

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E DIRETTA DA
WALTER BIGIAVI E **ALBERTO TRABUCCHI**
(1955-1968) *(1955-1998)*

DIREZIONE

FRANCESCO D. BUSNELLI - GIORGIO CIAN
ANTONIO GAMBARO - NATALINO IRTI
GIUSEPPE B. PORTALE - ANDREA PROTO PISANI
PIETRO RESCIGNO - RODOLFO SACCO
PAOLO SPADA - VINCENZO VARANO

E

GUIDO CALABRESI - ERIK JAYME
DENIS MAZEAUD - ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RIO

Luglio-Agosto
2021

edicolaprofessionale.com/RDC



Wolters Kluwer

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

INDICE DEL FASCICOLO 4° (luglio-agosto 2021)

SAGGI

AURELIO GENTILI, <i>Crisi delle categorie e crisi degli interpreti</i>	633
TOMMASO VITO RUSSO, <i>La gestione delle sopravvenienze nelle operazioni di project financing tra adeguamento e rinegoziazione</i>	661
MADDALENA SEMERARO, <i>Informazioni adeguate e valutazione del merito creditizio: opzioni interpretative nel credito ai consumatori</i>	687
MARIO TRIMARCHI, <i>Operazione negoziale e trasferimento con funzione di garanzia: la neutralizzazione del divieto del patto commissorio</i>	715

COMMENTI

DIANA D'ALBERTI, <i>Google e le nuove autorità private: la metamorfosi dal fatto al diritto</i>	745
---	-----

CONFRONTO CON LA GIURISPRUDENZA

GIOVANNI LIBERATI BUCCIANI, <i>Sull'invalidità della clausola costitutiva di un diritto reale atipico</i>	781
---	-----

RASSEGNA BIBLIOGRAFICA

<i>Recensioni e Segnalazioni</i>	809
--	-----

COMMENTI

DIANA D'ALBERTI
Dottoranda di ricerca

GOOGLE E LE NUOVE AUTORITÀ PRIVATE: LA METAMORFOSI DAL FATTO AL DIRITTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le cause *antitrust*: le condotte anticoncorrenziali di Google. – 3. Autorità private di fatto e autorità private di diritto. – 4. La metamorfosi di Google in autorità di diritto. – 4.1. La responsabilità dei *providers online* ai sensi della Direttiva e-commerce. – 4.2. Il potere di bilanciamento in materia di oblio all'indomani della sentenza Google Spain. – 4.3. La tutela alla salute tramite i sistemi di *contact-tracing* elaborati da Google e Apple. – 4.4. *Digital Services Act e Digital Markets Act*: la proposta europea di regolazione del mercato digitale. – 5. Conclusioni. La regolazione come fonte di legittimazione delle nuove autorità private di diritto.

1. – Lo studio da anni rivolto al potere delle Piattaforme digitali si mostra sempre più complesso. Ardua ne è l'analisi per il giurista a causa della notevole difficoltà del diritto nel tenere il passo e il tempo della tecnologia, sempre più veloce e connotata da meccanismi spesso impene-trabili⁽¹⁾. A tale difficoltà si aggiunge l'attitudine stessa dei *Tech giants*, i quali, autolegittimandosi⁽²⁾ come *principes legibus soluti*⁽³⁾, rifiutano l'ap-

(1) Più in generale, al di là del fenomeno tecnologico, si ricordano le parole di P. GROSSI, *Crisi del diritto, oggi?*, in *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari 2012, p. 75 «La fattualità dei nostri giorni si connota per rapidità, mutevolezza, complessità. È un tessuto indocile, recalcitrante a ogni irretimento, tanto più a una gabbia legislativa, che è per sua natura tarda e lenta a formarsi, che si sottrae a ogni variazione o che assorbe con difficoltà ogni variazione, che è vocata a permanere nel tempo.».

(2) Ritornano subito alla memoria le parole di R. ORESTANO, «Ordinamento giuridico», *scienza del diritto, ideologia*, in *Edificazione del giuridico*, Bologna 1989, p. 314, quando spiega la potenza del fatto nella legittimazione dell'*auctoritas* di Augusto: «La presa del potere da parte di Augusto è stata da me sentita come una grande rottura nell'ordine repubblicano e la instaurazione di un nuovo – chiamiamolo impropriamente – regime, che comincia con l'esercizio di un'autorità di fatto. Una autorità di fatto che si consolida man mano nel tempo, che si giuridicizza col consolidarsi: il tempo come elemento di consolidamento del fatto e la trasformazione dal fatto al diritto. Questa idea di una costituzionalità nuova che segue i fatti, che s'adegua ai fatti, che prende sostanza dallo stabilizzarsi di certe strutture, di certi comportamenti, di certe tendenze, mi ha fatto accogliere – credo – mi ha fatto vedere con particolare occhio ed attenzione l'idea di un ordinamento giuridico che si forma e si stabilizza nella durata».

