

# **Sapienza**

**Commissario Agcom Dott. Antonio Martusciello**

**e Dott. Giuliano De Vita**

**NEW MEDIA E PRIVACY**

**5 MAGGIO 2016**

## Un nuovo scenario

Il Web 2.0, espressione in voga negli ultimi anni, come simbolo di modernità si sta avviando al declino, gli studiosi di Internet hanno già coniato le espressioni Web 3.0 e Web 4.0. Ove per 4.0 si intende il *Web Ubiquitous*. Un mondo dove sia le persone che le macchine sono completamente connesse.

Non si tratta di scenari futuribili, poiché alcuni episodi **si sono già verificati**: secondo alcuni economisti una delle cause della crisi finanziaria del 2008 che portò al fallimento di Lehman Brothers è stato il c.d. *High frequency trading*, ovvero negoziazioni ad alta frequenza, la cui durata può essere brevissima sino a poche frazioni di secondo, che data la rapidità sono gestite da software ed algoritmi matematici.

Più crescono le connessioni, più aumentano i dati che vengono prodotti in rete, secondo recenti studi il 90% dei dati che sono stati creati nella storia del nostro pianeta sono stati prodotti negli ultimi due anni. Ovviamente poiché le macchine sviluppano molte più informazioni delle persone l'avvento, del M2M non fa accelerare questa dinamica. La legge di Moore che nel 1965, affermava che la capacità dei microprocessori, sarebbe cresciuta ogni 18 mesi secondo una curva esponenziale, è tuttora valida e ci offre una misura della velocità del progresso tecnologico.

Ovviamente, non si vuole sostenere una posizione di retroguardia. Il ruolo fondamentale di Internet per lo sviluppo della società civile e democratica non è mai stato messo in discussione in quanto, come affermato dal Parlamento europeo “*Internet dà pieno significato alla definizione di libertà di espressione sancita all’articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*”. Ma al tempo stesso sta crescendo la consapevolezza che occorre garantire anche sulla Rete il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali quali la dignità e la *privacy* della persona, sia pure nel bilanciamento con altri diritti di pari dignità quali la libertà di espressione e l’accesso all’informazione.

Le nuove tecnologie, infatti, per quanto innovative siano, non mutano gli elementi fondamentali della convivenza civile. E i diritti, indipendentemente dal mezzo utilizzato, rimangono sempre gli stessi. L’ONU ha da poco affermato il principio che i diritti devono godere *online* della stessa tutela accordata *offline* e che l’identità digitale non è meno importante di quella reale.

Prendiamo ad esempio la “web reputation”, termine coniato appositamente per Internet, non è altro che il classico diritto in base al quale ogni persona ha diritto ad una rappresentazione veritiera, aggiornata ed integrale della propria identità. E’ un diritto della persona che storicamente trova il necessario bilanciamento con i diritti di libertà di espressione e di informazione, che nei media classici viene

conseguito in virtù di una consolidata disciplina legislativa e regolamentare i cui cardini sono il “diritto di rettifica” e la “responsabilità editoriale”, oltre che naturalmente, la deontologia giornalistica.

In Internet, abbiamo strumenti adeguati a tutelare questo diritto? Una pagina web o un sito non sono diversi dai tradizionali mezzi di comunicazione di massa e chi pubblica e organizza i contenuti in Internet, persona fisica o giuridica che sia, dovrebbe assumere una specifica responsabilità in ordine alla diffusione di notizie, informazioni ed opinioni, tanto più se finalizzate ad attrarre “visitatori” e a monetizzare contatti.

Invece, da una parte abbiamo il fornitore di connettività che in base alla normativa vigente non è vincolato da un obbligo generale di sorveglianza ex ante dei contenuti trasportati, dall'altra i direttori di blog o forum che non sono responsabili dei commenti postati da altri.

Storicamente la responsabilità oggettiva – in base alla quale un soggetto risponde delle conseguenze dannose di un evento a prescindere dal suo contributo alla realizzazione del medesimo – è una regola che nel diritto è usata con moderazione in corrispondenza di rischi sociali accentuati e nei confronti di soggetti che ricevono particolari vantaggi dall'esercizio di questa attività. La regola della responsabilità oggettiva sussiste nel sistema dei media classici per il fatto che la

televisione, la radio e la stampa sono considerati servizi di preminente interesse generale. Ebbene possiamo ancora sostenere che Internet non rientri nella categoria dei “servizi di interesse generale” che hanno un notevole impatto sulla società?

