



EDITORIALE – 16 OTTOBRE 2019

L’ “autunno caldo” della Corte di
giustizia in tema di tutela dei diritti
fondamentali in rete e le sfide del
costituzionalismo alle prese con i nuovi
poteri privati in ambito digitale

di Oreste Pollicino

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università Bocconi di Milano



L' "autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale

di Oreste Pollicino

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università Bocconi di Milano

Con due sentenze, tra la fine di settembre¹ e l'inizio di ottobre² di quest'anno, pochi giorni fa dunque, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha riportato in voga una questione in realtà mai totalmente sopita, ovvero la persistente rilevanza delle categorie classiche del diritto costituzionale nella soltanto apparentemente eterea ed allergica a qualsiasi tentativo regolamentazione dimensione digitale. Territorio, sovranità e potere sono concetti assolutamente attuali nel diritto di internet, con cui bisogna fare i conti, nonostante spesso una narrativa semplificante tenda, colposamente o dolosamente, a ignorarne la rilevanza.

In particolare, è la dimensione territoriale il primo elemento di connessione tra le due decisioni prima ricordate di questo autunno caldo.

Nella prima, la Corte di Lussemburgo ha che fare con la fissazione dei limiti territoriali all'esercizio di quel diritto all'oblio, o meglio alla deindicizzazione, invenzione giurisprudenziale da parte della stessa Corte nel 2014³, che è stato poi codificato dall'art. 17 del GDPR. Più in particolare, la controversia nazionale da cui origina il rinvio pregiudiziale del Conseil d'Etat è tra la Commissione nazionale francese per l'informatica (CNIL) e Google, relativamente a una sanzione economica irrogata dalla prima nei confronti di quest'ultimo, a causa del rifiuto da parte del motore di ricerca di accogliere una domanda di deindicizzazione riguardante tutte le estensioni del nome di dominio del suo motore di ricerca. In altre parole, su scala globale.

¹ Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. C-507/17, Google LLC contro Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), 24 settembre 2019.

² Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. C-18/18, Eva Glawischnig-Piesczek contro Facebook Ireland Limited, 3 ottobre 2019.

³ Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. C-131/12, Google Spain SL e Google Inc. contro Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, 13 maggio 2014.

Tra le varie domande che il supremo organo di giustizia amministrativa francese pone alla Corte di giustizia, la più (costituzionalmente) rilevante è la prima, che ha proprio a che fare con i limiti territoriali del diritto all'oblio: è possibile ipotizzare un ordine di rimozione di carattere *worldwide* o non possono oltrepassarsi i confini geografici del diritto applicabile dell'Unione?

La seconda decisione vede quale protagonista un altro dei giganti digitali, Facebook. In particolare, in questa occasione, la Corte suprema austriaca chiede alla Corte di Lussemburgo quale sia oggi il portato interpretativo, in una prospettiva sostanziale e territoriale, dell'esenzione a favore degli *hosting provider* prevista dalla direttiva sul commercio elettronico del 2000 (la n. 31).

In particolare, il giudice austriaco investe i giudici europei di tale chiarimento interpretativo in occasione di una controversa che vedeva Facebook contrapposto a una esponente del gruppo austriaco dei verdi che chiedeva al primo la rimozione delle espressioni a contenuto diffamatorio pubblicate da un utente sul *social network*, come segnalate dalla stessa esponente. La ricorrente chiedeva inoltre la richiesta di rimozione dei contenuti diffamatori che, seppure non totalmente identici, erano sostanzialmente equivalenti, rispetto a quelli espressamente identificati. Se, da un lato, il *social network* rimuoveva i contenuti espressamente indicati, dall'altro, si rifiutava di fare lo stesso per quelli di natura equivalente non indicati, in quanto, a suo dire, così facendo si sarebbe scontrato con quanto previsto dall'art. 15 della direttiva sul commercio elettronico prima richiamata, a norma del quale l'*hosting provider* non ha alcun obbligo di monitoraggio preventivo rispetto a quanto ospitato sulle sue pagine.

Il dilemma del giudice austriaco è quindi, fondamentalmente, di doppia natura.

In primo luogo: è compatibile con un'interpretazione, per così dire, tecnologicamente orientata della direttiva richiamata in un'ingiunzione da parte di una corte nazionale nei confronti del *social network* di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita?

In secondo luogo, tale ordine di rimozione può avere una natura globale o è solo limitata all'estensione del territorio europeo (*melius* degli stati membri parte dell'Unione)?

Le risposte della Corte di giustizia potrebbero sembrare, a prima lettura, contraddittorie, quasi rivelatrici di una schizofrenica natura della sua giurisprudenza, visto il limitato lasso di tempo che separa le due decisioni. Con riferimento infatti alla prima domanda, quella relativa ai limiti territoriali del diritto all'oblio, la risposta della Corte è che il diritto dell'Unione rilevante⁴ deve essere interpretato nel senso che il gestore di un motore di ricerca, quando accoglie una domanda di deindicizzazione, è tenuto ad effettuare la rimozione dei *link* non in tutte le versioni del suo motore di ricerca, ma nelle versioni di tale

⁴ La corte si riferisce al diritto dell'unione rilevante che nel momento della domanda pregiudiziale era la direttiva del 95, mentre nel momento della decisione è il GDPR. Dunque, la Corte guarda a entrambi i parametri.

motore corrispondenti a tutti gli Stati membri. Quindi, in sintesi, l'estensione territoriale relativa all'esercizio del diritto all'oblio è quella che coincide con il territorio dell'Unione e non ha natura globale. Qualche giorno dopo, la Corte, con riferimento alla seconda questione rilevante che si è prima prospettata, cioè quella relativa alla portata territoriale dell'ingiunzione giudiziale di rimozione di contenuti diffamatori presenti sul Facebook, afferma come, tanto in relazione ai contenuti identici, quanto a quelli equivalenti rispetto a quelli identificati da chi richiede la rimozione (seppur in quest'ultimo caso con alcune cautele), la portata dell'ingiunzione abbia invece una natura globale.