Sulla nascita di istituzioni ed ordinamenti giuridici anche in mancanza di norme legit-

plicazione di discipline nazionali e operano in una dimensione di effettività, dove regna l'autorità dei fatti e in cui vale il principio secondo cui *ex facto oritur ius*⁽⁴⁾. Il loro potere è ormai smisurato e ha sollevato criticità tali da non poter lasciare più indifferenti⁽⁵⁾.

timanti SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1962, p. 74-76: «E da quel macrocosmo giuridico, che è lo Stato, si può passare, per ribadire le osservazioni già fatte con altre analoghe, a istituzioni minori o anche minime [...]. Quando un qualsiasi individuo nell'ambito in cui egli può considerarsi quasi come il re nel suo regno, cioè nella sua casa (intesa questa parola in senso largo), stabilisce un ordinamento, che valga per i suoi familiari, per i suoi dipendenti, per le cose che sono a sua disposizione, per i suoi ospiti, e così via, egli in sostanza crea una piccola istituzione, di cui si erige a capo e fa parte integrante. Senonché non è da ricercarsi la figura di essa nelle leggi dello Stato. [...] Esso è un ordinamento interno autonomo che riduce ad unità di governo e di direzione una serie di elementi diversi, persone e cose, che considera da un proprio punto di vista. [...] Questa sarà una istituzione, per il suo diritto interno, e, come tale, avrà un capo, un legislatore, dei sottoposti, proprie leggi, tutto un coordinamento di autorità e ingranaggi amministrativi, sarà quindi un modo giuridico a sé, completo nel suo genere e nei suoi fini».

Per ciò che attiene al diritto privato, si veda già W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano 1963, ove si legge che: «Vi è una medesima sostanza spirituale tanto nell'ordinamento giuridico il cui supremo principio si identifica con la volontà normativa statale, quanto in quegli ordinamenti che si connettono a volontà normative non statuali o, genericamente, private» (p. 18-19). «Il contratto-tipo è, in sostanza, un frammento del codice statale dei contratti modificato in un certo modo da una autorità privata. L'elemento che lo differenzia dagli altri contratti è precisamente la presenza in esso di questa autorità privata, il che crea la possibilità di considerarlo come espressione di un ordinamento giuridico» (p. 95).

(3) R. ORESTANO, *Parola del potere: "auctoritate omnibus praestitit"*, in *Diritto, Incontri e scontri*, Bologna 1981, p. 565 ss.

(4) Sul principio *ex facto oritur ius*, si leggano O. CONDORELLI, *Ex facto oritur ius*, in *Riv. fil. dir.*, 1931; W. CESARINI SFORZA, *Ex facto ius oritur*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*, Modena 1930, p. 87 ss., nonché C.M. BIANCA, *Ex facto oritur ius*, in questa *Rivista*, 1995, I, p. 787 ss., il quale, richiamando anche gli autori già citati, ricostruisce le origini e il significato stesso del principio. Quanto alle origini, Cesarini Sforza affermava la riconducibilità della massima a Baldo degli Ubaldi. In realtà, secondo L. PROSDOMICI, «*Ex facto oritur ius*». *Breve nota di diritto medievale*, in *Studi senesi* (LXVI-LXVII), *In memoria di Ottorino Vannini*, p. 808 ss., la primissima elaborazione di tale principio si rinviene in un'opera di Guglielmo da Cugno, riportata da Brando Brandi. Secondo Ennio Cortese, invece, già Guglielmo Durante nel Duecento aveva enucleato tale massima. Al di là delle incerte origini, C.M. Bianca si interroga sui diversi significati che hanno colorato l'espressione in esame. Nella letteratura giuridica più recente, tale principio si è declinato come principio di effettività, inteso dalla dottrina sociologica del diritto (E. ELRICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano 1976) come diritto nella materialità dei fatti sociali; mentre dalla dottrina strutturalista (V. FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano 1962, p. 29) ed istituzionale (F. MODUGNO, voce *Norma (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978, p. 338) si è inteso come rilevanza normativa del fatto.

(5) Sulle criticità in ambito concorrenziale e per una attualizzazione dei concetti sviluppati durante la Progressive Era da Louis Brandeis, si legga T. WU, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, New York 2018; nonché L. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in *Yale Law Journal*, Vol. 126, 2017, p. 564 ss.; *Id.*, *Sources of Tech Platform Power*, in *Georgetown Law Technology Review*, Vol. 2, 2018, p. 325 ss., 2018.

Invero, da un anno a questa parte si avverte un clima di maggiore reattività, non più solo da parte delle Istituzioni Europee – spesso tacciate di invidia nei confronti della potenza economica esercitata dai colossi tecnologici, quasi tutti americani – bensì a livello globale.

Nell'ottobre 2020, infatti, il *Department of Justice* americano ha citato in giudizio il colosso tecnologico Google al fine di accertare reiterate violazioni della concorrenza, dando inizio ad una serie di cause antitrust nei confronti del motore di ricerca, e non solo.