E' chiaro che sul web, caratterizzato da una sostanziale “irresponsabilità” dei soggetti che vi operano, gli strumenti di tutela dei diritti della persona non sono stati adeguati all'evoluzione tecnologica. Tuttavia, se non è possibile estendere tout court ad Internet il concetto di “responsabilità editoriale” nei termini che siamo abituati a conoscere, è necessario, quanto meno, individuare una responsabilità per omesso controllo ex post. Dai provider si può pretendere almeno chiarezza e trasparenza e la regola dell'irresponsabilità dei gestori della rete non può essere un feticcio intoccabile, ma va ripensata anche in funzione dei dati e dei numeri d'impresa generati dai siti.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha già tracciato una strada riconoscendo che la responsabilità per i commenti diffamatori pubblicati dagli utenti sul portale di un sito era del gestore del sito stesso, l'unico che poteva impedire o cancellare i commenti in questione (causa Delfi/vs Estonia).

Il tema della tutela della dignità della persona diventa cruciale quando si tratta di minori. E' noto come la condivisione virale di contenuti lesivi, tra le fasce più

giovani, dia luogo a fenomeni di “cyberbullismo”. I minori, infatti, sono i soggetti più esposti sia per la maggiore sensibilità data dalla giovane età, sia per la loro oggettiva difficoltà nell’attivare strumenti di autotutela. Nell’ultima relazione al Parlamento il Garante Privacy ha segnalato che “La rete è il luogo in cui la fragilità dei minori emerge con maggior forza....in cui, nella presunzione di anonimato, minori violano altri minori”.

Internet è diventato il secondo mezzo di comunicazione di massa per intrattenimento e informazione e non è più procrastinabile l’individuazione delle soluzioni più idonee per la salvaguardia dei diritti dei cittadini nel mutato scenario tecnologico. Il bilanciamento tra una rete libera e aperta e la tutela dei diritti deve essere un obiettivo costante dell’attività dei regolatori.

### La privacy come commodity

Tuttavia sarebbe miope individuare nelle grandi internet company il “Big Brother” da cui difendersi, **la verità è un’altra**: chi immette informazioni su internet sono gli utenti stessi delle rete, navigando, registrandosi ad un sito, postando una foto, o accedendo un smartphone si immettono in rete milioni di nuove informazioni.

L'uso dei dati personali consente di offrire spazi pubblicitari ad utenti "profilati", cioè utenti dei quali si conoscono già, attraverso le ricerche svolte dall'utente stesso sui motori di ricerca, gusti e preferenze. Tali strategie operative e commerciali, oltre a produrre un effetto di "spiazzamento" rispetto al tradizionale mercato della pubblicità sui mezzi classici, coinvolgono pesantemente il profilo della tutela della *privacy* degli utenti. Tanto più che tali comportamenti sono inibiti ai soggetti che operano nei media classici, scrupolosamente tenuti al rispetto della normativa in materia di *privacy*.

E' chiaro dunque che in queste situazioni i pubblici poteri devono intervenire sia con azioni informative che rendano i consumatori edotti delle implicazioni dell'uso di determinati prodotti, sia per ristabilire condizioni di equa concorrenza rispetto ai mercati pubblicitari dei media tradizionali.

Siamo di fronte ad una vera e propria visione della *privacy* come commodity, da sacrificare in cambio di benefici economici. Non sembra però che vi sia piena consapevolezza da parte degli utenti di internet, del fatto che l'utilizzo di servizi, in apparenza gratuiti, di fatto generi transazioni che hanno un valore economico; sono le c.d. transazioni implicite, il cui bene sottostante è l'attenzione degli utenti oppure sono i suoi dati personali. Le più recenti ricerche in materia di *privacy* mettono in luce tre elementi importanti:

1. Esiste una vera e propria **catena del valore dei dati personali** pertanto ci troviamo di fronte ad mercato nel senso economico del termine. E' dunque, dal punto di vista del regolatore, corretto in linea di principio assumere che questo mercato possa essere regolato.
2. La quantità di dati che immettiamo sulla rete crea una nostra **identità digitale**, diversa dalla nostra identità reale, ma non per questo meno effettiva. Questa sorta di doppia personalità è sicuramente un elemento di grande novità, sul quale sembra ci sia un basso livello di consapevolezza non solo da parte delle istituzioni, ma anche da parte degli stessi individui. Tuttavia l'identità virtuale produce effetti nella vita reale: si pensi ad esempio alle aziende che approfondiscono su internet il profilo dei candidati alle assunzioni o alle indagini di polizia che sempre più utilizzano le tracce che lasciamo sul Web.
3. Il rilascio di informazioni personali su Internet comporta **dei rischi reali** e non solo virtuali. Si pensi alle strategie di alcune bande di rapinatori che scrutano i social network per capire quando siamo in vacanza e l'appartamento da derubare è disabitato. Ironizzando si potrebbe dire che un tempo erano necessari i basisti che ora rimarranno senza lavoro poiché gli utenti cortesemente informano i ladri dei loro spostamenti.

