



Piattaforme digitali e contratto. Digital platforms and contracts.

ROBERTO CARLEO

Full Professor of Private Law at Università degli Studi di Napoli
Parthenope
Lawyer

Abstract

La disciplina del contratto è – come tutta la società – rivoluzionata dall'avvento delle piattaforme digitali. Nascono nuovi soggetti, beni, opportunità e problemi, che pongono l'esigenza di nuove discipline e finanche di nuove tecniche normative idonee a regolamentare lo spazio a-territoriale di internet. Rispetto alla concezione tradizionale del mercato, la disciplina degli scambi che avvengono nella E-Agorà sfugge alla sovranità dei legislatori dei singoli stati territoriali e richiede la virtuosa collaborazione dei protagonisti e, in particolare, proprio delle piattaforme digitali, in un'ottica di co-regolazione tra pubblico e privato, agevolata dal ruolo delle Authorities di settore, anche in applicazione del principio di sussidiarietà.

Contracts regulation is - like the whole society - revolutionised by the advent of digital platforms. New subjects, goods, opportunities, and problems arise, creating the need for new disciplines and even new regulatory techniques capable of regulating the a-territorial space of the Internet. Compared to the traditional conception of the market, the regulation of the exchanges that take place in the E-Agorà escapes the sovereignty of the legislators of the single territorial states and requires the virtuous collaboration of the protagonists and, in particular, of the digital platforms, in a perspective of co-regulation between public and private, facilitated by the role of the sector



Keywords: Digital Platforms; Contracts.

Summary: [1. Introduzione: La rivoluzione del contratto nell'era della digitalizzazione.](#) – [2. Il problema dell'applicazione della legge e della sovranità degli Stati nello spazio a-territoriale e globale della rete: una soluzione adottata dal GDPR con il c.d. principio di *accountability*.](#) – [3. Alcuni nuovi problemi del contratto nel sistema di internet e della *blockchain*.](#) – [4. Responsabilità delle piattaforme nei confronti degli utenti e regole di concorrenza: il caso Bolger vs Amazon.](#) – [5. Conclusione: Il ruolo delle piattaforme \(*Over The Top*\) tra co-regolazione e sussidiarietà.](#)

1. Introduzione: La rivoluzione del contratto nell'era della digitalizzazione.

L'erompere delle piattaforme digitali ha rivoluzionato la disciplina e la stessa struttura del contratto¹.

Non può non riverberarsi anche sul diritto l'impatto della digitalizzazione e della "datificazione" della società².

Nella "E-Agorà" si affermano nuove tecniche di realizzazione dello scambio di beni e servizi che non sembra possibile ricondurre pianamente alla disciplina tradizionale dettata dal codice civile.

Il diritto non può rimanere estraneo al fenomeno, poiché il mercato (anche digitale) è "*locus artificialis*" necessariamente costituito dal diritto stesso, secondo le celebri osservazioni di Irti³.

La legislazione speciale, specie di derivazione europea, ha introdotto nuove regole che non sono risultate suscettibili di essere recepite e coordinate nel codice civile, mediante la tecnica della *novella*, ma restano affermate in diverse fonti di cognizione, costituite da una moltitudine di leggi speciali, talvolta consolidate in "*codici di settore*", oltre che da regolamenti e da molte altre nuove fonti, soprattutto di autoregolazione o di co-regolazione, in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale sancito dall'art. 118 Cost.⁴.

Il problema non è ovviamente limitato ai confini nazionali, ma è un problema globale che riguarda tutto il mondo ed esige regole uniformi in tutti i territori esistenti dove arriva la rete. La legislazione italiana sul punto diventa ben poco rilevante, se non quando è destinata a recepire ed attuare direttive europee, ma anche i confini dell'Europa rappresentano solo una piccola parte della ben più vasta area di riferimento, da intendersi come totale, universale e sconfinata.