Schizofrenia giudiziale all'estrema potenza?

Non esattamente.

Una diagnosi di questo tipo si fonderebbe su analisi parallela sì, ma anche superficiale e riduttiva delle due decisioni, in cui l'unico ponte di interconnessione identificato è quello relativo alla dimensione territoriale⁵, mentre invece il quadro è assai più problematico, e non può essere ignorata la rilevanza "digitale", come si faceva emergere in apertura, di altre categorie portanti del diritto costituzionale: sovranità e, specialmente, come si dirà in seguito, potere.

Ma anche senza tirare in ballo tali categorie, due riflessioni possono forse aiutare a fare emergere una minore contraddittorietà tra i due casi prima richiamati.

La prima è ovvia: la Corte di giustizia, come qualsiasi altro giudice, si pronuncia su quanto richiesto. È vero, i giudici della Corte europea, specie in ambito digitale, tendono a farlo con una certa creatività e audacia, fino a superare, come si è cercato di dimostrare, la sottile linea rossa che separa interpretazione da manipolazione⁶. Cionondimeno, la lettura del portato finale delle due decisioni non può non farsi rientrare entro gli argini delle specifiche caratteristiche fattuali che contraddistinguono le controversie che hanno dato origine ai due rinvii pregiudiziali.

La seconda riflessione, forse meno banale, è quella di una necessaria contestualizzazione delle pronunce che si stanno commentando all'interno di un quadro diacronicamente più ampio, in cui ciò che può apparire azione, è in realtà una reazione.

⁵ Anche guardando esclusivamente al fattore territoriale la dicotomia dimensione europea verso dimensione globale non è del tutto convincente. Perché se è vero che i giudici europei affermano che il diritto dell'Unione non obbliga che la deindicizzazione verta su tutte le versioni del motore di ricerca in questione, aggiungono anche che l'ordine di rimozione di natura globale non è neppure vietato. Pertanto, si specifica gli stati membri restano competenti ad effettuare un bilanciamento tra, da un lato, il diritto della persona interessata alla tutela della sua vita privata e alla protezione dei suoi dati personali e, dall'altro, il diritto alla libertà d'informazione e, al termine di tale bilanciamento, di richiedere, se del caso, al gestore di tale motore di ricerca di effettuare una deindicizzazione di natura globale.

⁶ O. Pollicino, *Interpretazione o manipolazione? La Corte di giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in *Federalismi*, 3, 2014.

Meno enigmaticamente, il reasoning della sentenza del 2014 in cui di fatto la Corte ha estratto dal cilindro della sua creatività giurisprudenziale, senza averne una solida (diciamo inesistente) base giuridica nella direttiva del 1995, il c.d. diritto all'oblio, aveva due punti deboli. Entrambi frutto di una mancata attenzione all'ammonimento dell'Avvocato generale Jääskinen che, nelle sue conclusioni⁷, in quella circostanza, aveva fatto notare che «la costellazione particolarmente complessa e difficile di diritti fondamentali che questo caso presenta osta alla possibilità di rafforzare la posizione giuridica della persona interessata ai sensi della direttiva riconoscendole un diritto all'oblio. Ciò vorrebbe dire sacrificare diritti primari come la libertà di espressione e di informazione. Inoltre, inviterei la Corte a non concludere che questi interessi concorrenti possono essere ponderati in modo soddisfacente in situazioni individuali sulla base di una valutazione caso per caso, lasciando la decisione ai fornitori di servizi di motore di ricerca su Internet»⁸.

I due rischi paventati dall'Avvocato generale si tramutano in realtà nella decisione della Corte in *Google Spain*, il cui risultato pratico è stato, come si sa, da una parte, quello di una gerarchizzazione tra tutela della privacy digitale e protezione del diritto ad essere informati (statuendo che, di regola, salvi casi particolari, la prima esigenza di tutela dovesse essere considerata prevalente sulla seconda), dall'altra, l'attribuzione di un ruolo para-costituzionale al motore di ricerca, vero e proprio arbitro (privato) della risoluzione conflitti (di natura ovviamente costituzionale) tra diritti fondamentali.

È comprensibile da parte dei giudici europei, nella prima decisione che si commenta sulla portata territoriale del diritto all'oblio, la volontà di attenuare le implicazioni sistemiche più problematiche discendenti da *Google Spain*, e, quindi, di confinare al territorio dell'Europa sia il bilanciamento asimmetrico tra diritto alla privacy digitale e diritto a essere informati, sia il fatto che spetti ad un operatore privato il compito di effettuare in concreto tale bilanciamento.

Da una parte però, è assai paradossale che proprio il costituzionalismo europeo, culla della protezione dei diritti fondamentali e della loro tutela da parte di un complesso meccanismo che vede protagonisti corti ed altri organi di controllo e di garanzia, conosca tale anomalia in ambito digitale, per quanto riguarda il diritto all'oblio.

