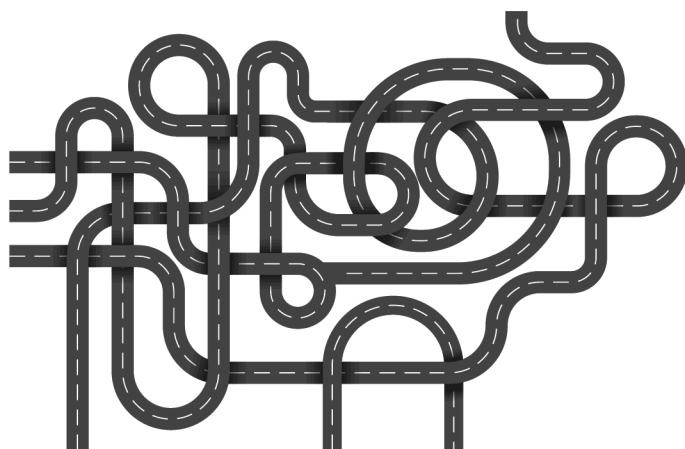


I POTERI PRIVATI E IL DIRITTO DELLA REGOLAZIONE



A cura di
Pietro Sirena
Andrea Zoppini

Studies in Law
and Social Sciences **4**

Studies in Law & Social Sciences

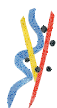
4

I poteri privati e il diritto della regolazione

A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca

a cura di

Pietro SIRENA e Andrea ZOPPINI



Roma TrE-Press

2018

L'opera è stata pubblicata grazie al contributo del Centro di eccellenza in diritto europeo "Giovanni Pugliese" dell'Università degli studi di Roma Tre.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: Mosquito mosquitoroma.it

Impaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©
Roma, giugno 2018
ISBN: 978-88-94376-31-9
<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Giurisprudenza

Studies in Law & Social Sciences

La collana è diretta da

GUIDO ALPA • CARLO ANGELICI • ADOLFO DI MAJO • NICOLÒ LIPARI
SALVATORE MAZZAMUTO • PIETRO RESCIGNO

Coordinatore

ANDREA ZOPPINI

Comitato Scientifico

Mads Andenas; William Burke-White; Emanuele Conte; Luca Enriques; Jorg Fedtke; Giuseppe Grisi; Andrea Guaccero; Martijn Hesselink; Francesco Macario; Giulio Napolitano; Antonio Nicita; Giorgio Resta; Giacomo Rojas Elgueta; Pietro Sirena; David A. Skeel; Noah Vardi; Anna Veneziano; Vincenzo Zeno-Zencovich.

La collana *Studies in Law and Social Sciences* intercetta nuove frontiere nello studio del diritto italiano, del diritto di matrice europea e poi del diritto comparato e transnazionale. In questa prospettiva, ospita lavori che propongono una nuova lettura delle fonti del diritto, dei fenomeni giuridici, dei rapporti fra diritto e società, osservati sia con i tradizionali strumenti ermeneutici e sistematici del giurista, sia attraverso il prisma conoscitivo delle scienze sociali. La collana, aperta a lavori redatti anche in lingue straniere, è pubblicata su una piattaforma editoriale digitale *open access*.

The Roma TrE-Press Studies in Law and Social Sciences Series sets itself at the crossroads of research in Italian and European law, and of comparative and transnational legal studies. It publishes groundbreaking work on legal issues, on sources of law and on the interactions between law and society. This perspective is pursued not only by using traditional tools of legal scholarship, but also through the application of the “Law and...” methodology. The series publishes studies in Italian and foreign languages and is hosted on an open access digital platform.

Indice

PREMESSA	1
I POTERI PRIVATI E LE FONTI DEL DIRITTO	
MAURO GRONDONA, <i>Poteri dei privati, fonti e trasformazioni del diritto: alla ricerca di un nuovo ordine concettuale</i>	5
MICHELE SPANÒ, <i>Istituire o regolare? Le autorità private e la crisi della "topologia moderna"</i>	29
I POTERI PRIVATI NEI RAPPORTI ORGANIZZATIVI	
ANDREA FUSARO, <i>L'autonomia organizzativa negli Enti del Terzo Settore</i>	41
FRANCESCO BACCHINI, <i>Indisponibilità del tipo lavoro subordinato e potere del regolamento interno nelle cooperative di produzione e lavoro</i>	55
ALESSANDRA QUARTA, <i>L'espulsione del socio dal partito tra risoluzione e sanzione: nuovi profili civilistici della disattivazione dell'account</i>	79
MARTINA D'ONOFRIO, <i>L'esportabilità della disciplina del dolo incidente a tutela del socio di minoranza danneggiato dall'abuso di potere della maggioranza</i>	93
I POTERI PRIVATI NEI RAPPORTI FAMILIARI	
ANTONINA ASTONE, <i>"L'autorità di diritto" dei genitori nel passaggio dalla patria potestà alla genitorialità responsabile</i>	107
GIANNI BALLARANI, <i>Contenuti e limiti alla autonomia privata in ambito familiare tra sussidiarietà ed esigenze di tutela degli interessi dei soggetti deboli</i>	135
MIRZIA BIANCA, <i>La buona fede nei rapporti familiari</i>	159
CARLOS LASARTE, <i>Autonomia privata e norme imperative nelle relazioni familiari contemporanee</i>	179
MARCO RIZZUTI, <i>Che cosa rimane delle potestà familiari?</i>	191
ANTONIO VERCELLONE, <i>Oltre le obbligazioni naturali. Poteri privati, distribuzione, regolazione: le unioni di fatto come rapporto contrattuale</i>	217

I POTERI PRIVATI, PERSONA E SUCCESSIONI

MASSIMO FOGLIA, <i>Autodeterminazione terapeutica e poteri della persona nella relazione di cura</i>	245
LUIGI NONNE, <i>Fondamento sistematico, natura giuridica e disciplina della clausola penale testamentaria</i>	263
ALBERTO VENTURELLI, <i>Gli accordi di interpretazione del testamento</i>	311

