

Il diritto alla portabilità dei dati e l'evoluzione del quadro normativo*

di

Carlo Colapietro**

Sommario: 1. Regolare la tecnologia tra costituzionalismo e istanze para-costituzionali. – 2. Profili di connessione tra DSA e GDPR. – 3. Il diritto alla portabilità: applicazione e limiti. – 4. Conclusioni: un mosaico di fonti per garantire la portabilità.

1. Regolare la tecnologia tra costituzionalismo e istanze para-costituzionali

Nella società tecnologica, il potere non è più un attributo esclusivo dei soggetti pubblici. Pertanto, una delle maggiori sfide del “nuovo costituzionalismo” a caratteri europei descritto da Enzo Cheli¹ è proprio quella di offrire modalità di

* Il contributo riproduce – opportunamente aggiornato, ampliato ed integrato dell'apparato bibliografico – il testo della Relazione svolta nell'ambito del Convegno “Verso un nuovo quadro normativo europeo: Digital Services Act, Data Governance Act e Data Act”, organizzato dalla Fondazione CESIFIN Alberto Predieri a Firenze il 12 e 13 aprile 2022, ed è destinato alla raccolta di Scritti in onore di Vittorio Angiolini, in corso di pubblicazione.

**Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi Roma Tre.

¹ E. CHELI, *Conclusioni*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2, 2021, p. 956, secondo il quale «questo nuovo costituzionalismo che, proprio per la dimensione dei problemi posti in campo dalla rivoluzione digitale, non potrà assumere le sue forme definitive altro che nello spazio sovranazionale utilizzando quel patrimonio delle “tradizioni costituzionali comuni” che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione ha già da tempo richiamato e che le giurisprudenze dei vari paesi dell'Unione stanno da tempo valorizzando. Una linea che [...] negli anni più recenti è già emersa nelle normazioni europee varate o in corso di formazione in tema di disciplina dei dati e di regolamentazione dell'intelligenza artificiale e che si esprime con molta chiarezza attraverso l'enunciazione di principi diretti a garantire l'impiego di algoritmi trasparenti, affidabili e controllabili, idonei cioè a garantire un'intelligenza artificiale, come viene scritto nei documenti europei, “umanocentrica”».

risposta rapide, flessibili e tecnicamente avanzate «per la difesa dei diritti nel rapporto con i nuovi poteri»².

Occorre infatti individuare gli strumenti «più adeguati ed efficaci per “dare una regola”»³, nella prospettiva di garantire che il progresso tecnologico ed economico possa proseguire, garantendone il migliore sviluppo sempre a tutela delle persone, che, in quanto umane, devono rappresentare il fine primario dello sforzo del legislatore e del giurista⁴.

In questo contesto, occorre tener presente che la forte intermediazione delle piattaforme digitali nelle transazioni commerciali, peculiare dell'attuale struttura del mercato digitale, da una parte comporta un accrescere della dipendenza delle imprese dalle piattaforme *online*, che finiscono per operare quasi come “guardiane” (c.d. *gatekeepers*) dei mercati e, dall'altra, impone ai consumatori di utilizzarle per intercettare le offerte di beni e servizi⁵. È evidente, quindi, lo sviluppo di una sorta

² Così ancora E. CHELI, *Conclusioni*, cit., per il quale «l'azione delle autorità amministrative indipendenti, per risultare efficace nella difesa dei diritti che l'ecosistema digitale sta aggredendo, dovrà d'altro canto sempre più adattarsi alle caratteristiche della società digitale che è segnata dalla presenza di connessioni sempre più strette tra la sfera individuale, la sfera economica e la sfera sociale. Dalché l'esigenza di un sempre più stretto coordinamento anche tra le diverse autorità nazionali investite di compiti in questi diversi settori della sfera umana, coordinamento che già comincia a trovare alcune espressioni sia in Italia [...] sia nel contesto europeo. Queste sono solo alcune delle riflessioni che è possibile oggi fare in ordine alla grande partita che l'uso degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale sta aprendo sul piano costituzionale in una competizione che è ormai di carattere mondiale, ma dove l'Europa, utilizzando il peso delle tradizioni costituzionali comuni ai paesi dell'Unione, ha qualcosa di suo da difendere e da dire».