Dall'altra parte, se pure se ne capiscono le ragioni sostanziali, non è del tutto convincente la ragione (pretesto?) formale che la Corte di giustizia adduce per limitare la portata territoriale del meccanismo della rimozione.

All'indomani della decisione del 2014, infatti, si era subito posto il problema, la cui soluzione effettivamente non emergeva chiaramente dal testo della stessa pronuncia, se la natura dell'ordine di

⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen, 25 giugno 2013, caso C-131/12.

⁸ *Ibidem*, para. 133.

rimozione dei *link* lesivi del diritto all'oblio dell'utente avesse una natura limitata al solo territorio europeo o invece spiegasse effetti di matrice globale.

Sul punto si erano avute due risposte diametralmente opposte. Da una parte, l'*advisory council* nominato, per l'occasione, dallo stesso Google, aveva proposto, non con sorpresa eccessiva, di limitare tale ordine ai confini dell'Unione europea⁹. Dall'altra parte, il Working Party Article 29, un organismo consultivo indipendente, composto, tra gli altri, da un rappresentante delle varie Autorità garanti nazionali (oggi sostituito dal Comitato europeo per la protezione dei dati) aveva invece affermato che, al fine di tutelare adeguatamente e effettivamente i diritti degli utenti titolari del diritto alla protezione dati, l'ordine non doveva essere limitato ai domini europei (ad esempio, “.it”, “.eu”, ecc.) ma doveva considerarsi applicabile a tutti domini rilevanti, compreso il “.com”¹⁰.

La Corte decide di non seguire l'interpretazione proposta dall'organo indipendente dell'Unione europea, in quanto, pur ammettendo che “in un mondo globalizzato l'accesso da parte degli utenti di Internet, in particolare quelli localizzati al di fuori dell'Unione, all'indicizzazione di un *link*, che rinvia a informazioni concernenti una persona il cui centro di interessi si trova nell'Unione, può produrre effetti immediati e sostanziali sulla pena in questione anche all'interno dell'Unione”¹¹, aggiunge «che molti Stati terzi non riconoscono il diritto alla deindicizzazione o comunque adottano un approccio diverso per tale diritto»¹². In altre parole, un “vorrei ma non posso”. La *best option* sarebbe quella dell'applicazione globale del diritto alla deindicizzazione, ma si tratterebbe, a detta della Corte, quasi di una colonizzazione giuridica europea nel segno di un'egemonia culturale nei confronti di altri paesi che attribuiscono un diverso valore alla privacy digitale.

Si tratta in realtà di una forzatura argomentativa, perché proprio la giurisprudenza dato-centrica¹³ della Corte tra il 2014 e il 2015, a cui si affianca l'entrata in vigore del GDPR, ha fatto sì che il modello europeo di tutela della privacy, ed in particolare del c.d. diritto all'oblio, sia stato (non ovviamente coattivamente esportato) volontariamente importato da corti e legislatori extraeuropei, pur evidentemente non vincolati

⁹ The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten, https://static.googleusercontent.com/media/archive.google.com/it/_/advisorycouncil/advisement/advisory-report.pdf.

¹⁰ Working Party Article 29, Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union Judgment on “Google Spain and Inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González” C-131/12, 26 novembre 2014.

¹¹ C-507/17, para. 57.

¹² Ibidem, para. 59.

¹³ Il riferimento è ovviamente a Corte giust., 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.* (2014), C. giust. causa C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González* (2014). eC. giust. causa C-362/14, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner* (2015).

dagli effetti della decisione del 2014, che avevano iniziato rispettivamente ad applicare spontaneamente il portato di quella sentenza¹⁴, o a adottare normative che in qualche modo riproponessero tale diritto¹⁵. Vi è stata, in altre parole, una “migrazione”¹⁶ spontanea dell’idea della deindicizzazione oltre i confini europei che ha confermato il ruolo di modello di riferimento dell’Unione europea in tema di protezione dei dati. Nella decisione che si commenta la Corte di giustizia fa un passo indietro rispetto a questo modello, con una argomentazione in parte condivisibile, legata in qualche modo alla necessità di rimediare agli errori precedenti, nella convinzione che «il diritto alla protezione dei dati personali non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità»¹⁷.

Una soluzione di compromesso che però non giova alla effettività della tutela del diritto in questione. Non è un caso che le linee guida del gruppo di lavoro indipendente prima richiamate avessero fatto notare che «in order to give full effect to the individual’s rights in accordance with the CJEU decision, limiting the de-listing to EU domains (...) cannot be considered a sufficient means to satisfactorily guarantee the rights of data subjects according to the ruling. In practice, this means that in any case de-listing should also be effective on all relevant .com domains».¹⁸ Di fatti, non si può escludere che un utente possa continuare ad accedere a informazioni che, seppur rimosse nel territorio dell’Unione, continuano a essere accessibili attraverso gli altri domini offerti da Google, portando quindi a uno svuotamento del diritto alla deindicizzazione. In altre parole, la rimozione territoriale a livello europeo non costituirebbe un rimedio efficace tale da garantire l’irreperibilità di un *link* derivante dai risultati di ricerca offerti da Google. Così contestualizzata la prima decisione oggetto di analisi, sembra poter emergere come non sia solo quella legata alla dimensione territoriale la prospettiva di indagine attraverso cui misurare il livello di contraddizione, presente certamente, ma non radicale, tra tale pronuncia e quella di pochi giorni dopo, relativa alla interpretazione della portata sostanziale e territoriale dell’ordine di rimozione di un contenuto diffamatorio.