La rivoluzione del contratto, oggi in pieno atto, venne colta in anticipo da Natalino Irti nel celebre saggio "*Scambi senza accordo*"⁵, che può essere

¹ Lo scritto riprende il testo della Relazione tenuta alla presentazione del Progetto di Ricerca Prin 2020 "E-AGORA" - *Online Platform Contracts: economic efficiency and rights' protection of service users. Technological innovation and service sharing in a social world*, tenutasi il 1 luglio 2022 presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope", Villa Doria d'Angri.

² Su cui, proprio in apertura di questi lavori, abbiamo ascoltato le parole di Maurizio Ferraris, e rinviamo al suo libro: M FERRARIS, *Documanità* (Laterza 2021).

³ Così N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.

⁴ Si rinvia alle ricerche raccolte nei volumi a cura di MARIO NUZZO in AA.VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014,

⁵ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, p. 347 ss.

considerato un antesignano manifesto del commercio elettronico.

Irti - già dalla fine dello scorso secolo - ha precorso la dissoluzione del contratto in una combinazione di atti unilaterali convergenti.

Non più un accordo, ovvero un incontro di volontà realizzato mediante una negoziazione espressa attraverso un dialogo umano (*homo loquens*), bensì una meccanica scelta di soluzioni predeterminate, imm modificabili ed omologate, selezionate attraverso gesti meccanici e comportamenti concludenti silenziosi di entrambe le parti del contratto (*homo videns*), quali possono essere sia la fisica esposizione della merce offerta in un grande magazzino (reale o virtuale) a condizioni prestabilite, sia la collocazione della stessa merce nel carrello del consumatore, sia il *click* di un tasto o di un *touch screen* su un terminale elettronico (*computer, tablet, smartphone* etc.).

Il passaggio dal mercato reale a quello virtuale (oggi non più consistente solo in veicolo per lo scambio di beni o servizi reali, ovvero fruibili nella realtà concreta, bensì anche come spazio virtuale per lo scambio di beni e servizi che non vengono ad esistere nel mondo reale ma restano confinati nel “*metaverso*”) pone una infinita serie di nuove opportunità e di nuove sfide, che non possono enunciarsi in poche battute.

Le novità normative, specie derivanti dalla legislazione europea, sono tantissime, recentissime ed in continua evoluzione.

Una fonte europea fondamentale per la regolazione dei contratti con le piattaforme digitali è il Regolamento 2019/1150/UE, volto a garantire che i rapporti contrattuali tra i fornitori di servizi di intermediazione *online* e le imprese che si avvalgono delle piattaforme per offrire al pubblico beni e servizi (c.d. “*utenti commerciali*”) siano condotti secondo correttezza e buona fede.

Ma ancora più recente, nella direzione della responsabilizzazione delle piattaforme digitali e della rimozione delle “*asimmetrie informative*”⁶, è il *Digital Service Act* (DSA), ovvero il disegno di legge che impone alle *Big Tech* una maggiore responsabilità sui contenuti illegali o nocivi che circolano sulle loro piattaforme, sul quale appena un paio di mesi fa la Commissione Europea ha raggiunto un accordo politico.

Ed in queste stesse recentissime date sono state varate o sono in corso di approvazione altre fonti importanti (*Data Governance Act* e *Data Act*), nella direzione di regolare i profili diventati fondamentali dei “dati” e della loro tutela⁷, restando sempre in attesa del (possibile) nuovo accordo tra la Commissione Europea ed il Governo degli U.S.A. sul trasferimento extra UE dei dati personali degli utenti, a seguito della nota bocciatura del c.d. *Privacy Shield* ad opera della Corte di Giustizia UE⁸.

In questa sede non è possibile, né utile, passare in rassegna le singole novità

⁶ Le conseguenze in termini di validità del contratto e di responsabilità delle piattaforme sono studiate dalla unità di ricerca dell'Università Cattolica di Milano, con il prof. Antonio Albanese.

⁷ Oggetto di studio della unità di ricerca dell'Università di Verona, con il prof. Riccardo Omodei Salè. Questo PRIN si propone, ovviamente, di analizzare e di studiare tutta la normativa di riferimento, anche con il beneficio dell'accordo di collaborazione con AGCOM (con cui abbiamo il privilegio di poter collaborare, come abbiamo ascoltato dal Presidente e dagli autorevoli dirigenti che sono qui intervenuti) che consentirà di attingere al prezioso serbatoio dei dati concreti raccolti dall'Autorità anche per la cura di un apposito osservatorio sulle piattaforme digitali.

