

Facebook nel mirino delle Corti: accanimento giurisprudenziale a cavallo del caso Schrems?

Carlotta Fossà

(Dottoranda di ricerca in Diritto, mercato e persona nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract In a time frame that is witness of the intersection between the plane of reality and the plane of virtuality, the digital world becomes a breeding ground for a substantial case law, which mainly affects online platforms and social networks, above all *Facebook*, a protagonist - straddling the Schrems case - in the thorny issues related to the mass surveillance, the protection of personal data and the controversial relationships aimed at building and maintaining a sort of transatlantic bridge between the EU and the USA for the traffic of the above mentioned data.

Sommario 1. Lo spopolare del mondo virtuale tra agevolazioni pratiche ed insidie latenti. – 2. Il potere della rete sociale di Mark Zuckerberg specchiato nella recente casistica giurisprudenziale. – 3. La miccia responsabile di aver fatto saltare in aria il ponte transatlantico per il traffico dei dati tra UE e USA: il caso Schrems. – 3.1 L'esordio delle sciagure di *Facebook*: le denunce di Snowden e Schrems sulla mass surveillance. – 3.2 Il reasoning della Corte di giustizia e l'effetto domino della pronuncia. – 3.3 La giurisprudenza europea sui diritti fondamentali e l'agognato avvento della cultura della data protection. – 3.4 La fragilità delle risposte legislative di soft e hard law e le falle del sistema. – 4. Brevi note conclusive: diritto, mercato e persona nell'era dell'hi-tech.

Keywords *Facebook cases. Mass surveillance. Schrems case. Digital privacy. Balance of interests.*

1 Lo spopolare del mondo virtuale tra agevolazioni pratiche ed insidie latenti

La ragnatela della rete oggi permea tutte le sfere dell'esistenza e tutti gli ambiti in cui la medesima si sviluppa nel quotidiano, dal settore delle relazioni umane, a quello delle comunicazioni su scala globale, alle transazioni relative a beni e servizi, agli scambi di idee ed opinioni, allo sviluppo di interessi, gusti, preferenze, alla pubblicità mirata, al *business* nella sua accezione più ampia.

Nel mare *magnum* del mondo *online*, intriso di un magmatico aggroviarsi di fonti normative stratificate su più livelli¹ e di problematiche

¹ Per approfondimento v. F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Milano 1990, p. 59 ss.; U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. dir.*, 2006, n. 3, p. 361 ss.; G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle*

spinose e scivolose, fungono da fari imperiosi gli *Internet Services Provider*, che si ergono a padroni del *web*, e, abusando della loro posizione di dominanza², dettano le regole del gioco e manipolano le coscienze del “popolo degli sventurati”, che – accecato da una presunta gratuità³ – approda entusiasticamente sulla rete e vi immette una miriade di dati personali, totalmente inconsapevole delle insidiose dinamiche che ne costellano le trame, a causa del c.d. *digital divide* culturale, demografico ed educativo. Quest’ultimo affonda le sue radici nel difetto di alfabetizzazione informatica caratterizzante la maggioranza dei fruitori, che utilizza il *web* a guisa di mero strumento di intrattenimento a buon mercato, diventando marionetta manovrata dai padroni della rete, e nell’asimmetria informatica connotante il rapporto tra *ISP* e utenti, i quali ultimi si trovano in posizione di evidente sudditanza⁴.

Fra le figure di *leader* della rete spiccano senza dubbio i *social network*⁵, piattaforme di condivisione connotate da pressoché totale *disclosure*, che catturano l’interesse di una più che cospicua fetta della collettività, promettendo scambio di informazioni, creazione di infinite relazioni di amicizia virtuali, nonché spionaggio di profili di tutti gli utenti iscritti, a costo zero, *melius* al prezzo di un *click* sull’accettazione delle condizioni di contratto unilateralmente imposte e sul consenso al trattamento dei dati

fonti del diritto, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 461 ss.; C. ROSSELLO, *Commercio elettronico. La governance di Internet tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Milano, 2006, p. XV; G. FINOCCHIARO, *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 571 ss. ed in *Il contratto telematico*, a cura di V. Ricciuto e N. Zorzi, in *Tratt. Dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, Padova, 2002, vol. XXVII, p. 15 ss.; P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in Paolo Grossi, a cura di G. Alpa, Roma-Bari, 2011, p. 205; S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto di Internet*, in *Dir. inform.*, 2010, 3, p. 377 ss.

2 G. ALPA, *La certezza del diritto nell’età dell’incertezza*, Napoli, 2006, p. 74; per approfondimento v. anche F. BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Milano, 2007, p. 273 ss. Si veda altresì la recente risoluzione del Parlamento Europeo del 27 novembre 2014 sul sostegno ai diritti dei consumatori nel mercato unico digitale 2014/2973 (RSP), che ai punti 15, 17 e 21 manifesta le preoccupazioni riguardo all’abuso di posizione dominante dei motori di ricerca (e.g. *Google, Yahoo!*). In relazione alla nota sentenza *Google*, [Commission, 15.4.2015, IP/15/4780, disponibile on-line all’indirizzo http://europa.eu/rapid/press-relea-se_MEMO-15-4781_en.htm], cfr. R. PODSZUN, S. KREIFELS, *Digital Platforms and Competition Law*, in *EuCML*, Issue 1/2016, p. 34 ss.; G. SURBLYTE, *Competition Law at the Crossroads in the Digital Economy: Is it All About Google?*, *ivi*, Issue 5/2015, p. 170 ss.; M. CIAN, *Competition and Access to the Market: A Need for a Special Regulation in Online Service Supplying?*, *ivi*, Issue 1/2, 2015 p. 47.

3 A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, p. 75 ss.

4 M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Dir. inform.*, fasc. 2, 2015, p. 275 ss.

5 Per delle riflessioni su questi particolari ambienti digitali e sul regime di disciplina ad essi applicabile v. C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2017, *passim*.

personali⁶, e al prezzo - ancor più lauto - del furto di qualsivoglia dato relativo all'ignaro cybernauta⁷, non solo qualora immesso nella *platform* della *community*, bensì anche se solo esplorato per mezzo di un comune motore di ricerca.

Questa realtà di estensione planetaria sta sempre più assumendo i tratti di un mondo parallelo in cui l'individuo trova rifugio ed in cui ha la possibilità di cambiare maschera con estrema duttilità, di inventarsi sempre nuove personalità, di interagire, di acquistare beni spesso a cifre più vantaggiose, di rinvenire qualsiasi genere di informazione atta a saziare ogni tipologia di curiosità, interesse od esigenza, di vivere una vita spesso più gratificante di quella reale.

Trattasi di un fenomeno a diffusione capillare senza dubbio di rilevante interesse dal punto di vista sociologico per il notevole e disarmante impatto che ha avuto sul globo in maniera piuttosto uniforme, salvo alcune zone connotate dal c.d. *digital divide* inteso questa volta in termini geografici, risuonando in tutta la loro attualità le altisonanti parole del maestro Rodotà «*La grande trasformazione tecnologica muta i rapporti personali e sociali e incide sull'antropologia stessa delle persone*».

Tale metamorfosi culturale ed ideologica che connota la c.d. quarta rivoluzione cattura tuttavia anche lo sguardo attento e sagace del giurista, a livello accademico nel tentativo di trovare un - forse utopico - ordine nel proliferare di una miriade di fonti *multilevel* che colorano il quadro del mondo *online*, e della magistratura, chiamata a dare risposte certe navigando nel bacino di una realtà inondata da incertezza.

Difatti, specialmente negli ultimi anni, si è assistito ad un'esponenziale moltiplicazione dei ricorsi, instaurati contro *social network*, *online platform*, motori di ricerca, *market place* - in veste di convenuti -, concernenti questioni problematiche che serpeggiano trasversalmente tra le varie

6 F. AGNINO, *Disponibilità dei diritti nei s.n.: fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti? (vedi contratto FB)*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 2556 ss.; S. SCALZINI, *I servizi di online social network tra privacy, regole di utilizzo e violazione dei diritti dei terzi*, *ivi*, p. 2570 ss.; R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *AIDA*, 2011, p. 96 ss.; S.A. CERRATO, *I rapporti contrattuali (anche associativi) tra i soggetti del social network*, *ivi*, p. 189-191; P. SAMMARCO, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Dir. inform.*, 4/5, 2010, p. 631 ss.

7 In giurisprudenza quanto alle questioni relative al possesso delle informazioni estrapolate dai *Big Data*, v. procedimenti C-236/08 e C-238/2008 *Google c. Luis Vuitton* del 12 luglio 2011; C-324/2009 *L'Oreal c. E-Bay*; C-70/10 *Scarlet Extended c. Sabam* e C-360/10 *Sabam c. Netlog*. L'intensificazione delle attività illecite volte a carpire abusivamente i dati personali altrui, e.g. *phishing*, *spoofing*, furto d'identità, abuso di identità, dimostra come questa 'risorsa' sia foriera di crescenti interessi economici; cfr. F. AGNINO, *Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti? (Vedi contratto FB)*, *cit.*, p. 2561.

branche dello *ius*, spaziando dal diritto civile sostanziale e processuale⁸, del lavoro, amministrativo, al diritto penale sostanziale e processuale⁹, al diritto internazionale ed europeo, ed in particolare afferenti alle tematiche più svariate: dalla tutela dei dati personali¹⁰ in rapporto al diritto alla *privacy* e all'oblio, il quale affonda le sue radici giurisprudenziali sovranazionali in due famose pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea, rispettivamente *Digital Rights Ireland*¹¹ e *Google Spain*¹², alle fattispecie

8 Trib. Reggio Emilia, 15 aprile 2015; Cass. civ., Sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 13 giugno 2013, in *www.ilcaso.it*, 2013; Trib. Bologna, Sez. lav., 19 novembre 2014.

9 Cass. pen., Sez. I, 15 marzo 2011, n. 16307; Trib. Firenze, Sez. II, 8 gennaio 2015; Trib. Varese, 8 novembre 2012; Cons. Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2015, n. 7699.

10 Cass. pen, Sez. III, 3 febbraio 2014, n. 5107, in *Corr. giur.*, 2014, 6, 798. In dottrina v. D. FLINT, *Computers and Internet What Is the Value of Personal Data?*, in [37-1] *BULA*, p. 38; G. FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali. Disciplina e strumenti operativi*, Bologna, 2012.

11 Corte Giust. UE, 8 aprile 2014, in cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.*, ECLI:EU:C:2014:238; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 1044, con nota di C.M. CASCIONE, *I diritti fondamentali prevalgono sull'interesse alla sicurezza: la decisione data retention della Corte di giustizia e gli echi del Datagate*; in *Dir. inform.*, 2014, p. 851, con nota di S. SCAGLIARINI, *La Corte di Giustizia bilancia diritto alla vita privata e lotta alla criminalità: alcuni pro e alcuni contra*. Per qualche commento si segnalano F. FABBRINI, *The European Court of Justice Ruling in the Data Retention Case and its Lessons for Privacy and Surveillance in the U.S.*, 28 *Harv. Hum. Rights Journ.* (2015), p. 65; M. NINO, *L'annullamento del regime della conservazione dei dati di traffico nell'Unione europea da parte della Corte di giustizia UE: prospettive ed evoluzioni future del sistema europeo di data retention*, in *Dir. Un. Eur.*, 2014, 4, p. 803 ss.; L. TRUCCO, *Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali*, in *Giur. it.*, 2014, 8-9, p. 1850 ss.; E. COLOMBO, *Data retention e Corte di Giustizia: riflessioni a prima lettura sulla declaratoria di invalidità della Direttiva 2006/24/CE*, in *Cass. pen.*, 2014, 7-8, p. 2705 ss.; R. FLOR, *La Corte di Giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. «data retention» contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?*, in *Riv. Trim. Dir. pen. contemp.*, 2014, 2, p. 178 ss.; ID., *Dalla 'Data retention' al diritto all'oblio, dalle paure orwelliane alla recente giurisprudenza della corte di giustizia*, in *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, a cura di G. Resta e V. Zeno-Zencovich, Roma TrE-Press, 2015, disponibile on-line alla pagina <http://ojs.roma-trepress.uniroma3.it/index.php/oblio>, p. 223 ss.; A. VEDASCHI, V. LUBELLO, *Data retention and its implications for the fundamental right to privacy: a European perspective*, in 20(1) *Tilb. Law Rev.* (2014), p. 14 ss.; T. KONSTADINIDES, *Destroying Democracy on the Ground of Defending It? The Data Retention Directive, the Surveillance State and Our Constitutional Ecosystem*, in *Eur. L. Rev.*, 2011, p. 722.