Vi è infatti almeno una prospettiva alternativa, legata alla distinzione tra la disciplina a tutela dei dati, a oggetto nella prima decisione, e quella relativa a moderazione dei contenuti su cui si concentra invece la

¹⁴ Si veda in particolare il caso canadese *Equustek Solutions Inc. v. Jack*, [2014] B.C.S.C. 1063 (Can.).s.

¹⁵ Ad esempio, è possibile menzionare i casi di Canada, Colombia, Cile, Israele, Perù, Messico, Kenya, Russia e Indonesia. Per uno sforzo ricognitivo v. O.G. Strein, *The Judgment That Will Be Forgotten. How the ECJ Missed an Opportunity in Google vs CNIL (C-517/17)*, in *Verfassungsblog.de*, 25 settembre 2019. Per una prospettiva più universale si veda D. Erdos, K. Garstka, *The 'Right to be Forgotten' Online within G20 Statutory Data Protection Frameworks*, SSRN, 2019.

¹⁶ K. Kowalik-Bańczyk, O. Pollicino, *Migration of European Judicial Ideas Concerning Jurisdiction Over Google on Withdrawal of Information*, in *German Law Journal*, 17, 3, 2015, 315 ss.

¹⁷ C-507/17, para. 60.

¹⁸ Working Party Article 29, *op. cit.*

seconda pronuncia, e la conseguente volontà da parte della Corte di non creare, per quanto riguarda il secondo campo di gioco (contenuti), distorsioni e anomalie che caratterizzano, come si è visto, per certi versi, proprio a causa della giurisprudenza della stessa Corte, il primo, quello relativo alla protezione dei dati.

Per moltissimo tempo i due regimi hanno avuto una sorta di vita parallela, come dimostra anche l'art. 1, c. 5, lett. b della direttiva e-commerce del 2000 a detta della quale ad essa non si applicano le questioni relative ai servizi della società dell'informazione oggetto della direttiva privacy del 1995. In realtà la distinzione è assai meno netta di quello che potrebbe apparire, e nell'era dell'algoritmo, protezione dati e regolazione di contenuti sembrano seguire percorsi giuridici (ed ancor prima tecnologici) alla convergenza.¹⁹

Ma la differenza concettuale tra i due regimi rimane se la Corte in *Google Spain*, per “inchiodare” Google al suo ruolo di *data controller* ha ritenuto irrilevante l'obiezione di quest'ultimo per cui il gestore di un motore di ricerca non potrebbe essere considerato come “responsabile” di tale trattamento (ai sensi della direttiva sui dati personali del 1995) dal momento che egli non ha conoscenza dei dati in questione e non esercita alcun controllo su di essi (ai sensi della direttiva e-commerce).

Con riguardo al regime legato alla protezione dei dati personali in generale, e al diritto all'oblio in particolare, si ha dunque una regionalizzazione della tutela, una conseguente ineffettività della protezione accordata al diritto all'oblio ed una attribuzione ad un soggetto privato del potere a bilanciare tale diritto con quello relativo al diritto ad essere informato.

Non sembrano esserci dubbi che la Corte di giustizia nel caso austriaco relativo a Facebook, la seconda delle decisioni oggetto di indagine in queste pagine, cerchi, da una parte, di aggiornare l'interpretazione della direttiva del 2000 in tema di esenzioni dei *providers* e, dall'altra, facendolo, di evitare che gli aspetti problematici prima evidenziati che caratterizzano il regime europeo sulla protezione dei dati (ed in particolare l'ineffettività della tutela e attribuzione di un potere discrezionale in capo all'operatore privato) vadano a intaccare anche la disciplina relativa alla (ir)responsabilità degli ISP per i contenuti da essi ospitati, di per sé assai problematica.

Problematica in quanto il “testo madre”, risale, come si diceva, al 2000, distante quasi una era geologica dai tempi attuali, alla luce dell'accelerazione spasmodica dell'evoluzione tecnologica. Quei soggetti che aveva in mente la direttiva sul commercio elettronico quando prevedeva quella esenzione a determinate condizioni, in 19 anni, sono cresciuti, cambiati, hanno mutato forma e a volte sostanza.

¹⁹ G. De Gregorio, *The e-Commerce Directive and GDPR: Towards Convergence of Legal Regimes in the Algorithmic Society?* Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper No. RSCAS 2019/36.

Nella decisione che si commenta sul caso austriaco, la Corte di giustizia prova a trarre le conseguenze di tale mutamento, ritenendo che non sia in contrasto con il mancato obbligo di sorveglianza previsto dalla direttiva ricordata che un giudice, nell'inerzia del *social network*, faccia quello che l'esponente politico austriaco gli ha richiesto di fare, ovvero ordinare allo stesso *social network* di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita. A patto che però siano rispettate due condizioni. In primo luogo, la sorveglianza e la ricerca delle informazioni oggetto di tale ingiunzione devono essere limitate a informazioni che veicolano un messaggio il cui contenuto deve rimanere sostanzialmente invariato rispetto a quello che ha dato luogo all'accertamento d'illeceità e che contiene gli elementi specificati nell'ingiunzione. In secondo luogo, le differenze nella formulazione di tale contenuto equivalente rispetto a quella che caratterizza l'informazione precedentemente dichiarata illecita non devono essere tali da costringere il prestatore di servizi di *hosting* a effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto.