³ A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, p. 728. Sul punto autorevolmente cfr. anche A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997; ID., *Le norme tecniche nello stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 1996, pp. 251 ss.; e, più di recente, G. TARLI BARBIERI, *Considerazioni di sintesi sul ruolo delle autorità amministrative indipendenti nella regolazione delle decisioni algoritmiche*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2, 2021, pp. 940 ss.; nonché, diffusamente, E. CREMONA, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023, passim e, già prima, ID., *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2, 2021, pp. 879 ss.

⁴ F. LAVIOLA, *Regolazione della tecnologia e dimensione del tempo*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3, 2021, p. 1188.

⁵ M. MIDIRI, *Le piattaforme e il potere dei dati (Facebook non passa il reno)*, in *Dir. informazione e informatica*, 2, 2021, p. 111, il quale in nota chiarisce che così è definito «chi controlla l'accesso a servizi *online* cruciali per raggiungere gli utenti. Per distribuire le loro app agli utenti di dispositivi iOS, gli sviluppatori debbono passare per App Store: App Store “controlla” l'accesso agli utenti iOS (Apple non ammette sui dispositivi iOS altri app store: ecco la barriera

di vero e proprio potere di carattere pubblicistico da parte di questi soggetti, al quale deve corrispondere l'apposizione di regole e limiti al fine di proteggere il diritto e gli interessi delle imprese e dei singoli individui. Si deve dunque raccogliere l'invito a perseguire una nuova funzione per il costituzionalismo, il quale non è più soltanto legato al potere pubblico, ma al contrario oggi è chiamato a limitare i poteri "para costituzionali" esercitati sul web dai colossi privati⁶.

Il funzionamento dei mercati digitali, basato sulla dinamica testé richiamata, pone molteplici tipologie di questioni giuridicamente rilevanti. Tra queste figurano non solo la tutela dei dati personali, ma anche la tutela della concorrenza, la tutela della legalità dei contenuti pubblicati, nonché la tutela dei dati non personali, sempre più utili alle imprese per comprendere i *trend* di mercato.

Invero, come si vedrà a breve, è proprio sul terreno dei *nuovi diritti digitali* che sembra oggi risolversi il problema della praticabilità di un raffronto tra norme costituzionali nazionali e le disposizioni di matrice europea. Un nuovo diritto

all'ingresso). Per avere un *gatekeeper* non è necessario che esso sia l'unico punto di accesso; basta che controlli l'accesso a una categoria di utenti sufficientemente ampia. Un esempio è Google: è difficile per le imprese competere senza il traffico di ricerca generato da Google. E così Amazon: l'accesso alla sua piattaforma è vitale per molti rivenditori».

Al riguardo v. anche: F. LAVIOLA, *Il diritto all'autodeterminazione informativa tra concorrenza e data protection. Riflessioni a margine della saga Facebook c. Bundeskartellamt nella giurisprudenza delle corti tedesche e in attesa della Corte di Giustizia*, in E. CREMONA, F. LAVIOLA e V. PAMPANINI (a cura di), *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 27 ss.; M. R. ALLEGRI, *Il futuro digitale dell'Unione europea: nuove categorie di intermediari digitali, nuove forme di responsabilità*, in *Riv. it. inf. e dir.*, 2, 2021, pp. 7 ss.; V. PAMPANINI, *I nuovi protagonisti del mondo digitale tra neutralità della Rete e accesso all'informazione*, in *Inf. e dir.*, 1/2, 2017, pp. 237 ss.

Rilevante è anche il rapporto tra piattaforme *online* e utenti quali soggetti ormai "costretti" a passare per l'intermediazione delle prime, il vero "luogo" dove avviene la conclusione di una gran parte di rapporti contrattuali: sul tema si rimanda a E. BATTELLI, *Questioni aperte in materia di contrattazione nelle piattaforme online*, in *I Contratti*, 5, 2022, pp. 563 ss.; ed ID, *I modelli negoziali di business degli operatori digitali a "prezzo zero" non sono "gratuiti"*, in *I Contratti*, 2, 2022, pp. 355 ss.