12 Corte Giust. UE, 13 maggio 2014, in causa C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, ECLI:EU:C:2014:317, in *Corr. giur.*, 2014, 12, p. 1471. Per qualche commento v., *ex multis*, il Volume di AA.VV., *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, cit., che reca i contributi di T.E. Frosini, O. Pollicino, G. Finocchiaro, P. Piroddi, G. Sartor-M. Viola De Azevedo Cunha, A. Mantelero, S. Sica-V. D'Antonio, C. Comella, G.M. Riccio, R. Flor e F. Pizzetti, già apparsi sul numero speciale di *Dir. inform.*, 2014, fasc. 4-5; il Volume AA.VV., *Il caso del diritto all'oblio*, a cura di F. PIZZETTI, Torino, 2012, recante i contributi di M. Bassini, G. D'Acquisto, M. Durante, L.

di *stalking*¹³ e di diffamazione¹⁴, al diritto di critica¹⁵, al diritto all'immagine - relativo in particolare ai minori nel reato di pedopornografia¹⁶ o per quanto attiene al porto d'armi¹⁷ - o alla sostituzione di persona¹⁸, o ancora alla violazione del diritto di autore¹⁹, ai confini da tratteggiare attorno alla

Ferola, T.E. Frosini, A. Mantelero, U. Pagallo, F. Pizzetti, O. Pollicino e M. Siano; S. CRESPI, *Diritti fondamentali, Corte di giustizia e riforma del sistema Ue di protezione dei dati*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. Com.*, fasc.3-4, 2015, p. 819; G.E. VIGEVANI, *Identità, oblio, informazione e memoria in viaggio da Strasburgo a Lussemburgo, passando per Milano*, in *Danno e resp.*, 2014, 7, p. 731 ss.; T.E. FROSINI, *Diritto all'oblio e Internet*, in www.federalismi.it, 10 giugno 2014; M. BASSINI, *Il diritto all'oblio ai tempi di Internet: la Corte di giustizia sui motori di ricerca*, in *Quad. cost.*, 2014, 3, p. 730; F. PIZZETTI, *La decisione della Corte di giustizia sul caso Google Spain: più problemi che soluzioni*, *ivi*, 10 giugno 2014; C. BLENGINO, *La Corte di giustizia e i motori di ricerca: una sentenza sbagliata*, in www.medialaws.eu, 19 maggio 2014; G. CORRIAS LUCENTE, *Ancora su Google e il diritto all'oblio*, *ivi*, 24 giugno 2014; O. POLLICINO, M. BASSINI, *Reconciling Right to Be Forgotten and Freedom of Information: Past and Future of Persona Data Protection in Europe*, in *DPCE*, 2014, 2, p. 641.

13 Cass. pen., sez. V, 23 maggio 2016, n. 21407; Cass. pen., sez. V, 24 maggio 2017, n. 25940.

14 Nella giurisprudenza sovranazionale, v. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 17 giugno 2015, *Delfi c. Estonia*, ricorso n. 64569/09.

Nella giurisprudenza di legittimità, v. Cass. pen., sez. V, 31 agosto 2017, n. 39763; Cass. pen., sez. V, 12 luglio 2017, n. 34160; Cass. pen., sez. I, 2 gennaio 2017, n. 50; Cass. pen., sez. V, 1 febbraio 2017, n. 4873; Cass. pen., sez. I, 8 giugno 2015, n. 24431; Cass. pen., SS. UU., 29 gennaio 2015, n. 31022; Cass. pen., sez. I, 22 gennaio 2014, n. 16712; Cass. pen., Sez. V, 29 luglio 2010, n. 30065; Cass. pen., sez. V, 21 giugno 2006, n. 25875, in *C.E.D.*, n. 234528; Cass. civ., Sez. III, 8 maggio 2002, n. 6591; Cass. pen., Sez. V, 27 dicembre 2000, n. 4741.

Nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Ivrea, 13 aprile 2015, n. 139; Trib. Vallo della Lucania, Ufficio del giudice per le indagini preliminari, 24 febbraio 2016, n. 22; Trib. Firenze, Sez. I, 18 giugno 2014; Trib. Monza 3 marzo 2010; Trib. Monza, Sez. IV civ., 2 marzo 2010, n. 770; Trib. Milano, Sez. IP, 10 luglio 2006; Trib. Napoli, 4 settembre 2002, in *Giur. mer.*, 2003, I, 291; in *Giur. napol.*, 2002, 427; Trib. Lecce, 24 febbraio 2001, n. 373.

15 Trib. Perugia, Sez. II, 10 giugno 2014.

16 Cass. pen., Sez. III, 20 aprile 2015, n. 16340; Cass. pen., Sez. III, 31 luglio 2013, n. 33157; Cass. pen., Sez. II, 25 ottobre 2012, n. 44914; Cass. pen., Sez. III, 10 novembre 2011, n. 44065; Cass. pen., Sez. III, 12 gennaio 2010, n. 11082; Cass. pen., Sez. F, 7 agosto 2014, n. 46305; Uff. indagini preliminari Firenze, 10 febbraio 2015.

17 T.A.R. Piemonte, 5 giugno 2015, n. 936.

18 Cass. pen., Sez. V, 26 febbraio 2014, n. 9391; Cass. pen., Sez. V, 23 aprile 2014, n. 25774; Cass. pen., Sez. V, 27 dicembre 2000, n. 4741, in *Dir. inform.*, 2002, 1727; in *C.E.D.*, n. 217745; Trib. Trento 14 luglio 2014; Trib. Trento 29 aprile 2014; Uff. indagini preliminari Livorno, 31 dicembre 2012.

19 Trib. Roma, 1 giugno 2015, n. 12706. In dottrina sul tema v. P. PIRRUCCIO, *Diritto d'autore e responsabilità del "provider"*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 2569 ss.; R. PETRUSO, *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore: un'indagine di diritto comparato*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 1175 ss.; M. BELLIA, G.A.M. BELLOMO, M. MAZZONCINI, *La responsabilità civile dell'"Internet service provider" per violazioni del diritto d'autore*, nota a Corte Giust. UE, sez. III, 16 febbraio 2012, in causa C-360/10, in *Dir. ind.*, 2012, p. 346 ss.; A.E. COGO, *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, Torino, 2011, in particolare p. 73 ss.; N. BOTTERO, *Le nuove prerogative d'autore nell'era di Internet*, in *Giur. It.*, 2011, 8-9; T. MARGONI, *Eccezioni*

responsabilità dei *Service Provider*²⁰, nonché alla legge da applicare e al

e limitazioni al diritto d'autore in Internet, in *Giur. It.*, 2011, 8-9; E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi "Google suggest" per errata programmazione del software di ricerca e "Yahoo! Italia" per "link" illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, nota a ord. Trib. Milano sez. I civ. 25 gennaio 2011, ord. Trib. Milano sez. I civ. 31 marzo 2011, ord. Trib. Roma sez. spec. proprietà industriale ed intellettuale 20 marzo 2011, ord. Trib. Roma sez. spec. proprietà industriale ed intellettuale 11 luglio 2011, in *Riv. dir. ind.*, 2012, p. 44 ss.; A. SARACENO, *La responsabilità degli Internet service provider per le violazioni del diritto d'autore*, in *Giur. it.*, 2011, in particolare p. 2199 ss.; G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2009, p. 149 ss.; P. AUTERI, *Il paradigma tradizionale del diritto d'autore e le nuove tecnologie, in Proprietà digitale. Diritto d'autore, nuove tecnologie e digital rights management*, Milano, 2006; Id., *Internet ed il diritto d'autore*, in AIDA, 1996, p. 83; M. RICOLFI, *Internet e le utilizzazioni libere*, *ibid.*; Id., *A Copyright for Cyberspace? The European Dilemmas*, *ivi*, 2000, p. 443; Id., *on-line e off line*, *ivi*, 2007, p. 219 ss.; G. SPEDICATO, *La responsabilità extracontrattuale del provider per violazioni del diritto d'autore*, in *Cyberspazio e diritto*, 2003, 95 ss.; L. NIVARRA, V. RICCIUTO, *Internet e il diritto dei privati*, Torino, 2002, 139 ss.; C. GINSBURG, *Copyright and the control over new technologies of dissemination*, in *Colum. Law Rev.*, 2001, p. 1613 ss.; W.R. CORNISH, *Copyright across the Quarter-Century*, in *IIC*, 1995, p. 801; M. FABIANI, *La sfida delle nuove tecnologie ai diritti degli autori*, in *Il diritto di autore*, 1993, p. 532.

20 Per un quadro della giurisprudenza italiana sul tema cfr. Trib. Firenze, 25 maggio 2012, in *Dir. inform.*, 2012, 6, 1210 (s.m.), con nota di T. SCANNICCHIO, *La responsabilità del motore di ricerca per la funzione «autocomplete»*, e in *Corr. giur.*, 4, 2013, p. 505 ss., con nota di S. SICA, *Responsabilità del "provider": per una Soluzione "Equilibrata" del problema*; Trib. Roma, 22 marzo 2011, in *Danno e resp.*, 7, 2011, p. 753 ss., con nota di G.M. RICCIO, *Alla ricerca della responsabilità dei motori di ricerca*, *ivi*, p. 847 ss., con nota di F. GIOVANELLA, *La responsabilità per linking a files audiovisivi contraffatti e l'incerta natura del motore di ricerca*; in *Dir. ind.*, 2012, p. 84 ss., con nota di A. COMELLI, L. GIOVE, *Responsabilità del provider per mancata rimozione di link a materiale illecito*; Trib. Roma, 16 giugno 2011, in *Dir. ind.*, 2012, 1, p. 79 ss.; Trib. Milano, 9 settembre 2011, in *Giur. it.*, 2012, p. 4; Trib. Roma, 15 aprile 2010, in *Riv. dir. ind.*, 2010, II, p. 268 ss., con nota di D. MULA, *La responsabilità e gli obblighi degli Internet Service Provider per violazione del diritto d'autore*; Trib. Roma, 16 dicembre 2009, in *Dir. inform.* 2010, p. 278 ss., con nota di L. GUIDOBALDI, *Youtube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attiviti, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza*.

In dottrina, v. A. CONTALDO, F. PELUSO, *La tutela del diritto d'autore nel settore audiovisivo e la responsabilità civile degli ISP*, nota a App. Milano, Sez. spec. Impresa, 7 gennaio 2015, n. 29, in *Dir. aut.*, fasc. 1, 2015, p. 141; M. BASSINI, *La rilettura giurisprudenziale della disciplina sulla responsabilità degli Internet service provider. Verso un modello di responsabilità 'complessa'?*, in www.federalismi.it, 9/2015; L. BUGIOLACCHI, *Ascesa e declino della figura del provider «attivo»? Riflessioni in tema di fondamento e limiti del regime privilegiato di responsabilità dell'hosting provider*, in *Resp. civ. prev.*, 4, 2015, p. 1261 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Digital Single Market, diritto d'autore e "società dell'informazione a pagamento"*, in *Riv. dir. ind.*, fasc. 6, 2015, p. 247; S. SICA, *Responsabilità del provider: per una soluzione "equilibrata" del problema*, *cit.*, p. 505 ss.; M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, Milano, 2010, p. 174 ss.; U. PAGALLO, *Sul principio di responsabilità in rete*, in *Dir. inform.*, 2009, p. 705 ss.; G. CASSANO, A. CONTALDO, *La natura giuridica e la responsabilità civile degli internet Service Providers (ISP): il punto sulla giurisprudenza*, in *Corr. giur.*, 2009, n. 9, p. 1212 ss.; G. CASSANO, I.P. CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello "censore telematico"*, in *Contr.*, 2004, 1, p. 88 ss.; W.M. LANDES, D.G. LICHTMAN, *Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective*, *J.M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n. 179*, 2003; G.M. RICCIO, *La responsabilità*

giudice a cui rivolgersi a fronte dell'insorgere di controversie²¹.

