprema, a maggioranza, proprio in ordine al riconoscimento per l'Agenzia, senza entrare nel merito della questione tecnica, della possibilità di intervenire "interpretando" i propri poteri regolatori per porre rimedio ad una discriminazione. Ebbene, in quel caso la Corte d'Appello prima e la Corte Suprema poi avevano riconosciuto questa facoltà, ma l'opinione in parte concorrente e in parte dissenziente del J. Thomas, unitamente ai JJ. Scalia and Kennedy, sosteneva sul punto la non ambiguità del linguaggio dello Statuto nelle limitazioni poste ai poteri attribuiti.

18 Cfr. il punto 65 del New Open Internet Order del 2015: *In the Matter of Protecting and Promoting the Open Internet* (GN Docket No. 14-28), *Report and Order on Remand, Declaratory Ruling, and Order.* (Adopted: February 26, 2015 Released: March 12, 2015).

19 *Ibidem*. Si tratta del c.d. *Comcast Order* (23 FCC Rcd 13028, 13054, 13057, par. 44, 49 (2008), emanato a seguito di un *Formal Complaint of Free Press and Public Knowledge Against Comcast Corporation for Secretly Degrading Peer-to-Peer Applications; Broadband Industry Practices*; ed una *Petition of Free Press et al. for Declaratory Ruling that Degrading an Internet Application Violates the FCC's Internet Policy Statement and Does Not Meet an Exception for "Reasonable Network Management,"* File No. EB-08-IH-1518, WC Docket No. 07-52, *Memorandum Opinion and Order*, 23 FCC Rcd 13028, 13054, 13057, paras. 44, 49 (2008).

20 In base all'*Administrative Procedure Act* (APA) la Corte d'Appello (Circuit Court) del Distretto di Columbia esercitando il judicial review sugli atti della FCC era chiamata confermare o reinviare l'Ordine alla Commissione. Con la decisione, la Corte (Comcast Corp. v. FCC, 600 F.3d 642 - D.C. Cir. 2010) aveva negato fondamento normativo statutario all'*ancillary authority* invocata dalla Commissione in quel caso. La Corte aveva riconosciuto che la Section 706 del Telecommunications Act del 1996 poteva giustificare una delega del potere regolatorio alla FCC, ma Commissione essa aveva in precedenza affermato che "non costituisce fonte indipendente di autorità", cfr. *Comcast*, 600 F.3d, 658 che fa riferimento al precedente c.d. *Advanced Services Order*, 13 F.C.C.R. at 24047, punto 77.

3. Il caso Verizon vs. FCC

Prima ancora che il caso Comcast fosse deciso, l'Agenzia avviava però le consultazioni per proporre una nuova regolazione in materia di Internet, il c.d. *Open Internet Order*.
Si trattava di un atto normativo di grande respiro, in cui venivano fissate tre regole fondamentali per i fornitori di servizi Internet (gli *Internet Service Providers* – ISP): la prima era il divieto di blocco del traffico (*no-blocking*), la seconda era il divieto di irragionevoli discriminazioni (*no unreasonable discriminations*) e la terza era la trasparenza (*transparency*), sempre però salvaguardando il limite della ragionevole gestione del traffico (*reasonable traffic management*).
Non appena la FCC arrivò a pubblicare queste regole[21], nel dicembre del 2010, esse venivano tuttavia immediatamente impugnate[22].
Invero, alla base di tutto, riemergeva l'intreccio di problemi di natura normativa ed interpretativa già accennato.
Internet rientra sia nella disciplina delle comunicazioni, sia in quella delle telecomunicazioni, perché in sé si configura sia come servizio di infrastruttura di rete di comunicazione, sia come servizio di informazione. L'infrastruttura di comunicazione è disciplinata in modo rigoroso sin dal Communications Act del 1934, a partire dal regime pubblicistico dei *common carriers*[23]. La materia delle telecomunicazioni, invece, era stata disciplinata in seguito con il Telecommunications Act del 1996, che aveva attribuito alla FCC le competenze regolatorie del nuovo settore ed una competenza giurisdizionale strettamente funzionale ad esse (*ancillary jurisdiction*)[24].
Ora, il servizio di fornitura di accesso alla rete a *banda larga* non è però espressamente previsto dalla legge tra i servizi di comunicazione, bensì tra quelli di informazione. Ciò anzitutto perché le fonti statutarie del 1934, vietano espressamente di applicare a questi ultimi il regime più rigoroso dei c.d. *common carriers* "under this Act"[25] ed in secondo luogo, del resto, perché la stessa Commissione in precedenza era pervenuta a determinazioni incompatibili con quella attuale (il c.d. Internet Order)[26].
Né era valso il tentativo della Commissione di sostenere un intervenuto ragionevole

---

[21] *Preserving the Open Internet*, 76 Fed. Reg. 59,192, C.d. *Open Internet Order*, 25 FCC Rcd 17905.

[22] Verizon Communications Inc. v. Federal Communications Commission, D.C. Cir., No. 11-1355.

[23] Infatti, il Titolo II del *Communications Act* disciplinava le telecomunicazioni usando diversi concetti presi dalla legislazione in materia di ferrovie.

[24] Peraltro, la discplina del *Telecommunications Act* del 1996 andava a modificare proprio il *Communications Act* del 1934 ed il Congresso stesso aveva espressamente stabilito che l'Atto del 1996 andasse "inserito" e coordinato con quello del 1934, andando a confluire nelle sezioni del Titolo 47 dello U.S. Code.

[25] La *Section* 153(51) prevede: "*A telecommunications carrier shall be treated as a common carrier under this [Act] only to the extent that it is engaged in providing telecommunications services."* 47 U.S.C. § 153(51)" e la *Section* 332(c)(2): "*A person engaged in the provision of a service that is a private mobile service shall not, insofar as such person is so engaged, be treated as a common carrier for any purpose under this [Act].*" 47 U.S.C. § 332(c)(2).

[26] Come già era stato rilevato dalla decisione della Corte di Appello sul Comcast Order, cfr. *supra* nota 20. Vi erano, poi, anche altri *Order* in tal senso: cfr. *Wireless Broadband Order,* 22 F.C.C.R., 5919, par. 50 che stabilisce che *"service provider is to be treated as a common carrier for the telecommunications services it provides, but it cannot be treated as a common carrier with respect to other, non-telecommunications services it may offer, including information services".*

mutamento interpretativo che avrebbe dovuto essere rispettato anche in sede giurisdizionale, per effetto della dottrina della c.d. *Chevron deference rule*[27], dato che una interpretazione ben può essere modificata se ciò corrisponde ad un giustificato motivo (non meramente *capricious*)[28].

La Corte riconosce il fondamento statutario del potere regolatorio dell'Agenzia federale (sentenza pag. 21-27), rigettando l'eccezione sollevata da Verizon in base alla quale le specifiche regole imposte dall'Open Internet Order sarebbero prive di fondamento (*fall outside the scope of that authority*) (dal punto C, pag. 31 della sentenza). Peraltro, anche in base ad un ragionamento dalle conseguenze, per la Corte la FCC ha più che adeguatamente giustificato il fatto che la sua decisione produca un'espansione della capacità economica, dal momento che Internet, proprio come l'elettricità ed il computer sono *general purpose technologies*, ossia tecnologie a fini generali, che favoriscono nuovi metodi di produzione con grande impatto sulla società, richiedendo investimenti sull'infrastruttura, così come in passato le centrali elettriche e le reti di distribuzione sono state, per la nostra generazione, necessarie allo sviluppo ed alla crescita dell'economia generale[29]. Del resto, la stessa ricorrente Verizon non contestava tanto la *giustezza*, quanto la *legittimità* dell'*Open Internet Order* ai sensi della legislazione vigente[30].