⁶ A. IANNUZZI, *La governance europea dei dati nella contesa per la sovranità digitale: un ponte verso la regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *SSPC*, 1, 2021, p. 51, il quale afferma come «in questo contesto, molte autorevoli voci sollecitano l'affermazione di una nuova fase del costituzionalismo, quella che pare condurre alla genesi di un costituzionalismo digitale. Da parte mia, invito ad accogliere, in questa fase, una nuova funzione per il costituzionalismo, oltre a quella tradizionale di limite al potere pubblico, chiamato oggi a operare anche nella direzione di limite all'abnorme potere di soggetti privati, che esercitano ormai sul *web* poteri para costituzionali».

costituzionale, a tutela dei diritti umani nell'*infosfera*⁷, è oggi pensabile solo in una prospettiva sovranazionale.

Il Regolamento UE 2016/679 (*General Data Protection Regulation*, c.d. GDPR) ha rappresentato, in questo senso, soltanto l'inizio del percorso di regolamentazione, da parte dell'Unione Europea, del settore delle piattaforme digitali. Compiuto questo primo importante passo, infatti, il legislatore europeo ha cominciato immediatamente a interessarsi a tutto tondo del tema, tanto che sembra in atto un'operazione di «recupero della centralità delle fonti del diritto» da parte dell'Unione Europea⁸.

In primo luogo, per promuovere equità e trasparenza nel rapporto tra le piattaforme online e le imprese commerciali che le utilizzano per la fornitura dei propri servizi, è stato adottato il Regolamento UE 2019/1150 ("Regolamento P2B"), in vigore dal 12 luglio 2020.

In particolare, con riferimento ai dati, personali e non, tale atto normativo ha introdotto l'obbligo per le piattaforme di chiarire e regolare nei propri termini e condizioni le modalità con cui gli utenti commerciali possono accedere ai dati di cui dispongono, anche in forma aggregata, forniti o generati mediante la fornitura di servizi di intermediazione. Sebbene non si tratti di una portabilità in senso stretto, tuttavia in questo modo si persegue l'obiettivo di consentire una permeabilità dei dati dalle piattaforme all'ecosistema economico che vi opera.

Inoltre, nel 2020 la Commissione Europea ha predisposto diverse ulteriori iniziative legislative volte ad aggiornare le norme che regolamentano i servizi digitali nell'UE⁹ ed affermare la relativa sovranità in materia.

⁷ Il riferimento è alle note tesi di L. FLORIDI, *Pensare l'Infosfera. La filosofia come design concettuale*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2020.

⁸ Così A. IANNUZZI, *La governance europea dei dati nella contesa per la sovranità digitale: un ponte verso la regolazione dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 51, il quale sostiene che tale direzione «è quella giusta perché può consentire di affrontare correttamente il tema della sovranità e del potere nell'era digitale che rappresenta uno dei problemi più rilevanti del costituzionalismo del XXI secolo».

⁹ Sul pacchetto di riforme europee si veda il documento *Digital Services Act and Digital Markets Act Stepping stones to a level playing field in Europe*, pubblicato dal Comitato Economico e Sociale europeo e disponibile su [Digital Services Act and Digital Markets Act - Publications Office of the EU \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/publication-detail/-/detail/publication/123456789).

In particolare, si tratta delle proposte, in buona parte oggi già approvate e la cui entrata in vigore è diversamente dilazionata nel tempo, che vanno sotto il nome di *Digital Services Act* (DSA)¹⁰ e *Digital Markets Act* (DMA)¹¹, i quali vanno a completare il pacchetto normativo introdotto con la proposta di *Data Governance Act* (DGA)¹², cui ha fatto recentissimamente seguito la proposta di *Data Act* (DA)¹³ e di *Artificial Intelligence Act*¹⁴ (AIA). L'insieme di questi atti normativi è anche il frutto del tentativo del legislatore di procedere attraverso un'ampia consultazione degli *stakeholders*, in un'ottica democratica volta alla ricerca di un punto di incontro tra interessi diversi, al fine di emanare atti normativi vincolanti preventivamente maturati nella ricerca di un accordo tra le parti coinvolte¹⁵.

Si tratta di atti normativi chiamati a formare, nel prossimo futuro, un unico insieme di nuove regole applicabili in tutta l'UE al fine di creare uno spazio digitale più sicuro e aperto, nell'intenzione, da una parte, di garantire la concorrenza del

¹⁰ Regolamento (UE) 2022/2065 "relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali)". La proposta regolamentare è stata definitivamente approvata e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 27 ottobre 2022.