La seconda condizione sembra confermare quanto si diceva prima, vale a dire il voler evitare da parte del giudice di Lussemburgo che, anche con riferimento al regime legato alla regolazione dei contenuti in rete, sia commesso quel peccato originario già noto in relazione alla protezione dati – e solo in parte ridotto, dal punto di vista territoriale, dalla delimitazione europea dei confini operata dalla sentenza *Google v. CNIL* prima ricordata - di attribuzione di un potere discrezionale a un operatore privato in caso di bilanciamento o comunque di scelte che hanno a che fare con la protezione dei diritti fondamentali.²⁰

La Corte, nel caso Facebook che si commenta, ha inoltre stabilito che tale ordine di rimozione debba avere una portata di natura globale, e non valevole solo per il territorio dell'Unione.

Una contraddizione con quanto si è visto in riferimento alla soluzione in materia di esercizio del diritto all'oblio adottata dai giudici nel caso Google, oggetto parallelo di indagine?

Non così apparente come sembra, per almeno tre motivi.

In primo luogo, come si diceva prima, le autorità garanti nazionali sono libere, secondo la stessa sentenza *Google v. CNIL* di qualche giorno fa, di ordinare la rimozione del *link* anche oltre i confini del territorio europeo.

²⁰ Come fatto notare da Monti vi è una differenza, con riguardo alla rimozione di contenuti equivalenti rispetto tra l'approccio dell'Avvocato Generale che nelle sue conclusioni ritiene che un'estensione dell'obbligo di rimozione di contenuti equivalenti postati da altri utenti «richiederebbe la sorveglianza della totalità delle informazioni diffuse attraverso una piattaforma di rete sociale» (par. 73) e la Corte di giustizia che sembra legittimare una rimozione dei contenuti equivalenti postati dei soggetti terzi «a due condizioni: 1) che siano le corti di merito a individuare i termini integranti una «equivalenza»; 2) che non vi siano obblighi in capo a un servizio di *hosting* a provvedere autonomamente a questo tipo di valutazioni». Cfr. M. Monti, *La Corte di giustizia, la direttiva e-commerce e il controllo contenutistico online: le implicazioni della decisione C 18-18 sul discorso pubblico online e sul ruolo di Facebook*, in Medialaws.eu, 15 ottobre 2019.

In secondo luogo, la Corte non poteva fare molto di più se, come lei stessa ricorda (par. 49), la direttiva 2000/31 non prevede a tal riguardo alcuna limitazione, segnatamente territoriale, alla portata dei provvedimenti che gli Stati membri hanno diritto di adottare conformemente alla direttiva in parola.

In terzo luogo, ed è forse la ragione più rilevante, l'apparente contraddizione si risolve invece in una corretta reazione a un'iniziativa, anche in questo caso di natura globale, intrapresa da *Facebook* qualche settimana fa. Come si diceva prima, infatti, a ben vedere, alcuni percorsi giurisprudenziali relativi alla tutela dei diritti fondamentali in internet hanno una dimensione reattiva che spesso viene sottovalutata. In particolare, in questo caso, l'impressione è che la Corte di giustizia abbia voluto reagire al lancio, annunciato *recentemente, come si diceva*, da parte di Facebook, di un Independent Oversight Board, una sorta di "consiglio globale di supervisione" che si autodefinisce indipendente.

La libertà di espressione è sovrana, ma ci sono momenti in cui i contenuti possono essere in contrasto con autenticità, sicurezza, privacy e dignità. Alcune forme di libera parola possono mettere a rischio l'abilità di altre persone di esprimersi liberamente. Quindi bisogna trovare un bilanciamento». Queste le parole di Facebook che hanno accompagnato la notizia del lancio di tale organismo.

Si tratta di una decisione che, come tutte quelle adottate oggi dalle grandi piattaforme digitali, sempre più, come si dirà in sede conclusiva, veri e propri poteri privati che esercitano funzioni para-costituzionali, ha delle ripercussioni di grande rilevanza pubblicistica, e a prima vista piuttosto problematiche.

Due sono i punti che destano più perplessità. Il primo riguarda i criteri di nomina dello stesso organismo, mentre il secondo il ruolo che sarà giocato da quest'ultimo.

In primo luogo, è assai problematica la questione relativa alle modalità di nomina dei membri dell'Independent Oversight Board che viene definito, come si diceva, indipendente, ma la cui indipendenza è tutta da dimostrare. A leggere, infatti, quanto scrive il *social network* presentando tale organismo, Facebook, consapevole del fatto che non sarebbe opportuno nominare tutti i suoi membri, "selezionerà un piccolo gruppo iniziale di componenti che aiuterà nel processo di selezione dei membri restanti". È fin troppo evidente che, nonostante la citata consapevolezza del *social network*, si è ben lontani dal minimo richiesto perché ci sia una effettiva indipendenza dell'organo in questione nei confronti del *social network* le cui decisioni lo stesso organo è competente a valutare e se del caso a cassare. Quando è in gioco, come in questo caso, la tutela dei diritti fondamentali, il livello richiesto di indipendenza del decisore deve essere massimo, tanto più all'interno, come si diceva, di un sistema giustizia di matrice privatistica.