I POTERI PRIVATI NEI RAPPORTI CONTRATTUALI

TOMMASO DALLA MASSARA, <i>La determinazione di segmenti contrattuali da parte del terzo attraverso la lente di lettura delle autorità private: un'ipotesi di lavoro in tema di arbitraggio</i>	353
EDOARDO FERRANTE, <i>Il consenso contrattuale e le sue gradazioni: l'esempio dell'interpretazione contro l'autore della clausola</i>	367
FRANCESCO LONGOBUCCO, <i>Donazione con riserva di disporre e sopravvenienze meritevoli nel rapporto: dal dogma dell'irrevocabilità alla gestione negoziale dell'effetto</i>	409
VALERIO BRIZZOLARI - CHIARA CERSOSIMO, <i>Organizzazione dei rapporti commerciali tra imprese e "contratti relazionali"</i>	433

I POTERI PRIVATI NEI RAPPORTI DI MERCATO

ALBERTO MARIA BENEDETTI, <i>Il ius variandi nei contratti bancari esiste davvero?</i>	469
MARIASSUNTA IMBRENDA, <i>Asimmetria di posizioni contrattuali, contratto predisposto e ruolo delle Authorities</i>	479
ANDREA NERVI, <i>Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato</i>	507
FEDERICA BONCRISTIANO, <i>Autorità private e mercati finanziari: il caso dei portali di equity crowdfunding</i>	529
SILVIA MARTINELLI, <i>L'autorità privata del provider</i>	555
PAOLA ROMITO, <i>Autorità e autonomia privata della pubblica amministrazione</i>	569

Premessa

A 40 anni dalla sua pubblicazione, il volume di Cesare Massimo Bianca su «Le autorità private» (Biblioteca di diritto privato ordinata da Pietro Rescigno, Jovene, Napoli, 1977) mostra ancora l'estrema attualità di una riflessione sull'incidenza del potere privato – «di diritto», o anche meramente «di fatto» – nei rapporti tra consociati; sulle tecniche a disposizione dell'ordinamento giuridico per la tutela di interessi generali, collettivi e individuali; sulle ripercussioni che tali svolgimenti possono avere rispetto alle categorie tradizionalmente a disposizione del giusprivatista. Questa prospettiva d'indagine – invitando a rivisitare la classica lettura che contrappone(va) un diritto privato dell'eguaglianza a un diritto pubblico dell'autorità – si intreccia in modo significativo con le più recenti analisi del «diritto della regolazione», nel quale si può oggi scorgere la più compiuta realizzazione di quel «diritto economico dei rapporti di impresa, compenetrazione di tecniche pubbliche e private» già efficacemente tratteggiato nella pagina di Bianca.

Il «diritto privato regolatorio» muove oggi dai principî immanenti dell'ordinamento dell'Unione europea, dalle libertà fondamentali dei Trattati, dalla disciplina dei mercati regolamentati, dalla trama di precetti che conformano i rapporti contrattuali tra imprese e, poi, tra imprese e consumatori. In questi contesti, la norma imperativa, espressione di istanze di realizzazione dell'individuo e di effettività della dinamica concorrenziale, innerva il rapporto privatistico, piegando l'autonomia dei consociati al perseguimento di obiettivi di rilievo pubblicistico, ulteriori rispetto agli interessi dei soggetti («privati») coinvolti in una singola operazione economica. In questo contesto, anche sulla scorta degli impulsi della psicologia cognitiva, trovano sempre maggiore applicazione discipline di settore fondate sugli orientamenti del «paternalismo libertario», nelle quali è alla regola dispositiva che si affida il compito di «guidare», senza formalmente vincolare, le condotte degli individui verso esiti ritenuti efficienti per il sistema generale.

Simili forme di contenimento dell'autonomia (e del potere) dei privati realizzano la preconditione essenziale al concreto esplicarsi del modello costituzionale di società basata sulle libertà individuali che, nel programma ordo-liberale, costituisce l'obiettivo ultimo di una politica del diritto fondata

sull'integrazione economica e sulla rimozione delle disparità di trattamento nel commercio.

Questo volume intende fornire un'analisi delle ripercussioni sistematiche che una disciplina privatistica funzionalizzata al controllo del potere privato, e delle sue forme di esercizio, può avere rispetto al tradizionale sistema delle fonti del diritto e sulle regole operanti in specifici settori dell'ordinamento.

Gli scritti che lo compongono riprendono i contenuti delle relazioni svolte nel convegno di studio promosso congiuntamente presso l'Università degli Studi Roma Tre e l'Università commerciale "Luigi Bocconi" e svoltosi nelle giornate del 27 ottobre e del 9 novembre 2017.

L'iniziativa è stata organizzata a partire da una *call for papers* che ha sollecitato la comunità scientifica a tentare, proprio a partire dall'analisi delle attuali manifestazioni del potere, una ridefinizione dei rinnovati tratti caratterizzanti del diritto dei privati. L'attenzione è stata in particolar modo riposta in quella sintesi tra autonomia e regolazione del mercato agevolmente rinvenibile nei rami dell'ordinamento che più direttamente sono espressione dell'iniziativa economica dei consociati (es. contratto, impresa), ma che oggi non sembra potersi sottovalutare anche in settori ove l'influenza dell'autonomia privata assume un ambito operativo più rilevante che in passato (e il riferimento, come si osserva già da una lettura dell'indice del volume, è in primo luogo al diritto di famiglia e alla disciplina della persona e delle successioni).

Milano-Roma, 19 aprile 2018

Pietro Sirena

Andrea Zoppini

Silvia Martinelli

L'autorità privata del provider

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La responsabilità dei provider ai sensi della dir. 31/2000 – 3. Le recenti tendenze verso una maggior responsabilizzazione del provider – 4. Compatibilità con il principio di eguaglianza reciproca nei rapporti tra privati: autorità di fatto e insufficienza della volontà negoziale – 5. Da potere di fatto a potere di diritto: la responsabilità del provider – 6. Quali limiti?