Dunque, la realtà virtuale ha gravato di un ulteriore peso il carico dei giudici, che quotidianamente si trovano a maneggiare corposi e pesanti fascicoli che vanno ad accatastarsi sulle loro scrivanie, e ai cui occhi è ormai sfumata la differenza tra vita reale e vita virtuale, soprattutto a fronte del frequente perpetrarsi di abusi e soprusi posti in essere cavalcando una forza derivante proprio dalla frapposizione di uno schermo tra l'offensore e l'offeso parte lesa.

2 Il potere della rete sociale di Mark Zuckerberg specchiato nella recente casistica giurisprudenziale

Il *social network* senza dubbio preso maggiormente d'assalto è *Facebook*, l'asso nella manica di *Zuckerberg*, il quale è stato in grado di catturare nella sua rete più di un miliardo di utenti, creando la terza comunità più numerosa al mondo, dopo la Cina e l'India, *network* sui cui nodi viaggia quotidianamente una moltitudine indefinita di dati, i quali, una volta incanalati sulle autostrade di quella immaginifica maestosa infrastruttura priva di confini materiali, si ammantano del sovrumano potere dell'ubiquità.

Detto potere può essere emblematicamente rappresentato dalle due facce di una medaglia, ovverossia da un lato nella sua accezione più positiva, potendo ogni informazione - dalla più banale alla più clamorosa - espandersi a macchia d'olio ovunque ed istantaneamente, dall'altro lato in senso pericolosamente negativo, in quanto a maggior diffusione corrisponde proporzionale gravità, in particolar modo nel caso in cui si tratti di offese pesanti, calunnie, minacce, e in generale di comportamenti che possano abbracciare le fattispecie di reato disciplinate in seno al nostro codice penale, ovvero di violazioni di normative civilistiche o di leggi speciali, sanzionabili con somme più o meno laute di risarcimento del danno.

Facebook dunque ha dapprima fatto ingresso prepotentemente nelle vite degli individui, entro le mura domestiche e nell'alveo delle formazioni

civile degli Internet providers, Giappichelli, Torino, 2002, in particolare il capitolo 3; A.C. YEN, *A Preliminary Economic Analysis of Napster: Internet Technology, Copyright Liability, and the Possibility of Coasean Bargaining*, in 26 *U. Dayton L. Rev.* 248 (2001); F. DI CIOMMO, *Internet, diritti della personalità e responsabilità aquiliana del provider*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 756; S. RODÒTÀ, *Libertà, opportunità, democrazia e informazione*, relazione introduttiva svolta al Convegno sul tema "Internet e privacy, Quali regole?", Roma, 8 maggio 1998, disponibile on-line all'indirizzo <http://www.privacy.it/garanterelrod.html>; Id., *Quale limite è necessario?*, in *Téléma*, 1997, p. 8. In particolare per una disamina approfondita del regime di responsabilità introdotto dalla direttiva 2000/31/CE cfr. P. VAN ECKE, *Online service providers and liability: A plea for a balanced approach*, in 48 *C.M.L.R.*, 2011, 1455 ss., spec. p. 1462-1465, ove completi riferimenti bibliografici.

21 C. ROSSELLO, *op. cit.*, in particolare v. cap. I.

sociali ove si svolge la loro personalità, in un quadro di pluralismo e democraticità, e successivamente è rimbalzato nelle aule dei tribunali, ove ha fatto capolino come *mass media* connotato da straordinaria visibilità, in grado di scardinare impalcature sociali, insinuandosi tra le pieghe più riposte della società ed entrando – in via meramente esemplificativa – nelle separazioni con o senza addebito e nei divorzi²², nelle cause concernenti l'esercizio dei diritti sociali come quelli dei lavoratori²³, delle libertà politiche, religiose ed economiche, ovvero sotto forma di concorrenza sleale²⁴, nonché assurgendo a rango di elemento rilevante da inserire con interpretazione evolutiva nelle fattispecie penali perpetrate a mezzo di commenti postati e condivisi – quasi sempre con grande leggerezza – sulle bacheche del *social network de quo*.

Per averne un'idea più concreta, basti pensare alla velocità con cui si autoalimentano i commenti immessi nel *web* dagli *haters* e alla risonanza globale che ha sortito la frase *shock* pronunciata sulla pagina *Facebook* de "Il Resto del Carlino" da un ventiquattrenne mediatore culturale arabo – ora indagato per istigazione a delinquere – in relazione all'atroce violenza subita lo scorso 25 agosto da una ragazza polacca vittima di stupro da parte di quattro uomini sulle spiagge di Rimini. Commento violentemente maschilista che, sebbene bandito dalla rete quasi istantaneamente, cavalcando la spinta mediatica in pochi minuti ha fatto il giro del mondo, generando polemiche a catena in un dibattito infuocato, un grande senso di indignazione, nonché una dura condanna da parte della coop sociale *Lai-Momo* in cui il giovane lavorava, che, prendendo nell'immediato una netta distanza da quanto apparso sul *post*, ha promesso gravi conseguenze e seri provvedimenti, sino al licenziamento. Inoltre, per colorire di maggior

22 Trib. Milano, Sez. IX, 16 ottobre 2014; Trib. Taranto, Sez. I, 14 novembre 2014; Trib. Monza Sez. IV, 6 febbraio 2014; Corte Suprema dello Stato di New York, Stati Uniti, *Baidoo v. Blood-Dzraku*, 2015 NY Slip Op 25096.

23 Trib. Ivrea, 28 gennaio 2015; Trib. Milano, Sez. lav., 1 agosto 2014; Trib. Ascoli Piceno, 19 novembre 2013; Cass. Civ., 27 maggio 2015, n. 10955.

24 In giurisprudenza v. Trib. Torino, Sez. spec., propr. industr. ed intell. ord., 7 luglio 2011; Cass. civ., 3 dicembre 2010, n. 24620. In dottrina in generale sul tema del rapporto tra libertà d'impresa e Internet, cfr. F. CUGIA DI SANT'ORSOLA, R. NOORMOHAMED, D. ALVES GUIMARÃES, *Communication and Competition Law*, Alphen aan den Rijn, 2015, spec. p. 69 ss.; G. GORKAYNAK, D. DURLUL, M. HAGAN, *Antitrust on the Internet: a Comparative Assessment of Competition Law Enforcement in the Internet Realm*, in *14 Bus. L. Int'l* 51 (2013); V. ZENOVICH, *Internet e concorrenza*, in *Dir. inform.* 4/5, 2010, p. 697 ss.; ID., *I rapporti tra gestori di reti e fornitori di contenuti nel contesto europeo*, *ibidem*, 2004, p. 421 ss.; ID., R. PARDOLESI, *La concorrenza sleale nell'era di Internet*, in R. Pardolesi e R. Romano, *La concorrenza reale e la tutela dell'innovazione*, in *Diritto civile*, vol. IV, t. I, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, Milano, 2009, p. 105 ss.; G.M. RICCIO, *Concorrenza sleale e tutela dei consumatori nelle reti telematiche*, in *Dir. inform.*, 3, 2006, p. 307 ss.; G. ROSSI, *Cyber-antitrust, Internet e tutela della concorrenza*, *ibidem*, 2003, p. 247 ss.; A. GENTILI, *Internet e antitrust*, in *AIDA*, 1996, p. 45 ss.

orrore la vicenda, si è aggiunto un ulteriore commento pieno di rabbia postato sulla bacheca di *Facebook* da parte di un esponente del mondo politico²⁵, violenta presa di posizione dalla quale il coordinatore del partito di appartenenza ha subito preso le distanze e che è costata al suo incauto autore l'immediata espulsione dal partito medesimo.

O ancora non si può non riportare alla memoria il caso della trentunenne napoletana, Tiziana Cantone, suicidatasi il 13 settembre 2016, dopo essere venuta a conoscenza del fatto che alcuni suoi video *hard* avevano avuto diffusione virale sul *web* insieme alla frase tormentone "*Stai facendo il video? Bravo*", divenuta protagonista di insulti e derisioni da parte di tutta l'Italia su *Facebook*, e a seguito della mancata rimozione dei contenuti illeciti da parte di quest'ultimo nonostante la pervenuta segnalazione e la denuncia alle inerti autorità giudiziarie, che hanno risposto con la negazione del diritto all'oblio a causa dell'attualità della notizia.

Ergo, la proiezione della propria vita sul palcoscenico delle piattaforme virtuali, ove ognuno può ricoprire il ruolo che sceglie ed indossare le maschere ad esso più confacenti, è certamente gravida di conseguenze, che possono toccare tutti i gradini della scala del rischio, dalle più gravi, come quelle che abbiamo visto emblematicamente fotografate nei due casi poc'anzi citati, a quelle più lievi, come per esempio la possibilità di 'punire' la relazione extraconiugale scoperta dal marito o dalla moglie tramite *Facebook* o un altro *social network*, specie se deputato proprio alla ricerca di nuovi incontri come *Tinder* ovvero *Badoo*, per mezzo dell'addebito della separazione.

Più in generale, il ventaglio delle questioni che possono porsi in relazione all'ingerenza di *Facebook* nelle controversie familiari è riconducibile a tre macro aree tematiche: la prova dell'infedeltà attraverso la corrispondenza sui *social network*, l'utilizzabilità nella fase istruttoria dei *post* pubblicati sui profili dei coniugi, e la connessione con il campo penale attraverso il reato di diffamazione.

Potendo in questa sede limitarci unicamente ad un mero richiamo, senza la benché minima pretesa di esaustività, alla schiera di sentenze coinvolgenti le nuove dinamiche instaurate dall'avvento del digitale, basti ai nostri fini prendere atto da un lato dell'enorme trasformazione sociale e dall'altro della necessaria e fondamentale opera dei giudici di interpretazione e di adattamento ai mutamenti telematici delle disposizioni di diritto positivo allo stato dell'arte vigenti, dopo aver essi stessi preso coscienza che la stampa e la televisione non costituiscono più l'unico veicolo per esternare opinioni circa un soggetto fisico o giuridico, che le bacheche dei cybernauti fungono da specchio e cartina di tornasole della loro esistenza,

25 Si intende qui riferirsi alla brutale frase "*Ma alla Boldrini e alle donne del Pd quando dovrà succedere?*", pronunciata in risposta vicenda consumatasi sulle spiagge romagnole da Saverio Siorino, segretario cittadino di San Giovanni Rotondo di "*Noi con Salvini*".

mettendone in luce le nudità più riposte, che la dogana della *privacy* ha oramai da tempo aperto la sbarra all'ingresso di una miriade di dati ed informazioni personali inconsapevolmente e gratuitamente elargiti ad una collettività indeterminata, che i *social network* e le loro *communities* delineano i contorni di un nuovo mondo in cui la magistratura deve imparare a destreggiarsi con disinvoltura, declinandone ecletticamente ogni sfaccettatura nelle casistiche concrete che si trova ad affrontare nel quotidiano.

3 La miccia responsabile di aver fatto saltare in aria il ponte transatlantico per il traffico dei dati tra UE e USA: il caso Schrems

Ciò che comunque può senza margine di dubbio cogliersi con evidenza nei recenti fatti di cronaca è l'immane e spaventosa forza mediatica della circolazione delle informazioni nell'ambiente virtuale di Internet, ove i dati rimbalzano senza freni, senza filtri e senza confini geografici imposti²⁶.

Difatti - soffermandoci ora in particolare su *Facebook* - qualunque internauta residente nel territorio dell'Unione europea che desideri utilizzarlo, al momento della sua iscrizione con quel famoso *click* di cui accennavamo più sopra sottoscrive un contratto con *Facebook Ireland*, una società controllata di *Facebook Inc.*, casa madre sita negli Stati Uniti, e presta il consenso al trasferimento di tutti i suoi dati personali su *server* di quest'ultima, ove i medesimi sono oggetto di un trattamento.