In secondo luogo, per quanto riguarda il ruolo che dovrebbe giocare questo organismo, esso avrà, di fatto, l'ultima parola sulle operazioni di bilanciamento tra diritti fondamentali in gioco operate dal *social network*. Una sorta di istanza di appello a cui potranno rivolgersi gli utenti per mettere in discussione le decisioni di Facebook relative alla permanenza o rimozione di determinati contenuti. Si tratta di un

esercizio di delicatezza massima, perché non si dimentichi che la prima operazione di bilanciamento su cui il nuovo organo dovrà pronunciarsi, è condotta, “in primo grado”, da un operatore privato, parte del gioco, che compie un esercizio di ponderazione tra diritti fondamentali che, nel costituzionalismo moderno, è in genere affidato ad autorità giurisdizionali o comunque di rilevanza pubblicistica.

Ora, con la decisione di Facebook di istituire tale nuovo organismo, sembra compiere un passo avanti quel processo di privatizzazione della “giustizia digitale”. Si crea di fatto un giudizio d’appello che in cui si dovrà decidere, a livello globale, è questo che il termine “oversight” sembra suggerire, su questioni legate a *hate speech*, tutela dei minori, conflitti tra libertà di informazione e privacy.

Allora, a proposito di azioni e reazioni, non può forse stupire che rispetto all’ipotesi di una privatizzazione della giustizia digitale su scala globale, la Corte di giustizia, nel caso Facebook che si commenta, abbia risposto con la possibilità di un’applicazione globale dell’ingiunzione giudiziale relativa alla rimozione di contenuti illeciti.

Sarà anche vero, come ha dichiarato, subito dopo la decisione, il Direttore di Article 19, organizzazione non governativa paladina della libertà di espressione, che: «the ruling also means that a court in one EU member state will be able to order the removal of social media posts in other countries». Ma forse, potrebbe essere questa la conclusione dei giudici di Lussemburgo, meglio che l’ultima parola al riguardo spetti comunque ad un organo giurisdizionale anche non nazionale ma, auspicabilmente, indipendente, che ad un operatore privato od un organismo nominato in parte da tale operatore.

In conclusione emerge, come si diceva inizialmente, quanto le categorie classiche del diritto costituzionale rilevino, eccome, anche nella dimensione digitale.

Si è detto della dimensione territoriale, ma anche della sovranità (digitale) che l’Unione europea, ed in particolare la Corte di giustizia, esercitano quando costruiscono una fortezza continentale, inespugnabile internamente in materia di protezione dei dati personali, ma che rischia di non avere quei ponti levatoi che consentano un’effettività extraterritoriale della disciplina europea preposta alla tutela della privacy digitale. Sembra proprio che ci sia la volontà di esercitare una sovranità europea digitale alla base del processo in corso ad opera di giudici di Lussemburgo di europeizzazione di Internet, la cui natura transnazionale di portata globale non sembra supportare il successo, con riferimento, appunto, alla effettività della tutela apprestata, di tentativi, seppure comprensibili e financo lodevoli negli intenti, di radicale regionalizzazione della protezione. Regionalizzazione, quest’ultima, che rischia di trasformarsi, peraltro, come si diceva, in una segmentazione e perfino balcanizzazione dei meccanismi di protezione. Infine, si è parlato di potere, ed in particolare di nuovi poteri privati che, in ambito digitale, competono con i classici poteri pubblici.

Occorre quindi chiedersi, a questo proposito: quale è il momento in cui alcune forme di iniziativa economica, specialmente in ambito digitale, si trasformano tecnicamente in potere. E, conseguentemente: quale strumentario offre oggi il diritto costituzionale per reagire a tale trasformazione?

Tali quesiti conclusivi a cui non si fornirà risposta in questa sede risultano tuttavia fondamentali dal momento che toccano una premessa fondamentale, del diritto pubblico, quella per cui l'unico potere legittimo è quello pubblico.

Tuttavia, le domande non si esauriscono solo alla fase di comprensione del fenomeno ma è necessario riflettere anche, come si diceva, sugli strumenti interpretativi oggi a disposizione del diritto costituzionale ed, in particolare, dalla teoria dei diritti fondamentali. Di fronte a eventuali abusi di potere di nuovi potenti soggetti privati, quali i possibili rimedi che siano in grado di assolvere, anche in ambito digitale, alla missione originaria del costituzionalismo, limitare e incanalare il potere (originariamente esclusivamente di natura pubblicistica)?

Una prima risposta sembra quella di porre contare sulla efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, da applicare quindi anche alle relazioni *inter privatos* e nei confronti, conseguentemente, di nuovi poteri privati in ambito digitale.

Ora, si potrebbe sostenere, come fa Robert Alexy²¹, che la questione relativa agli effetti orizzontali dei diritti fondamentali previsti dalle Carte costituzionali o dai *Bills of rights* non possa essere concettualmente scissa dal problema più generale del riconoscimento di un effetto diretto agli stessi diritti. In altre parole, se è riconosciuto ad un diritto fondamentale effetto diretto, tale riconoscimento dovrebbe essere caratterizzato da una doppia dimensione: quella verticale (autorità vs. libertà) e quella orizzontale (nei rapporti tra privati)²².

Il problema è che tale assunto, convincente da un punto di vista teorico, passando dall' "olimpo" dei filosofi all' "arena" dello *ius dicere*, rischia di non superare il *test* del diritto costituzionale comparato, perché, come si vedrà tra un momento, le scelte delle corti costituzionali e supreme possono divergere, su questo aspetto, in base al paradigma costituzionale al quale esse si ispirano che fa da architrave, da *humus* assiologico culturale.

Negli ultimi vent'anni, osservando diverse esperienze nazionali in chiave comparata, la questione dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali è stata affrontata in diversi ordinamenti anche fuori dall'Europa. Partendo dal Canada, come testimoniato dalla Canadian Charter of Rights and Freedoms

²¹ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 570-571.