Questa sorta di incoscienza nell'uso della rete da luogo al c.d. *privacy paradox* cioè quel comportamento degli utenti che, nella fruizione dei new media, che da un lato si dimostrano preoccupati dei rischi connessi all'uso improprio dei propri dati personali, ma dall'altro agiscono in modi che contraddicono questa preoccupazione, anche se in maniera non del tutto consapevole. Le ricerche dimostrano che la maggior parte dei soggetti intervistati si dichiara in teoria gelosi della propria privacy ma in pratica cedono continuamente i propri dati alla rete in perfetta contrapposizione con l'affermazione precedente.

### *La normativa sulla privacy*

Per quanto riguarda la *privacy*, sebbene si riscontri un'evoluzione di tale diritto dovuta allo sviluppo delle nuove tecnologie, che ci ha fatto passare dal diritto ad “essere lasciati soli” elaborato nel 1890 alle garanzie odierne nel trattamento dei dati personali, la necessità di tutela è oggi più che mai attuale. Nella società digitale il diritto alla *privacy* si è evoluto da una tutela “statica” ad una tutela “dinamica” e la riservatezza della persona non si declina più nel “diritto a che di me non si sappia” ma nel “diritto a sapere che cosa si fa dei miei dati e perché”.

La legislazione italiana in materia di *privacy* trova fondamento nella direttive europee relative al trattamento dei dati personali e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che riconosce la tutela dei dati personali come un diritto fondamentale della persona dotato di autonoma dignità. In particolare, secondo la Carta *“Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata. Ogni individuo ha diritto ad accedere ai dati raccolti e che lo riguardano. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente”*. La protezione dei dati personali nel nostro ordinamento è affidata al Garante *Privacy*.

Questo complesso di norme è stato codificato e sistematizzato nel “Codice in materia di protezione dei dati personali” del 2003, testo che ha avuto il pregio di mettere ordine in una legislazione assai variegata e difficilmente riconducibile a sintesi. Il Codice introduce una serie di principi generali, imponendo che i dati siano trattati in maniera lecita e secondo correttezza, che siano raccolti per finalità esplicite, legittime e determinate, che non eccedano le finalità per le quali i dati sono raccolti e che sia limitato nel tempo.

Il fondamento della normativa vigente sulla *privacy* è il consenso informato. Quanti si apra un conto corrente bancario o un'utenza telefonica si autorizza (o si nega il consenso) all'utilizzo dei propri dati personali. Secondo questo principio

l'utente autorizza al trattamento dei propri dati personali, i quali possono essere utilizzati nel perimetro stabilito dalla legge.

Lo stesso principio del consenso informato è stato utilizzato per il più recente provvedimento legislativo in materia di privacy informatica la **Cookie law** del 2015. Secondo la definizione data dal Garante Privacy e per ciò che rileva ai nostri fini i *“cookie di profilazione sono volti a creare profili relativi all'utente e vengono utilizzati al fine di inviare messaggi pubblicitari in linea con le preferenze manifestate dallo stesso nell'ambito della navigazione in rete. In ragione della particolare invasività che tali dispositivi possono avere nell'ambito della sfera privata degli utenti, la normativa europea e italiana prevede che l'utente debba essere adeguatamente informato sull'uso degli stessi ed esprimere così il proprio valido consenso.”*

Secondo le analisi del Garante: *“I cookie svolgono diverse e importanti funzioni nell'ambito della rete. Qualunque decisione in merito alle modalità di informativa e consenso online, riguardando in pratica chiunque abbia un sito Internet, avrà quindi un fortissimo impatto su un numero enorme di soggetti”*

Sul piano operativo la gestione dei cookie funziona così: *“Nel momento in cui l'utente accede a un sito web, deve essergli presentata una prima informativa "breve", contenuta in un banner a comparsa immediata sulla home page (o altra*

*pagina tramite la quale l'utente può accedere al sito), integrata da un'informativa "estesa", alla quale si accede attraverso un link cliccabile dall'utente. Affinché la semplificazione sia effettiva, si ritiene necessario che la richiesta di consenso all'uso dei cookie sia inserita proprio nel banner contenente l'informativa breve."*

Sul piano personale, confesso, che pur di levare l'invasivo *banner* dalla visualizzazione del sito normalmente clicco OK. E sarei curioso di sapere se qualcuno dei presenti in sala ha mai acceduto alla "informativa estesa" prevista dal norme.