L'autorità regolatoria riconosciuta alla FCC (sentenza, parte III, pag. 45) non può tuttavia superare i limiti fissati nella legge che la delega. Non può a questi fini invocarsi un'ambiguità statutaria da risolvere in via interpretativa ("*reasonable resolution of a statutory ambiguity*") alla stregua anche della citata *Chevron doctrine*. Infatti, la classificazione dei *broadband providers* come *information providers* risulta statutariamente ed interpretativamente non ambigua e la sottoposizione agli oneri di servizio dei c.d. *common carriers* sotto queste premesse è arbitraria. Inoltre, si invoca anche un precedente della Corte Suprema USA, che, con la sentenza Midwest Video II[31], aveva stabilito che il Telecommunications Act non consente di parificare i fornitori di tv via cavo (*cable television*) ai c.d. *common carriers*. La Corte desumeva allora che, *a fortiori*, neppure i fornitori di banda larga (*broadband providers*), definiti nell'ambito della legislazione come "fornitori di servizi di informazione", potevano essere assoggettati al regime più rigido dei fornitori di servizi di infrastruttura pubblica (*common carriers*) in termini di oneri di servizio[32].

---

[27] Dal noto caso Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. U.S.A, 467 U.S. 837 (1984), 467 U.S. 837. Una riserva di interpretazione in base alla c.d. *Chevron doctrine* deve sempre partire dal dato ("indizio") dell'intenzione del legislatore (*legislative intent*) che deve essere ricavabile in modo espresso o implicito (*implied*) dalla fonte statutaria, ma risponde ad una giustificazione che mette in luce il carattere politico (*policy*) dell'attività interpretativa.

[28] V. la sentenza Verizon pag. 32, che cita un proprio precedente diretto nella stessa material: National Cable & Telecommunications Ass'n v. FCC, 567 F.3d 659, 665 (D.C. Cir. 2009). In effetti, però, il richiamo è anche al linguaggio del caso Chevron ed all'APA quando esclude la possibilità di interpretazione "*arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute*". Ciò in qualche modo riecheggia il nostro dibattito sulla riserva di amministrazione e sui poteri del giudice di sostituirsi alle valutazioni opinabili della P.A.

[29] Passaggi liberamente riassunti dalle pag. 34 e ss. della sentenza in esame.

[30] Cfr. *idem*, pag. 17.

[31] . FCC v. Midwest Video Corp. 440 U.S. 689 (1979).

[32] La Section 201(a) prevede infatti: "*it is the "duty of every common carrier . . . to furnish . . . communication service upon reasonable request therefor*".

Così, con la decisione del 14 gennaio 2014, la Corte, pur confermando la legittimità dell'Order in relazione all'introduzione del principio di trasparenza, rinviava invece alla Commissione federale le specifiche regole relative al divieto del blocco del traffico ed all'obbligo di non discriminazione.

4. Le tappe del New Proposed Rulemaking (NPRM 2014)

La FCC non frapponeva indugi e annunciava la *New Proposed Rule Making* per cui apriva la consultazione pubblica che ha assunto dimensioni senza precedenti, coinvolgendo anche direttamente privati cittadini[33] ed una serie di tavole rotonde[34].
L'obiettivo era di ripristinare le regole anti-blocco e anti-discriminazione, e prevedere che i *broadband providers* ricorressero a pratiche commerciali ragionevoli (*"commercially reasonable" practices*) nel fissare le condizioni contrattuali di accesso alla rete sia per i consumatori finali, sia per gli intermediari (c.d. *content providers, edge providers*[35]). A questo riguardo, la FCC intendeva chiarire, attraverso i commenti aperti al pubblico, se alcune pratiche, come la "*pay-for-priority*" fossero da mettere del tutto al bando o potessero rientrare in standard commerciali ragionevoli.
Sicuramente, poi, si intendeva rinforzare la regola della trasparenza, che aveva anche superato il sindacato della Corte nel caso Verizon, proprio per consentire la massima informazione di utenti (intermediari e finali), disegnando al riguardo anche un sistema di risoluzione delle controversie diversificato, con l'introduzione di un ombudsman a rappresentare gli interessi di consumatori, piccole e medie imprese, e start-up.
Infine, il 10 Novembre 2014, interviene anche il Presidente Obama, con un messaggio

---

[33] In effetti, per questa consultazione si è mobilitata una enorme quantità di soggetti, e, quello che più stupisce dal punto di vista della partecipazione democratica, anche di persone comuni. Questo slancio, che può essere colto come una possibilità di sviluppo di una *e-democracy*, sicuramente è tipico del sistema Americano che già era "pronto" ad un coinvolgimento diretto dei cittadini. Del resto in questi termini, un interessante saggio sul tema (Lubbers, J. S., *A Survey of Federal Agency Rulemakers' Attitudes about e-Rulemaking*, in *Administrative Law Review*, Vol. 62, Issue 2, Spring 2010), afferma che "nonostante la tendenza ad assumere commenti più ripetuti e simili, i rulemakers intervistati hanno affermato che ciò non comporta che i commenti da cittadini medi siano valutati con minor attenzione", v. par. 16.

[34] Le tavole rotonde si svolgono tra il settembre e l'ottobre del 2014, sono trasmesse in *streaming* e viene consentito di intervenire anche in remoto con domande via *chat* e le registrazioni sono lasciate disponibili. Gli argomenti sono: (1) Policy Approaches to Ensure an Open Internet - *9/16/2014*; (2) Mobile Broadband and the Open Internet - *9/16/2014*; (3) Effective Enforcement of Open Internet Requirements - *9/19/2014*; (4) Technological Aspects of an Open Internet - *9/19/2014*; (5) Economics of Broadband: Market Successes and Market Failures - *10/2/2014*; Internet Openness and the Law - *10/7/2014*. Disp: https://www.fcc.gov/open-internet-roundtables

[35] Gli *edge providers* sono utenti intermediari della rete, una categoria che assume un ruolo cruciale nel disegno normativo, suscitando perplessità per l'equiparazione, a certuni fini, agli utenti finali, che, in realtà, subiscono le dinamiche del mercato, al contrario degli *edge providers*, che possono influire su tali dinamiche. Si pensi ai grandi *content provider* come Google o ai nuovi fornitori di servizi on-demand come Netflix. Cfr. Frischmann, B., M., *Infrastructure. The Social Value of Shared Resources*, Oxford Un. Press, 2012, spec. cap. 13, pag. 317. Il riferimento a questa tematica è definito come *The False Supplier/Consumer Dichotomy* (pag. 329) e riguarda le scelte e la concorrenza.

in cui raccomanda alla FCC di riclassificare il servizio di Internet a banda larga per i consumatori come un servizio di telecomunicazioni (disciplinato più rigorosamente ai sensi del Titolo II del Communications Act), sia per la banda larga da rete fissa sia per quella da rete mobile, includendo, se necessario, anche i punti di scambio, proprio per preservare l'apertura, neutralità della rete e trasparenza delle condizioni di accesso. Andrebbero consentite solo le eccezioni del *reasonable network management* e dei servizi specializzati (*specialized services*), evitando ogni ulteriore regola non strettamente legata al raggiungimento dei principi.

Il dibattito restava acceso anche nell'opinione pubblica e vi sono stati diversi contributi anche critici alle posizioni proposte dalle NPRM 2014, ma con il voto, sia pur non unanime (3 a 2), del Febbraio 2015, la Commissione adotta il nuovo *Open Internet Order* 2015, che viene pubblicato nel Marzo 2015[36], destinato ad entrare in vigore dopo 60 giorni, il 12 Giugno.

Per una sintesi contenutistica, la nuova disciplina si applica alla banda larga, da rete fissa o mobile, "riclassificando" il servizio di accesso alla rete Internet a banda larga come servizio di telecomunicazioni (cui si applica il regime del Titolo II[37]); vengono vietate le pratiche *di blocking, throttling,* e *pay-for-priority*, consentendo solo il ricorso al c.d. "reasonable network management"[38]. Si introduce come standard generale di condotta per gli ISP il divieto di comportamenti lesivi ("no-unreasonable interference/disadvantage") nei confronti di utenti consumatori finali o intermediari (c.d. *edge providers*), su cui la FCC assume il potere di vigilanza caso per caso. Vengono poi rinforzate le regole di trasparenza, salva una deroga temporanea per providers con meno di 100.000 sottoscrittori, prevedendo un procedimento c.d. di *safe harbor* per uniformare i modelli di *disclosure*, che i provider di banda larga possono usare per far conoscere tutte le informazioni ai consumatori sulle condizioni contrattuali e quant'altro[39].