²² G. Romeo, *Federalising and constitutionalising a legal order: the case for (still) entrusting the bill of rights with the task of full integration*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, forthcoming.

del 1982²³, passando per il Sud Africa prima sotto la Costituzione *ad interim* del 1993 e poi la Costituzione finale del 1996²⁴ per poi giungere all'Irlanda²⁵ nonché ad Hong Kong con la Bill of Rights Ordinance del 1991, è possibile constatare la rilevanza transnazionale della questione relativa all'efficacia dei diritti fondamentali²⁶.

Spostandosi in particolare nello scenario statunitense, per quanto riguarda l'applicazione dei diritti previsti dagli Emendamenti della Costituzione introdotti a partire dal 1791, e con particolare riferimento al I Emendamento che riconosce la libertà di espressione (*right to free speech*), l'efficacia orizzontale (*inter privatos*) dello stesso è negata dall'applicazione della c.d. *state action doctrine*²⁷, in forza della quale le garanzie previste dai diritti sanciti dal *Bill of Rights* federale possono essere fatte valere soltanto nei confronti dei poteri pubblici e non dei privati²⁸.

La ragione alla base della resistenza alla accettazione di una generale efficacia orizzontale dei diritti previsti dalla Costituzione federale si spiega perché l'architettura e, ancor prima, il terreno culturale che fa da *humus* al costituzionalismo statunitense è basato sui valori di *liberty* e *individual freedom* che costituiscono il fondamento dell'autonomia privata. In altre parole, come ha osservato Mark Tushnet, the “*judicialisation of relations between private persons [is] as an intolerable intrusion of the state into the sphere of private autonomy*”. Questo

²³ V. in particolare il caso *Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.*, 2 S.C.R. 573 (1986).

²⁴ L'art. 8(2) della Costituzione sudafricana stabilisce: “*A provision of the Bill of Rights binds a natural or juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking account of the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right*”. Inoltre, l'art. 9(4) impone l'obbligo per i privati di non discriminazione.

²⁵ A differenza dell'approccio verticalistico statunitense, la Corte Suprema dell'Irlanda ha riconosciuto un ampio effetto orizzontale delle norme costituzionali. Come osservato dal giudice Walsh nel caso del 1973 *Meskeell v. Coras lompair Eireann* 1965 WJSC-HC 5078: “[I]f a person has suffered damage by virtue of a breach of a constitutional right or the infringement of a constitutional right, that person is entitled to seek redress against the person or persons who infringed that right”. E come chiarito dal giudice Costello in *Hosford v. John Murphy & Sons*, 1987 ILRM 300 (HC): “*Uniquely, the Irish Constitution confers a right of action for breach of constitutionally protected rights against persons other than the State and its officials*”. Tra i vari diritti a cui è stata riconosciuta un'efficacia orizzontale, si menzionano qui la libertà di associazione (*Meskeell v. Coras lompair Eireann*, cit.) e discriminazione in base al sesso (*Murtagh Props. Ltd. v. Cleary*, 1972 I.R. 330 (Ir. H. Ct.)).

²⁶ M. Hunt, *The “Horizontal Effect” of the Human Rights Act*, in *Public Law*, 1998, 423.

²⁷ V. in particolare, S. Gardbaum, *The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights*, in *Michigan Law Review*, 102, 2003, 388-458; M. Tushnet, *The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2003, 79-98; W. R. Huhn, *The State Action Doctrine and The Principle of Democratic Choice*, in *Hofstra Law Review*, 84, 2006, 1380-1456.

²⁸ A tal proposito, un esempio è fornito di applicazione orizzontale dei diritti fondamentali è fornito dal caso della Corte Suprema degli Stati Uniti *Shelley v. Kraemer* 334 U.S. 1 (1948). Il caso di specie riguardava una clausola contrattuale secondo cui gli afroamericani potevano vendere le case acquistate soltanto ai bianchi. In particolare, la controversia emersa riguardo tale previsione contrattuale portava la Corte Supreme a rivedere la decisione della *lower Court*. Ritenendo una tale restrizione lesiva della *equal protection clause*. Tuttavia, la dottrina costituzionale degli Stati Uniti ritiene che le disposizioni costituzionali non hanno effetti orizzontali. In particolare, v. M. Tushnet, *Shelley v. Kraemer and Theories of Equality*, in *New York Law School Law Review*, 33, 1988, 383-408.

approccio di fatto impedisce la penetrazione delle garanzie costituzionali nelle dinamiche intersoggettive rendendo impossibile la trasformazione dei *constitutional rights* in istanze direttamente azionabili.

Un tale *humus* costituzionale rende di fatto impossibile l'attecchimento in terra statunitense della teoria di matrice tedesca dell'effetto orizzontale (*Drittwirkung*)²⁹ che dopo aver preso il via dalla giurisprudenza coraggiosa, per l'appunto, delle corti tedesche a partire dagli anni '50³⁰, è diventata familiare anche per altre corti costituzionali europee ma anche per la Corte europea dei diritti dell'uomo³¹ nonché, come si dirà più dettagliatamente in seguito, per la Corte di giustizia dell'Unione europea. Anche le nuove Costituzioni post-comuniste dell'Est Europa si occuparono – seppur sulla base di presupposti diversi – della questione³².