Va sottolineato, inoltre, che il caso U.S. v. GOOGLE LLC si pone come esito inevitabile dell'“*Investigation of Competition in Digital Markets*” avviata nel giugno 2019 da parte del Congresso americano⁽⁶⁾. L'indagine ha coinvolto tutti i soggetti che partecipano al mercato delle piattaforme digitali al fine di raccogliere informazioni circa l'operato delle *Big Tech Companies* più forti al momento: Google nel mercato della ricerca *online* e della pubblicità; Facebook nel mercato dei *social networks*; Amazon nel mercato al dettaglio *online*; nonché Apple nel mercato dei sistemi operativi telefonici.

Benché le quattro aziende siano estremamente diverse sotto molteplici aspetti, l'esame delle loro pratiche commerciali ha rivelato problemi comuni.

Ognuna di queste piattaforme si pone come *gatekeeper* di canali chiave di distribuzione.

Controllando l'accesso ai mercati, questi giganti possono scegliere i veri e propri vincitori e vinti della nostra economia (così riporta testualmente il *Report sull'investigation: «these giants can pick winners and losers throughout our economy»*)⁽⁷⁾. Non solo esercitano un potere enorme, ma

⁽⁶⁾ *Digital Markets Investigation, Antitrust Investigation of the Rise and Use of Market Power Online and the Adequacy of Existing Antitrust Laws and Current Enforcement Levels*, <https://judiciary.house.gov/issues/issue/?IssueID=14921>; *Investigation of Competition in Digital Markets Majority Staff Report and Recommendations*, https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf.

⁽⁷⁾ *Ibidem*; Si veda anche il rapporto redatto da M. VESTAGER, già commissaria alla Concorrenza tra il 2014 e il 2019 nella Commissione Junker, oggi vicepresidente esecutiva della Commissione UE responsabile per la Concorrenza, https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/submission_from_margrethe_vestager.pdf; nonché il rapporto di R. Picker, https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/submission_from_randalpicker.pdf.

Nel *Digital Markets Act*, p. 2 «*Providers of core platform providers can be deemed to be gatekeepers if they: (i) have a significant impact on the internal market, (ii) operate one or more important gateways to customers and (iii) enjoy or are expected to enjoy an entrenched and durable position in their operations*». Al fine di attribuire lo *status di gatekeepers*, può ricorrersi sia a presunzioni di tipo quantitative, sia ad una valutazione di tipo casistico: «*such gatekeeper status can be determined either with reference to clearly circumscribed and appropriate quantitative metrics, which can serve as rebuttable presumptions to determine the status*

ne abusano prevedendo l'addebito di tariffe esorbitanti, imponendo termini contrattuali oppressivi ed estraendo dati preziosi sia degli utenti che delle aziende che si affidano loro⁽⁸⁾.

Le piattaforme in esame, infatti, usano la loro posizione di *gatekeeper* per mantenere fermo il proprio potere di mercato, abusandone tramite pratiche di *self-preferencing*, prezzi predatori o condotte di esclusione⁽⁹⁾.

Se, *prima facie*, il loro strapotere appare un potere di mero fatto, affermatosi per la forza economica e capacità organizzativa a dir poco infallibile di tali aziende; una lettura più approfondita della realtà digitale mostra i primi segni di una vera metamorfosi di tali poteri.

I colossi tecnologici sembrano aver raggiunto una legittimazione ben più forte rispetto a quella conferita loro dalle dinamiche di mercato.

Alcune tendenze, infatti, dimostrano una vera e propria legittimazione giuridica di tali poteri, i quali si vengono trasformando in autorità di diritto, capaci di esprimersi con regole idonee a vincolare indipendentemente dall'assenso del destinatario dell'effetto.

of specific providers as a gatekeeper or based on a case-by-case qualitative assessment by means of a market investigation».

⁽⁸⁾ Per un'interessante disamina sul ruolo dei *new gatekeepers*, si legga R. VAN LOO, *The New Gatekeepers: Private Firms as Public Enforcers*, in *Virginia Law Review*, Vol. 106, p. 467 ss. Nell'articolo in esame, l'autore si sofferma sull'ascesa dell'*enforcer-firm* attraverso lo studio di casi riguardanti settori che ospitano le aziende più preziose, non solo operanti a livello digitale (ad esempio imprese del settore bancario, petrolifero e farmaceutico). Negli ultimi due decenni, le agenzie amministrative, sulla base di disposizioni normative o ordini dei tribunali, hanno conferito mandato a queste aziende private al fine di far svolgere loro compiti di un vero regolatore pubblico. Si richiama la prassi diffusa di tali aziende di prevedere, nei loro contratti, regole mediante le quali si riservano il diritto di ispezionare terzi. Quando riscontrano violazioni, tali imprese devono fare pressione o punire il trasgressore. Questa forma di governo, a detta di Van Loo, impone più di un dovere pubblico all'azienda, alterando la corporate governance e rimodellare le stesse organizzazioni aziendali.