---

[36] *In the Matter of Protecting and Promoting the Open Internet* (GN Docket No. 14-28), *Report and Order on Remand, Declaratory Ruling, and Order.* (Adopted: February 26, 2015 Released: March 12, 2015)

[37] Vengono ad essere applicabili dunque tutte le previsioni del Titolo II relative alle pratiche ingiuste, irragionevoli o discriminatorie, alla tutela della privacy del consumatore, all'accesso garantito anche in condizioni di disabilità, nonché il *fair access* ai tralicci e alle condutture. Si è prestata anche grande attenzione affinché le esenzioni previste dal Tit. II (come la non applicazione delle regole di rendicontazione dei costi -*cost accounting rules*-, tariffe, o obblighi di *last-mile unbundling*) possano favorire gli investimenti, dato che, come era emerso nei commenti, tali politiche, adottate a livello europeo, hanno portato ad uno stallo negli investimenti. I criteri di regolazione vengono definiti, in una parola, *utility-style*. Cfr. punto 417.

[38] Più in dettaglio verranno prese in considerazione le esigenze specifiche delle reti mobile e delle altre tecnologie finora non rientranti dall'*Order*, come ad esempio le reti wi-fi non coperte da licenza, cfr. punto 224. Peraltro, le regole non si applicano ai punti di interconnessione (come invece aveva chiesto nel suo *Statement* il Presidente Obama), ma la FCC è competente a raccogliere reclami o azioni esecutive, se necessario, ove le attività di interconnessione siano ritenute ingiuste o irragionevoli, caso per caso (in base alle Sections 201 e 202).

[39] Vanno infatti indicati i prezzi, le tariffe, eventuali clausole *data caps* e requisiti di disponibilità di banda, con ogni altra indicazione utile. Cfr. punti 162 e seguenti del *New Internet Order* 2015.

5. Epilogo: "open issues" e riflessioni di confronto con la situazione per l'Unione Europea

Forse il problema dal punto di vista giuridico, con la nuova regolazione potrà essere superato, avendo la FCC prestato grande attenzione a tutte le censure della Corte distrettuale.

Infatti, nel *New Open Internet Regulation*, l'Agenzia federale fa anche riferimento ad un sopravvenuto intervento legislativo del Congresso, che potrebbe modificare ed ampliare la base di legittimazione normativa di riferimento: l'*American Recovery and Reinvestment Act* del 2009, le cui previsioni richiedono che la *National Telecommunications and Information Administration* (NTIA) consulti la FCC per stabilire obblighi di non discriminazione e di interconnessione alla rete (*"nondiscrimination and network interconnection obligations"*) come requisiti per partecipare ai finanziamenti pubblici del programma sulla banda larga Broadband Technology Opportunities Program (BTOP).

Tuttavia, a riprova del grande fermento che sta attorno a questi temi, già è stata presentata una impugnazione anche su questa *New Open Internet Regulation*, su cui è chiamata a pronunciarsi, ancora una volta, la Corte d'Appello per il Distretto di Columbia[40], anche riprendendo argomenti giuridici posti alla base della precendente impugnativa.

Anche in Europa, per giungere alle, sia pur provvisorie riflessioni conclusive di questo scenario, il tema della regolazione di Internet è oggetto di grande attenzione normativa. Anzitutto il secondo pacchetto di direttive sulle comunicazioni elettroniche, nel 2009, è chiosato da una formale Dichiarazione della Commissione sulla neutralità della rete (2009/C 308/02)[41], poi doppiata anche da altri interventi del Parlamento Europeo, del Consiglio e del Comitato economico e sociale e Comitato delle Regioni.

Nello stesso periodo in cui negli USA veniva adottato il primo Open Internet Order, si apriva una consultazione pubblica in difesa di un Internet neutrale ed aperto e si perseguivano principi uniformi per le normative nazionali in materia di allocazione dello

---

[40] Una *Protective Petition for review* è stata proposta davanti alla Corte d'Appello di DC, dalla United States Telecom Association, (caso No. 15/1063), depositata il 23 Marzo 2015.

[41] «La Commissione ritiene che sia della massima importanza conservare l'apertura e la neutralità di internet, tenendo pienamente conto della volontà dei co-legislatori di dichiarare la neutralità della rete come obiettivo politico e principio della regolamentazione che dovrà essere promosso dalle autorità nazionali di regolamentazione [Articolo 1, paragrafo 8, lettera g), della direttiva 2009/140/UE del Parlamento europeo e del Consiglio (GU L 337 del 18.12.2009, pag. 37)], rafforzare i correlati requisiti di trasparenza [Articolo 1, paragrafo 14, della direttiva 2009/136/UE del Parlamento europeo e del Consiglio (GU L 337 del 18.12.2009, pag. 11).] e conferire strumenti di salvaguardia alle autorità nazionali di regolamentazione per prevenire il degrado dei servizi e intralci o rallentamenti del traffico sulle reti pubbliche [Articolo 1, paragrafo 14, cit.]. La Commissione sorveglierà da vicino l'attuazione di queste disposizioni negli Stati membri, riservando una particolare attenzione al modo in cui sono tutelate le libertà dei cittadini europei sulla rete nella propria relazione sullo stato di attuazione al Parlamento europeo e al Consiglio. Nel frattempo, la Commissione sorveglierà l'impatto degli sviluppi tecnologici e del mercato sulle libertà della rete e riferirà al Parlamento europeo e al Consiglio, entro la fine del 2010, sulla necessità di adottare orientamenti supplementari; farà inoltre ricorso alle proprie competenze nell'ambito della vigente normativa in materia di concorrenza per far fronte alle pratiche anticoncorrenziali che possano insorgere». Cfr. Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 18 Dicembre 2009.

spettro di frequenze radio[42], fino alle politiche per l'Agenda Digitale Europea, uno dei cui pilastri riconosciuti cruciali è proprio lo sviluppo della banda larga, su rete fissa e mobile. I problemi, però, come si è visto, non possono essere ridotti alla dimensione squisitamente economica, ma sono per loro natura interdipendenti a tutti i livelli.

Si pensi ad esempio all'uso di Internet: la questione aperta sul futuro di Internet è non tanto, o non solo tecnologica in relazione allo sviluppo dell'Internet of Things ed all'uso dei Big Data[43], che peraltro, espongono la nostra vita quotidiana (e privata) ad infinite possibilità di intromissione (e violazione) da parte della rete, siano esse programmate o casuali. Il punto è che la tecnologia sta cambiando le nostre società ed oggi l'architettura di Internet è sempre più vicina all'utente finale, che oltre ad essere divenuto un diretto *content provider* (con il c.d. *user-generated content*) influisce direttamente su come la rete si evolve, sia come stakeholder, sia come attore. Ecco perché, sullo sfondo di questi fenomeni normativi nazionali o regionali, come il *New Internet Order* statunitense o la proposta di regolamento *Connected Continent*[44] a livello di Unione Europea, si deve seguire con interesse il tema più ampio della *governance* di Internet[45], che può contribuire a conservare quell'*Internet as we know it* che tanto ha dato all'ultimo quarto di secolo della storia globale.

---

[42] Cfr. il documento del Joint BEREC/RSPG Working Group on Competition Issues "*Report on exploring the economic and social value of radio spectrum for certain electronic communications services with respect to the frequency assignment procedures*" dell' Aprile 2012 ((BoR (12) RSPG12-410 rev2).

[43] Cfr. gli interessanti interventi in questo stesso Convegno, pubblicati in questa Rivista.

[44] Non è questa la sede per dar conto della travagliata gestazione di questa proposta di Regolamento che dal Settembre 2013 ad oggi ha subito numerose modifiche, proprio per le criticità in relazione alle scelte di *policy* sulla *net neutrality*. Il testo è stato oggetto di una ultima revisione durante la presidenza lituana nel giugno di quest'anno e si resta in attesa dei prossimi passaggi politici.