⁸ Si rimanda per un'ampia e completa ricostruzione del dibattito al volume *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai “Safe harbour principles” al “Privacy Shield”*, a cura di G. RESTA e V. ZENO-ZENCOVICH, Roma, 2016.

o tentare di ricostruire un quadro normativo aggiornato.

Ciò che si intende qui evidenziare è, piuttosto, la rivoluzione che avviene non solo nella disciplina e nelle sue fonti, ma anche nelle stesse tecniche di regolazione della rete.

2. Il problema dell'applicazione della legge e della sovranità degli Stati nello spazio a-territoriale e globale della rete: una soluzione adottata dal GDPR con il c.d. principio di *accountability*.

Internet è uno spazio a-territoriale, di talché pone innanzitutto il problema della applicazione del diritto, quale che sia il contenuto dello stesso.

In altri termini, prima ancora di porre le regole del contratto, occorre stabilire *chi* debba dettarle e, soprattutto, *come* lo Stato possa garantire la coercibilità di queste regole.

Lo Stato esercita il proprio potere (solo) sul proprio territorio, ma la norma da applicare in uno spazio (a-territoriale) pone un problema di sovranità⁹.

Non a caso in Europa nell'ambito di alcuni mercati regolati (ad esempio per le assicurazioni) si impone che le imprese utilizzino sistemi di *cloud computing* che abbiano i propri server localizzati in paesi determinati e comunque entro i confini del territorio della Unione Europea¹⁰.

Tuttavia (a parte alcune eccezioni, come quella appena menzionata, in cui è stato possibile imporre dei limiti) in generale i tentativi di ricondurre lo spazio "libero" della rete nel territorio fisico in cui si trovano i server si sono rivelati inadeguati, poiché è fin troppo facile, con gli strumenti tecnologici, eludere la territorialità ed accedere in maniera anonima e non agevolmente tracciabile con il riferimento ad un determinato territorio.

Eloquente appare il caso delle norme sulla *privacy* (o, meglio, sul trattamento dei dati personali) ove il legislatore europeo del GDPR ha escogitato un sistema nuovo ed originale per consentire l'applicazione delle norme anche oltre il territorio europeo.

Questa soluzione consiste nell'abbandonare la regola di dettaglio posta dal legislatore, scegliendo invece di responsabilizzare un determinato regolatore (il "*data controller*"), ovvero un soggetto che viene appositamente selezionato come colui il quale ha il potere di regolare, ma nel contempo deve altresì rispondere della adeguatezza delle regole che avrà dettato rispetto agli obiettivi che il legislatore si limita ad enunciare astrattamente in termini di principi generali.

Questo passaggio "*dalla regola al regolatore*"¹¹ è segnato dalla introduzione del c.d. principio di *accountability*, che rappresenta per il nostro paese una novità e può essere tradotto con responsabilità e insieme prova della stessa responsabilità: esso è sovente tradotto come "principio di rendicontazione" o "di responsabilità" e consiste nell'obbligo di conformarsi e di dimostrare.

Il significato della parola "*accountability*" presenta una difficoltà di traduzione

⁹ Come bene ha osservato sempre N. IRTI, *Norma e Luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001.

¹⁰ Sul punto cfr. F. TRUBIANI, *I servizi di cloud computing tra tutela del consumatore e sostenibilità digitale*, Padova-Milano, 2022.

¹¹ Ci si consenta il rinvio a R. CARLEO, *Il principio di accountability nel GDPR: dalla regola alla auto-regolazione*, in *Nuovo dir. civ.*, 2021, 1, p. 359 ss. (consultabile al link: <https://www.dikegiuridica.it/admin/file/NDC1-21-Carleo.pdf>).

in lingua italiana giacché contiene in sé contestualmente vari significati, quali quelli di libertà, responsabilità, prova e rendicontazione. L'affermazione legislativa di questo principio segna una nuova tecnica normativa capace di estendere l'efficacia della disciplina della protezione dei dati personali ovunque nello spazio della rete, anche oltre i limiti del territorio europeo.