3.1 L'esordio delle sciagure di *Facebook*: le denunce di Snowden e Schrems sulla mass surveillance

Il merito di queste scottanti rivelazioni spetta di diritto ad un audace ed intraprendente ventisettenne austriaco, col pallino della *privacy* sin dai tempi dell'università, tema su cui scriverà la sua tesi di laurea proprio a seguito dello *stage* californiano presso l'università di Santa Clara, in piena *Silicon Valley*, ove scopre che l'avvocato esperto di *privacy* di *Facebook*, Palmieri, intervenuto ad un seminario seguito dalla sua classe, possiede una conoscenza piuttosto scarsa delle regole vigenti in Europa. Così, tal *Maximillian Schrems*, addentrandosi in indagini di invidiabile minuzia atte a portare alla luce la conoscenza da parte del *social network de quo* di moltissime informazioni private dei suoi utenti, peraltro non soggette a cancellazione nemmeno qualora l'utente medesimo decida di eliminare il

²⁶ Per una recente e approfondita disamina delle problematiche concernenti il dato personale come bene giuridico, alla luce del Reg. UE 679/2016 e della proposta di direttiva UE del 9 dicembre 2015 sulla fornitura di contenuti digitali, v. A. DE FRANCESCHI, *op. cit.*, p. 25 ss.

proprio *account* dalla rete sociale in questione, segna il vero inizio delle sciagure di *Facebook*.

Il signor *Schrems* non si limita infatti ad una mera ricerca personale, ma, utilizzando come trampolino di lancio il c.d. *Datagate*, famoso scandalo che porta il nome del *whistleblower Edward Snowden*, - informatico famoso per aver collaborato con la *Booz Allen Hamilton*, azienda consulente della *National Security Agency (NSA)*, denunciando all'opinione pubblica non solo la responsabilità degli Stati Uniti di frugare nella *privacy* di tantissime persone, statunitensi e non, ma altresì una serie di programmi di *mass surveillance*²⁷ di intercettazione apparentemente indiscriminata delle comunicazioni elettroniche, posta in essere dalle agenzie statunitensi successivamente all'11 settembre 2001²⁸, alcuni dei quali bersagliavano proprio i dati degli utenti di colossi come *Google, Facebook, Microsoft, Apple etc.*, documenti pubblicati dal quotidiano britannico *The Guardian* e da quello statunitense *The Washington Post* nel giugno 2013, nonché diffusi *online* da *Wikileaks* -, una volta rientrato in Austria forma un gruppo di attivisti "*Europe versus Facebook*" e pubblica *online* i risultati del suo approfondito lavoro, divulgando rivelazioni di risonanza tale che viene chiamato a colloquio per sei ore da *Richard Allan*, direttore europeo della *privacy* della società di Palo Alto.

Il giovane dimostra al mondo infatti che *Facebook* pone in essere costanti violazioni dell'accordo c.d. 'Approdo sicuro'²⁹, il quale cristallizza i *Safe*

27 Sul tema *de quo*, v. C. COMELLA, *Alcune considerazioni sugli aspetti tecnologici della sorveglianza di massa, a margine della sentenza Safe Harbor della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "Safe Harbour Principles" al "Privacy Shield"*, a cura di G. Resta e V. Zeno-Zencovich, Roma TrE-Press, 2016, disponibile on-line all'indirizzo <http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/PTD/article/view/3/3>, p. 49 ss.

28 Per un quadro di sintesi v. C. BOWDEN, *The U.S. Surveillance Programmes And Their Impact On EU Citizens' Fundamental Rights* (2013), disponibile on-line all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/dv/briefingnote_/briefingnote_en.pdf; M. NINO, *Il caso Datagate: i problemi di compatibilità del programma di sorveglianza PRISM con la normativa europea sulla protezione dei dati personali e della privacy*, in *Dir. um. dir. int.*, 2013, p. 727 ss.; per quanto concerne in particolare il problema dei rapporti con i programmi di sorveglianza europei v. D. BIGO et al., *National Programs for Mass Surveillance of Personal Data in EU Member States and Their Compatibility with EU Law*, (2013), disponibile on-line all'indirizzo [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/493032/IPOL-LIBE_ET\(2013\)493032_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/493032/IPOL-LIBE_ET(2013)493032_EN.pdf).

29 Per alcuni riferimenti, cfr. ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Discussion Document: First orientations on Transfers of Personal Data to Third Countries - Possible Ways Forward in Assessing Adequacy*, 26 giugno 1997, XV D/5020/97 EN final, WP 4; ¹⁰, *Working Document: Transfers of Personal Data to Third Countries: Applying Articles 25 and 26 of the EU Data Protection Directive*, 24 luglio 1998, DG XV D/5025/98, WP 12; Id., *Opinion 1/99 Concerning the Level of Data Protection in the United States and the Ongoing Discussions Between the European Commission and the United States Government*, 26 gennaio 1999, 5092/98/EN/final, WP 15; Id., *Opinion 2/99 on the Adequacy of the «International Safe Harbour Principles» Issued by*

*Harbour Principles*³⁰ e rappresenta un compromesso frutto di un lungo e tormentato iter di discussione e negoziato, figlio primogenito di un'intesa politica bilaterale tra Stati Uniti ed Unione europea, costituente la crosta giuridica di riferimento per il trasferimento dei dati personali, i quali tramite quel 'ponte' transitavano ininterrottamente per fini prettamente commerciali nonché di sicurezza dalla sponda europea dell'Atlantico a quella americana diretti verso società ivi stabilite, una sorta di *by-pass* tra due differenti approcci per assicurare la tutela di detti dati, rispettivamente quello di stampo comunitario e quello adottato oltreoceano. Peraltro, l'adeguatezza del livello di tutela garantito dall'ordinamento statunitense in ordine ai *transborder data flows*³¹ è stata certificata nella decisione 2000/250/CE³², adottata dalla Commissione sulla base dell'art. 25, par. 6, direttiva 95/46/CE³³.

the US Department of Commerce on 19th April 1999, 3 maggio 1999, 5047/99/EN/final, WP 19; Id., *Opinion 4/99 on The Frequently Asked Questions to Be Issued by the US Department of Commerce in Relation to the Proposed «Safe Harbour Principles»*, 7 giugno 1999, 5066/99/EN/final, WP 21; Id., *Working Document on the Current State of Play of the Ongoing Discussions between the European Commission and the United States Government Concerning the «International Safe Harbour Principles»*, 7 luglio 1999, 5079/99/EN/final, WP 23; Id., *Opinion 7/99 On the Level of Data Protection Provided by the «Safe Harbor» Principles as Published together with the Frequently Asked Questions (FAQs) and Other Related Documents on 15 and 16 November 1999 by the US Department of Commerce*, 3 dicembre 1999, 5146/99/EN/final, WP 27; Id., *Opinion 3/2000 on the EU/US Dialogue Concerning the «Safe Harbor» Arrangement*, 16 marzo 2000, 5019/00/EN/final; Id., *Opinion 4/2000 on the Level of Protection Provided by the «Safe Harbour Principles»*, 16 maggio 2000, CA07/434/00/EN, WP 32.

30 U.S. Department of Commerce, *Safe Harbor Privacy Principles*, 21 luglio 2000, il cui testo completo è consultabile all'URL http://www.export.gov/safeharbor/eu/eg_main_018475.asp/.

31 Cfr. C. KUNER, *The European Commission's Proposed Data Protection Regulation: A Copernican Revolution in European Data Protection Law*, in *Privacy & Security L. Rep.* 215 (2012).

32 Commissione europea, decisione del 26 luglio 2000, a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'adeguatezza della protezione offerta dai principi di approdo sicuro e dalle relative «Domande più frequenti» (FAQ) in materia di riservatezza pubblicate dal Dipartimento del commercio degli Stati Uniti, in GUCE, L 215 del 25 agosto 2000, p. 7 ss. La decisione *de qua* è stata recepita, nell'ordinamento italiano, con la deliberazione del Garante Privacy del 10 ottobre 2001 n. 36 «Autorizzazione al trasferimento di dati personali dal territorio dello Stato verso organizzazioni aventi sede negli Stati Uniti, effettuati in base ai «Principi di approdo sicuro in materia di riservatezza» applicati in conformità alle «Domande più frequenti» (FAQ) ed all'ulteriore documentazione allegata alla Decisione della Commissione europea del 26 luglio 2000, n. 2000/520/CE» (pubblicato in G.U. n. 275 del 26 novembre 2001). Su detto provvedimento di recepimento adottato v. E. GUERINONI, M. BASCELLI, *Trasferimenti di dati personali all'estero. Il nuovo quadro normativo nazionale e le nuove regole comunitarie*, in *Contr.*, 7, 2002, p. 74 ss.; G. STUMPO, *Osservatorio di diritto comunitario: il trasferimento dei dati fuori dalla UE*, in *Dir. prat. soc.*, 4, 2002, p. 23 ss.

33 Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in *G.U.C.E.*, L 281 del 23 novembre 1995, p. 31 ss., modificata

La questione cardine, sostanziandosi nel fatto che il diritto e le prassi statunitensi vigenti non garantivano invece un adeguato sistema di protezione contro la sorveglianza svolta dalle autorità pubbliche sui dati trasferiti verso tale Paese, a seguito di un complesso iter giurisprudenziale, dapprima sollevata con denuncia il 26 giugno 2013 all'autorità irlandese garante della protezione dei dati personali (*Data Protection Commissioner*), è proseguita poi con ricorso avverso la decisione di incompetenza dinanzi alla *High Court* irlandese, la quale il 25 luglio 2014 pone in essere un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

3.2 Il reasoning della Corte di giustizia e l'effetto domino della pronuncia

La Corte di Lussemburgo³⁴, indossando le vesti di supplente politica e maneggiando con estrema cautela la materia particolarmente sensibile

dall'all. II al regolamento (CE) 1882/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 settembre 2003 recante adeguamento alla decisione 1999/468/CE del Consiglio delle disposizioni relative ai comitati che assistono la Commissione nell'esercizio delle sue competenze di esecuzione previste negli atti soggetti alla procedura prevista all'art. 251 Tr. CE, *ibid.*, L 284 del 31 ottobre 2003, p. 1 ss.

34 Corte Giust. UE, 6 ottobre 2015, C-362/14, *Schrems c. Data Protection Commissioner*, disponibile on-line all'indirizzo <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-362/14>. Per approfondimento sulle questioni oggetto della decisione *de qua* nonché sui risvolti che ha avuto, cfr. *amplius* il Volume di AA.VV. (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "Safe Harbour Principles" al "Privacy Schield"*, cit., Roma TrE-Press, 2016, disponibile on-line all'indirizzo <http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/PTD/article/view/3/3>, che reca i contributi di V. Zeno-Zencovich, G. Resta, C. Comella, O. Pollicino, G. Finocchiaro, S. Sica-V. D'Antonio, P. Piroddi, G.M. Riccio, A. Mantelero, G. Giannone Codiglione, già apparsi sul numero speciale di *Dir. inform.*, 2014, fasc. 4-5; L. MARX, L. WÜSTHOF, *CJEU shuts down Safe Harbor for Transatlantic Data Transfer - Case C-362/14 Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner*, *EuCML*, Issue 6/2015, p. 242 ss.; C. VICARELLI, *Invalidazione del Safe Harbor e cloud computing*, in www.cristinavicarelli.it; M. BASSINI, O. POLLICINO, *La Corte di giustizia demolisce il Safe Harbor e ridisegna i confini del diritto alla privacy in ambito transnazionale*, in www.diritto24.ilsole24ore.com, 7 ottobre 2015; S. PEERS, *The Party's Over: EU Data Protection Law after the Schrems Safe Harbor Judgment*, in www.eulawanalysis.blogspot.it, 7 ottobre 2015; M. SCHEININ, *The Essence of Privacy, and Varying Degrees of Intrusion*, in www.verfassungsblog.de, 7 ottobre 2015; R. MILLER, *Schrems v. Commissioner: A Biblical Parable of Judicial Power*, *ivi*, 7 ottobre 2015; C. KUNER, *The Sinking of Safe Harbor*, *ivi*, 8 ottobre 2015; O. LYSKEY, *Negotiating the Data Protection Thicket: Life in the Aftermath of Schrems*, *ivi*, 9 ottobre 2015; S. RODOTÀ, *Internet e privacy, c'è un giudice in Europa che frena gli Usa*, in www.repubblica.it, 12 ottobre 2015; F. COUDERT, *Schrems vs. Data Protection Commissioner: A Slap on the Commission and New Powers for Data Protection Authorities*, in www.europeanlawblog.eu, 15 ottobre 2015; M. NINO, *La Corte di giustizia UE dichiara l'invalidità del sistema di Safe Harbor: la sentenza Schrems*, in www.sidis-isil.org, 24 ottobre 2015; S. CRESPI, *La tutela dei dati personali UE a seguito della sentenza Schrems*, in www.eurojus.it, 2 novembre 2015; A. PULIGHEDDU, *Il caso Schrems-Facebook: analisi e profili di collegamento con la sentenza Google Spain*, in www.dimt.it, 2 dicembre 2015; P. FALLETTA, *La Corte di Giustizia, ancora una volta, contro le multinazionali del web (riflessioni su Corte di Giustizia UE (Grande sezione))*,

dei diritti fondamentali, segna il confine dei poteri sovrani e statuisce in maniera chiara la supremazia giudiziale su temi del più alto livello politico, come la politica internazionale. Essa, travalicando i limiti segnati dalla domanda di rinvio pregiudiziale, dichiara con grande rigore l'invalidità *in toto* della decisione 2000/250/CE della Commissione, in quanto carente sotto il profilo dell'*enforcement*³⁵, determinando a tal guisa la caduta definitiva della presunzione di adeguatezza di tutela insita nel rispetto dei *Safe Harbour Principles*, ed afferma a chiare lettere che ogni cittadino comunitario ha il diritto di adire l'autorità garante nazionale competente al fine specifico di vedere applicata la normativa sui dati personali, anche nell'ipotesi in cui i medesimi siano stati trasferiti in un Paese terzo. Di conseguenza, dette autorità a fronte delle doglianze *de quibus* non possono più limitarsi a respingerle, essendo loro attribuito il fondamentale ruolo di valutare ponderatamente se il trasferimento internazionale di dati dall'Unione europea ad uno Stato terzo rispetti le condizioni prescritte dalla direttiva 95/46/CE, risultando di conseguenza valorizzati i loro poteri e la loro indipendenza.