[45] La c.d. *governance* di Internet è uno dei temi più affascinanti per la sua vicinanza all'ideale della democrazia partecipativa. Dal primo *World Summit on Information Society* (WSIS) del 2005 a Tunisi si è cercato di imprimere una svolta in tal senso rendendo l'ICANN – *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* – società di diritto americano che fino ad oggi curava l'assegnazione dei nomi a dominio, una istituzione internazionale che rappresenti tutti gli stakeholders al suo interno. Sul questo delicato ed appassionante processo di transizione vigila la National Telecommunications and Information Agency. Anche su questo tema, però, proprio in questi giorni sembra che con una recente proposta di legge *Consolidated and Further Continuing Appropriations Act,* 2015 (detta *Cromnibus*) si sia inteso bloccare i fondi disponibili per affiancare il processo in atto (*SEC. 540. (a) None of the funds made available by this Act may be used to relinquish the responsibility of the National Telecommunications and Information Administration during fiscal year 2015 with respect to Internet domain name system functions, including responsibility with respect to the authoritative root zone file and the Internet Assigned Numbers Authority functions. (b) Subsection (a) of this section shall expire on September 30, 2015*).

Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management

N. 1 - 2015 · pp. 103-114

Comunicazioni elettroniche tra qualità del servizio e tutela del consumatore

Angela Viola

Multimedia

Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode per accedere al MediaBook CLIOedu

Abstract: Il tema delle comunicazioni elettroniche viene presentato nella sua evoluzione normativa, con particolare riguardo alla "qualità del servizio" come elemento multidimensionale, connesso alla tutela della neutralità della rete e dei diritti del consumatore.

The subject of electronic communications is presented in its normative evolution, with particular emphasis on the issue of "Quality of Service" as a multi-dimensional element, connected to Net neutrality and consumer protection.

Parole chiave: Comunicazioni elettroniche – qualità del servizio – tutela del consumatore - neutralità della rete – Internet.

Keywords: *Electronic communication – net neutrality – quality of service – Internet - consumer protection.*

Sommario: 1. Comunicazioni elettroniche: stato dell'arte a livello normativo – 2. Verso il "Continente interconnesso": evoluzione normativa – 3. La "qualità del servizio" come elemento multi-dimensionale – 4. Riflessioni conclusive

1. Comunicazioni elettroniche: stato dell'arte a livello normativo

Oggetto della presente relazione è il tema delle comunicazioni elettroniche con particolare riguardo alla "qualità del servizio" ed alla tutela del consumatore.

Occorre partire da un riferimento normativo che individui lo stato dell'arte in materia di comunicazioni elettroniche a livello europeo.

Il punto di partenza è dato delle direttive di riferimento, il cd. Pacchetto *Telecom* che ha avuto una sostanziale evoluzione nel tempo. Dal primo pacchetto del 2002, composto da quattro direttive[1], si è giunti con la revisione del 2009, a due direttive: la prima, 2009/140/CE[2] raccoglie la materia delle quadro, accesso e interconnessione, autorizzazione, mentre la direttiva 2009/136/CE[3] aggiorna la direttiva vita privata e comunicazioni elettroniche e quella servizio universale.

Nel pacchetto del 2009 resta sostanzialmente fermo il quadro normativo, anche se, in materia di autorizzazioni, viene previsto un procedimento coordinato tra la Commissione e le Autorità Nazionali di Regolazione: infatti, si passa dal regime della licenza individuale a

[1] Si tratta di: Direttiva quadro (2002/21/CE), direttiva accesso e interconnessione (2002/19/CE), direttiva autorizzazione (2002/20/CE), direttiva servizio universale (2002/22/CE) e direttiva vita privata e comunicazioni elettroniche (2002/58/CE).

[2] Direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica delle direttive 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (GU L 337 del 18.12.2009).

[3] Direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, recante modifica della direttiva 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori (GU L 337 del 18.12.2009).

quello dell'autorizzazione generale per tutte le reti o servizi di comunicazione elettronica, con la persistenza di un regime specifico per l'assegnazione delle radio frequenze. Per consentire il raggiungimento dell'obiettivo di un mercato armonizzato delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, viene limitata la regolamentazione allo stretto necessario e si dà maggiore enfasi al ruolo della Commissione nella sua attività di coordinamento, attraverso un equilibrio di poteri che si sposta dalla periferia al centro[4].

Questa considerazione emerge in modo precipuo con riferimento alle problematiche afferenti alla *net neutrality*[5]: si era evidenziata infatti la necessità di mettere in evidenza il ruolo di coordinamento delle politiche comunitarie che, superando la competenza degli Stati membri, in alcuni casi particolari (come l'euro-tariffa in materia di telefonia mobile in *roaming*), avevano introdotto con regolamenti, immediatamente esecutivi, una specificità di disciplina per favorire la realizzazione del mercato unico e preservare la concorrenza[6].

Per fare solo un accenno, vi sono anche ulteriori problematiche di carattere giuridico afferenti a questa disciplina del 2009: e riguardano diversi aspetti di minore impatto, con più finalità legate, tra l'altro, al consolidamento del mercato unico ed a quella sfera di interesse che è tipicamente consumeristica[7].

Da ultimo, va ricordato che la direttiva 2009/140/CE, nell'articolo 1 lettera b introduce uno specifico comma 3 bis che recita: "I provvedimenti adottati dagli Stati membri riguardanti l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, *devono rispettare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche*, garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dai principi generali del diritto comunitario" (corsivo mio).

Al riguardo, tale disposizione, in sé, non introduce alcuna novità, perché l'obbligo del rispetto dei diritti fondamentali è già sancito da tempo per gli Stati membri, anche in virtù della Convenzione

---

[4] Il ruolo della Commissione è cruciale soprattutto in materia di spettro radio, in cui le competenze dei singoli Stati membri rischiano di realizzare una inutile frammentazione delle scelte politiche, determinando così costi più elevati ed una perdita di opportunità commerciali per gli utilizzatori dello spettro: cfr. direttiva 2009/140/CE, spec. considerando 31-33 e, in materia di spettro radio, in particolare l'art. 8 bis introdotto dalla direttiva in questione che riguarda la "Pianificazione strategica e coordinamento della politica in materia di spettro radio".

[5] Questi temi sono stati affrontati nel corso del precedente Convegno ANDIG 2013 "I nuovi scenari della società dell'informazione: aspetti politici, giuridici, amministrativi e tecnici", tenutosi a Roma il 29.10.2013, i cui atti sono pubblicati in questa Rivista n.1/2014.

[6] A livello europeo, il tema del roaming è stato spesso oggetto di interrogazione parlamentare. Nella risposta ad una di queste, nel marzo 2014, Neelie Kroes, commissario europeo per l'agenda digitale nella Commissione Barroso II dal 2010 al 2014, ha efficacemente esposto la ratio della normativa che affronta le problematiche giuridiche del roaming: "*Le spese di roaming costituiscono un chiaro esempio dell'assenza di un mercato unico nel settore delle comunicazioni elettroniche e per questo motivo la proposta della Commissione di regolamento che stabilisce misure riguardanti il mercato unico europeo delle comunicazioni elettroniche e per realizzare un continente connesso (COM(2013) 627) affronta la questione del roaming per eliminarne gradualmente i sovrapprezzi nell'Unione europea. Il vigente regolamento (UE) n. 531/2012 sul roaming contiene inoltre obblighi specifici di monitoraggio e di informazione dei consumatori sui modi per evitare il roaming involontario nelle zone frontaliere. In particolare, i fornitori di roaming sono tenuti ad adottare misure ragionevoli per proteggere i propri clienti dai costi di roaming per accesso involontario a servizi di roaming mentre si trovano nello Stato membro in cui risiedono.*" V. Interrogazione con richiesta di risposta scritta E-000376/14 alla Commissione, disp. sul sito: http://www.europarl.europa.eu/QP-WEB

[7] Si tratta ad esempio di un rafforzamento degli obblighi informativi, come evidenziato nella direttiva 2009/136/CE, nei considerando dal 28 al 34 e nell'art. 21 della stessa.

Europea dei Diritti dell'Uomo[8].

Tuttavia, essa contiene implicitamente il risvolto opposto del riconoscimento del valore fondamentale dell'accesso ad internet come diritto universale, ossia il suo contenuto di libertà negativa, che sarebbe la libertà di utilizzazione del mezzo informatico senza subire interferenze esterne. Al riguardo, va inoltre precisato che il valore concreto di tale affermazione di principio si realizza nei confronti dei pubblici poteri, laddove si introducano, ad esempio, limitazioni di accesso ad Internet in violazione di diritti fondamentali, andando ad incidere su interessi privati rientranti nella sfera di tali diritti fondamentali[9].