⁽⁹⁾ Cfr. *Digital Markets Act*, nel cui *explanatory memorandum*, p. 1, si legge che: «*Large platforms have emerged benefitting from characteristics of the sector such as strong network effects, often embedded in their own platform ecosystems, and these platforms represent key structuring elements of today's digital economy, intermediating the majority of transactions between end users and business users. Many of these undertakings are also comprehensively tracking and profiling end users. A few large platforms increasingly act as gateways or gatekeepers between business users and end users and enjoy an entrenched and durable position, often as a result of the creation of conglomerate ecosystems around their core platform services, which reinforces existing entry barriers. As such, these gatekeepers have a major impact on, have substantial control over the access to, and are entrenched in digital markets, leading to significant dependencies of many business users on these gatekeepers, which leads, in certain cases, to unfair behaviour vis-à-vis these business users. It also leads to negative effects on the contestability of the core platform services concerned. Regulatory initiatives by Member States cannot fully address these effects; without action at EU level, they could lead to a fragmentation of the Internal Market.*».

L'interrogativo più complesso attiene indubbiamente all'individuazione dello strumento e del veicolo di tale metamorfosi.

La finalità del contributo sarà, dunque, quella di esaminare nello specifico l'ascesa del colosso Google – anche alla luce di quanto documentato dalle principali cause *antitrust* che lo hanno visto protagonista – per comprendere la fonte fattuale di tale autorità privata e poi domandarsi se tale potere abbia effettivamente subito una trasformazione in autorità di diritto.

A tale quesito sembra possa darsi risposta positiva sulla base di alcuni dati normativi, e non solo.

Tra questi si pensi alla responsabilità in cui il provider *online* può incorrere nel caso in cui, venuto a conoscenza di un contenuto illecito, non provveda alla sua cancellazione ai sensi dell'art. 15, dir. 2000/31/CE sull'*e-commerce*. L'attività di cancellazione implica una ingerenza nell'altrui sfera giuridica, a prescindere dal consenso del destinatario degli effetti della stessa. Ciò posto, vien da chiedersi se la previsione di un regime speciale di responsabilità per omessa ingerenza nella sfera giuridica altrui non sia essa stessa il riconoscimento giuridico implicito di un'autorità privata.

Ancora, dimostrazione di tale tendenza può rintracciarsi nel conferimento a Google – più in generale ai motori di ricerca – del potere di bilanciamento in materia di oblio a seguito della nota sentenza *Google Spain* del 2014 e delle successive Linee Guida adottate dallo *European Data Protection Board*.

Ulteriori conferme si traggono dalle più recenti reazioni emerse durante la pandemia globale dovuta alla diffusione del Covid-19⁽¹⁰⁾. Si pensi all'iniziativa di Google e Apple volta a predisporre un sistema di *contact tracing*⁽¹¹⁾. I padroni del mondo digitale, che dei nostri dati hanno fatto il loro maggior guadagno⁽¹²⁾, continuano ad accumulare *big data* sensibili,

⁽¹⁰⁾ Pandemia che ha svantaggiato i più, aumentando a dismisura lo strapotere delle *big tech companies*. Lo dimostrano l'andamento positivo della borsa e l'incremento esponenziale dei loro introiti.

Si vedano sul punto V. LOPS, *Borsa, con la pandemia i colossi tech diventano sempre più ricchi*, in *ilSole24ore*, 10 maggio 2020, consultabile al link: <https://24plus.ilsole24ore.com/art/borsa-la-pandemia-colossi-tech-diventano-sempre-piu-ricchi-ADQBmMP>; T. KIM, *How Can Tech Giants Top a Year Like 2020? They Can't*, in *Bloomberg Opinion*, 24 dicembre 2020, consultabile al link: <https://www.bloomberg.com/amp/opinion/articles/2020-12-24/how-can-tech-giants-top-a-year-like-2020-they-can-t>.

⁽¹¹⁾ K. LESWING, *Apple and Google will build their coronavirus contact tracing software right into your phone*, in CNBC, 1 settembre 2020, consultabile al link: <https://www.cnbc.com/2020/09/01/apple-google-will-build-coronavirus-contact-tracing-software-right-into-your-phone.html>; Id., *States are finally starting to use the Covid-tracking tech Apple and Google built — here's why*, in CNBC, 4 ottobre 2020, consultabile al link: <https://www.cnbc.com/2020/10/03/covid-app-exposure-notification-apple-google.html>.

⁽¹²⁾ Sul «mito della gratuità» si legga S. MANNONI-G. STAZI, *Is competition a click away?*, Napoli 2018, p. 31 ss.

perché attinenti al diritto alla salute, al fine di affiancarsi – *rectius* sostituirsi – alle autorità sanitarie pubbliche nella lotta al diffondersi del virus, tramite metodiche di tracciamento digitale.