1. *Introduzione*

L'attuale lettura dell'opera di Cesare Massimo Bianca, col pensiero volto ai mutamenti introdotti dalle nuove tecnologie e, in particolare, da Internet, consente celermente l'identificazione di alcuni soggetti che, in tale contesto, si sono eretti ad autorità private: consentite di fatto dalla tecnologia, formalmente contrattualmente stabilite e talvolta legittimate da alcune politiche legislative e pronunce giurisprudenziali. Ci si riferisce ai provider, intendendo per tali i soggetti che offrono "la trasmissione di informazioni mediante una rete di comunicazione, la fornitura di accesso a una rete di comunicazione o lo stoccaggio di informazioni fornite da un destinatario di servizi"¹. La definizione è molto ampia e consente di ricomprendervi soggetti che offrono tipologie di servizi molto diverse, ma che sono accomunati dal potere materiale di controllare, modificare o cancellare i contenuti che veicolano. All'interno di tale ampia categoria, s'intende incentrare l'analisi sul caso dei grandi social networks, particolarmente significativo in ragione della loro ampia diffusione e del peculiare potere privato che essi esercitano.

Il social network può essere definito come una piattaforma, generalmente proprietaria, all'interno della quale gli utenti possono condividere

¹ *Considerando* 18 dir. 31/2000 relativa "a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno", cosiddetta "Direttiva sul commercio elettronico".

informazioni. Si caratterizza principalmente sulla base di tre aspetti: la presenza di un profilo utente, la creazione di connessioni e contatti con altri profili, la possibilità di visualizzare le connessioni, le informazioni e i contenuti pubblicati dagli utenti della propria rete con identificazione dell'utente autore e delle reti stesse².

Nell'ambito dei social network è possibile identificare almeno due tipologie di soggetti: il gestore (il provider) e gli utenti. Il provider fornisce agli utenti la possibilità di utilizzare la piattaforma e i servizi ad essa relativi, in primo luogo la condivisione di contenuti, normalmente a titolo gratuito, con un modello di business basato sull'utilizzo dei dati personali raccolti ai fini di profilazione per l'offerta a terzi di servizi pubblicitari. Nell'ambito di tale modello l'esempio più noto è quello di Facebook, ma le caratteristiche sopra descritte - piattaforma, profili, connessioni e condivisione di informazioni nella rete - sono comuni ad altri social networks. In una nozione di social network intesa in senso ampio si possono poi far rientrare altre realtà, che rispondono ad un diverso modello di business. Tra questi vi sono le piattaforme in cui il provider mette in comunicazione più soggetti per l'incontro di domanda e offerta di beni o servizi traendo profitto dalle transazioni (ad esempio AirBnB) o i social networks di recensioni online come TripAdvisor, i quali si distinguono da Facebook (e simili) sia in quanto volti alla realizzazione di un servizio maggiormente qualificato rispetto alla mera comunicazione e condivisione di informazioni, sia in quanto caratterizzati da una minore rilevanza del profilo personale rispetto ai servizi offerti.

I modelli sopra sommariamente descritti, ben lungi dal costituire una completa rappresentazione di tutti i social networks allo stato esistenti, consentono però di comprendere la portata del problema definitorio, che può indurre a ricomprendere nella nozione di social network solamente le piattaforme che s'incentrano sui profili personali o, invece, anche quelle che, pur mettendo in comunicazione più soggetti, sono principalmente e direttamente volte allo scambio di beni e servizi tra soggetti variamente iscritti alla piattaforma. Allo stesso tempo, i modelli indicati rendono evidente che queste piattaforme costituiscono spazi nei quali le persone svolgono rilevanti attività della vita umana, che possono essere anche espressione di libertà costituzionali, quali la libertà di espressione, di riunione, di associazione, di iniziativa economica, etc.

Ci si chiede, allora, quale sia il ruolo della piattaforma rispetto alle attività che in essa gli utenti svolgono e rispetto agli utenti stessi. Sia che si

² Cfr. E. ROSATI, G. SARTOR, *Social networks e responsabilità del provider*, in *European University Institute Law*, 2012, disponibile al seguente link <http://hdl.handle.net/1814/21114> [2.01.2018].

tratti di social network in senso stretto, sia che si adotti una definizione più ampia, si è in presenza di soggetti, cosiddetti provider, che forniscono servizi, prevalentemente a fini commerciali, basandosi su modelli di business anche molto differenti tra loro, che ricomprendono la gestione di informazioni e contenuti generati dagli utenti, con possibilità di intervenire su di essi organizzandoli, modificandoli o anche cancellandoli.

Si tratta di un potere che nasce come potere di fatto, quale materiale possibilità di intervenire sui contenuti, e che viene regolamentato dai provider stessi nell'ambito delle condizioni generali di contratto, mediante l'adozione di clausole nelle quali sono descritti i diritti e poteri ch'essi si riservano con riguardo ai contenuti generati dagli utenti, spesso esercitabili anche in modo completamente discrezionale.

In considerazione della sempre maggior quantità di attività umane che in tali contesti si esplicano, della crescente rilevanza delle informazioni e dei dati che ci descrivono e qualificano dicendo al mondo chi siamo³, della digitalizzazione o "platformizzazione" dell'economia, il presente contributo intende analizzare il peculiare potere che i provider esercitano e la loro capacità di incidere sulle persone mediante l'intervento sui dati da essi generati o che ad essi si riferiscono.

2. La responsabilità dei provider ai sensi della dir. 31/2000

La dir. 31/2000, cosiddetta Direttiva sul commercio elettronico, come è stata tradizionalmente interpretata, prevede l'assenza di un obbligo di sorveglianza sui contenuti da parte del provider cosiddetto "passivo", ovvero il provider che non svolga sui contenuti un'attività di selezione o modificazione. In tal caso, quale regola generale, vige il principio della irresponsabilità, salvo che nel caso in cui, venuto a conoscenza di attività illecite, non ne informi le autorità competenti e in caso di non attivazione a seguito di segnalazione da parte delle autorità giudiziarie o amministrative competenti.