Si tratta dello stesso modello di interpretazione positiva e negativa, ad esempio, della libertà di manifestazione del pensiero, nella sua doppia valenza del diritto di informare e di essere o meno informati. E su questo torneremo, con riguardo al concetto di qualità del servizio.

2. Verso il "Continente interconnesso": evoluzione normativa

Nel settembre del 2013 veniva presentata una proposta di regolamento, nota come *Connected Continent*. Essa era volta al coordinamento della normativa comunitaria tra gli Stati membri ed

---

[8] Con riguardo all'adesione dell'Unione Europea alla CEDU, con il Trattato di Lisbona è stato modificato l'articolo 6 del Trattato UE, in base al quale i diritti fondamentali, quali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione come principi generali. Esso stabilisce anche, al comma 2, che l'Unione aderisce alla CEDU. Tecnicamente, però, l'adesione non è ancora perfezionata. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, chiamata di recente a pronunciarsi sul progetto di accordo di adesione, ha individuato alcuni problemi di compatibilità con il diritto dell'Unione. In particolare la base giuridica per tale adesione dell'Unione non è sufficiente, perché l'Unione non può essere considerata uno Stato ed anche l'adesione deve tener conto di tali peculiarità, che vengono estesamente riportate nel parere 2/13 reso dalla Corte stessa il 18 dicembre 2014.

[9] In effetti la prima parte del comma 3 bis, dell'art. 1 della direttiva 2002/21/CE, come modificata dalla direttiva qui in esame 2009/14/CE, va letto congiuntamente al secondo periodo: "Qualunque *provvedimento* di questo tipo riguardante l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, che ostacolasse tali diritti o libertà fondamentali può essere imposto soltanto se appropriato, proporzionato e necessario nel contesto di una società democratica e la sua attuazione dev'essere oggetto di adeguate garanzie procedurali conformemente alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e ai principi generali del diritto comunitario, inclusi un'efficace tutela giurisdizionale e un giusto processo. Tali *provvedimenti* possono di conseguenza essere adottati soltanto nel rispetto del principio della presunzione d'innocenza e del diritto alla privacy. Dev'essere garantita una procedura preliminare equa ed imparziale, compresi il diritto della persona o delle persone interessate di essere ascoltate, fatta salva la necessità di presupposti e regimi procedurali appropriati in casi di urgenza debitamente accertata conformemente alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Dev'essere garantito il diritto ad un controllo giurisdizionale efficace e tempestivo".
E' facile intuire che tale imposizione normativa possa essere letta come un contemperamento di interessi, o meglio, diritti primari ugualmente tutelati: da una parte la sicurezza nazionale e dall'altra la tutela delle libertà fondamentali. Un esempio, nel nostro ordinamento dell'impatto di tale contemperamento si può leggere nelle varie successive versioni dell'art. 132 del D. Lgs. 196/03, c.d. Codice della Privacy, che riguarda la conservazione dei dati e che è stato anche da ultimo modificato con il D. L. 18 febbraio 2015, n. 7 (in G.U. 19/02/2015, n.41), convertito con modificazioni dalla L. 17 aprile 2015, n. 43 (in G.U. 20/04/2015, n. 91), in materia di lotta al terrorismo anche di matrice internazionale.

utilizzava lo strumento normativo del regolamento, direttamente esecutivo senza necessità di attuazione da parte degli Stati membri.
Acquistava in questo modo enfasi lo spostamento dell'asse di equilibrio tra centro e periferie nel rapporto tra Commissione e Autorità Nazionali di Regolazione e Stati membri nella direzione del centro.
Tale proposta puntava alla realizzazione, anzitutto, dell'esigenza di dare corpo sempre di più alla c.d. economia digitale[10] per superare la crisi e raggiungere gli obiettivi di crescita e competitività, cruciali per la politica europea. Vi era poi al centro la tematica della tutela dei consumatori per garantire l'eguaglianza di accesso alla rete ed infine l'apertura strategica al futuro, nella creazione di posti di lavoro, anche in contrasto alla crisi economica globale. Tali obiettivi sebbene tra loro eterogenei, sono accomunati dall'*infrastruttura digitale* che, appunto, viene rappresentata dall'efficace definizione sintetica di "continente interconnesso".
Se queste erano le esigenze a cui voleva rispondere questo progetto normativo,
alla base vi era sicuramente l'intento di spostare il mercato delle comunicazioni elettroniche interamente verso il digitale, per perseguire l'obiettivo finale del mercato unico[11]. In effetti, questo cambiamento rappresenterebbe un passaggio storico poiché il mercato delle telecomunicazioni fino ad oggi è segmentato nei diversi mercati nazionali. Si è perciò evidenziata una forte spinta per una riforma, rivolta a realizzare un accesso pieno, senza restrizioni ed incondizionato, oltre che equo, ovvero ad eguali condizioni e senza discriminazioni, ad Internet. Lo strumento per garantire tutto questo senza interferenze politiche interne agli Stati membri, era il regolamento, che, come noto, ha la caratteristica come fonte del diritto di essere immediatamente applicabile.
Nel merito, però, occorre porre attenzione alla interconnessione tra le tematiche relative alla infrastruttura e quelle legate ai contenuti che veicolano sulla rete. Da una parte quindi sta l'accesso alla rete, e dall'altra stanno i contenuti presenti sulla rete.
Infatti, se a livello economico si può dire che vi è già una forte interconnessione, sotto diversi aspetti, tra gli Stati membri ed i rispettivi mercati nazionali in materia di comunicazioni economiche, a livello giuridico, tale connessione assume valenza diversa rispetto a quella tecnologica. In altre parole, la rete è già una realtà in Europa e consente l'interconnessione economica, ma l'implementazione di una regolamentazione *uniforme* da un punto di vista giuridico, agevolerebbe il percorso verso un mercato realmente unico.
Dal punto di vista giuridico, oltre all'incentivo degli investimenti che favoriscano la concorrenza delle imprese a livello comunitario, il settore di ricerca e sviluppo[12] e l'abbattimento delle barriere

---

[10] Vi sono diverse definizioni del concetto di economia digitale, ma ai nostri fini rileva una nozione generale, come l'insieme di tutte le attività economiche realizzate attraverso la rete, e quindi in senso più ampio si ripropone nel concetto di società dell'informazione.

[11] Il mercato unico rappresenta uno dei presupposti di primaria importanza nello sviluppo dell'economia europea, con i relativi componenti di libera circolazione di beni, servizi, persone e capitali. Esso deriva dal concetto di mercato comune, legato al momento storico della nascita della Comunità Economica Europea, in cui si evidenziava l'esigenza di instaurare uno spazio economico comune, mediante l'eliminazione delle barriere doganali nazionali e favorire la libera circolazione dei fattori di produzione. Poi, con il Trattato di Maastricht istitutivo dell'Unione Europea, è prevalso il concetto di mercato unico, con la rimozione degli ostacoli e l'apertura dei mercati nazionali attraverso politiche di liberalizzazione coordinate a livello eurounitario.

[12] Il riferimento più ampio è alla strategia Europa 2020 che pone tre priorità: elevati livelli di occupazione, produttività e coesione sociale, a cui sono collegati cinque obiettivi interconnessi, ovvero occupazione, innovazione, istruzione,

artificiali di accesso al mercato, l'attenzione è rivolta all'esigenza di rimuovere i c.d. «colli di bottiglia», al fine di raggiungere il mercato unico. Tecnicamente, e con specifico riferimento alla rete, si tratta di contrastare i fenomeni non naturali di blocco, rallentamento, filtro nell'accesso o nel trasferimento dei dati sulla rete. Ecco quindi che torna prepotentemente al centro la dinamica della doppia valenza della rete, che coinvolge sia l'infrastruttura, e quindi il mezzo, che i contenuti, e, di contro, anche i soggetti che dietro l'infrastruttura gestiscono il traffico dati (*carrier, network provider*) ed i contenuti (*content provider*).