Da ultimo, non si possono non citare il *Digital Services Act* (DSA) ed il *Digital Markets Act* (DMA), le proposte della Commissione Europea di regolazione dei servizi digitali. La lettura dei testi, invero, sembra suggerire l'istituzione sempre più netta di poteri para-normativi e para-giurisdizionali delle grandi piattaforme *online*.

2. – Come sopra si accennava, Google è stato più volte protagonista di cause antitrust, ora non più solo in ambito europeo. Le stesse condotte anticoncorrenziali poste in essere da parte di Google, già oggetto di esame da parte della Commissione Europea dal 2016 ad oggi⁽¹³⁾, vengono sot-

(13) In particolare, la Commissione dopo aver più volte ribadito che Google detiene una posizione dominante nei mercati dei servizi in generale di ricerca internet, dei sistemi operativi di dispositivi mobili sottoposti a licenza e delle app-stores per il sistema operativo Android, ha condannato per ben tre volte il colosso della Silicon Valley a pagare sanzioni per abuso di tale posizione.

Nel luglio 2016, la Commissione è giunta alla conclusione preliminare che Google ha abusato della sua posizione dominante, tramite imposizione di restrizioni alla capacità di alcuni siti web di visualizzare annunci di ricerca dei concorrenti di Google (il caso AdSense). La sanzione veniva irrogata successivamente in un ammontare pari a € 1,49 miliardi. Press release consultabile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770; Case register n. 40411 consultabile al link https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40411.

Nel giugno 2017, la Commissione ha inflitto a Google una multa di € 2,42 miliardi per aver abusato della sua posizione dominante come motore di ricerca, tramite vantaggi illegali accordati allo *shopping service* di Google. La Commissione sta attualmente monitorando attivamente la conformità di Google a tale decisione. Press release consultabile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1784; Case register n. 39740 consultabile al link https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740; Summary of Commission Decision 27 June 2017 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.39740 — Google Search (Shopping) consultabile al link [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0112\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0112(01)&from=EN).

Nel 2018 Google è stata condannata al pagamento di una sanzione pari a € 4,34 miliardi per pratiche anticoncorrenziali riguardanti i dispositivi Android: dal 2011, infatti, Google ha imposto restrizioni illegali ai produttori di dispositivi Android e agli operatori di reti mobili per consolidare la sua posizione dominante nella ricerca generale su internet.

Press Release consultabile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4581; Case register n. 40099 consultabile al link https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40099; Summary of Commission Decision of 18 July 2018 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.40099 — Google Android) consultabile al link [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC1128\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC1128(02)&from=EN) oppure anche al seguente link <https://ec.europa.eu/>

toposte, ora, anche al vaglio delle Corti americane. Il primo caso statunitense, avviato dal *Department of Justice*, è stato seguito da altre due cause avviate rispettivamente da trentotto e dieci stati americani.

Se si pensa alle timide origini di Google stupisce e sorprende la velocità con la quale si è imposto quale motore di ricerca per eccellenza⁽¹⁴⁾. Non a caso il *Department of Justice*, nel suo *complaint* scrive che «*Two decades ago Google became the darling of Silicon Valley as a scrappy startup with an innovative way to search the emerging internet. That Google is long gone*»⁽¹⁵⁾.

Invero, il colosso della Silicon Valley è stato fondato poco più di venti anni fa, nel 1998, da Sergey Brin e Lawrence Page con lo scopo di migliorare la ricerca e la divulgazione di informazioni *online*⁽¹⁶⁾.

I due dottorandi di *Computer Science* all'Università di Stanford compresero che i cosiddetti «*natural organic results*», ovvero i risultati che meglio rispondono alle richieste degli utenti, erano alterati da quel che gli inserzionisti volevano mostrare. Nel loro primissimo contributo di presentazione di Google, infatti, si leggeva che «*Currently, the predominant business model for commercial search engines is advertising. The goals of the advertising business model do not always correspond to providing quality search to users [...] we expect that advertising funded search engines will be inherently biased towards the advertisers and away from the needs of the consumers*»⁽¹⁷⁾.

Veniva sviluppato un modello originale di organizzazione dei dati, mediante il quale si inviava un Google *bot* a visitare siti *web*, copiare informazioni e indicizzarli al fine di rispondere alle ricerche degli utenti nel modo che più potesse soddisfarli⁽¹⁸⁾. È il modello del «*crawl, index,*

competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf.

È proprio su quest'ultima pratica anticoncorrenziale che il Department of Justice americano fonda la sua citazione.

⁽¹⁴⁾ Per una precisa e dettagliata storia di Google, D.A. VISE-M. MALSEED, *Google Story*, Milano 2018.

⁽¹⁵⁾ Department of Justice, Complaint U.S. v. GOOGLE LLC, p. 3, consultabile al link <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1328941/download>.