Il quadro legislativo è stato poi arricchito dal nuovo regolamento europeo General Data Protection Regulation per la cui entrata in vigore si attende solo un passaggio tecnico nella plenaria del Parlamento europeo. Questo regolamento è molto importante ed è stato salutato con favore proprio dal Garante Privacy. Infatti Antonello Soro ha dichiarato in proposito che si andrà da un modello formalistico-autorizzatorio (quello del consenso informato) ad un modello di preventiva adozione di specifiche misure e meccanismi di protezione efficaci. Un altro punto qualificante del regolamento l'applicabilità delle regole comunitarie anche alle imprese extra-UE, ciò vuol dire che il regolamento si applicherà anche agli OTT. Se ci trovassimo nel mondo televisivo si direbbe che si applica il principio del paese di destinazione.

Il nuovo approccio armonizzato sulla protezione dei dati personali si inserisce nella strategia della Commissione europea sul Digital Single Market. La Commissione ritiene – a ragion veduta - che l'enorme potenziale di sviluppo connesso all'economia digitale non è stato ancora adeguatamente sfruttato in Europa anche per l'assenza di un sistema di regole comuni e coerenti relative ai nuovi servizi digitali ed ha, pertanto, lanciato un ambizioso programma di riforme che riguarda tutto il quadro relativo alle comunicazioni digitali: commercio online, diritto d'autore, servizi media audiovisivi e servizi di comunicazione elettronica.

Infine merita un accenno la Direttiva 2011/83/UE relativa ai diritti dei consumatori che il cui ambito di applicazione – rispeso in Italia dal Codice del Consumo – è “*qualsiasi contratto concluso tra un professionista e un consumatore.*” La tutela della Direttiva, si estende anche ai contratti conclusi via internet ovvero per altre vie telematiche. In questo caso, ad esempio, le informazioni raccolte dagli operatori sono coperte della normativa a tutela della *privacy*.

Se diversamente fra un professionista e un consumatore non vi è un contratto ed è il caso tipico delle piattaforme di condivisione o dei servizi di ricerca, ecco che la tutela del Codice cessa di avere effetto. E' necessario dunque un lavoro sia a livello normativo che a livello accademico al fine di dare un inquadramento giuridico, per esempio, all'iscrizione ai social network tale da poter assimilare

queste registrazioni ad un contratto per consentire di estendere al Web il regime di garanzie tipico del Codice del Consumo.

Le nuove opportunità e i grandi vantaggi che derivano da un'economia digitale basata sull'uso dei dati personali portano con sé anche nuovi rischi, che impongono ai regolatori la necessità di vigilare costantemente per evitare che i costi derivanti dall'utilizzo delle informazioni siano superiori ai benefici che ne derivano. Dobbiamo sempre chiederci se il prezzo che paghiamo per la cessione dei nostri dati personali sia adeguato ai benefici che ne ricaviamo. E' innegabile che per realizzare una effettiva tutela dell'utenza nel modo virtuale sia necessaria una modernizzazione delle categorie giuridiche e degli istituti di tutela nel mondo *online*, poiché essi sono stati pensati per un mondo *off-line* assai diverso dal *Web Ubiquitous* verso cui ci dirigiamo.

Ciò implica da parte delle istituzioni una presa di coscienza di fenomeni nuovi quali le identità digitali. I *policy makers* devono compiere un percorso evolutivo, in maniera ponderata ma al tempo stesso urgente, per garantire un nuovo equilibrio tra libertà economiche, interessi collettivi e diritti individuali che renda effettiva e meno "fragile" la libertà di Internet. Vi sono, in particolare, indicare alcune aree su cui occorre prestare la massima attenzione:

1. Protezione della *privacy* e della riservatezza perché è in gioco un diritto fondamentale dell'individuo che va garantito a prescindere dalla tecnologia o dalla piattaforma utilizzata.
2. Garanzia di adeguati livelli di sicurezza della rete (**cybersecurity**) perché la riservatezza e la sicurezza delle informazioni possono incidere significativamente sul meccanismo di funzionamento delle società democratiche.
3. Pervenire ad un “**Codice dell'utente digitale**” che racchiuda e sancisca chiaramente tutti i diritti dei consumatori nell'ambiente digitale, semplificando la regolamentazione a tutela degli utenti, estendendone l'ambito di applicazione anche servizi erogati tramite social network ed applicazioni *web-based*.