La disciplina prevista dalla Direttiva con riguardo ai provider può

³ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 159, che con riferimento ai dati personali «che dicono al mondo chi siamo» e al concetto di habeas data, afferma la necessità di tutelare la persona riconoscendole quel diritto alla protezione dei dati ormai da intendersi come comprensivo del diritto di accesso, rettifica, cancellazione e integrazione, poiché solo in tal modo «il corpo elettronico e la sua gestione rimangono nella sfera giuridica della persona».

essere, quindi, sintetizzata come segue: il provider non ha un obbligo di sorveglianza sui contenuti che conserva, diffonde o trasmette; non è tenuto alla ricerca attiva di attività illecite; se viene a conoscenza di attività illecite deve informare senza indugio le autorità; se le autorità gli richiedono di fornire informazioni o di disabilitare l'accesso ad alcuni contenuti, deve agire senza indugio⁴.

Tali principi, affermati nell'ormai lontano 2000, hanno da sempre suscitato perplessità e contrasti dottrinali e giurisprudenziali⁵. In particolare, in presenza di contenuti illeciti, ferma la responsabilità dell'utente, si è in più occasioni cercato di estendere la responsabilità anche al provider, come è avvenuto, ad esempio, nel caso Google Vividown (Cass. 5107/2014)⁶.

Il maggior pregio del principio affermato dalla dir. 31/2000 è di consentire, in caso di provider "passivo", la creazione di uno "spazio aperto" nel quale solo l'utente è responsabile per i contenuti che egli immette, sollevando il provider dall'onere di controllo. Tuttavia, tale principio ha sollevato perplessità per i casi in cui gli utenti non siano identificabili, cosiddetto "anonimato"; nei casi nei quali il provider offra un servizio commerciale e tragga dal contenuto illecito immesso dall'utente un'utilità economica; ove, infine, siano necessari interventi per il controllo e l'eliminazione dei contenuti, al fine di tutelare rilevanti interessi

⁴ Non dissimile la disciplina prevista negli Stati Uniti e, in particolare, la "Section 230" del Communications Decency Act (CDA), che offre agli Internet service provider esenzioni alle responsabilità connesse ai contenuti pubblicati da soggetti terzi e che, con riferimento agli hosting provider prevede l'irresponsabilità ove non vi sia conoscenza effettiva dell'illiceità o se, venuto a conoscenza dell'illiceità, il provider provveda celermente alla rimozione; ove, nel caso in cui abbia la possibilità di controllare i contenuti, non abbia ricevuto beneficio economico dall'illecito; ove in caso di ricezione di una notifica di una violazione relativa a un contenuto proceda celermente alla cancellazione (o disabilitando l'accesso), cosiddetto "notice-and-take-down-system".

⁵ Cfr., *ex multis*, F. DI CIOMMO, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi down*, in *Dir. inf.*, 2010, pp. 829-857; L. LUPÀRIA (a cura di), *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, Milano, 2012; M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'Internet provider*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 2584 ss.; G. PINO, *Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet Service Providers sui contenuti immessi da terzi in rete*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 832 ss.; O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in *Percorsi cost.*, 2014, p. 45 ss.; O. BASSINI, *La rilettura giurisprudenziale della disciplina sulla responsabilità degli Internet service provider. Verso un modello di responsabilità 'complessa'?*, disponibile al seguente link: <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=30349> [4.01.2018].

⁶ Con riguardo a tale caso sia consentito un rinvio a S. MARTINELLI, *Diritto all'oblio e motori di ricerca. Memoria e oblio nell'era digitale*, Milano, 2017, pp. 141-147.

pubblicistici, per i quali il provider stesso è il soggetto maggiormente in grado di intervenire in modo tempestivo ed efficace.

Le considerazioni sopra descritte, unitamente alla moltiplicazione e differenziazione delle attività che potrebbero rientrare nella generica definizione di provider, sono state rilevate dalle Corti e dai Legislatori, che al principio suddetto hanno introdotto alcune rilevanti eccezioni. Al contempo, va sviluppandosi in dottrina una più ampia riflessione sul regime di responsabilità applicabile a tali soggetti, sulla possibilità di mantenere un unico regime pur in presenza di diverse esigenze che necessitano tutela, sull'eventualità di non considerare unitamente la categoria dei provider e sulle possibili conseguenti distinzioni⁷.

3. *Le recenti tendenze verso una maggior responsabilizzazione del provider*

Come anticipato nel paragrafo che precede, il principio dell'assenza di un obbligo di sorveglianza da parte dei provider sui contenuti immessi dagli utenti e la loro "irresponsabilità" sono stati attenuati e posti in discussione da alcuni recenti interventi normativi e giurisprudenziali.

In primo luogo, si ritiene di dover citare la sentenza della Corte di Giustizia nota come "Google Spain"⁸ che, con riguardo al diritto alla riservatezza e, in particolare, al diritto alla cancellazione dei dati personali, ha affermato che l'utente che voglia ottenere la cancellazione di un contenuto che lo riguardi possa rivolgersi, alternativamente o cumulativamente, all'utente che tale contenuto ha pubblicato o al provider. Nel caso di specie si trattava di un motore di ricerca, Google, con la conseguenza che l'aggiuntiva opzione di esercizio del diritto alla cancellazione esercitabile verso il motore di ricerca è stata definita come "de-indicizzazione". Il soggetto cui i contenuti sono riferiti o riferibili ("soggetto interessato") può, quindi, richiedere la cancellazione del contenuto o la de-indicizzazione

⁷ Cfr. M. LAVI, *Content Providers' Secondary Liability: A Social Network Perspective*, in 26 *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal* (2016), pp. 855-943, che introduce alcune prime distinzioni sostenendo la necessità di identificare tre principali categorie, basate su un'analisi sociologica: «free style», «peer production», «deliberation and structuring communities». Solo con riguardo a quest'ultima ritiene debba essere applicato il meccanismo notice and take down.