⁽¹⁶⁾ S. BRIN-L. PAGE, *The Anatomy of a Large-Scale Hypertextual Web Search Engine*, in *Computer Networks and ISDN Systems* 30 (1998), p. 107-117 oppure in <https://snap.stanford.edu/class/cs224w-readings/BrAnatomy.pdf>; Nell'articolo in esame, Brin e Page, fondatori del motore di ricerca Google, tra i loro «*design goals*» indicano il miglioramento della qualità della ricerca, eliminando dall'elenco dei risultati i cosiddetti «*junk results*», ovvero i risultati che non risultano rilevanti per la ricerca dell'utente; oltre che creare un motore di ricerca accademico, e non commerciale. Il prototipo di Google, infatti, non portava il dominio *.com*, bensì *.edu*: «*The prototype with a full text and hyperlink database of at least 24 million pages is available at <http://google.stanford.edu/>*».

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*, Appendix A: Advertising and Mixed Motives.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem* si legge «*Google is designed to crawl and index the Web efficiently and produce much more satisfying search results than existing systems*».

rank» – letteralmente «scansione, indicizzazione, classificazione» – mediante il quale si offrivano agli utenti i *ten blue links* per ogni pagina di ricerca.

Eppure, anche Google necessitava di un modello di monetizzazione. Nel 2000, veniva a tal fine elaborato un sistema di pubblicità fai-da-te, Google *ADWords* ⁽¹⁹⁾, ovvero una piattaforma pubblicitaria basata su un sistema di aste su cui gli inserzionisti potevano fare offerte per il posizionamento di annunci di ricerca nelle pagine dei risultati fornite da Google. Se, inizialmente, tale sistema si basava sulle impressioni degli utenti, successivamente, veniva a configurarsi come un meccanismo di asta *cost-per-click-based pricing*, che consentiva di far pagare gli inserzionisti solo quando la loro pubblicità fosse stata effettivamente cliccata. Google forniva contenuti, associandovi messaggi pubblicitari: si trasformava, dunque, in una «*media company*», con potere di mercato.

Successivamente, il motore di ricerca creava la «*Universal Search Box*», all'interno della quale inseriva i cosiddetti «*one box results*», ovvero risultati strettamente connessi ai servizi di ricerca verticale ⁽²⁰⁾ di Google, a scapito di altri risultati.

Già a partire da questo momento si cominciò ad avvertire il timore che Google stesse abusando del proprio potere di mercato.

Sulla base di ciò, la Commissione Europea avviò nei suoi confronti una prima indagine ⁽²¹⁾. Nello specifico, Joaquín Almunia, Vicepresidente della Commissione in quegli anni, affermava che quattro erano le preoccupazioni sulle sorti della concorrenza, che inducevano a ritenere che vi fosse

⁽¹⁹⁾ *Google Launches Self-Service Advertising Program*, October 23, 2000, sezione *News from Google*, <https://googlepress.blogspot.com/2000/10/google-launches-self-service.html>. Oggi la piattaforma in esame non si chiama più *Google AdWords*, bensì *Google Ads*.

⁽²⁰⁾ I servizi di ricerca verticale – *vertical search services* – sono motori di ricerca specializzati che si concentrano su argomenti specifici, come ad esempio ristoranti, notizie o prodotti. Google si qualifica come un *horizontal search engine* o *general purpose search engine*, perché cerca di coprire Internet fornendo una lista di risultati volta a soddisfare qualsiasi richiesta. Tuttavia, oltre al servizio di ricerca generale, Google gestisce anche diversi servizi di ricerca verticale in concorrenza con altri operatori.

⁽²¹⁾ Press Release 30 novembre 2010, *Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google* IP/10/1624 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_10_1624.

Speech 21 May 2012 n. 372, *Joaquín Almunia Vice President of the European Commission responsible for Competition Policy Statement of VP Almunia on the Google antitrust investigation Press room Brussels*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_372.

Speech, 18 Dicembre 2012 n. 967, *Statement by Vice President Almunia on the Google investigation*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_967.

il rischio di abuso di posizione dominante da parte del motore di ricerca statunitense.

Innanzitutto, nei risultati di ricerca generali sul *web*, Google mostrava i collegamenti ai propri servizi di ricerca verticale in modo diverso rispetto ai link dei concorrenti. Tale diverso trattamento dei risultati di ricerca faceva temere che ciò potesse tradursi in un trattamento preferenziale rispetto ai servizi concorrenti, che, di conseguenza, avrebbero potuto essere danneggiati.

La seconda preoccupazione riguardava la pratica dello «*scraping*», consistente nel copiare i contenuti dei servizi di ricerca verticale concorrenti, per poi utilizzarli nelle proprie offerte. Google, in particolare, avrebbe potuto riprodurre materiale originale presente nei siti *web* dei suoi concorrenti⁽²²⁾ e utilizzare tale materiale sui propri siti senza una loro preventiva autorizzazione, venendo così ad appropriarsi dei benefici derivanti dagli investimenti dei concorrenti. Ciò indubbiamente rischiava di ridurre gli incentivi dei concorrenti ad investire nella creazione di contenuti originali a vantaggio degli utenti di Internet. Incentivi che necessariamente devono sussistere al fine di garantire la qualità di contenuti diffusi nel *web*.