¹¹ Regolamento (UE) 2022/1925 "relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali)". Anche questa proposta di Regolamento è stato ormai definitivamente approvata e il testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 12 ottobre 2022.

¹² Regolamento (UE) 2022/868 "relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) (Regolamento sulla governance dei dati)". Il Regolamento è stato approvato e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 3 giugno 2022.

¹³ Attualmente sono ancora in corso i negoziati relativi all'ultima versione della proposta di regolamento, risultando consultabile solo la proposta di Regolamento (UE) 2022/004 "riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati)", presentata il 23 febbraio 2022.

¹⁴ Risulta ancora aperto l'iter di approvazione della proposta di Regolamento (UE) 2021/0106 "che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione", del 21 aprile 2021.

¹⁵ Sul punto, relativamente alla regolamentazione della tecnologia e di Internet, si veda G. DE MINICO, *Towards an "Algorithm Constitutional by Design"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2021, p. 383, la quale afferma: «Therefore, we propose a median hypothesis coherent with the order which links binding sources and self-regulation [...]. First, the legislative power should be vested in a public supranational authoritative body, based on legal and binding provisions, which also define the nature and scope of its powers. [...] Second, the decision-making process of such a body should encompass a strong representation of private interests concerning the Internet such as entrepreneurs, web surfers, and consumers. Opposing stakeholders should discuss basic issues before a public authority, which is able to make a final decision after the different views have been listened to and fully taken into account».

mercato (digitale) europeo e, dall'altra, di assicurare condizioni di parità nell'accesso alle piattaforme digitali e ai dati da esse generati¹⁶.

Nel regolamentare l'attività svolta dalle piattaforme che rivestono la funzione di intermediario¹⁷, un ruolo preminente tra le proposte menzionate è assunto dal *Digital Service Act* (DSA), il quale mira a rinnovare il quadro normativo eurounitario in materia di servizi digitali – fino ad oggi rimasto fermo alla c.d. Direttiva E-Commerce 2000/31/CE – andando a regolare, da un lato, il regime di responsabilità delle piattaforme che offrono servizi e, dall'altro, i rapporti tra gli utenti e le piattaforme stesse, in un'ottica di maggiore trasparenza, informazione, verificabilità, e sicurezza. Tra le tutele introdotte dal *Digital Service Act* (DSA), vale la pena menzionare, quanto meno: gli obblighi in materia di trasparenza nella distribuzione e gestione dei contenuti e della pubblicità agli utenti¹⁸; le norme sulla tracciabilità degli utenti commerciali (finalizzate a consentire l'individuazione dei venditori di beni o servizi illegali)¹⁹; i meccanismi di cooperazione con i destinatari dei servizi²⁰ e con e tra le autorità pubbliche²¹; il regime di responsabilità delle piattaforme, anche in caso di mancata rimozione di contenuti illeciti²²; nonché, infine, la possibilità per gli utenti commerciali delle piattaforme di accedere ai dati, anche non personali, relativi alle prestazioni delle attività di marketing o pubblicitarie svolte sulla piattaforma²³.

Come è evidente, in tali atti normativi è possibile rinvenire molteplici punti di contatto con altre norme europee già portatrici dei medesimi principi di eguaglianza, trasparenza e circolazione dei dati, specialmente con riferimento a quelle poste a tutela del consumatore e quelle poste a tutela dei dati personali.

¹⁶ G. MORGESE, *Moderazione e rimozione dei contenuti illegali online nel diritto dell'Ue*, in *Federalismi.it*, 1, 2022, pp. 80 ss.

¹⁷ Per approfondimenti in merito al ruolo di intermediazione e ai modelli di business sviluppati dalle piattaforme digitali si veda F. BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di data sharing dal GDP al Data Governance Act*, in *Contr. e impr. Eur.*, 1, 2021, pp. 199 ss.

¹⁸ Artt. 15, 24, 26, 27, 32, 39, 40, 42 del DSA.

¹⁹ Artt. 30 e 32 del DSA.

²⁰ Artt. 12, 16, 20, 32 e 50 del DSA.