⁸ C. Giust. UE, 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Inc. and Google Spain v. Agencia Española De Protección de Datos and Mario Costeja Gonzalez*; Cfr. S. MARTINELLI, *Diritto all'oblio e motori di ricerca. Memoria e oblio nell'era digitale*, cit.; G. RESTA, V. ZENOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015.

dello stesso e, in entrambi i casi, deve rivolgersi al soggetto che tratta i dati (“titolare del trattamento”), con possibilità, ove questi non rispondesse o negasse la cancellazione, di rivolgersi all’Autorità Garante per la protezione dei dati personali o all’autorità giudiziaria.

La sentenza, letta da una prospettiva più ampia rispetto a quella propria della normativa per la tutela dei dati personali, introduce un meccanismo di “notice-and-take-down”, che consente all’utente di rivolgersi direttamente al provider per ottenere la cancellazione di un contenuto e, conseguentemente, impone al provider di gestire tali richieste e decidere su di esse. La decisione sulle richieste degli utenti è, quindi, attribuita in primo luogo al provider e, solo eventualmente, in seconda battuta, è previsto l’intervento delle autorità amministrative o giudiziali.

In secondo luogo, con riguardo all’ hate speech, si è affermata, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, la possibilità per gli Stati membri di prevedere, in alcune circostanze, che il portale web sia responsabile anche per i commenti pubblicati dagli utenti⁹. Ciò è avvenuto, ad esempio, nel caso *Delfi v. Estonia*, ove la Corte, chiamata a valutare se l’applicazione della normativa nazionale che prevede forme di responsabilità del provider per i contenuti degli utenti sia compatibile con la Cedu, ritenne nel caso specifico che il numero di commenti generati dagli utenti era tanto elevato da suggerire la conoscenza di essi da parte del gestore del portale, nonché che la sanzione in tal caso applicata fosse proporzionata.

Negli ultimi mesi, le richieste di intervento da parte dei provider per il contrasto all’hate speech si sono moltiplicate e la Commissione europea ha elaborato, nel maggio 2016, un Codice di condotta elaborato assieme a Facebook, Microsoft, Twitter e YouTube¹⁰ e, nel settembre di quest’anno, delle Linee Guida per le piattaforme online per rafforzare la prevenzione, l’individuazione e la rimozione proattivi dei contenuti illeciti che incitano all’odio, alla violenza e al terrorismo¹¹.

⁹ Con riguardo all’hate speech online si veda G. ZICCARDI, *L’odio online*, Milano, 2016; nonché LIBE COMMITTEE, *The European legal framework on hate speech, blasphemy and its interaction with freedom of expression*, 2015, disponibile al seguente link [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/.../IPOL_STU\(2015\)536460EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/.../IPOL_STU(2015)536460EN.pdf) [5.01.2018]; R. NIGRO, *La responsabilità degli Internet service providers e la Convenzione europea dei diritti umani: il caso Delfi AS*, in *Dir. umani e dir. intern.*, 2015, pp. 681-689; S. VIMERCATI, *Magyar c. Ungheria: la Corte europea ritorna sulla responsabilità dei portali web*, in *Quaderni cost.*, 2016, p. 393 ss.

¹⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Code of conduct on countering illegal hate speech online*, maggio 2016, disponibile al seguente link ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/hate_speech_code_of_conduct_en.pdf [4.01.2018].

¹¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Tackling Illegal Content Online. Towards an enhanced*

Oggetto di pubblico dibattito è, inoltre, il tema delle fake news, per le quali la Commissione ha dichiarato di voler procedere mediante Linee Guida e Codici di condotta sulla falsariga di quanto avvenuto per l'hatespeech.

Con riguardo alle proposte normative non ancora approvate, è necessario ricordare la proposta di Direttiva “Copyright” (“sul diritto d’autore nel mercato unico digitale”)¹², che prevede all’art. 13 che i provider che “memorizzano e danno pubblico accesso a grandi quantità di opere o altro materiale caricati dagli utenti” debbano adottare, in collaborazione con i titolari dei diritti, misure miranti a garantire il funzionamento degli accordi con essi conclusi per l’uso delle loro opere o altro materiale (“ovvero volte ad impedire che talune opere o altro materiale identificati dai titolari dei diritti mediante la collaborazione con gli stessi prestatori siano messi a disposizione sui loro servizi”), prevedendo altresì che “tali misure, quali l’uso di tecnologie efficaci per il riconoscimento dei contenuti” debbano essere “adeguate e proporzionate”¹³.

Infine, per quanto concerne i provider che operano quali piattaforme di intermediazione, vi è la proposta di direttiva (“Directive on Online Intermediary Platforms”¹⁴) volta a disciplinarne le responsabilità per le dichiarazioni ingannevoli o fuorvianti rese dalla stessa piattaforma e per non aver rimosso informazioni ingannevoli o fuorvianti fornite dai prestatori dei servizi.

4. *Compatibilità con il principio di eguaglianza reciproca nei rapporti tra privati: autorità di fatto e insufficienza della volontà negoziale*

Descritta la disciplina attuale in materia di responsabilità del provider e le perplessità dottrinali e giurisprudenziali che essa ha suscitato, s’intende ora verificare, seguendo l’insegnamento di Bianca, se i poteri descritti, attribuiti al provider quale nuova autorità privata, siano compatibili con

responsibility of online platforms, 28 settembre 2017, disponibile al seguente link <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-tackling-illegal-content-online-towards-enhanced-responsibility-online-platforms> [4.01.2018].

¹² COMMISSIONE EUROPEA, Proposta di Direttiva sul diritto d’autore nel mercato unico digitale, COM(2016) 593 final, 14 settembre 2016, disponibile al seguente link <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-593-IT-F1-1.PDF> [4.01.2018].