La terza preoccupazione riguardava, invece, gli accordi tra Google e i *partners* relativi ai siti *web* di cui Google fornisce annunci di ricerca, ovvero sia annunci che vengono visualizzati accanto ai risultati di ricerca elaborati a seguito della *query* formulata dall'utente. Gli accordi, a detta della Commissione Europea, si traducevano in un'esclusiva *de facto* che imponeva ai *partners* di ottenere tutte o la maggior parte delle richieste di annunci da parte di Google, escludendo così i fornitori concorrenti di servizi di intermediazione pubblicitaria⁽²³⁾.

Infine, la quarta preoccupazione riguardava le restrizioni che Google poneva alla portabilità delle campagne pubblicitarie *online* dalla sua piattaforma *AdWords* alle piattaforme dei concorrenti. Ciò comportava il rischio di restrizioni contrattuali per gli sviluppatori di *software* che lavoravano al fine di offrire strumenti che consentissero il trasferimento senza interruzioni delle campagne pubblicitarie tra le varie piattaforme.

Con un *ultimatum*⁽²⁴⁾ Almunia chiedeva a Google di formulare rimedi idonei a stemperare tali preoccupazioni. Rimedi, tuttavia, mai proposti.

(22) Joaquin Almunia, ad esempio, richiama espressamente le recensioni degli utenti sui siti di viaggio o sui siti che forniscono guide ai ristoranti.

(23) Come specificato nel *press release* della Commissione Ue, tale patto di esclusiva potenzialmente influiva sui servizi pubblicitari acquistati ad esempio da negozi *online*, riviste *online* o emittenti.

(24) Così fu definito l'intervento di Almunia in un articolo di quegli anni: «*Ultimatum*

Nel frattempo, anche la *Federal Trade Commission* aveva avviato una indagine a seguito di segnalazioni con cui alcuni siti verticali lamentavano la ingiusta preferenza che Google accordava ai propri contenuti nel mostrare i risultati di ricerca. Secondo alcuni, Google aveva creato un «*search bias*»: i risultati di ricerca venivano modificati a seguito dell'introduzione della *Universal Search Box*, che disponeva i risultati di ricerca verticali di Google in posizione preminente rispetto agli altri.

Nonostante ciò, il *laissez faire* prevalse.

Difatti, la *Federal Trade Commission* ritenne che, quanto allegato e provato suggeriva un intento positivo di Google, ovvero sia fornire informazioni rilevanti, assicurando una risposta rapida e soddisfacente alle richieste degli utenti⁽²⁵⁾. Essenzialmente, migliori risposte fornite agli utenti del *web* non si traducono in una ipotesi di *monopolization* o *attempt of monopolization*, vietato dalla *Section 2* dello *Sherman Act*⁽²⁶⁾. Tale argomentazione finiva per adombrare l'eventuale alterazione della libera concorrenza nel mercato della ricerca *online*.

Impostazione opposta assunse di lì a poco la Commissione Europea. Fu proprio il diverso approccio assunto dinanzi alla supremazia delle *Big Tech* ad innescare le tensioni UE – USA in ordine al bilanciamento tra concorrenza e libera iniziativa economica dei nuovi poteri privati.

Nel 2015, infatti, la Commissione ha inviato a Google uno *Statement of Objections*, con cui sottolineava che il sistematico *favor* accordato ai propri prodotti nelle pagine dei risultati di ricerca generali costituiva abuso di posizione dominante⁽²⁷⁾. Inoltre, si temeva che gli utenti non riceversero risposte rilevanti in relazione alle loro richieste e ciò a discapito dei consumatori e dei concorrenti sul mercato, nonché della innovazione.

Ue a Google, possibile abuso di posizione dominante. Almunia: "Risponda"», <https://www.ilfattoquotidiano.it/2012/05/21/unione-europea-possibile-abuso-posizione-dominante-google/236522/>.

⁽²⁵⁾ FTC, January 2013 «*While Google's prominent display of its own vertical search results on its search results page had the effect in some cases of pushing other results 'below the fold,' the evidence suggests that Google's primary goal in introducing this content was to quickly answer, and better satisfy, its users' search queries by providing directly relevant information*».

⁽²⁶⁾ *Ibidem*, «*Based on this evidence, we do not find Google's business practices with respect to the claimed search bias to be, on balance, demonstrably anticompetitive, and do not at this time have reason to believe that these practices violate Section 2*».

⁽²⁷⁾ Press release 15 maggio 2015, «*The company has abused its dominant position in the markets for general internet search services in the European Economic Area (EEA) by systematically favouring its own comparison shopping product in its general search results pages*», https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_4780.