²¹ Artt. 9, 10, 11, 13, 18, 40, 49, 57, 58 e 67 del DSA

²² Artt. 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9 del DSA.

²³ Artt. 26 e 39 del DSA.

Peraltro, sul punto occorre notare che anche la giurisprudenza non è rimasta inerte, in quanto è in corso un confronto dialettico tra Facebook ed Autorità Antitrust che si è tradotto in una serie di arresti giurisdizionali, in particolare in Italia²⁴ e in Germania²⁵, avente ad oggetto proprio un'eventuale integrazione dei profili legati alla concorrenza e alla tutela dei consumatori e quelli connessi alla *data protection*. Senza entrare in argomento, basti sul punto accennare che il Tribunale superiore di Düsseldorf ha rimesso la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea il 24 marzo 2021 e, dunque, a breve anche i giudici di Lussemburgo avranno modo di esprimersi sull'argomento²⁶.

2. Profili di connessione tra DSA e GDPR

Sulla connessione tra il DSA e il GDPR è intervenuto il Garante europeo per la protezione dei dati (*European Data Protection Supervisor* – EDPS). Quest'ultimo ha, innanzitutto, affermato una complementarietà²⁷ tra le informazioni che le piattaforme *online* dovranno fornire in base al DSA e le informazioni che il titolare del trattamento deve fornire agli interessati in virtù degli artt. 13 e 14 del GDPR.

²⁴ Si veda il commento alla sentenza del Cons. di Stato, n. 2361 del 29 marzo 2021, di G. SCORZA, *Facebook non è gratis?*, in *Diritto di Internet*, 3, 2021, pp. 547 ss., relativa alla *querelle* derivante dal provvedimento n. 27432 del 2018 con il quale l'AGCM sanzionò l'allora Facebook per aver posto in essere pratiche commerciali scorrette, principalmente per aver indotto gli utenti a credere nella gratuità del servizio a fronte, invece, del ritorno economico derivante dal trattamento dei dati personali degli iscritti.

²⁵ Si rimanda ad A. DAVOLA, *"I vestiti nuovi dell'imperatore"*. *Il contenzioso tra il bundeskartellamt tedesco e facebook in tema di abuso di posizione dominante alla luce del progressivo snaturarsi del diritto antitrust*, in *Diritto di Internet*, 1, 2021, pp. 61 ss.; F. LAVIOLA, *Il diritto all'autodeterminazione informativa tra concorrenza e data protection. Riflessioni a margine della saga Facebook c. Bundeskartellamt nella giurisprudenza delle corti tedesche e in attesa della Corte di Giustizia*, cit.

²⁶ Si vedano le recenti Conclusioni dell'Avvocato Generale della CGUE Athanasios Rantos nella causa C-252/21, presentate il 20 settembre 2022 e consultabili su *CURIA - Documenti (europa.eu)*, il quale ha affermato che «gli articoli da 51 a 66 del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), devono essere interpretati nel senso che: un'autorità garante della concorrenza, nell'ambito dei suoi poteri in forza delle regole di concorrenza, può esaminare, in via incidentale, la conformità delle prassi esaminate con le norme di tale regolamento, tenendo conto al contempo di ogni decisione o indagine dell'autorità di controllo competente ai sensi del suddetto regolamento e informandone l'autorità nazionale di controllo, eventualmente consultandola».

²⁷ Si veda l'*Opinion 1/2021 on the Proposal for a Digital Service Act*, del 10 febbraio 2021, ([21-02-10-opinion on digital services act en.pdf \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/OP/?uri=CELEX:62021OI001)).

Secondo l'EDPS, si deve chiarire che – conformemente ai requisiti di *privacy by design* e *by default* – i sistemi di raccomandazione previsti dal DSA affinché le piattaforme *online* forniscano informazioni specifiche al destinatario del servizio non dovrebbero, per impostazione predefinita, basarsi sulla “profilazione” ai sensi del GDPR. Tuttavia, l'EDPS ricorda anche come il diritto alla protezione dei dati non possa considerarsi un diritto assoluto e come le interferenze, ai fini della trasparenza e della lotta dell'illegalità *online*, possano giustificarsi a condizione che tali misure rimangano limitate a quanto necessario e proporzionato, pur cercando di fornire proposte finalizzate ad integrare, ove possibile, il testo del DSA con il GDPR.