¹³ Su art 13 copyright.

¹⁴ Cfr. RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES, *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*, in *Journal of European Consumer Market Law*, Issue 4/2016.

il principio di eguaglianza, quale «pari autonomia dei privati ossia del non assoggettamento all'altrui potere autoritario»¹⁵, verificando se «le posizioni autoritarie private giuridicamente riconosciute nel nostro ordinamento possano legittimarsi alla stregua del principio di eguaglianza reciproca»¹⁶.

Riprendendo la suddivisione operata da Bianca tra autorità di diritto e autorità di fatto - intendendo le prime quali soggetti privati dotati del «potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni»¹⁷ e le seconde come emergenti da «situazioni di assoggettamento a poteri autoritari che non costituiscono privilegi di diritto ma si avvalgono di comuni posizioni giuridiche»¹⁸ che possono necessitare l'intervento dello Stato alla luce del principio costituzionale di eguaglianza sostanziale - si ritiene che il potere del provider sia innanzitutto un potere di fatto.

Si tratta, infatti, in un'ottica ampia, di un soggetto dotato di poteri autoritari, ovvero poteri decisionali, che non sono fondati su particolari prerogative giuridiche ma su posizioni di forza economico-sociale, e che impone le sue decisioni avvalendosi «delle comuni posizioni giuridiche di libertà e di autonomia ugualmente spettanti ai privati»¹⁹.

Il fondamento di tale potere può rinvenirsi nell'autonomia privata e nell'accettazione contrattuale, ma solo dal punto di vista formale, in quanto tale presupposto è inidoneo ad escludere la violazione del principio di eguaglianza e la sua conseguente abusività. La volontà del singolo di assoggettarsi al potere di un terzo non è, quindi, di per sé sufficiente ad escludere l'abusività del potere conferito, in quanto può realizzarsi un «predominio contrattuale»²⁰ che richiede un pubblico intervento limitativo dell'autonomia contrattuale volto a ristabilire l'uguaglianza sostanziale.

Nel caso del peculiare potere oggetto di analisi, rilevano, in particolare: la predisposizione unilaterale delle condizioni generali da parte del provider senza possibilità di contrattazione o modificazioni; la ridotta possibilità di scelta tra diversi social network, dovuta sia alla presenza di posizioni monopolistiche, sia allo stesso funzionamento del social network che diviene appetibile per l'utente per la presenza in esso di soggetti ai quali s'intendono comunicare informazioni; l'apparente gratuità del servizio, che ha in realtà il suo corrispettivo nella fornitura di dati personali, che riduce in concreto la valutazione critica delle condizioni contrattuali da parte dell'utente.

¹⁵ Cfr. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 5.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Cfr. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 4.

¹⁸ Cfr. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 8.

¹⁹ Cfr. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 56.

²⁰ Cfr. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 77.

Anche la possibilità di esercitare il diritto di recesso non consente di superare il problema dell'autorità «poiché non sempre questa facoltà può essere esercitata liberamente e senza compromettere l'interesse perseguito»²¹ mediante la partecipazione al social network stesso, in particolare in quanto «il costo di recedere dal contratto può essere alto quando l'utente ha investito tempo ed energie nella messa a punto del proprio profilo e ha un'ampia rete di contatti»²².

Si aggiunga che il provider è solito prevedere un proprio potere di modificazione unilaterale del rapporto contrattuale, con o senza notifica concernente la modifica intervenuta, configurando in tal modo l'accettazione iniziale come un vincolo generico di sottoposizione all'altrui determinazione, salvo il recesso. Infine, pressoché minime sono le obbligazioni contrattuali poste dal contratto a carico del social network stesso, tanto che «non si va troppo lontano dal vero dicendo che il social network non si obbliga a nulla e tende anzi ad escludere o limitare fortemente la propria responsabilità»²³.

Il caso del social network e, più in generale, del provider, non incarna tuttavia meramente un caso di debolezza contrattuale, poiché presenta ulteriori caratteristiche che lo avvicinano ai gruppi organizzati, al potere imprenditoriale, nonché al potere statale.

Con riguardo alla prima realtà evocata, si possono immaginare e sicuramente anche rinvenire social network creati per la realizzazione di uno scopo comune e che attuino il principio democratico. In tal caso si potrebbe essere in presenza di un potere che, anche ove la decisione del gruppo vincoli il singolo a prescindere dalla sua accettazione, rispetta il principio di parità reciproca, vietando l'imposizione al singolo delle decisioni assembleari del gruppo ma solo nella misura in cui gliene è consentita la partecipazione.

I principali e più importanti esempi di social network, pur essendo basati sui gruppi, sulle connessioni e relazioni tra individui, che sono parte fondamentale del sistema, presentano, tuttavia, la distinzione già in apertura descritta tra utenti e gestore della piattaforma. In tal caso, non è rinvenibile il conferimento del potere al gruppo per la realizzazione di uno scopo comune e, anche ove si voglia rinvenire uno scopo comune nel funzionamento del social network stesso, il provider eserciterà il potere conferitogli non soltanto per il bene della comunità ma anche, e soprattutto, nel proprio interesse.

Come nel caso dell'imprenditore rispetto ai lavoratori²⁴, vi è un potere

²¹ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 17.

²² R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *Annali it. dir. autore AIDA*, 2011, p. 95.

²³ R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, cit., p. 98.

²⁴ Cfr. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 33 ss.

che lede profondamente il principio di eguaglianza, attribuendo ad un soggetto, nel suo interesse, e non a tutela di un interesse pubblicistico, una supremazia su altri soggetti. Tale potere può essere opportuno per il buon funzionamento dell'organizzazione, tuttavia non può configurarsi come assolutamente discrezionale, senza limiti e controlli. E il fondamento contrattuale appare insufficiente a garantire una posizione di parità, risolvendosi in un mezzo per legalizzare quanto predisposto dal provider²⁵.