Detta Corte fotografa con lucidità le due principali falle applicative presenti all'interno dell'accordo 'Approdo sicuro': se da un lato esso non si espande a determinati settori (*e.g.* servizi bancari e finanziari, telecomunicazioni, 'no-profit'), dall'altro gli organismi aventi funzione di vigilanza sulla sua attuazione nell'ordinamento statunitense sono soltanto la *Federal Trade Commission (FTC)*, con competenza specifica in tema di pratiche commerciali sleali o ingannevoli, la cui attività di controllo è circoscritta a pochi settori del mercato delle informazioni, con prioritaria attenzione alla

6 ottobre 2015, *Schrems c. Data Protection Commissioner*, C-362/14), in www.federalism.it, 23 dicembre 2015.

35 Difetta in particolare l'effettività delle misure e delle procedure di vigilanza, indispensabili nell'alveo di un sistema fondato sull'autocertificazione di un impegno volontariamente assunto dai partecipanti: difatti, da un lato non predispone sufficienti presidi giuridici per limitare questa ingerenza, dall'altro non prevede concreti controlli amministrativi o rimedi giurisdizionali per le persone interessate - cittadine europee o residenti negli Stati membri dell'Unione -, nell'ipotesi in cui i loro dati personali siano stati oggetto, da parte delle autorità americane, di accessi illegittimi, a tal guisa generando una disparità di trattamento rispetto ai cittadini americani. Le insufficienze *de quibus* erano peraltro già state ammesse dalla Commissione: cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 27 novembre 2013, «*Ripristinare un clima di fiducia negli scambi di dati fra l'UE e gli USA*», COM(2013) 846 final, par. 2 e 3.2; Comunicazione della Commissione del 27 novembre 2013, «*Funzionamento del regime 'Approdo sicuro' dal punto di vista dei cittadini dell'UE e delle società ivi stabilite*», COM(2013) 847 final, par. 7 e 8; nonché evidenziate dal Gruppo Art. 29: WP29, *Opinion 7/99 On the Level of Data Protection Provided by the «Safe Harbor» Principles as Published Together with the Frequently Asked Questions (FAQs) and Other Related Documents on 15 and 16 November 1999 by the US Department of Commerce*, WP 27/99 del 3 dicembre 1999, spec. p. 11 ss.; Id., *Opinion 1/99 Concerning the Level of Data Protection in the United States And the Ongoing Discussions Between the European Commission and the United States Government*, WP15/99 del 26 gennaio 1999, p. 2-4.

tutela del consumatore³⁶, e il *Department of Transportation*, unicamente per quanto attiene alle compagnie aeree e, più precisamente, all'emissione di biglietti.

Nel conflitto tra Unione Europea e Stati Uniti i giudici di Lussemburgo abbracciano dunque cultura, sensibilità, principi e diritto di stampo europeo, in quanto ingredienti di un *cocktail* di protezione ritenuta più pregnante, tirando uno schiaffo a visione ed interessi statunitensi, e decretano pertanto il definitivo crollo di quello che possiamo immaginare come un gigantesco ponte transatlantico lungo il quale sino a quel momento viaggiavano ininterrottamente su di una careggiata preferenziale tutti i dati personali degli utenti, con i corollari di tracciare una marcata linea di cesura nelle relazioni tra le due super-potenze nell'ambito della promozione di strumenti di *soft law* volti alla regolamentazione del trasferimento transfrontaliero dei dati, nonché di dare voce ad inevitabili reciproche incomprensioni di politica internazionale, ripercussione che riecheggia prepotentemente sul panorama di un netto peggioramento del clima generale in materia di tutela della *privacy*.

Oltretutto, dal momento che le sentenze pregiudiziali costituiscono dei precedenti, la pronuncia oggetto della presente disamina ha determinato una notevole incertezza giuridica relativamente ai trasferimenti di dati provenienti dall'Unione europea non solo verso gli Stati Uniti ma anche in generale verso tutti gli altri Stati terzi che a partire dall'anno 2000 abbiano ottenuto l'adeguatezza della Commissione. Sarebbe infatti recisamente semplicistico pensare che la decisione *de qua* si limiti a colpire *Facebook*, *Google* e gli altri colossi della *new economy* imperanti sulla *Silicon Valley*, potendosi contare tra gli aderenti ai *Safe Harbor Principles* oltre quattromila imprese europee e statunitensi attive in tutti i settori economici - tra le fila delle quali circa il 60% risulta costituito da piccole e medie imprese, e *start-up* -, e altresì i principali operatori del settore delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, *social media*, *service providers*, motori di ricerca, risultando perciò di tutta evidenza l'enorme importanza economica dell'accordo in questione.

Sebbene l'operazione compiuta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Schrems* possieda a primo acchito una capacità di intervento che formalmente interessa soltanto il terreno dell'Unione europea, essa investe sostanzialmente lo scenario globale, scatenando innumerevoli effetti a catena e di *spillover*, tra i quali spicca il recepimento della pronuncia in

36 V. SHAFFER, *Globalization and Social Protection: The Impact of EU and International Rules in the Ratcheting of U.S. Privacy Standards*, in 25 *Yale J. Int. L.* 1, 87 (2000); W.E. KOVACIC, *The Federal Trade Commission as Convenor: Developing Regulatory Policy Norms Without Litigation or Rulemaking*, in 13 *J. on Telecomm. & High Tech. L.* 17 (2015); G. GIANNONE CODIGLIONE, *Libertà d'impresa, concorrenza e neutralità della rete nel mercato transnazionale dei dati personali*, in *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, cit., par. 2 ss.

esame sia da parte della Svizzera, che a distanza di un breve lasso temporale ha sospeso l'attuazione dell'*US-Swiss Safe Harbor* sino ad una nuova negoziazione con gli Stati Uniti³⁷, sia di Israele, la cui autorità di regolazione, ossia la *Israeli Law, Information and Technology Authority (ILITA)*, ha provveduto alla revoca dell'autorizzazione generale al trasferimento di dati personali verso gli Stati Uniti³⁸, dichiarando di aver sempre fatto affidamento sulla valutazione di adeguatezza dei *Safe Harbor Principles* consolidata nella decisione 2000/250 della Commissione, in relazione al profilo dell'eccezione al divieto di trasferimento dei dati *de quibus* verso Paesi terzi nell'ipotesi in cui il Paese di destinazione li riceva da parte degli Stati membri dell'Unione europea «*under the same terms of acceptance*», ovvero sia in condizioni di equivalenza.

La corretta lente attraverso la quale osservare la sentenza in oggetto è dunque quella che vede il fronteggiarsi di due super-potenze internazionali per il controllo di una risorsa essenziale, ovvero sia le reti globali di telecomunicazioni, confronto peraltro già emerso con riferimento ai casi relativi ad accordi internazionali volti a garantire lo scambio di dati personali tra Unione europea e Stati terzi, al fine della prevenzione e della lotta contro il terrorismo³⁹, per non dimenticare poi i noti programmi di spionaggio telematico, identificati per mezzo di acronimi e di nomi in codice, quali per esempio *MUSCULAR*, *Tempora*, *PRISM*, *Bullrun*, *XKeyscore*, etc. Difatti, anche se la sorveglianza di massa non costituisce tema direttamente affrontato nel corpo della pronuncia, non può non cogliersi l'influenza preponderante che il su citato caso *Datagate* ha esercitato sui giudici della Corte di Giustizia al momento di soppesare gli interessi in gioco, ergendosi finanche la decisione *de qua* a reazione sul fronte europeo allo scandalo *NSA*, sopravvalutandosi forse la portata delle intromissioni nella *privacy* da parte delle autorità statunitensi⁴⁰, la cui inversione di rotta sembra testimoniata dalla sentenza della *Court of Appeals for the Second Circuit*

37 Cfr. S. CRESPI, *La tutela dei dati personali UE a seguito della sentenza Schrems*, cit.

38 *Israeli Law, Information and Technology Authority*, comunicato del 19 ottobre 2015.

39 Ci si riferisce qui agli accordi internazionali sul trattamento e sul trasferimento di dati di messaggistica finanziaria o delle operazioni bancarie, raccolti per mezzo del sistema *SWIFT*, dall'Unione europea agli USA ai fini del programma di controllo delle transazioni finanziarie dei terroristi (*TFTP*) e a quello relativo al trasferimento delle registrazioni dei nominativi dei passeggeri europei del trasporto aereo (*PNR*) al dipartimento statunitense per la sicurezza interna (*DHS*), nei quali accordi i dati venivano trasmessi, in maniera inconsapevole o coattiva, negli Stati Uniti ed ivi utilizzati dalle sue autorità.

40 O. POLLICINO, M. BASSINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "Safe Harbour Principles" al "Privacy Shield"*, cit., p. 26.

del maggio 2015, *ACLU v. Clapper*⁴¹, che ha stemperato lo iato in materia di tutela dei dati personali esistente tra le sensibilità caratterizzanti le due sponde dell'Atlantico.

Sono infatti sempre state macroscopiche le divergenze di vedute tra fra l'UE e gli USA⁴² in relazione alle possibili declinazioni e alle garanzie del diritto alla *privacy*, figlie della diversità dello sviluppo storico della disciplina del tema e più in generale dell'abnorme disuguaglianza di tradizione giuridica, difettando il lacunoso ordinamento statunitense di una normativa di settore volta alla tutela *tout court* dei soggetti privati, nonché di un sistema di principi generali analogo a quello comunitario c.d. *one size fits all*. In particolare, per fornire uno spaccato d'effetto basti pensare che nel mondo statunitense la *privacy* non è annoverata tra le fila dei diritti fondamentali, contrariamente a quanto accade per merito dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo; o, ancora, al fatto che, poiché il *Privacy Act* concerne unicamente il trattamento dei dati da parte degli uffici governativi, quanto al contesto privato la protezione fornita alla *individual privacy* risulta piuttosto segmentata e necessitante di integrazioni sulla base delle previsioni particolari, a volte anche di natura autoregolamentare, relative a settori determinati, quali per esempio quello delle assicurazioni o degli investimenti finanziari, ove l'incidenza nella vita privata dei soggetti appare statisticamente superiore.

Il sistema europeo risponde quindi ad un paradigma totalmente autonomo che in una costruzione dualistica non consente forzature o restrizioni in materia di diritti fondamentali, la protezione dei quali rappresenta controlimite insuperabile e roccaforte inespugnabile, dinanzi a cui qualsivoglia prassi o normativa di senso contrario risulta recessiva: si assiste così alla metamorfosi di detti diritti, che vengono ad assumere il ruolo di cardine dell'intero sistema e di valvola atta a regolamentarne il grado di apertura verso l'esterno, da mere eccezioni capaci di giustificare da parte degli Stati membri restrizioni alle libertà economiche proclamate dai Trattati quali erano in passato.