Il legislatore abbandona la regola di dettaglio e affida ad un “*regolatore responsabilizzato*” – il *data controller* – la scelta delle soluzioni più adeguate per il raggiungimento dell'obiettivo, della cui idoneità il *data controller* poi verrà chiamato a rispondere ove insorgano problemi.

Ed è così che - grazie a questo “*geniale*” espediente che consente lo “*scollamento tra legge e territorialità*”¹² - la protezione dei dati personali dovrebbe funzionare indipendentemente dal territorio degli Stati, ovvero anche in uno spazio a-territoriale, qual è appunto quello di internet.

3. Alcuni nuovi problemi del contratto nel sistema di internet e della blockchain.

I nuovi problemi del contratto – così come le nuove opportunità che si dischiudono – nel sistema di internet e della *blockchain* sono innumerevoli e non è certo possibile in questa sede darne conto, se non con qualche sporadico accenno, a mo' di rapido volo d'uccello, solo su qualcuno di essi.

Basti pensare, ad esempio, ai nuovi soggetti protagonisti del mercato che nascono proprio grazie alle piattaforme digitali e difficilmente potrebbero altrimenti esistere, tra i quali innanzitutto il *prosumer*¹³, ovvero un consumatore che riesce ad assumere nel contempo anche l'opposta qualità soggettiva di professionista, offrendo - grazie alla efficienza della rete (che supplisce alla necessità di dotarsi di una organizzazione aziendale adeguata per l'esercizio dell'impresa) - lo scambio di beni o servizi¹⁴.

Oppure si pensi, dal punto di vista degli oggetti, alla irruzione nel mercato di nuovi beni “virtuali”, privi di consistenza materiale¹⁵, quali i *bitcoin* o altre criptovalute, nonché i *Non Fungible Token*, che attualmente imperversano soprattutto nel mercato dell'arte, permettendo di certificare la “rarietà digitale” di un bene, sfruttando (come già avviene anche per le criptovalute) la tecnologia *blockchain*, ovvero un equivalente digitale di un registro delle transazioni.

Ed ancora sempre la *blockchain* pone nuove affascinanti opportunità in tema di forma, prova e pubblicità degli atti giuridici, tanto da fare ipotizzare una semplificazione di procedure e regole vigenti per la circolazione di taluni diritti.

Più in generale, è la stessa nozione di “documento” che viene ad essere ampliata a dismisura a seguito della moltitudine dei dati che vengono generati digitalmente e che possono essere conservati e riprodotti su diversi supporti¹⁶, al punto che sembra suscettibile di essere superata persino la stessa nozione tradizionale di forma scritta o quella di prova scritta.

¹² Sono parole di L. FLORIDI, *Il verde e il blu. Idee ingenue per migliorare la politica*, Milano, 2020, p. 28 s.

¹³ Fortunata locuzione che si deve a A. TOFFLER, *The third wave*, New York, 1980.

¹⁴ Sul punto si veda R. BOCCHINI, *La polivalenza delle posizioni contrattuali nella sharing economy*, in *Nuovo dir. civ.*, 2021, 1, p. 246 ss.

¹⁵ Cfr. BYUNG CHUL HAN, *Le non cose*, titolo originale: “*Undinge*”, 2021

¹⁶ Cfr. ancora M. FERRARIS, *Documanità*, cit.

Tuttavia il tema della conservazione dei dati digitali apre anche a dubbi sulla capacità e sulla resistenza futura della memoria digitale, inducendo spesso a ritenere che i dati digitali - a differenza del vecchio e tradizionale supporto cartaceo - possano essere esposti ad inopinati *black out* per varie cause, quali cataclismi naturali o attacchi di pirati informatici (come - sia pure assai raramente - già è accaduto).

La stessa obsolescenza (anche programmata)¹⁷ del *software* (oltre che dell'*hardware*) necessario per leggere i dati digitali potrebbe contribuire ad accrescere il rischio di “*generazioni dimenticate*” o di “*buchi neri nella storia*”¹⁸.