Dunque la proposta *Connected Continent* voleva imprimere una forte spinta verso la regolazione unica del mercato delle comunicazioni elettroniche e perseguiva la semplificazione nella regolamentazione complessiva[13].

Inoltre, con tale proposta, si cercava di raggiungere un maggior coordinamento nell'uso dello spettro radio con investimenti per le reti di nuova generazione, una standardizzazione dei prodotti ad accesso fisso, proponendo servizi concepiti sin dal principio come *pan-europei*. Altra esigenza era quella di eliminare dal mercato i cd. «*roaming premiums*» accelerando la fine delle tariffe di roaming per il 2015 o anche prima[14].

Per quanto qui di interesse, la primaria esigenza era il duplice obiettivo, come già accennato, della protezione dell'Open Internet e della Neutralità della rete, unitamente alla tutela del consumatore; tutto ciò attraverso un rafforzamento degli obblighi, anche informativi, in capo ai fornitori dei servizi della società dell'informazione.

Allo stato attuale la proposta procede molto lentamente perché solleva problemi di più ampio respiro. Sinteticamente, essa ha seguito un *iter* di evoluzione normativa piuttosto serrato[15], fino alla proposta di emendamenti presentata dal Parlamento Europeo al termine della prima lettura.

Il motivo per cui, nonostante un avvio spedito, la proposta abbia avuto un rallentamento, è da ravvisarsi proprio nelle problematiche giuridiche che riguardano le esigenze primarie su esposte. E sono appunto l'Internet aperto, ossia accesso pieno ed incondizionato alla rete telematica, e la Neutralità della rete, e cioè il principio giuridico dell'indifferenza tecnologica all'accesso ad Internet, per cui qualunque infrastruttura deve essere trattata in modo eguale e non discriminatorio e la scelta di una infrastruttura non deve essere privilegiata rispetto ad altre.

Proprio da questi due temi scaturiscono le problematiche connesse alla qualità del servizio ed alla tutela del consumatore.

Nel merito del contenuto della proposta, si possono evidenziare diversi aspetti, alcuni positivi, connessi alla necessità di un approccio europeo unitario nella regolamentazione, ed alla necessità di garantire l'apertura della rete come fattore rilevante per la crescita, lo sviluppo e l'innovazione

integrazione sociale e clima/energia, da raggiungere entro il 2020.

[13] Sia per gli aspetti legati alle competenze della Commissione Europea che per quelli legati alle competenze degli Stati membri, ma, come già evidenziato, con una forte preminenza del valore di coordinamento a livello comunitario.

[14] Invero, la questione delle tariffe di roaming è ancora aperta, rinviata con un accordo tra le istituzioni di Commissione, Consiglio e Parlamento Europeo, nel giugno scorso, al 2018.

[15] L'iter normativo ha avuto il seguente svolgimento: trasmissione al Consiglio e al Parlamento Europeo (11.09.2013), il parere del Garante europeo della protezione dei dati (14.11.2013), la discussione in seno al Consiglio (05.12.2013) e l'approvazione in prima lettura (16.11.2013), il parere del Comitato economico e sociale europeo (21.01.2014), e quello del Comitato delle Regioni (30.01.2014). La prima lettura del Parlamento europeo avveniva (03.04.2014) e venivano riassunti dalla Commissione gli emendamenti proposti (09.07.2014).

dell'economia digitale. Accanto a questi aspetti positivi, se ne possono rilevare altri di carattere negativo, posti in luce dal Comitato delle Regioni, nel parere sulla proposta di regolamento[16]. Il parere in questione dedica alcuni passaggi al tema della Neutralità della rete ed ai diritti degli utenti finali, incentrati sull'art. 23 della proposta, rubricato "*Libertà di fornire e di usufruire di un accesso a internet aperto e gestione ragionevole del traffico*" [17]. Da tutto ciò, si desume che l'art. 23 non è in linea con il principio di neutralità per vari motivi. Difatti, la sua applicazione potrebbe portare a privilegiare le imprese più forti, sia dal punto di vista finanziario che economico, a danno di quelle di minori dimensioni e dei piccoli fornitori di contenuti, con conseguenza ultima di ledere i diritti degli utenti finali. In questo modo viene messo in pericolo il principio costitutivo della struttura di Internet, che è l'apertura della rete e che rappresenta la forza innovativa di Internet.

3. La "qualità del servizio" come elemento multi-dimensionale

Prima di introdurre il tema della qualità del servizio, è necessario soffermare l'attenzione su alcuni profili ad esso connessi, per evidenziarne gli effetti in relazione alla problematica principale della neutralità della rete.

A livello teorico sta fortemente emergendo la definizione di Internet come diritto fondamentale: si pensi alla dichiarazione del Consiglio dei Diritti Umani dell'ONU del giugno 2012[18], alla una richiesta di una *Magna Charta* per Internet del XXI secolo del fondatore del "www"[19] ed emerge anche un dibattito sulla necessità di fornire un contenuto normativo per le fattispecie, come ad esempio, nel panorama italiano, è avvenuto con la Commissione c.d. Rodotà istituita in Parlamento per definire una sorta di *Internet Bill of Rights*, che si è codificata con la recente Dichiarazione dei Diritti in Internet[20].

Ecco dunque che la rilevanza giuridica nella rete Internet dei diritti fondamentali universalmente

---

16 Il parere del Comitato delle Regioni dell'aprile 2014 contiene al riguardo raccomandazioni di carattere politico sul «Mercato unico europeo delle comunicazioni elettroniche». Nello specifico, al punto 63, il Comitato delle Regioni " giunge alla conclusione per cui gran parte della proposta della Commissione, a causa delle varie riserve sopra sollevate, non può ancora essere considerata matura". Cfr. il documento 2014/C 126/13.

17 Il concetto di Neutralità della rete è centrale nel parere in questione ed è trattato in diversi punti dal n. 37 al n. 53. In particolare, al punto 44, si evidenzia che [il Comitato stesso] "è convinto che l'articolo 23 della proposta della Commissione europea non sia in linea con il principio della neutralità della rete come sopra definito e raccomanda di rimaneggiare *drasticamente* le relative disposizioni" (corsivo mio).

18 Risoluzione ONU del 6 Luglio 2012 sulla promozione, protezione e godimento dei diritti umani su Internet, anche a tutela della libertà di pensiero, in cui il Consiglio per i Diritti Umani (Human Rights Council).

19 Tim Barners Lee, l'inventore del www e fondatore del W3C World Wide Web Consortium in una intervista sul quotidiano inglese The Telegraph del 29.09.2014, ha espresso la necessità che si vada a formulare una sorta di Magna Charta del XXI secolo per affermare in modo pieno il diritto ad un Internet libero ed aperto per mantenere una natura democratica del web senza controllo e senza censure.

20 Si vedano i lavori della Commissione parlamentare di studio sui diritti e i doveri relativi ad Internet, istituita lo scorso 28 luglio 2014, che ha provveduto alla redazione di una bozza, anche mediante audizioni di associazioni, esperti ed istituzioni ed una consultazione pubblica. Al termine dei lavori, è stata approvata e pubblicata la Dichiarazione dei Diritti in Internet (28 luglio 2015).

riconosciuti (art. 1: *Riconoscimento e garanzia dei diritti*) costituisce il presupposto per garantire l'accesso alla rete, appunto, come diritto fondamentale, attraverso cui "ogni persona ha il diritto che i dati trasmessi e ricevuti in Internet non subiscano discriminazioni, restrizioni o interferenze in relazione al mittente, ricevente, tipo o contenuto dei dati, dispositivo utilizzato, applicazioni o, in generale, legittime scelte delle persone" (art. 4: *Neutralità della rete*)[21].

Se consideriamo gli effetti di questa definizione di Internet aperto e di neutralità della rete, nei termini di una garanzia di accesso pieno ed incondizionato alla rete Internet e di transito dati non pre-condizionato, ci rendiamo conto che non vi è alcun riferimento all'infrastruttura e alle tecnologie da utilizzare o da privilegiare.