41 *ACLU v. Clapper*, No. 14-42 (2d Cir. 2015), che priva la NSA della base giuridica per operare interventi particolarmente invasivi, affermando che la *Section 215 del Patriot Act* non la autorizza al compimento di una raccolta in blocco dei metadati relativi alle utenze telefoniche su scala globale.

42 Fondamentali nella storia della dottrina statunitense in materia sono gli scritti di E. LAWSON, *Privacy* (voce), in *Enc. Hum. Rights*², Washington, 1996, p. 1194; E. ALDERMANN, C. KENNEDY, *Right to privacy*, New York, 1995; S. WARREN, L. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *4 Harv. Law Rev.* 193 (1890); A.F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, New York, 1967.

3.3 La giurisprudenza europea sui diritti fondamentali e l'agognato avvento della cultura della data protection

La stessa pronuncia in esame rappresenta senz'altro un *leading case* nell'ambito della recente giurisprudenza europea proprio in tema di diritti fondamentali⁴³, coronando il trittico delle decisioni concernenti il nuovo diritto alla *privacy* digitale e l'adeguamento dell'interpretazione della direttiva 95/46/CE alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, inaugurato con le già citate pronunzie *Digital Rights Ireland* e *Google Spain*, e uno *step* aggiuntivo - in quanto successivo a quest'ultima sentenza del 2014, che sul panorama di un similare *casus belli* ammanta l'Unione europea del ruolo di stabilimento di *Google*, affermandone la sovranità su tutte le entità economiche operanti nell'alveo del suo bacino, anche per mezzo di reti di telecomunicazione digitali - allo scopo di decretare la c.d. "sovranità digitale" dell'Unione europea⁴⁴, l'attitudine extraterritoriale della cui normativa in materia di protezione dei dati ne esce così ulteriormente rafforzata⁴⁵.

Dette reti di telecomunicazione, in quanto composte da elementi connotati da fisicità, quali centraline, cavi, trasmettitori, antenne, fibre, elaboratori, disseminati necessariamente all'interno del territorio dello Stato e da esso controllate⁴⁶, smentiscono recisamente la teoria - per lungo tempo abbracciata, specie in una prima fase del fiorire spontaneo di Internet - della sua deterritorialità o aterritorialità⁴⁷, in quanto la *governance* è oggi

43 G. RESTA, *La sorveglianza elettronica di massa e il conflitto regolatorio USA/UE*, in *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "Safe Harbour Principles" al "Privacy Schield"*, cit., p. 23.

44 V. ZENO-ZENCOVICH, *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "Safe Harbour Principles" al "Privacy Schield"*, in *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "Safe Harbour Principles" al "Privacy Schield"*, cit., p. 7.

45 G. RESTA, *La sorveglianza elettronica di massa e il conflitto regolatorio USA/UE*, cit., p. 44; DAN J.B. SVANTESSON, *The Extraterritoriality of EU Data Privacy Law - Its Theoretical Justification and Its Practical Effect on U.S. Businesses*, 50 *Stan. J. Int'l L.* 53, 71 (2014); Id., *Extraterritoriality in the Context of Data Privacy Regulation*, 7 *Masaryk Univ. J.L. & Tech.* 87 (2013); Y. POULLET, *Transborder Data Flows and Extraterritoriality: The European Position*, 2 *J. Int'l Commerc. L. & Tech.* 146 (2007).

46 Cfr. M. Mejia-Kaiser, *Space Law and Unauthorised Cyber Activities*, in AA. VV., *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy*, a cura di K. Ziolkowski, NATO CCD COE Publication, Tallinn, 2013, p. 349, disponibile on-line alla pagina <https://ccdcoe.org/publications/books/Peacetime-Regime.pdf>; I. Walden, *International Telecommunications Law, the Internet and the Regulation of Cyberspace*, in *op. ult. cit.*, p. 261 ss.

47 L'idea *de qua* è contestata da W. HEINTSCHEL VON HEINEGG, *Legal Implications of Territorial Sovereignty in Cyberspace*, in 4th *International Conference on Cyber Conflict*, a cura di C. Czosseck, R. Ottis, K. Ziolkowsky, 2012 NATO CCD COE Publications, disponibile on-line alla pagina https://ccdcoe.org/sites/default/files/multimedia/pdf/1_1_von_Heinegg_Le-

senza margine di dubbio monopolio di attori privati, da ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*)⁴⁸, ufficio dell'anagrafe digitale avente la funzione precipua di gestire l'assegnazione dei nomi di dominio, ovverossia delle identità digitali, di ogni cybernauta, e ITU (*International Telecommunication Union*)⁴⁹, agenzia delle Nazioni Unite che si occupa del traffico delle radiofrequenze elettromagnetiche, a Google, Facebook, E-bay, etc. Inoltre, immaginando soluzioni idonee a trascendere il diritto nazionale, quello sovranazionale od europeo, nonché quello internazionale privato, ampliando l'orizzonte allo spettro della globalità, l'unico strumento che potrebbe prospettarsi in grado di intervenire in questa dimensione sarebbe un - pressoché utopico - accordo internazionale, frutto di un intreccio di valutazioni razionali, logiche e ponderate, prodotto dall'armonico connubio tra l'industria ICT nazionale ed il fronte accademico della ricerca scientifica e tecnologica.

In ogni caso, con la sentenza *Schrems* la posizione dell'Unione europea - la cui *policy* è sempre stata quella di ergersi a paladina della *privacy*, promuovendone un modello forte⁵⁰ - in sede di negoziazione dello sviluppo dei servizi elettronici trans-atlantici sembrerebbe uscirne irrobustita e acquisire un peso maggiore, come dimostrerebbe il prolungarsi del negoziato per il *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*⁵¹ iniziato nel 2013 con gli Stati Uniti d'America, allo scopo di operare un'integrazione tra due mercati, rimuovendo ogni forma di ostacolo, tariffario e normativo, nonché riducendo i dazi doganali, e a tal guisa favorendo la libera circolazione delle merci, dei servizi e degli investimenti, nonché il raggiungimento di due accordi tra l'Unione europea e gli Stati Uniti. Trattasi in particolare del c.d. *Umbrella Agreement* per la protezione dei dati personali in materia penale⁵², siglato l'8 settembre 2015, dopo quattro anni

galImplicationsOfTerritorialSovereigntyInCyberspace.pdf, p. 9; T.S. Wu, *Cyberspace Sovereignty? The Internet and the International System*, 10 *Harv. J.L.&Tech.* 647 (1997).

48 Per approfondimento v. B. CAROTTI, *L'ICANN e la governance di Internet*, disponibile on-line all'indirizzo http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/Icann_Rtdp_bc.pdf.

49 Per approfondimento v. I. WALDEN, *International Telecommunications Law, the Internet and the Regulation of Cyberspace*, cit., p. 261 ss.

50 A. MANTELERO, *Data protection ed attività di impresa. Verso dove guardano gli USA?*, in *Dir. inform.*, 2011, p. 457 ss.; A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1974; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 19; R.A. POSNER, *Privacy, Secrecy, and Reputation*, in 28 *Buffalo Law Rev.* 1 (1979).

51 V. la pagina dedicata alle trattative in corso sul sito della Commissione: <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/>.

52 *Agreement Between the United States of America and the European Union on the Protection of Personal Information Relating to the Prevention, Investigation, Detection and Prosecution of Criminal Offenses*, in http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/dp-umbrella-agreement_en.pdf. Esso è stato firmato da USA e UE il 2 giugno 2016, appro-

di trattative, volto a garantire la tutela dei cittadini europei nei confronti delle autorità americane e precisamente la protezione dei dati personali, in prevalenza giudiziari o attinenti a tali finalità, scambiati tra magistratura, organismi di polizia ed autorità giudiziarie, nell'ambito della cooperazione transatlantica finalizzata alla lotta contro la criminalità organizzata e il terrorismo, e dell'*EU-US Privacy Shield*⁵³, che funge da sostituto del *Safe Harbour*, in alternativa alle *model contract clauses* e alle *binding corporate rules*⁵⁴, sopperendo al vuoto normativo per mezzo della riedificazione sulle ceneri di quest'ultimo, per superare lo stato di *empasse* generato dalla sentenza *Schrems*, quell'icastico ponte transatlantico per il flusso dei dati personali, e tentando di ricostruire un labile equilibrio tra la tutela dei diritti individuali - *in primis* il rispetto della vita privata e la riservatezza, elevata a tale rango nell'art. 12 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e nell'art. 17 del Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici⁵⁵ - e la violenta invasività dei moderni tentacoli globali di sorveglianza digitale, intrisa di implicazioni di carattere politico e animata da finalità di tutela della sicurezza e lotta al terrorismo. Quest'ultimo accordo, strumento indispensabile a seguito dello smantellamento della decisione sul trasferimento verso il lido statunitense, nasce come doverosa rimodulazione della tutela dei *big data* nell'ambito della regolamentazione dei futuri rapporti tra le due sponde dell'Atlantico - già segnati intensamente dalla recente approvazione del nuovo regolamento in materia di protezione dei dati personali⁵⁶ -, soppesando adeguatamente sia i profili diplomatici sia quelli di *comity*, e primo *step* per l'attribuzione di un contenuto, che possa fungere da *tertium comparationis*, al principio di adeguatezza ormai convertito in equivalenza, e costituisce prova tangibile dell'ampio slancio compiuto da-

vato nel novembre dello stesso anno dal Parlamento europeo con 481 voti in favore, 75 voti contrari e 88 astensioni, spianando così la strada al Consiglio per l'adozione della decisione finale di attuazione che conclude il percorso di approvazione dell'accordo.

53 Proposto con Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio *Trasferimenti transatlantici di dati - Ripristinare la fiducia attraverso solide garanzie* (COM(2016)117 def. del 29 febbraio 2016), spec. p. 8 ss. Per un'analisi dettagliata dei contenuti dell'accordo v. T. GRAU, T. GRANETZNY, *EU-US-Privacy Shield - Wie sieht die Zukunft des transatlantischen Datenverkehrs aus?*, in NZA, 2016, p. 405 ss.; S. SICA, V. D'ANTONIO, *Verso il Privacy Shield: il tramonto dei Safe Harbor Privacy Principles*, in *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, cit., p. 137 ss.

54 Per approfondimento sul tema v. G.M. RICCIO, *Model Contract Clauses e Corporate Binding Rules: valide alternative al Safe Harbor Agreement*, in *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, cit., p. 215 ss.

55 In proposito v. E.A. ROSSI, *Il diritto alla privacy nel quadro giuridico europeo e internazionale alla luce delle recenti vicende sulla sorveglianza di massa*, in *Dir. com. sc. int.*, 2014, p. 331.

56 Commissione europea, *Protezione dei dati nell'UE: l'accordo sulla riforma proposta dalla Commissione stimolerà il mercato unico digitale*, Bruxelles, 15 dicembre 2015.

gli Stati Uniti, rincorsi dall'amara consapevolezza del rischio di incorrere in un isolamento e in una metamorfosi da emblema di moderna democrazia e *homeland* dei nuovi diritti a territorio di frontiera per i medesimi.

La pronuncia in esame rappresenta dunque il prodotto di due scenari conflittuali, quello endogeno che vede lo scontro tra le garanzie costituzionali dei diritti di libertà e le politiche della sicurezza, e quello esogeno che si profila tra il modello statunitense e quello europeo in relazione alla tutela della *privacy*⁵⁷, tema caldo e al centro di vivi dibattiti, che – per quanto attiene al mondo *online* – si sviluppano in particolare in occasione degli *Internet Governance Forum*, organizzati con cadenza annuale da parte delle Nazioni Unite e animati dal primario obiettivo di discutere circa le *policies* riguardanti Internet.

Il monito che può trarsi dal *reasoning* della Corte sembra comunque rivolgersi principalmente ai governi europei, precursori – negli anni più recenti – di una politica che, a fronte di un doveroso bilanciamento tra tutela della sicurezza e dei diritti fondamentali dei cittadini, ha visto la netta prevalenza della prima e pesanti restrizioni nell'ambito in particolare delle varie declinazioni della riservatezza, come emblematicamente si evince dalla direttiva 2006/24/CE⁵⁸.