Inoltre la conservazione della sempre crescente mole di dati (che richiederebbe uno spazio che pare non essere illimitato, di talché si impone comunque la necessità di scegliere dati da cestinare per sempre) pone anche l'opposto problema del *diritto all'oblio* (trattato dalla Corte Europea nel celebre caso *Google Spain*, che concede agli utenti interessati il diritto di “*deindicizzare*” taluni dati ritenuti sconvenienti, rendendoli con ciò di non immediata visibilità e reperibilità, pur senza cancellarli).

Il tema della conservazione dei dati pone anche quello della trasmissione ereditaria: i dati personali sono beni? Seguono le regole della successione ereditaria? Le risposte sono diverse. Probabilmente va operata una distinzione tra i dati, a seconda delle informazioni che essi contengono. Sul punto, in particolare con riguardo alla successione - o meglio all'accesso - all'*account* del defunto si registrano risposte diverse nei diversi ordinamenti: mentre negli Stati Uniti le richieste di accesso vengono tendenzialmente negate (salvo che con riferimento a dati specifici, quali le mail direttamente intercorse con il richiedente) seguendo fedelmente solo la volontà espressa dal *de cuius*, il cui *account* viene chiuso al momento della morte, viceversa in Europa si tende ad ammettere una successione universale anche nell'*account* (così in Germania) oppure - in Italia - si ammette un diritto di accesso (invero indiscriminato) da parte dei “*congiunti*” che facciano richiesta al provider adducendo “*ragioni familiari meritevoli di protezione*” (ai sensi dell'art. 9, comma 3 del Codice della Privacy (D.Lgs. 196/2003, come modificato dall'art. 2 *terdecies* D.lgs. n. 101/2018).

Sulla base di tale norma, nell'ultimo anno alcuni Tribunali italiani (¹⁹ hanno accolto dei ricorsi di urgenza promossi contro il gestore (Apple) volti ad ottenere le *password* dell'*account* personale del *de cuius*, prima che esso fosse disabilitato, come previsto dal contratto.

In particolare i suddetti Tribunali hanno condiviso la argomentazione secondo cui la clausola contrattuale che prevede la intrasferibilità del profilo personale (*account*) non sarebbe oggetto di un valido consenso espresso dall'utente.

Ma la soluzione suscita non poche perplessità se si pensa - tra l'altro - che l'accesso indiscriminato dei congiunti al profilo di un utente deceduto (che non avrebbe espresso alcun consenso tantomeno alla divulgazione dei propri dati e men che meno di tutti essi) ben potrebbe coinvolgere anche profili di tutela della

¹⁷ Qui il riferimento va all'opera di S. LATOUCHE, *Usa e getta. Le follie dell'obsolescenza programmata*, Torino, prima ed. 2012 (trad. F. Grillenzoni).

¹⁸ Ci si consenta il rinvio a R. CARLEO, *il futuro della memoria digitale*, in *La Magistratura*, Fascicolo N.1/2022 (consultabile al link: <https://lamagistratura.it/informatica-e-nuove-tecnologie/il-futuro-della-memoria-digitale-2/>).

¹⁹ Ci si riferisce ai Tribunali di Milano (ord. 9 febbraio 2021), Bologna (ord. 25 novembre 2021) e Roma (ord. 10 febbraio 2022 n. 2688).

riservatezza dei dati personali di terzi, che invece dovrebbero senz'altro essere protetti.

Si pone quindi un problema di validità di espressione del consenso del titolare dei dati, che ben potrebbe essere superato - prima che dal legislatore (che potrebbe finire per esigere una "quarta firma" sui contratti, relativa appunto alla intrasferibilità dei dati) - dalle stesse piattaforme, le quali potranno autonomamente prevedere e organizzare dei meccanismi che consentano agli utenti (appositamente resi edotti) di esprimere chiaramente le proprie scelte, come in taluni casi già sta avvenendo (si pensi ad esempio ai profili commemorativi di *facebook*).