Anche il Garante per la Protezione dei dati italiano si è espresso sulla proposta di DSA, evidenziando come questo si renda necessario per combattere il dogma del regime di responsabilità attenuata previsto attualmente dalla Direttiva E-Commerce 2000/31/CE per le piattaforme. A tal riguardo, nel suo intervento del 19 novembre 2020 al Convegno “*Verso il Digital Service Act. Dialoghi sul futuro dei servizi digitali*” il Presidente dell'Autorità Garante, Pasquale Stanzione, ha affermato che «il Digital Service Act proposto dalla Commissione potrebbe completare e “positivizzare” il percorso compiuto in via pretoria, nel segno di una maggiore responsabilizzazione del gestore [della piattaforma], volto a impedire che la rete, con la forza della condivisione virale e l'ubiquitariet  dei suoi servizi, divenga la cassa di risonanza di violazioni», spesso messe in atto anche da chi su quelle piattaforme esercita le proprie attivit , talvolta anche commerciali.

Al fine di garantire nel concreto una pi  efficace applicazione di quanto previsto dal DSA in materia di accesso e circolazione dei dati, sar  certamente utile rivalorizzare uno “strumento” gi  conosciuto nel diritto europeo, ovvero il *diritto alla portabilit  dei dati personali*. La portabilit  dei dati, infatti, positivizzata proprio all'interno della disciplina concernente la protezione dei dati personali, provoca intersezioni e sovrapposizioni con settori del diritto differenti, come la protezione dei consumatori e la concorrenza, tanto che gi  diverse giurisdizioni di altri

continenti hanno introdotto il diritto alla portabilità come strumento di regolamentazione della concorrenza.

L'articolo 20 ("Diritto alla portabilità dei dati") del GDPR ha introdotto per la prima volta una norma "orizzontale" in relazione al trasferimento dei dati personali, inteso quale possibilità per gli interessati di ricevere e veicolare i propri dati derivanti da un servizio verso un altro servizio.

Il principale obiettivo del nuovo diritto consiste nel *rafforzamento del controllo sui propri dati personali* quando siano detenuti da altri (in questo caso dalle piattaforme digitali), e ciò in base al principio – largamente accettato nella dottrina europea – che sia ormai stato segnato il passaggio del concetto di *privacy* da "riservatezza" ed "esclusione dalla sfera privata" a "controllo" e "protezione" dei dati personali, conformemente a quel diritto all'autodeterminazione informativa sancito quasi quarant'anni or sono dal Tribunale costituzionale federale tedesco²⁸ e fatto proprio dalla cultura giuridica europea.

Nelle intenzioni della Commissione europea, il diritto alla portabilità dei dati risponde all'obiettivo generale di «instaurare un clima di fiducia negli ambienti *on line*, in particolare fornendo agli utenti strumenti per esercitare un effettivo controllo sui propri dati personali e posseduti dai fornitori di servizi in rete,

L'articolo 20 del GDPR ha in concreto introdotto un nuovo diritto *sui generis*, che per molti aspetti si differenzia dal diritto di accesso, pur essendo a quest'ultimo strettamente connesso. Il *diritto alla portabilità dei dati*, infatti, permette agli interessati di ricevere i dati personali forniti al titolare, in un formato strutturato, di uso comune e leggibile meccanicamente, e di trasmetterli a un diverso titolare, con l'obiettivo ultimo di accrescere il controllo degli interessati sui propri dati personali.

Il diritto alla portabilità, dunque, richiede il riconoscimento del diritto di accesso ma, allo stesso tempo, se ne differenzia rappresentandone una evoluzione.

²⁸ Sentenza della Corte Costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) del 15 dicembre 1983: sul punto di veda G. SARTOR, *Tutela della personalità e normativa per la "protezione dei dati". La sentenza della corte costituzionale tedesca sul censimento del 1983 nel dibattito dottrinale sui profili costituzionalistici del «Datenschutz»*, in *Inf. e Dir.*, 3, 1986, pp. 95 ss.