Tuttavia, osservando la sentenza *de qua* in controluce traspare come ci si trovi ancora temporalmente lontani dall'avvento di una cultura capillarmente diffusa della *data protection*, intesa a guisa di valore di impresa e di fattore competitivo, imponendosi invece una lettura volta ad identificare nella tutela dei dati una mera voce di costo⁵⁹, ovvero un fattore atto ad influenzare il perseguimento dell'interesse economico, generando a carico delle imprese costi 'normativi' che in via mediata incidono sull'assetto generale del mercato condizionandolo. In particolare, la costruzione di un canale preferenziale per il trasferimento dei dati tra un Paese comunitario ed un Paese terzo finiva per deteriorare unicamente la posizione delle imprese operanti nel bacino europeo, in quanto di fatto si assisteva al moltiplicarsi delle elusioni delle normative concernenti la sicurezza dei dati e la durata del trattamento per scopi di interesse generale, venendosi a determinare a favore dei concorrenti aventi sede sul fronte statuniten-

57 Sul punto v. G. RESTA, *La sorveglianza elettronica di massa e il conflitto regolatorio USA/UE*, cit., p. 24.

58 Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/C. Per un quadro di sintesi sul tema *de quo* v. l'ampia disamina offerta da M. NINO, *Terrorismo internazionale, privacy e protezione dei dati personali*, Napoli, 2012, p. 147-350.

59 A. MANTELERO, *I flussi di dati transfrontalieri e le scelte delle imprese tra Safe Harbour e Privacy Shield*, in *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, cit., p. 244.

se un netto vantaggio competitivo in termini di costi di conformazione⁶⁰. Ciò nonostante, l'asso nella manica delle imprese commerciali europee, la ragione intrinseca del loro successo in termini di circolazione, di ricezione e di diffusione del modello europeo – di cui le medesime fungevano da antesignane – ad opera di Paesi terzi, si è da sempre sostanziato nella loro forza economica, ovverossia nella loro capacità di sfruttamento degli innumerevoli legami di reciproca interdipendenza pullulanti nel quadro dell'economia globalizzata e dell'informazione.

A quanto precede pare opportuno aggiungere la constatazione che gli stessi dati oggetto del trasferimento transfrontaliero nella decisione della Commissione invalidata dalla Corte di giustizia nel caso che ci occupa vanno *in primis* considerati in fondo come beni economici⁶¹, perno dell'attività imprenditoriale, forma intangibile di capitale, scambiabili liberamente tra imprese ed indefettibili ai fini della promozione dello sviluppo del commercio internazionale, nonché tassello da inserire nel *puzzle* del "benessere individuale", nozione riferita anche al consumatore, come confermato dalla competenza sul controllo del trattamento dei *big data* trasferiti negli Stati Uniti riconosciuta nella pronuncia *de qua* alla *Federal Trade Commission*⁶².

3.3.1 Uno spaccato evolutivo del nuovo diritto alla privacy digitale e l'arduo compito di bilanciamento della Corte di giustizia

Osservando il quadro nel suo insieme, può trarsi la considerazione che sia nella sentenza che ci occupa sia nel precedente caso *Google Spain* per i giudici di Lussemburgo sia stata più agevole l'adozione di decisioni dirimpenti volte a sconfessare accordi di alto livello siglati dalle istituzioni comunitarie e a caldeggiare, persino operando forzature e manipolazio-

⁶⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 27 novembre 2013, *Ripristinare un clima di fiducia negli scambi di dati fra l'UE e gli USA*, cit., p. 7; Comunicazione della Commissione del 27 novembre 2013, *Sul funzionamento del regime 'Approdo sicuro' dal punto di vista dei cittadini dell'UE e delle società ivi stabilite*, cit., p. 14.

⁶¹ Per una riflessione generale sul tema v. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 209 ss.; F. ASTONE, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in *AIDA*, 2011, p. 114 ss.; J. LITMAN, *Information Privacy/Information Property*, in *52 Stan. L. Rev.* 1283 (2000); S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 52 ss.; K.J. ARROW, *Il benessere economico e l'allocazione delle risorse per l'attività inventiva*, trad. it. in *Le ragioni delle organizzazioni economiche*, a cura di M. Egidi e M. Turvani, Torino, 1994, p. 117 ss., spec. p. 124 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Informazione (profili civilistici)* (voce), in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino, 1993, p. 420 ss.; R. PARDOLESI, C. MOTTI, *L'informazione come bene*, in *Dalle res alla new properties*, a cura di G. De Nova, Milano, 1991, p. 37 ss.; R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teorie generale del contratto*, cit., p. 96 ss.

⁶² Per approfondimento v. M. WINERMAN, *The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control, and Competition*, in *71 Antitrust L.J.* 1 (2003).

ni - come, per esempio, nel corpo della pronuncia *Schrems*, precisamente al punto 78, ove si afferma l'esigenza che la Commissione nella fase di prima valutazione e la Corte di giustizia in sede di eventuale sindacato effettivo il bilanciamento degli interessi in gioco secondo uno *strict scrutiny* dei requisiti prescritti dall'art. 25 della direttiva 95/46/CE letto alla luce della Carta di Nizza -, l'ampliamento della tutela del diritto fondamentale alla *privacy*, in quanto il trattamento dei dati personali si erge a connotato distintivo e valore pre-giuridico dell'approccio europeo, in aperta contrapposizione a quello statunitense.

L'ingresso nell'ordinamento comunitario da parte del diritto *de quo* si deve alla direttiva 95/46/CE e successivamente il medesimo è annoverato tra i diritti e le libertà previsti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in ossequio all'art. 8 della quale ogni persona ha diritto alla protezione dei dati che la riguardano, il cui trattamento deve essere effettuato secondo lealtà, per finalità determinate ed in base al consenso dell'interessato ovvero in virtù di una previsione di legge che lo autorizzi. Peraltro, calandoci nel caso di specie, sebbene formalmente gli artt. 7⁶³ e 8⁶⁴ della Carta medesima non siano coinvolti nella triangolazione tra direttiva, decisione e *Safe Harbor*, il loro portato risulta senza dubbio di rilevanza decisiva, ed è infatti proprio facendo perno sulla valorizzazione delle disposizioni della Carta di Nizza che la Corte di giustizia giunge ad elevare sia la valutazione generale sul livello di protezione offerto dalla direttiva sia lo standard di tolleranza per legittimare il trasferimento di dati personali fuori dall'Unione europea, mutando il paradigma cui informare il giudizio per mezzo della già citata conversione del parametro di adeguatezza, che si specchia nell'art. 25 della direttiva, in equivalenza, e addivenendo a tal guisa agevolmente all'annullamento della decisione. È dunque l'*enforcement* della Carta a condurre alla rivisitazione e alla riforma *fundamental rights oriented* di un atto incardinato su una diversa valutazione, cristallizzata nella decisione 2000/250, del livello di adeguatezza di tutela elargito dall'ordinamento statunitense.

Infine, il Trattato di Lisbona, animato dal nobile intento di disegnare i contorni di una nuova architettura dell'Unione Europea, rafforzando la tutela dei diritti fondamentali nell'alveo del bacino europeo, introduce due rilevanti innovazioni in materia di diritto alla protezione dei dati per-

63 Per un'analisi, cfr. T. GROPPI, *Rispetto della vita privata e della vita familiare*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto, Bologna, 2001, p. 76 ss.; C. CAMPIGLIO, *Art. 7*, in *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, a cura di F. Pocar, M.C. Baruffi, II ed., Padova, 2014, p. 1678 ss.

64 Cfr. F. DONATI, *Protezione dei dati di carattere personale*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, cit., p. 83 ss.; P. PIRODDI, *Art. 8*, in *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, cit., p. 1682 ss.

sonali. *In primis*, attribuisce all'UE una specifica competenza in materia e accorda al Parlamento europeo e al Consiglio ex art. 16 TFUE il potere di stabilire, nel rispetto della procedura legislativa ordinaria, norme relative alla protezione delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali, confezionando un obbligo formale gravante non solo sugli Stati membri ma anche su tutte le istituzioni, gli organi e gli organismi UE, di garanzia del rispetto dei diritti fondamentali nell'esercizio delle funzioni loro attribuite dai trattati. In secondo luogo, elargisce alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE e ai diritti ivi menzionati rango primario e vincolante - al pari dei Trattati - nel panorama delle fonti europee, ai sensi dell'articolo 6.1 TUE, riconoscendo a tal guisa autonomia anche allo stesso diritto alla protezione dei dati personali, privati o pubblici che siano, in quanto riferito all'identità personale e comprensivo non solo del potere di controllo bensì anche - specie alla luce dei risvolti forniti dalle sentenze *Google Spain e Schrems* - del diritto dell'interessato di essere informato del trattamento, di opporvisi in determinate circostanze, di accedere ai dati e di chiederne la rettifica. *Ergo*, il Trattato di Lisbona incardina la tutela giurisdizionale e le garanzie del diritto in esame su una sorta di doppio binario, instaurando una correlazione tra TFUE e Carta, e di fatto vincolando i giudici nazionali all'applicazione del diritto dell'Unione europea, al fine precipuo di assolvere ai propri compiti, nonché di comprenderne appieno la portata e il contenuto.

Ruolo di centrale importanza è senza dubbio in tale ambito svolto dalla Corte di Giustizia, nella sua veste di giudice dei diritti fondamentali dinanzi al quale ha diritto ad un ricorso effettivo in base all'art. 47 della Carta⁶⁵ ogni individuo i cui diritti e le cui libertà siano stati violati. Detta Corte - principalmente nei giudizi di cui agli articoli 256, 263 e 267 TFUE - deve sempre operare una ponderazione tra i diversi diritti in gioco al fine di decretare, caso per caso, la prevalenza di uno sull'altro, in quanto i diritti fondamentali UE, al pari di quelli CEDU, possono essere soggetti a limitazioni, che, ai sensi dell'articolo 52.1 della Carta, devono essere previste dalla legge, proporzionate, necessarie, rispettose del contenuto essenziale di detti diritti e libertà, nonché rispondenti a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Di conseguenza, poiché il diritto alla protezione dei dati personali allo stato dell'arte si configura come diritto fondamentale costituzionalmente garantito, anch'esso deve essere oggetto di tale bilanciamento ad opera del giudice con gli altri diritti costituzionali che di volta in volta, in relazione alla fattispecie concreta prospettata dalle parti, possono porsi in concorso

65 Cfr. M. D'AMICO, *Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, cit., p. 319 ss.; M. CASTELLANETA, *Art. 47*, in *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, cit., p. 1770 ss.

ovvero in conflitto col medesimo (e.g. diritto alla libera circolazione, alla pubblica sicurezza, libertà di informazione e di espressione, diritto d'autore, iniziativa economica), nei rapporti tanto tra persone fisiche e persone giuridiche quanto tra cittadini e autorità pubbliche – come si evince dalla giurisprudenza sovranazionale in materia, che nel 2014 con le sentenze *Google Spain* e *Digital Rights Irland Ltd* ha avuto un notevole impulso. Peraltro, è proprio in seno a detto temperamento fra interessi di differente peso, seppure di eguale veste giuridica e forma, nonché nell'eccezionalità che contraddistingue le sue limitazioni, che si coglie in tutta la sua evidenza l'obbligatoria prevalenza del suddetto diritto alla *privacy*, prendendo corpo nel ragionamento della Corte l'idea di un processo di *judicial cross-fertilization*.

L'intervento dei giudici del Lussemburgo sul tema della tutela dei dati personali e in generale la rinnovata e rinvigorita interpretazione delle sfaccettature del diritto alla riservatezza sono infatti volti principalmente all'affermazione ed al rafforzamento di alcuni principi, nonché al riequilibrio del rapporto che intreccia l'interesse pubblico alla sicurezza nazionale ed il diritto e la libertà degli utenti alla conoscenza e alla disposizione dei propri *big data* veicolati sulla rete, applicando un parametro interpretativo generale di progressiva gerarchizzazione del sistema dei diritti fondamentali, atto a favorire da un lato la protezione della *privacy* sull'interesse pubblico e dall'altro l'interesse economico dei prestatori dei servizi. In estrema sintesi, volendo adottare una prospettiva rimediata attualmente molto in voga, si assiste alla giustiziabilità *ex se* del diritto fondamentale, aprendosi la strada alla possibilità di esperire un'immediata reazione a fronte della violazione subita.