Infatti, vi è una pluralità di tecnologie per l'accesso alla rete, anche perché la rete stessa si può configurare in modo diverso, in ragione dell'infrastruttura: si pensi ad esempio alla differenza tra rete fissa e rete mobile. Benvero, le comunicazioni elettroniche possono svolgersi attraverso diverse tipologie di mezzi e canali, la c.d. infrastruttura, entro cui poter veicolare le informazioni e quindi il contenuto dai dati multimediali.

L'evoluzione tecnologica ha aumentato la quantità e la qualità di tali mezzi e così si è passati dalle comunicazioni elettroniche tradizionali (linea telefonica con doppino di rame, ISDN, ADSL) alle comunicazioni elettroniche senza fili (wireless) oppure a banda larga (broadband), fibra ottica, in una parola alle reti di nuova generazione.

Questo passaggio ha permesso così un accesso alla rete molto più di qualità, da intendersi sia in senso quantitativo di banda disponibile, che in senso qualitativo di assenza di filtri, di colli di bottiglia relativo alla velocità di trasmissione dei dati. Ecco che viene a realizzarsi nella pratica la c.d. open Internet, perché, in questo modo, con l'evoluzione tecnologica nell'accesso alla rete, si determina un progressivo miglioramento della qualità del servizio.

Ad ogni modo, dalla prospettiva giuridica che qui ci interessa, la qualità del servizio è un elemento multidimensionale, perché si può suddividere in più componenti, che in diverso modo incidono su di essa. Da una parte vi è la velocità della rete, che può essere misurata soltanto per quanto attiene alla rete fissa; dall'altra vi è il dato economico dell'accesso alla risorsa Internet, anche in termini contrattuali (c.d. *pricing*), che si ricollega anche ai problemi del *digital divide*, ed infine vi è il dato squisitamente tecnologico legato al funzionamento dell'infrastruttura di rete, ossia le modalità di gestione del traffico dei dati in base alle quali è possibile per il gestore della rete intervenire artificialmente sulle regole ordinarie di flusso degli stessi (c.d. *traffic management*).

La connessione di tutti questi elementi porta ad una diversificazione nell'accesso alla rete ed incide quindi sulla qualità del servizio, ed in effetti, il problema giuridico si pone nel contemperamento di interessi dei vari componenti, perché si possono venire a realizzare condizioni in grado di compromettere la neutralità della rete.

Con riferimento alla componente velocità, vi è stata una interessante iniziativa dell'AGCOM in ordine alla misurazione della qualità dell'accesso ad Internet relativa alla rete fissa[22]. Viceversa, per

---

[21] Difatti lo stesso articolo 4 si conclude con il comma 2 che precisa: "Il diritto ad un accesso neutrale ad internet nella sua interezza è condizione necessaria per l'effettività dei diritti fondamentali della persona."

[22] Con la delibera AGCOM n. 244/08/CSP del 2008 era stato avviato un progetto per creare strumenti software gratuiti per il monitoraggio della qualità dell'accesso ad Internet da postazione fissa. Ne sono nati alcuni esempi: *Ne.Me.Sys.*, un certificato attestante la qualità della connessione, valido come prova per un reclamo ove non corrispondente al

la rete mobile tale misurazione segue criteri diversi, poiché la rete mobile è per definizione non-egualitaria[23]; ad ogni modo anche in questo ambito l'AGCOM ha effettuato una indagine sulla qualità dei servizi[24].

Vi è poi il dato economico dell'accesso alla risorsa Internet[25], che può includere anche i relativi profili contrattuali (*commercial agreements*)[26], nei rapporti tra operatori telefonici (*service provider,* in questo caso ISP, ossia *Internet Service Provider*) e consumatori finali, ma anche nei rapporti tra i primi ed i fornitori di contenuti (*content provider*, c.d. *edge providers*[27]).

Sotto questo profilo, in sostanza, la problematica giuridica della qualità del servizio si connette necessariamente al tema cruciale della struttura della rete. Se, come abbiamo visto, si va verso un universale riconoscimento di Internet come diritto fondamentale, occorre chiedersi se la rete stessa possa essere qualificata come servizio universale.

Già la Commissione nel 2008[28], nel porsi questo interrogativo, riteneva che tecnicamente la banda larga e la telefonia mobile non potevano rientrare nei criteri definitori di servizio universale. Si

livello garantito nel contratto sottoscritto, *MisuraInternet speed test*: test sul valore istantaneo della qualità di accesso alla connessione, che registrò un successo significativo in quanto al 1.10.2014 erano stati effettuati circa 310.000 download del software. Nel Marzo 2015, l'AGCOM ha pubblicato i risultati di queste indagini rilevando, purtroppo, che le connessioni da rete fissa non corrispondono ad uno standard di velocità in termini di qualità del servizio, pubblicati e resi disponibili sul sito dell'Autorità stessa (www.agcom.it). Le stesse risultanze sono state rilevate dal rapporto annuale sulla banda larga pubblicato da *Akamai Technologies* relativo ai dati 2014.

[23] Infatti, in termini tecnici, per potersi avere una connessione via rete mobile alla rete Internet, deve prima essere instaurata una connessione telefonica alla celle di riferimento e, come noto, vi è una relazione di proporzionalità inversa tra la distanza dalla cella da parte del sistema di stazioni ricetrasmittenti base (*Base Transceiver Station*) e la qualità dell'accesso alla rete.

[24] La ricerca riguardava la "Qualità dei servizi di comunicazioni mobili e personali" sulla base delle delibere n. 429/09/CNS e n. 708/09/CONS. I risultati di tale lavoro, pubblicati e resi disponibili sul sito web dell'Autorità stessa (www.agcom.it). Per approfondimenti cfr. Qualità e Internet mobile. Le verità nascoste, a cura di .G. Riva, ne I quaderni di Telèma, suppl. al n. 279 e 280, Marzo-Maggio 2011, nonché Qualità del servizio dati in mobilità: alla partenza la prima esperienza regolamentare, a cura di F. Flaviano et al, ne I quaderni di Telèma, suppl. n. 289, Luglio-Settembre 2012.

[25] A livello di dati statistici, l'Annuario Istat fornisce annualmente un parametro di riferimento, che è una fotografia efficace dell'aspetto economico legato alla vita quotidiana dal punto di vista sociale, legato all'utilizzo degli strumenti ICT, come il personal computer e il telefono cellulare. Anche società private sono impegnate nell'aggiornare questa ideale fotografia: si pensi alla *Global Digital Statistics* 2014, che ha rilevato che il settore delle telecomunicazioni costituiva solo il 9% dell'intera economia digitale europea, mentre, allo stesso tempo, evidenziava che la connettività costituisce un elemento essenziale per tutti i settori, tant'è che per essere competitivi diventa cruciale che il servizio di comunicazioni elettroniche sia di qualità. Per uno sguardo sui dati italiani, possiamo evidenziare che più della metà della popolazione è connessa ad Internet ed in particolare il 46% si connette via telefono cellulare. Va segnalato anche l'incremento nell'uso dei social network con 26 milioni di italiani utenti attivi, di cui più del 158% accede attraverso l'utilizzo del telefono cellulare. Si tratta di un incremento straordinario a livello economico che determina uno spostamento dell'attenzione sulle problematiche connesse alla qualità dell'accesso e dell'utilizzo della rete.

[26] La problematica degli accordi per "servizi speciali o a qualità garantita", che possono avere come conseguenza la limitazione della rete Internet intesa come "rete neutrale", resta comunque un tema non del tutto definito, dal momento che le scelte contrattuali si presumono libere, salvo che non nascondano violazioni delle regole della concorrenza.

[27] Si tratta di soggetti che forniscono contenuti ed applicazioni in rete (ad es. Google, Amazon).

[28] Commissione COM (2008) 572 DEF., Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sul secondo riesame periodico del contenuto del servizio universale nelle reti e nei servizi di comunicazione elettronica conformemente all'articolo 15 della direttiva 2002/22/CE, spec. ai par. 3.1. e 3.2..

era però giuridicamente prospettato il problema se il servizio universale potesse rappresentare lo strumento adeguato per accelerare lo sviluppo e la competitività economica, diventando anche un obiettivo prioritario di benessere dei consumatori e di inclusione digitale, al fine del superamento del *digital divide*.