3. Il diritto alla portabilità: applicazione e limiti

Quanto al suo perimetro di applicazione, ai sensi dell'art. 20, paragrafo 1, lettera a) del GDPR, il diritto alla portabilità dei dati presuppone che il trattamento si basi:

- sul *consenso dell'interessato*, nei termini di cui all'art. 6, paragrafo 1, lettera a), ovvero di cui all'art. 9, paragrafo 2, lettera a) in caso di categorie particolari di dati personali;

oppure

- su un *contratto di cui è parte l'interessato*, nei termini di cui all'art. 6, paragrafo 1, lettera b), risultando quindi applicabile in fattispecie limitate rispetto all'accesso.

Ai sensi dell'art. 20, paragrafo 1, infine, sono soggetti alla portabilità i dati personali che riguardano l'interessato e che sono stati forniti dall'interessato, dunque non raccolti.

Così come delineato, il diritto alla portabilità introduce *un'importante agevolazione del passaggio da un servizio all'altro*. Il diritto rafforza invero la facoltà di scegliere tra servizi concorrenti, riduce i costi di *switching* e rende possibile il *multi-housing*, ovvero l'impiego simultaneo dei propri dati su servizi diversi.

Evidente è, dunque, come questo importante diritto, nato nel solco della tutela dei dati personali, imponga obblighi specifici ai soggetti che operano sui mercati digitali, e come tale abbia una portata che va al di là dei diritti individuali, estendendosi anche a diritti collettivi. È un diritto che agisce sulla struttura del mercato e ne condiziona le dinamiche concorrenziali. Da un lato, dal punto di vista del consumatore, la riduzione dei costi di *switching* sfavorisce la concentrazione e la fossilizzazione di grandi quote di mercato a poche piattaforme; dall'altro, dal punto di vista dell'impresa, riduce le barriere all'entrata per le nuove piattaforme. Si evince facilmente, quindi, come il *principio di portabilità* condivida molteplici effetti con la normativa prevista nel DSA, volta a regolamentare e responsabilizzare gli intermediari digitali, in *un'ottica di maggiore trasparenza e legalità*. La portabilità, dunque, consentirà agli utenti di muoversi verso le piattaforme più aderenti ai principi di cui alla nuova legislazione europea, spingendo le piattaforme sul

terreno della concorrenza nell'ambito dei diritti e delle libertà degli utenti, per rimanere concorrenziali sul mercato digitale.

Così come configurato, inoltre, il diritto alla portabilità sembra tracciare una linea netta tra ciò che afferisce al titolare del trattamento (i.e., la piattaforma digitale) e ciò che, invece, concerne l'interessato, escludendo chiaramente un regime di proprietà dei dati personali dell'interessato in capo al titolare. Inoltre, il diritto alla portabilità si atteggia quale norma di regolazione indiretta dei mercati *ex ante*, similmente alla maggior parte della normativa consumeristica, ponendosi quindi quale norma di prevenzione dei fenomeni di *lock-in* e di abuso di posizione dominante²⁹.

Tuttavia, il diritto alla portabilità dei dati personali, quale diritto "prestato" a nuovi ambiti normativi, come quello del DSA, incontra nel concreto alcuni *limiti*. La portabilità, infatti, è esercitabile a condizione che non finisca per «ledere i diritti e le libertà altrui».

Come chiarito nel Considerando 68 del GDPR, la limitazione mira a garantire innanzitutto i diritti degli altri individui i cui dati siano eventualmente condivisi nel set di dati dell'interessato che esercita il diritto alla portabilità, o perché gli stessi dati riguardano più persone, o perché i dati di più persone sono presenti nel data set del titolare. Ma, come sottolineato dal WP29³⁰, la limitazione deve intendersi applicabile anche a eventuali diritti di proprietà intellettuale di terzi, siano essi di altri soggetti attivi sulla piattaforma o della stessa piattaforma.

Tali indirizzi saranno utili, altresì, a valutare e interpretare le varie disposizioni normative finalizzate a garantire l'accesso degli utenti, consumatori o commerciali, ai dati generati dalle piattaforme ai sensi degli atti normativi sopra menzionati.

4. Conclusioni: un mosaico di fonti per garantire la portabilità

²⁹ E. BATTELLI e G. D'IPPOLITO, *Il diritto alla portabilità dei dati*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra il GDPR e il nuovo Codice Privacy*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2019, pp. 185 ss.