A ciò pare opportuno aggiungere che, a fronte delle riscontrate lacune del sistema e del fallimento dei fini prioritari della Commissione in relazione sia al rafforzamento della libertà di circolazione delle informazioni, come strumento per favorire la competitività delle imprese europee nel bacino del mercato interno e nel commercio internazionale, sia alla tutela delle persone quanto al trattamento dei dati personali, come traspare non solo dal piano d'azione per l'attuazione dell'Agenda digitale europea bensì anche dalla strategia Europa 2020⁶⁶, l'aura di importanza suprema che nel contesto attuale circonda il diritto alla *privacy*, nella sua intima connessione con le spinose questioni che avviluppano la *cyber-sicurezza*, si evince altresì dalla sua centralità nel corpo dell'azione legislativa facente capo all'Unione Europea. Difatti, la Commissione *Junker* lo identifica come priorità politica e tassello essenziale del Mercato Unico Digitale, come

66 Cfr. Commissione, doc. COM(2012)11 def. - 2012/0011(COD) cit., p. 2, par. 1, in riferimento alla Comunicazione della Commissione *Un'agenda digitale europea*, COM(2010) 245 def. del 19 maggio 2010; Comunicazione della Commissione EUROPA 2020. *Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010)2020 def. del 3 marzo 2010.

si evince dal suo ultimo approdo nel recentissimo “Pacchetto protezione dati” – già proposto nel 2012 a guisa di riforma con triplice scopo, ovverossia la semplificazione e la riduzione della frammentazione del quadro normativo, il rafforzamento della tutela e la coerenza della disciplina anche nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, ed infine sfornato quattro anni dopo da detta Commissione –, costituito dal c.d. Regolamento *Privacy* 2016/679 in materia di protezione dei dati personali⁶⁷, che abroga la Direttiva 95/46/CE, e dalla Direttiva 2016/680⁶⁸ volta alla regolamentazione dei trattamenti di dati personali nei settori di prevenzione, contrasto e repressione dei crimini, la quale va a sostituire la decisione quadro 2008/977/GAI.

3.4 La fragilità delle risposte legislative di soft e hard law e le falle del sistema

Procedendo ad un’attenta carrellata dei vantaggi e degli svantaggi offerti dalla schiera degli strumenti sino ad oggi disponibili (*e.g.* decisioni sull’adeguatezza della normativa dei Paesi terzi, accordi *ad hoc*, *model contract clauses*, *corporate binding rules*), emerge la lapalissiana intrinseca debolezza che li connota, principalmente a causa della carenza o addirittura del totale difetto di un’attività di controllo e di monitoraggio effettiva e costante del grado di protezione concretamente garantito, nonché del divario esistente tra *law in books* e *law in action*, ovverossia tra il modello messo a punto dalla normativa, che erige recinzioni legali attorno ai dati europei ergendosi in fondo più a mezzo per il rafforzamento della *leadership* dell’Unione che a baluardo invalicabile dei diritti e delle libertà indefettibili, e la prassi applicativa.

Per colmare il suddetto iato occorrerebbe forse *in primis* prendere atto che la vera partita si gioca sullo scacchiere globale e concerne, accanto al rispetto dei diritti fondamentali, altresì quelli che sono gli assetti eco-

67 Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati). Detto regolamento è in vigore dal 24 maggio 2016 e diventerà definitivamente applicabile in via diretta in tutti i Paesi UE a partire dal 25 maggio 2018.

68 Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio. Detta Direttiva è in vigore dal 5 maggio 2016 e dovrà essere recepita dagli Stati membri entro 2 anni.

nomici e politici⁶⁹, e in secondo luogo effettuare maggiori investimenti nella promozione della cultura della *privacy*, coinvolgendo in via prioritaria l'accademia, il cui compito consiste nel porre in rilievo il fatto che il diritto attuale e quello futuro affondino le loro radici proprio in questi terreni⁷⁰ a sabbie mobili, e altresì che il punto di equilibrio tra le molteplici esigenze sul tavolo può raggiungersi solo attraverso il dialogo orizzontale e verticale tra Corti, nonché per mezzo dell'instaurazione di iniziative di stampo internazionale, dirette all'estensione del diritto alla protezione nel trattamento dei dati personali a guisa di *standard* e stella polare che deve guidare sempre il legislatore.

Inoltre, sia nei settori regolati dall'Unione europea sia in quelli non regolamentati dalla medesima, vanno a costituirsi sacche di resistenza che spesso finiscono per estrinsecarsi in scelte normative che portano ad una frammentazione del livello di protezione tra gli Stati membri, disegnando i contorni di una tutela per lo più a geometria variabile, e a ciò può porsi rimedio invocando sia l'art. 6, par. 2, del TUE che richiama la CEDU, enumerandola tra i principi generali del diritto comunitario, sia l'art. 52, par. 3⁷¹, della Carta, che statuisce che ai diritti enunciati dalla Carta medesima corrispondenti a quelli fissati dalla CEDU debbano assegnarsi portata e significato identici a quelli accordati dalla Convenzione. Disposizioni queste ultime in grado di gettare un ponte e di determinare un'apertura ad

69 A. MANTELERO, *I flussi di dati transfrontalieri e le scelte delle imprese tra Safe Harbour e Privacy Shield*, cit., p. 268.

70 Cfr. a riguardo S. RODOTÀ, *Verso una Costituzione di Internet*, estratto dall'intervento tenuto al Convegno «Verso una Costituzione per Internet?», Roma, 16 giugno 2015, dalle ore 10, presso la Sala del Mappamondo di Palazzo Montecitorio, disponibile *on-line* all'indirizzo <http://camera.civi.ci/discussion/proposals/billofrights>; Camera dei deputati XVII Legislatura, Commissione per i Diritti e i Doveri in Internet, *Dichiarazione dei Diritti in Internet*, 28 luglio 2015, disponibile *on-line* all'indirizzo http://www.camera.it/applicazione/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/TESTO_ITALIANO_DEFINITIVO_2015.pdf; L. GILL, D. REDEKER, U. GASSER, *Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights*, 9 novembre 2015, Berkman Center Research Publication No. 2015-15, disponibile *on-line* all'indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687120.

71 Sul punto cfr. anche le sentenze della Corte Giust. UE, 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscale* e 26 febbraio 2013, in causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*. Per alcuni commenti, *ex multis* cfr. A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, 2, p. 399 ss.; M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Riv. AIC*, 2013; G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di giustizia e il 'caso Melloni'*, in *www.forumcostituzionale.it*, 5 maggio 2013; F. VECCHIO, *I casi Melloni e Åkerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2013, 2, p. 454 ss.; R. CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei 'confini' fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in *www.diritticomparati.it*, 6 marzo 2013.

una possibile configurazione esterna da parte della giurisprudenza della Corte di Strasburgo rispetto al sistema comunitario, in quanto da un lato le normative nazionali eludono in parte la sfera di applicazione del diritto dell'Unione europea e dall'altro è urgente che Stati membri si preoccupino di effettuare una ponderata rimodulazione della tutela dei valori in campo.

Appare allora opportuno in questa sede ricordare una recentissima presa di posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, definita il *follow-up* di quest'ultima rispetto alla sentenza *Schrems* della Corte di giustizia⁷², di lampante rilievo soprattutto in quanto prima decisione emessa a seguito degli attacchi terroristici che hanno colpito la Francia, esternata nella sentenza *Zakharov c. Russia*⁷³, ove la *Grand Chamber* ha riscontrato una violazione del diritto racchiuso nell'art. 8 della CEDU, ritenendo a tal fine sufficiente una minaccia di carattere massivo ovvero un rischio potenziale, prescindendosi dalla dimostrazione di un pregiudizio concreto e specifico per il ricorrente, orientamento peraltro già fatto proprio dai giudici di Strasburgo nelle sentenze *Klass*⁷⁴ e *Kennedy*⁷⁵, superando il c.d. test di *reasonable likelihood* e ampliando la fetta di tutela garantita alle vittime della *mass surveillance*.

4 Brevi note conclusive: diritto, mercato e persona nell'era dell'hi-tech

Dalla panoramica che si è cercato di tracciare con la presente disamina si evince come la rivoluzione copernicana generata dall'avvento di Internet abbia trasformato radicalmente il globo, invadendolo con prepotenza ed intaccandone gli ingranaggi più riposti, modificando i ruoli di forza nel gioco tra i poteri ed incidendo in maniera particolarmente evidente e significativa su tre fronti: il diritto, il mercato e la persona, concetti densi di una moltitudine di sfaccettature e avvinti da un'inestricabile interconnessione già nel mondo reale e ancor più strettamente intrecciati per mezzo dei nodi della rete.

Il diritto, - oggi non più coincidente soltanto con lo *ius in civitate positum* bensì aperto alla complessità delle fonti di *hard law* e di *soft law*

72 P. DE HERT, P. CRISTOBAL BOCOS, *Case of Roman Zakharov v. Russia: The Strasbourg follow up to the Luxembourg Court's Schrems judgment*, in www.strasbourgobservers.com, 23 dicembre 2015.

73 Corte eur. dir. uomo, 4 dicembre 2015, *Roman Zakharov c. Russia*, n. 47143/06. Per un commento v. L. WOODS, *Zakharov v. Russia: Mass Surveillance and the European Court of Human Rights*, in www.eulawanalysis.blogspot.it, 16 dicembre 2015.

74 Corte eur. dir. uomo, *Klass e altri c. Germania*, 6 settembre 1978, n. 5029/71.

75 Corte eur. dir. uomo, *Kennedy c. Regno Unito*, 18 maggio 2010, n. 26839/05.

proliferanti capillarmente ad ogni livello, nonché al formante giurisprudenziale che sta conducendo sempre più il nostro ordinamento ad assumere la sagoma di un 'common law mascherato' -, che tenta di dare risposte certe ad una realtà in continua e rapida evoluzione, e che inevitabilmente finisce per specchiarsi sui suoi fallimenti, a causa della sua incapacità di stare al passo con i tempi scanditi dalla società a braccetto con la tecnologia.

Il mercato e la sua logica del *business*, che hanno dovuto reinventarsi, declinandosi secondo i nuovi bisogni creati dal *web* nella collettività, obbligando pertanto le imprese a ridisegnare i contorni e i contenuti dell'organizzazione aziendale, dalle posizioni di lavoro richieste, alla strutturazione dell'attività, alla distribuzione dei beni e dei servizi, all'introduzione dell'*e-commerce*, che sta attecchendo con sempre maggiore forza trovando *humus* fertile in una *societas* in cui vince la pigrizia di un *click*, giocoforza del dilagare di innumerevoli *start-up*, spesso nate quasi per ludo da un'idea più o meno semplicistica e poi fiorite e sviluppatesi a macchia d'olio cavalcando l'onda del digitale.

La persona, che, accecata dalle promesse di gratuità, libertà e neutralità della rete, ne cade prigioniera e soggiace alle esigenze imposte dalla medesima, uscendone a tal guisa denudata di ogni informazione personale che vi immette, e costantemente monitorata e manipolata dai burattinai del *web*, dal *deus ex machina*, dai nuovi grandi governatori del mondo, che prendono il sopravvento, declassano il paradigma della stualità, schiacciano ulteriormente il povero gigante scoronato⁷⁶, e riducono in 'schiavitù mascherata' il popolo degli utenti, il quale rinuncia ai propri diritti fondamentali, *in primis* la *privacy*, pur di sentirsi parte di un 'tutto' e pur di saziare quei bisogni irrinunciabili generati dal vortice di Internet.

Ergo, il caso *Schrems* è certamente paradigmatico: è l'emblema del coraggio di un'eccezione, di chi cioè ha la reale consapevolezza di quanto sta accadendo e la denuncia *expressis verbis* all'ignoranza della più sostanziosa fetta del mondo, che purtuttavia è così irreversibilmente vittima ignara e suddita della rete che non riesce e non vuole liberarsene.

Siamo tutti sorvegliati speciali. Siamo tutti quotidianamente pedinati e vigilati dal gigantesco occhio del *web*. Eppure continuiamo a navigarvi, a postarvi ogni minimo tassello della nostra esistenza, condividendo un'intimità che dovrebbe essere salvaguardata e che nel breve o nel lungo periodo sortirà pericolosi effetti *boomerang*.

Dunque, per concludere, non è solo il colosso *Facebook* ad essere nel mirino delle Corti, ma la vita di ogni comune, consapevole o inconsapevole, cybernauta.

76 G. CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato* (1918), ora in *Opere*, Milano, 1959, vol. I, p. 5.