Le similitudini con il potere imprenditoriale sussistono, in particolare con riguardo al fatto che il provider esercita un potere che gli consente sia di determinare le eventuali sanzioni (ad esempio la cancellazione di un contenuto, l'impossibilità di compiere determinate operazioni per un tempo limitato, il congelamento temporaneo o la definitiva cancellazione del profilo²⁶), sia di applicarle direttamente nei confronti degli utenti. Non sussiste, quindi, alcun controllo se non a posteriori mediante ricorso all'autorità giudiziaria, che appare poco plausibile per interessi di valore economico ridotto.

Nel caso del datore di lavoro si è proceduto mediante una tipizzazione e procedimentalizzazione delle sanzioni applicabili. Si ritiene sia possibile ed auspicabile procedere con un intervento simile con riguardo alle grandi piattaforme, anche mediante l'utilizzo di strumenti di soft law ove una normativa legislativa fosse troppo rigida o ponesse i soggetti di minore dimensione in difficoltà rispetto alle piattaforme più diffuse (o comunque ponendole in relazione alle concrete possibilità, anche economiche, del provider considerato), come è in parte avvenuto mediante l'adozione del Codice di condotta per il contrasto all'hate speech.

Né, infine, il social network può essere ritenuto un ordinamento giuridico autonomo, sebbene emergano, anche alla lettura delle condizioni contrattuali, elementi che paiono suggerire una simile aspirazione²⁷.

²⁵ Cfr. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 38, con riguardo al lavoratore, ma tuttavia applicabile anche al caso in esame, in quanto sebbene non vi siano quegli elementi di disparità contrattuale propri del rapporto tra lavoratore e datore di lavoro, ve ne sono altri, descritti nel paragrafo precedente - predisposizione unilaterale, posizioni monopolistiche, apparente gratuità che ledono e, di fatto, diminuiscono il potere contrattuale dell'utente.

²⁶ Cfr. l'articolo 5 delle Condizioni di utilizzo, denominate "Dichiarazioni dei diritti e delle responsabilità", disponibili al seguente link <https://www.facebook.com/legal/terms> [5.01.2018], il cui secondo comma prevede "Ci riserviamo il diritto di rimuovere tutti i contenuti o le informazioni che gli utenti pubblicano su Facebook, nei casi in cui si ritenga che non rispettino la presente Dichiarazione o le nostre normative" e il cui quinto comma prevede "Qualora l'utente non rispetti ripetutamente i diritti di proprietà intellettuale di terzi, disableremo il suo account nei casi in cui lo riterremo opportuno".

²⁷ Si veda, ad esempio, lo stile e il contenuto dei "Principi" di Facebook, che ricordano

5. *Da potere di fatto a potere di diritto: la responsabilità del provider*

Il potere del provider può, quindi, essere genericamente descritto, alla luce delle distinzioni operate da Bianca, come un potere di fatto, formalmente attribuito contrattualmente. Tuttavia tale situazione diventa più complessa quando si considerano le eccezioni al generale principio di irresponsabilità introdotto dalla dir. 31/2000. Nei casi in cui il provider è tenuto ad intervenire pena la sua responsabilità, si è alla presenza di un potere di diritto. In tali casi sussiste il fenomeno dell'autorità privata, quale "soggezione all'altrui potere decisionale" e "potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni"²⁸.

Inoltre, secondo un'interpretazione della Direttiva 31/2000, il provider sarebbe responsabile ove abbia di fatto effettuato un controllo ("provider attivo") ma non abbia rimosso il contenuto illecito. Anche in tal caso, quindi, alla responsabilità attribuitagli in caso di mancata rimozione consegue un potere di intervento. È questo uno dei punti più criticati della distinzione giurisprudenziale tra "provider attivo" e "provider passivo", che paradossalmente pone una responsabilità in capo al soggetto che effettua un controllo inefficace e non, invece, al soggetto che non effettua alcun controllo. La distinzione consente al provider di non verificare i contenuti immessi dagli utenti, favorendo i soggetti più piccoli o non commerciali, per i quali tali verifiche di tal genere costituirebbero barriere all'ingresso nel mercato, nonché il più generale sviluppo dell'informazione ed economia digitale. Al contempo, però, la previsione di una responsabilità in caso di provider attivo, che abbia effettivamente condotto una verifica o un controllo sui contenuti, ad avviso di chi scrive è condivisibile ove si sia in presenza di una piattaforma dal carattere editoriale, mentre per altri casi occorrono ulteriori distinzioni. Si ritiene, ad esempio, condivisibile quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in ordine ai casi in cui le circostanze stesse inducono ad escludere l'inconsapevolezza del provider, nonché la previsione di responsabilità per le piattaforme che operano nell'ambito della cosiddetta "sharing economy", ma limitatamente a taluni aspetti specifici, come previsto nella Proposta di

una Carta costituzionale, disponibili al seguente link <https://www.facebook.com/principles.php> [5.01.2018]. In particolare si veda quanto affermato all'ultimo comma dell'articolo 4, "Uguaglianza fondamentale" ("Dovrebbe esserci un unico gruppo di principi, diritti e responsabilità valido per tutti gli utenti del servizio di Facebook"); nonché all'articolo 10, "Un unico mondo" ("Il servizio di Facebook dovrebbe trascendere i confini geografici e nazionali ed essere disponibile per gli utenti di tutto il mondo").

²⁸ Cfr. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 4.

Direttiva on Intermediary Platform già citata.

In materia di diritto all'oblio è previsto un sistema di notice and take down, mentre in materia di contrasto all'hate speech e tutela di copyright la direzione prevalente sembra quella di affiancare al notice and take down un onere di controllo anche in assenza di segnalazioni.