Anche sotto tale profilo, emerge il problema centrale per la disciplina dei contratti conclusi con o attraverso piattaforme digitali in relazione ai requisiti di validità del consenso espresso dagli utenti: esso impone una revisione delle regole in materia di vizi della volontà, unitamente a quelle della correttezza e della trasparenza delle informazioni che devono essere garantite, nonché quelle della prevenzione e repressione delle pratiche commerciali scorrette.

Ed anche nuove procedure alternative alla giurisdizione ordinaria (anch'essa rivoluzionata dalla digitalizzazione grazie all'introduzione del processo telematico) per la risoluzione delle controversie *online* (ODR) si vanno sviluppando attraverso le piattaforme digitali, che consentono di implementare sistemi sempre più rapidi, efficienti ed economici, con la garanzia della gestione e della sorveglianza dello Stato attraverso le Autorità amministrative indipendenti (e in particolare dell'AGCOM).

Da ultimo, ma non certo in ordine di importanza, non può omettersi un cenno, tra i molti altri profili che dovrebbero essere richiamati, al tema degli *smart contracts* e della intelligenza artificiale, la quale penetra anche nei meccanismi di costituzione ed esecuzione del contratto.

È forse ancora presto per definire i temi della personalità giuridica o della capacità giuridica delle macchine (sulla cui possibile vita o sulla cui reale autonomia dall'uomo la maggioranza degli interpreti nutre ancora un radicale scetticismo) ma si tratta di problemi che devono essere certamente affrontati in concreto e che sono stati già inseriti nell'Agenda del legislatore europeo.

4. Responsabilità delle piattaforme nei confronti degli utenti e regole di concorrenza: il caso *Bolger vs Amazon*.

L'analisi dei profili del contratto coinvolge necessariamente quella delle conseguenze della violazione delle regole, le cui sanzioni oscillano tra rimedi demolitori (ovvero la invalidità dei contratti) o risarcitori (ovvero la responsabilità delle piattaforme nei confronti degli utenti).

Le piattaforme hanno fino ad oggi (verosimilmente anche con le ultime normative in corso di approvazione) goduto di una esenzione dal coinvolgimento nella responsabilità su ciò che esse si limitano ad intermediare come meri "ospiti" di altri che negoziano tra loro, senza assumere alcuna "paternità" dei contenuti che vengono veicolati (si pensi alla estraneità dell'*host provider* rispetto a contenuti illeciti che transitano sulla piattaforma), ponendosi peraltro dei delicatissimi problemi intorno al ruolo di controllo (che rischierebbe di degenerare

in censura) che le piattaforme medesime svolgono per impedire (o ridurre) la circolazione dei contenuti che esse valutano come illeciti o meritevoli di essere in qualche misura confinati, se non del tutto rimossi.

Ha suscitato grande scalpore, appena due anni fa, il caso *Angela Bolger vs Amazon.Com*²⁰, nel quale la Corte d'appello della California ha condannato Amazon a rispondere in solido del risarcimento del danno subito da una signora che – tramite la piattaforma - aveva acquistato un prodotto (una batteria per un laptop) da un terzo venditore e produttore, che tuttavia era “consigliato” dalla piattaforma.

Ebbene, questa decisione non è affatto un danno per Amazon, ma anzi ne amplifica il potere planetario nel commercio elettronico: i consumatori preferiranno comprare attraverso questa piattaforma nella consapevolezza che l'affidamento riposto sulla stessa opera come garanzia della sicurezza dei prodotti, della quale risponderà – oltre al venditore e produttore diretto responsabile – anche l'intermediario commerciale che ha consigliato il prodotto medesimo.

La decisione è motivata dalla Corte proprio in ragione della autorevolezza e della credibilità planetaria di Amazon, che, se consiglia un prodotto, suscita il legittimo affidamento degli utenti e pertanto deve farsene garante in caso di danni.