³⁰ *Linee guida sul diritto alla "portabilità dei dati"*, adottate dal Gruppo di Lavoro art. 29 il 13 dicembre 2016.

Molte delle nuove norme sono finalizzate a *garantire l'interoperabilità dei dati*, siano essi personali o meno e, dunque, in estrema sintesi *la loro portabilità*, quale strumento di ausilio per una maggiore efficacia del DSA in ottica di *regolamentazione degli intermediari*, ma anche di *collaborazione tra gli stessi*.

È, del resto, evidente che, affinché tali norme trovino concreta applicazione, vi sia un forte bisogno di collaborazione da parte delle grandi piattaforme digitali, le quali dovranno abbandonare le logiche protezionistiche finalizzate a garantire l'assoluta proprietà dei sistemi e del *know-how* sottostante³¹, per alcuni messi "a rischio" dagli adempimenti previsti dal *Digital Service Act*.

Non è trascurabile, in questo senso, l'intento già profuso da alcune delle principali piattaforme. Ad esempio, si veda il *Data Transfer Project* ("Progetto sulla trasferibilità dei dati"), ideato da Google, Facebook, Microsoft e Twitter, che costituisce un progetto adottato al fine di migliorare la portabilità dei dati degli utenti iscritti alle relative piattaforme. Si tratta di un'iniziativa congiunta e *open source* diretta a creare degli strumenti che consentano di gestire e trattare, in maniera aperta e interconnessa, i dati raccolti grazie alle attività degli utenti³².

È, allora, evidente che la sfida che ci aspetta nel prossimo futuro non passa più esclusivamente attraverso la condivisione dei dati personali, ma anche – e soprattutto – attraverso la *condivisione dei dati non personali*. In questo senso, infatti, riconosciuta la scarsa efficacia del Regolamento UE 2018/1807 in materia di libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea – il quale rinviava con fievoli risultati a strumenti di *self-regulation* e codici di condotta – è cominciato il percorso legislativo per una futura approvazione del *Data Act*, che introdurrà *chiari obblighi di condivisione dei dati* (anche e soprattutto *non personali*) e relativi, ad esempio, all'utilizzo di dispositivi connessi (ovvero i dispositivi del c.d. *Internet of Things*), nell'ottica che da tale condivisione possano nascere un ambiente competitivo e nuove ricchezze.

³¹ M. FORTI, *Le piattaforme online alla prova del Regolamento (Ue) 2016/679. Quali tutele per la condivisione dei dati nell'economia collaborativa?*, in *MediaLaws*, 2, 2019, pp. 174 ss.

³² M. GIORGIANNI, *Il nuovo diritto alla portabilità dei dati personali. Profili di diritto comparato*, in *Contr. e impr.*, 4, 2019, p. 1400.

Tra le principali novità che saranno introdotte con il *Data Act* vi è, certamente, la possibilità per gli utenti di richiedere al detentore dei dati (ad esempio, il produttore della propria automobile, del proprio frigorifero, del proprio condizionatore) di condividere i dati non personali generati dall'utilizzo del dispositivo con terze parti³³, quali una assicurazione, un fornitore di energia elettrica o una organizzazione *no profit*. Si tratta, dunque, di un "nuovo" diritto alla portabilità.

D'altronde, il diritto alla portabilità, sorto nell'ambito della normativa in materia di dati personali – e, precipuamente, nel solco di quel principio di "habeas data"³⁴ strettamente connesso alla dimensione della tutela della persona – sembra oggi essere chiamato a vivere in una mutata forma, vocato alla tutela della concorrenza, della condivisione e della valorizzazione delle ricchezze informative esistenti.

³³ Artt. 3, 4 e 5 della proposta di Regolamento.

³⁴ V. FROSINI, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, in N. MATTEUCCI (a cura di), *Privacy e banche dei dati*, Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 37 ss; ID, *Informatica diritto e società*, II ed., Giuffrè, Milano, 1992, pp. 173 ss. (ampiamente, sul contributo dell'A. in materia, si veda F. ROMEO, *Dalla Giuritecnica di Vittorio Frosini alla Privacy by Design*, in *Inf. e dir.* 2, 2016, pp. 9 ss.).