Con riguardo a tali casi l'autorità privata del provider sarebbe dunque giustificata in ragione dell'esigenza di tutela di diritti e interessi costituzionalmente protetti, nonché della condizione di fatto che rende i provider i soggetti maggiormente in grado di intervenire direttamente e celermente, nonché di sopportare i costi della gestione e dei rischi ad essa connessi. Tale situazione tuttavia suscita perplessità.

Il provider non è, infatti un soggetto pubblicistico, né è posto in una posizione terza e imparziale (come avviene invece nel caso dell'arbitrato²⁹) e si ripropone, quindi, il problema evidenziato da Bianca con riguardo all'associazione, che riceve un potere decisorio a carico dell'associato e nel proprio interesse. Inoltre, nel caso di specie, tale potere non riguarda soltanto la decisione, bensì anche la sua applicazione (come avviene per il datore di lavoro).

Si aggiunga che gli interessi pubblicistici protetti necessitano, in larga parte, di essere bilanciati rispetto a diritti e interessi contrapposti (si pensi all'esempio della libertà di espressione rispetto al diritto all'oblio). La decisione discenderà frequentemente da tale bilanciamento, che viene operato da un soggetto privato.

Se il bilanciamento tra diritti ripropone, in generale, il problema della certezza del diritto in ragione dell'ampio margine di discrezionalità attribuito al decisore, suscita perplessità l'attribuzione di un simile potere ad un soggetto privato e non imparziale.

Se, tuttavia, si ammette la opportunità di attribuire legislativamente un potere di controllo al soggetto privato maggiormente in grado di intervenire per la tutela di rilevanti interessi costituzionali, si appalesa la necessità di introdurre misure atte a controllare tale potere al fine di garantire il suo miglior utilizzo in funzione degli interessi costituzionalmente garantiti e a prevenire il suo asservimento a interessi del provider stesso.

²⁹ Cfr. C. M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 25.

6. *Quali limiti?*

Considerando, in primo luogo, la opportunità dell'attribuzione di un generale obbligo di sorveglianza sui contenuti, si può affermare che, se l'assenza di un tale obbligo le piattaforme non saranno indotte ad operare un controllo sui contenuti, al contrario la previsione di responsabilità, generali o specifiche con riguardo a taluni aspetti, indurrà il provider ad effettuare verifiche, controlli, rimozioni e cancellazioni, creando una situazione nella quale, di fronte al rischio di vedersi considerato responsabile, il provider potrebbe facilmente propendere per la cancellazione. Al contempo, il provider sarebbe, così, nell'esercizio di tale potere di selezione, legittimato nel suo controllo, che da potere di fatto contrattualmente determinato diverrà potere di diritto.

Alla luce dell'importanza e della varietà delle attività che su tali piattaforme si svolgono, rilevanti anche per l'esercizio di diritti costituzionalmente tutelati, ci si chiede, quindi, in che modo tale potere di decidere e anche applicare decisioni sui contenuti e sulla loro legittimità possa essere compatibile con il principio di uguaglianza, in un contesto ove il controllo è affidato a un soggetto privato - mediante proprie verifiche (condotte anche mediante l'utilizzo di software e algoritmi o esternalizzazione delle attività di verifica) o mediante il meccanismo del notice and take down - e il controllo sul controllore è affidato al ricorso degli utenti alle autorità giudiziaria e amministrativa, in un ambito ove la propensione dell'utente all'utilizzo di tali strumenti è estremamente ridotta.

Al fini di delimitare la discrezionalità di tale potere, ove non si ritenga di attribuire le decisioni ad un soggetto pubblicistico indipendente, giurisdizionale o amministrativo, si auspica l'adozione di previsioni legislative o di soft law che predeterminino i poteri di controllo e rimozione e i presupposti che li legittimano, che indichino dettagliatamente i casi nei quali la rimozione del contenuto è necessaria e formalizzino i procedimenti che conducono alla decisione sul contenuto e alla sua applicazione, con il rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa (anche successivo quando la mancanza di un intervento tempestivo possa determinare un pregiudizio grave e irreparabile), nonché dell'onere di motivazione.

Inoltre, ad avviso di chi scrive, è necessario operare distinzioni con riguardo alle diverse tipologie di provider, sia in ragione delle attività che all'interno delle piattaforme si svolgono, sia in ragione della natura commerciale o meno dell'attività svolta, sia infine delle concrete possibilità

di intervento determinate dalla dimensione e dalle capacità tecniche ed economiche del provider stesso.

A tali distinzioni devono aggiungersi quelle operate in relazione all'interesse costituzionalmente protetto che rileva in contrapposizione all'esercizio della libertà di espressione e che può, ove preminente, determinare la cancellazione. Diversamente potranno, ad esempio, essere trattati, i casi di hate speech in grado di determinare un pericolo attuale rispetto a quelli (pur gravi) di semplice lesione della dignità personale, e a maggior ragione rispetto ai casi concernenti la tutela del copyright o di altri diritti patrimoniali.

Si consideri, infine, che all'attribuzione di una generale responsabilità e del corrispondente onere di intervento si accompagnerebbe inevitabilmente una riduzione delle possibilità di sindacato sulle misure poste in essere al fine di non incorrere in tali responsabilità. Regole volte a limitare, senza escluderla, la possibilità di intervenire sui contenuti, "mal si conciliano con un modello che preveda una estesa responsabilità indiretta del gestore del sito per i contenuti pubblicati dagli utenti"³⁰. Le distinzioni sopra descritte, ad avviso di chi scrive, dovranno, quindi, portare all'attribuzione di oneri specifici, non riassumibili in una generale responsabilità per i contenuti, che lascerebbe al provider la gestione discrezionale del rischio attribuitogli.

Da ultimo, al fine di rafforzare il controllo con riguardo all'applicazione di tali previsioni, si auspica un maggior intervento delle autorità garanti, nonché una valorizzazione dei procedimenti che coinvolgono le associazioni rappresentative.

³⁰ R. CATERINA, *La libertà di comunicazione: il fenomeno dei social network*, in C. PERLINGIERI, L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, p. 129.