Ed allora appare lecito domandarsi: il consumatore potrà godere di simile protezione anche se acquista in altri mercati o attraverso altri intermediari? Probabilmente no. E dunque questa ulteriore garanzia del consumatore opera come regola di concorrenza tra imprese, che finisce per favorire sempre maggiormente quelle più forti, che sono capaci di offrire maggiori garanzie e si rendono pertanto più appetibili (non solo per i consumatori ma anche per i produttori) rispetto a quelle altre che non hanno la forza di sopportare gli oneri delle forme di tutela dei consumatori.

5. Conclusione: Il ruolo delle piattaforme (*Over The Top*) tra co-regolazione e sussidiarietà.

Internet è un osservatorio privilegiato del *rapporto tra diritto e tecnica* (si pensi ai dialoghi di Natalino Irti con Emanuele Severino e Luigi Mengoni)²¹).

Può il diritto regolare i nuovi fenomeni del progresso della tecnica, oppure ne resta inesorabilmente travolto?

Le difficoltà che incontra il diritto sono evidenti e in parte ne abbiamo già trattato con riguardo ai problemi della a-territorialità della rete.

Già abbiamo ricordato che il mercato è *locus artificialis* e non *locus naturalis*, di talché esso esiste in quanto è creato dal diritto, sia quando il legislatore interviene, sia quando adotti la scelta politica di non intervenire (seguendo la celebre frase di Talleyrand - secondo cui intervento e non intervento sono la stessa cosa - richiamata da Irti, sempre nel già citato *L'ordine giuridico del mercato*)²².

²⁰ *Angela Bolger vs Amazon.Com, LLC*, (2020 WL 4692387) Cal. Court of Appeal, 8/13/20.

²¹ Cfr. N. IRTI e E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, 2001

²² Cfr. nota 3.

È certo, dunque, che il diritto debba regolare la tutela dei soggetti e le attività del mercato digitale, sia nei rapporti contrattuali con gli utenti sia per i profili di concorrenza tra imprese²³.

Ma il diritto trova nuovi strumenti e nuovi fonti che consentono la creazione di regole adeguate di cui si impone comunque il rispetto.

Non rileva più solo il diritto *eterodeterminato* dal legislatore (che non riesce ad inseguire e catturare le fughe in avanti della tecno-economia) ma si espande soprattutto il diritto che nasce dalla *autodeterminazione* degli stessi soggetti destinatari delle norme.

Emerge la necessaria applicazione concreta del principio di sussidiarietà (positivizzato nel nostro ordinamento nell'art. 118 Cost. con la riforma costituzionale del 2001) per cui il legislatore arretra e lascia spazio alla formazione responsabile di regole create da parte dei privati o delle istituzioni sociali più prossime agli interessi da tutelare, che vengono delegate dal legislatore a dettare norme anche di interesse generale.

Le autorità pubbliche cooperano dunque con gli stessi privati ai quali è affidato il compito ed il ruolo di dettare le regole più adeguate e di garantirne l'osservanza, in un'ottica di co-regolazione che sembra emergere sempre più nitidamente.

Autodisciplina, codici di condotta e *soft law*²⁴ finiscono ineludibilmente per segnare le fonti delle nuove regole e la garanzia dell'efficiente funzionamento del mercato digitale.

Le piattaforme digitali si rivelano al di sopra degli Stati e della legge (*Over The Top*, così definite in quanto agiscono "al di sopra delle reti", essendo prive di una propria infrastruttura e avvalendosi di internet) e appaiono ormai troppo potenti per essere sottoposte alla coercizione dei legislatori dei singoli Stati sovrani (ciascuno nei limiti del proprio territorio)²⁵.

Esse tuttavia - grazie alla loro autodisciplina e cooperazione - si fanno carico di stabilire e di fare osservare le regole a garanzia del corretto funzionamento mercato e - pertanto - anche e soprattutto a vantaggio della propria esistenza (oltre che del proprio profitto).

²³ I temi sono studiati dall'unità di ricerca dell'Università di Roma Europea, con la Prof. Valeria Falce.

²⁴ Argomento studiato dall'unità di ricerca dell'Università di Perugia, con la Prof. Alessandra Bellelli.

²⁵ Cfr. F. BASSAN, *Digital Platforms and Global Law*, Cheltenham, 2021.