La riflessione è ancora aperta. Il Comitato economico e sociale europeo nel giugno del 2014[29] ha emesso un parere evidenziando un ulteriore passaggio, che sposta, se vogliamo, il problema ancora più avanti nella direzione della tutela del consumatore.

Internet è un servizio essenziale? L'affermazione è forte, e la risposta è altrettanto forte, non a caso proviene dal Comitato economico e sociale, che ha competenze specifiche su questi ambiti, quello economico e sociale, che sono fortemente "connessi", ossia legati proprio allo sviluppo della rete e delle comunicazioni elettroniche.

Nel parere, si riconosce come rientrante nei servizi essenziali le comunicazioni elettroniche, accanto ad alloggio, energia, trasporti, acqua, assistenza sanitaria, servizi sociali. Si impone così un'ulteriore riflessione e la domanda allora si sposta ancora più avanti, andando a chiedersi se anche le esplicazioni delle comunicazioni elettroniche, in termini di loro evoluzione tecnologica, possano essere ritenute servizi essenziali: si pensi alle connessioni in banda larga, da rete fissa o mobile. Su questi aspetti, si ritornerà in sede di riflessioni conclusive.

Per quanto attiene alla dimensione tecnologica della gestione del traffico dati in rete, il c.d. *traffic management*, occorre evidenziare che allo stato vige la clausola della "ragionevole gestione del traffico", che mette gli ISP nelle condizioni di poter controllare i dati che veicolano sulla rete. Il potenziale pericolo è duplice: da una parte si può verificare una condotta discriminatoria rispetto ai *content provider* ed ai dati che essi veicolano, in relazione a criteri soggettivi, come l'appartenenza ad un gruppo commerciale o ad un orientamento politico; o dall'altra si può provocare una degradazione nella qualità del servizio dal punto di vista oggettivo, mediante blocchi, rallentamenti, *throttling*, che tecnicamente è una modalità di rallentamento operato durante il *download* o *upload* in rete[30].

Se queste pratiche sono considerate legittime in una dimensione ragionevole di gestione dei dati, per rispondere all'esigenza di ottimizzare il traffico ed evitare congestioni, possono invece manifestarsi dannosi quando creano indebite discriminazioni tra pacchetti di dati.

---

[29] Comitato economico e sociale europeo, documento 2014/C/177/04 in G.U.U.E. 16/06/2014.

[30] Va anche fatto riferimento al dibattito americano in materia di "fast lanes" corsie preferenziali su Internet, sempre attuale, anche se la disciplina, negli Stati Uniti, ha da poco raggiunto un punto fermo tramite la regolazione disciplinata dall'autorità di riferimento, la Federal Commerce Commission FCC, con il c.d. *New Open Internet Order*, cfr. *In the Matter of Protecting and Promoting the Open Internet* GN Docket No. 14-*28 Report and Order on Remand, Declaratory Ruling, and Order*, adottato nel Febbraio 2015 e pubblicato nel Marzo 2015. Per l'emanazione di queste disposizioni, la FCC ha dato vita ad una grande consultazione pubblica, un significativo coinvolgimento di *stakeholders* e cittadinanza: cfr. *infra* note 30 e 31.

4. Riflessioni conclusive

A tale problema giuridico, si sta cercando di dare una soluzione, che non ancora raggiunge un livello soddisfacente per tutti, dal momento che si confrontano su questo terreno i sostenitori dell'accesso incondizionato alla rete, aperta e neutrale, e i sostenitori del libero andamento del mercato e delle sue strategie (sostenuti dagli ISP). Ne emerge un quadro di contrapposizione di interessi su cui la politica europea sta ancora discutendo, nella ricerca del corretto contemperamento di interessi tra l'esigenza di preservare le libertà fondamentali di informazione e comunicazione e quella, altrettanto fondamentale, di non ostacolare il libero gioco della concorrenza e preservare l'innovazione nella rete[31].

Per questa ragione, è sempre opportuno, come già è avvenuto nel 2012[32], aprire le consultazioni pubbliche agli *stakeholders* (portatori di interesse) ed alla cittadinanza in generale[33].

Se torniamo al cuore della questione, resta da capire se Internet come diritto fondamentale sia soltanto un punto di partenza (un diritto senza ulteriori specificazioni in positivo o in negativo) e se, a partire da questo, debba seguire una disciplina giudica di favore, come sopra accennato, in relazione agli obblighi del servizio universale.

Se la risposta è positiva, sorge allora la necessità di rendere tali strumenti accessibili, garantendo così l'accesso ad un Internet aperto ed una rete neutrale, con pari qualità del servizio. Corollario di questa premessa, diviene l'attuazione di misure di promozione per i consumatori[34].

Se, viceversa, la risposta è negativa diventa allora lecito diversificare la qualità del servizio, inficiando però alla base il concetto di rete neutrale.

Questa chiave di lettura vuole offrire un contributo per una visione che lasci spazio per tutte le possibili riflessioni in relazione alle conseguenze giuridiche ulteriori su questo argomento. Infatti,

---

[31] In effetti, il Comitato delle Regioni nella propria proposta di emendamento evidenzia la necessità di togliere ogni riferimento alla "ragionevole gestione del traffico" perché può influire sull'accesso pieno ed incondizionato alla rete (open internet). Nella stessa direzione sono rivolte le proposte di emendamento che riguardano il successivo art. 24 (garanzie della qualità del servizio) in cui si propone di far cadere ogni riferimento ai servizi specializzati che sono prodromici alla creazione di un internet a due velocità, discriminatorio per gli operatori della rete e dei contenuti. Dice il Comitato delle Regioni che la definizione giuridica di "gestione ragionevole del traffico" è ancora troppo poco chiara e così può compromettere il principio di divieto del blocco delle reti e il principio di proporzionalità della normativa di protezione dei dati personali. Al riguardo, si evidenzia che anche nell'ambito della nostra normativa in materia di trattamento dei dati personali vigono i principi di necessità, proporzionalità e pertinenza, come principi generali per la tutela del trattamento dei dati personali.

[32] La Commissione aveva lanciato da Luglio a Ottobre del 2012 una consultazione pubblica sul tema: "Specific aspects of transparency, traffic management and switching in an Open Internet".

[33] Del resto, come si è già messo in evidenza, lo stesso procedimento è stato seguito dalla Commissione Rodotà per lo schema della Dichiarazione dei diritti in Internet, di recente pubblicata. I documenti sono stati lasciati disponibili sul sito della Camera (http://camera.civi.ci/discussion/proposals/partecipa_alla_consultazione_pubblica_bill_of_rights)

[34] Nella prospettiva del parere del Comitato economico e sociale europeo, sopra citato – cfr. nota 27, si dovrebbe arrivare all'inclusione tra i servizi essenziali. Precisa il Comitato, al punto 3.9.2., che "secondo la normativa in materia di telecomunicazioni, l'accessibilità economica è legata al prezzo abbordabile, tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, dell'uso del telefono e della capacità degli utenti di controllare le proprie spese. Nell'allegato alla comunicazione della Commissione Europea sulla metodologia per la valutazione orizzontale dei SIEG, l'indicatore proposto è "il prezzo dei servizi in funzione del reddito per i consumatori a basso/medio reddito (riportato per consumatori con diversi livelli di reddito)".

da questo scaturiscono considerazioni non univoche sia per l'accesso alla rete come infrastruttura, che per la gestione dei contenuti che veicolano nella rete, riportando l'ambiguità alla natura stessa della rete che, per definizione, non distingue, né può privilegiare i due poli della comunicazione: il mezzo, come accesso alla rete, ed il contenuto, come veicolazione dei dati sulla rete.
Proprio questa c.d. «doppia valenza mezzo – contenuto» afferente alla rete, richiede una disciplina giuridica che garantisca il rispetto dell'eguaglianza nell'accesso e nella veicolazione dei dati, in altre parole, la tutela dell'apertura e della neutralità della rete. Diversamente, non si potrebbe né garantire il contemperamento degli interessi, nel bilanciamento delle libertà costituzionali coinvolte, né difendere le potenzialità innovative di Internet.

Le comunicazioni elettroniche
Saluti finali

Giuseppe Corasaniti

Multimedia

Clicca sull'immagine o fotografa il QrCode per accedere al MediaBook CLIOedu