In altre parole, nel costituzionalismo europeo non è un tabù parlare di efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, il che non può stupire se si riflette sul DNA caratterizzante lo spirito di detto costituzionalismo alla cui base risiede, il meta-principio di dignità umana, che non solo ricorre formalmente in molte disposizioni delle costituzioni europee³³ e costituisce il Titolo I della Carta dei diritti fondamentali ma plasma sin dalle fondamenta detto spirito in reazione, ovviamente, a quell'annichilimento della dignità che ha caratterizzato i regimi totalitari ed autoritari³⁴.

Proprio tale *humus* consente, in Europa, di non considerare di per sé costituzionalmente intollerabile ogni processo di “giudizializzazione” delle relazioni *inter privatos* in cui entra in gioco l'applicazione orizzontale dei diritti previsti dal *bill of rights* di riferimento. Al contrario lo stesso *humus*, ponendo la tutela della

²⁹ M. Kumm, *Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, in *German Law Journal*, 7(4), 2006, 341-370.

³⁰ BVerfGE 7, 198. Il caso Lüth riguardava un esponente della classe politica che si era opposto alla distribuzione del film antisemita “Jüd Jüss”. In particolare Lüth veniva condannato a risarcire i danni che aveva causato attraverso la sua attività di boicottaggio. A seguito di tale decisione, Luth si appellava alla Corte costituzionale lamentando la violazione della sua libertà di espressione. La Corte costituzionale tedesca affrontava quindi una questione attinente all'estensione dei diritti costituzionali nei rapporti *inter privatos*. In tale occasione, la Corte tedesca per la prima volta ha sostenuto che i diritti costituzionali non costituiscono soltanto delle pretese dell'individuo nei confronti dello Stato ma formano un insieme di valori che si applicano in tutte le aree del diritto fornendo indicazioni assiologiche al potere legislativo, esecutivo e giudiziario. Nel caso di specie, la tutela della libertà di espressione non si sviluppa soltanto in senso verticale nei confronti dello Stato, ma anche in senso orizzontale visto che le norme di diritto civile devono essere interpretate secondo lo spirito della carta costituzionale.

³¹ Si veda in particolare CEDU, *X e Y c. Paesi Bassi*, n. 91 (1985).

³² C. R. Sunstein, *Against Positive Rights*, in A. Sajo (ed), *Western Rights? Post-Communist Application*, 1996, 225-232.

³³ Risulta particolarmente rilevante che l'art. 1 della Costituzione tedesca sancisca l'intangibilità della dignità dell'uomo prevedendo il dovere di ogni potere statale di rispettarla e proteggerla. Per alcune riflessioni critiche sul tema si veda G. Bognetti, *The Concept of Human Dignity in European and American Constitutionalism*, in G. Nolte (ed), *European and United States Constitutionalism*, Cambridge, 2005.

³⁴ Sul tema dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali della Carta si vedano, in particolare, D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018; S. Walkila, *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, Amsterdam, 2016; E. Frantziou, *The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality*, in *European Law Journal* 21, 2015, 657 ss.; D. Leczykiewicz, *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Review*, 38, 2013, 479 ss.

dignità³⁵ quale valore paradigmatico ammette, in astratto, un'applicazione orizzontale dei diritti fondamentali quando questa sia funzionale alla protezione più ampia dei diritti in gioco. Lo stesso concetto di abuso del diritto, di fatto sostanzialmente estraneo alla teoria costituzionale statunitense ed invece non solo noto al costituzionalismo europeo, ma anche codificato dalle due Carte dei diritti paneuropee (art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e art. 17 della Convenzione EDU) sembra remare nella stessa direzione

Che poi la Corte di giustizia sia stata coerente con tale impostazione teorica ed abbia ammesso pacificamente l'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali della Carta di Nizza, è tutta un'altra questione che non può essere qui affrontata, ma la cui risposta, almeno riguardo all'ammissione pacifica, non può essere del tutto positiva³⁶.

Certo, però, bisogna aggiungere che la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo in tema di tutela dei diritti fondamentali in ambito digitale offre un laboratorio interessante, per mettere alla prova le reali intenzioni dei giudici europei che sembrano propensi, di fronte all'emersione nuovi poteri privati, ad ammettere con minore difficoltà, anche se senza quella chiarezza necessaria, l'applicazione orizzontale degli artt. 7 ed 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

In particolare, come è notissimo, i giudici comunitari, con tre decisioni tra il 2014 e il 2015, hanno fatto emergere la chiara volontà, da parte degli stessi giudici, di prendere (forse troppo) sul serio la protezione di un nuovo *digital right to privacy* andando oltre un approccio meramente formalistico e assicurando un ampio livello di protezione degli articoli 7 ed 8 riconosciuti dalla Carta, anche a discapito di altri diritti di rango pari-ordinato, come, in primo luogo, libertà di espressione, e di fatto, spesso, surrettiziamente, applicando orizzontalmente tali disposizioni della Carta dei diritti fondamentali.

In particolare, ed è davvero la domanda finale, è sufficiente riflettere sulla dottrina dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali oppure è necessario pensare alla enucleazione di nuovi diritti che rafforzino la posizione (al momento assai debole) degli individui-utenti rispetto ai nuovi poteri (privati) della società algoritmica?

³⁵ A. Ruggeri, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta online*, 2, 2018.

³⁶ Cfr. per una analisi meno superficiale al riguardo, O.Pollicino, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in V. Piccone, O. Pollicino (a cura di), *La Carta dei Diritti Fondamentali dell'unione Europea*, Editoriale Scientifica, 2018, 263-300