Sulla base di tali considerazioni, il 27 Giugno 2017 la Commissione Europea ha comminato a Google una sanzione di 2,42 milioni di Euro per aver violato le norme a tutela della concorrenza e, nello specifico, per aver abusato della posizione dominante fornendo vantaggi illegali ai propri prodotti.

Che Google si fosse affermato, imponendo la propria autorità di fatto, era sempre più evidente.

Una ulteriore conferma di ciò si rinviene nelle restrizioni contrattuali e nei patti di esclusiva che Google ha imposto al fine di estendere la propria posizione dominante anche al mercato della telefonia mobile, dopo l'acquisto del sistema operativo Android, avvenuto nel 2005.

La posizione dominante di Google si veniva ad estendere oltre il mercato dei servizi generali di ricerca Internet, fino a ricomprendere il mercato dei sistemi operativi telefonici che possono essere concessi in licenza e dei cosiddetti *app stores*, ovverosia portali di vendita di applicazioni per il sistema operativo Android.

Ad individuare e condannare le prime forme di abuso di tale posizione dominante fu la Commissione Europea, che, nel 2018, focalizzò la sua attenzione su tre tipi di pratiche: 1) l'abbinamento illegale delle applicazioni Google relative alla ricerca e al *browsing*; 2) i pagamenti illegali in cambio della preinstallazione di *Google Search*; 3) l'ostruzione illecita dello sviluppo e della distribuzione di sistemi operativi Android concorrenti.

Quanto alla prima condotta, si era provato che Google offriva ai produttori di dispositivi le sue applicazioni e i suoi servizi per dispositivi mobili nel quadro di un pacchetto che comprendeva *Google Play Store*, l'applicazione *Google Search* e il *browser Google Chrome*. Le applicazioni di Google dovevano, quindi, essere preinstallate e se ne doveva consentire l'uso predefinito.

La preinstallazione di tali applicazioni aveva come conseguenza quella di «*determinare una preferenza per lo status quo*»⁽²⁸⁾: tendenzialmente, gli

(28) Press release 18 luglio 2018, «*Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine*», Case register n. 40099 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4581; ove si legge che: «*For example, the Commission has found evidence that the Google Search app is consistently used more on Android devices, where it is pre-installed, than on Windows Mobile devices, where users must download it. This also shows that users do not download competing apps in numbers that can offset the significant commercial advantage derived through pre-installation. For example, in 2016:*

- *on Android devices (with Google Search and Chrome pre-installed) more than 95% of all search queries were made via Google Search; and*
- *on Windows Mobile devices (Google Search and Chrome are not pre-installed) less than*

utenti che trovano applicazioni di ricerca e *browsing* preinstallate sui loro dispositivi, non le cambiano.

Elementi di prova hanno attestato, inoltre, che tale pratica di Google ha ridotto sia gli incentivi dei produttori ad installare applicazioni di ricerca e *browsing* concorrenti, sia gli incentivi degli utenti a scaricare autonomamente tali applicazioni. Inevitabili conseguenze negative si son avute sulla concorrenza.

Inoltre, la preinstallazione di Google *Search* a titolo esclusivo era avvenuta previa concessione di incentivi finanziari da parte di Google nei confronti di grandi produttori di dispositivi, nonché di operatori di reti mobili. Ciò ha integrato la seconda condotta anticoncorrenziale del motore di ricerca.

Infine, Google ha impedito ai produttori di dispositivi di utilizzare versioni di Android alternative rispetto a quelle approvate da Google (c.d. *Android forks*)⁽²⁹⁾.

Accertata l'anticoncorrenzialità di siffatte condotte, la Commissione ha comminato una sanzione di 4,34 milioni di euro nei confronti di Google.

Son proprio tali profili gli stessi affrontati dal *Department of Justice* con il *Complaint* depositato il 20 ottobre 2020, in cui si analizzano i vari accordi che Google ha imposto ai produttori di *smartphone* e alle compagnie telefoniche statunitensi al fine di escludere l'accesso di suoi rivali sul mercato.

Nello specifico il *Department of Justice* richiama gli accordi stipulati con Apple al fine di rendere Google il motore di ricerca predefinito nel sistema operativo della Apple, iOS; nonché gli accordi stipulati con i produttori di dispositivi Android (LG, Motorola e Samsung) tra i quali si prendono in considerazione gli *anti-forking agreements*; i *pre-installation agreements* e i *revenue sharing agreements*.

25% of all search queries were made via Google Search. More than 75% of search queries happened on Microsoft's Bing search engine, which is pre-installed on Windows Mobile devices».

Case register n. 40099 https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40099.

Commission Decision, 18 luglio 2018 «relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (the Treaty) and Article 54 of the EEA Agreement (AT.40099 – Google Android)», https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf.

⁽²⁹⁾ *Ibidem*, si fa cenno alle prove raccolte, le quali hanno rivelato che Google ha impedito ad un certo numero di grandi produttori di sviluppare e vendere dispositivi basati sulla versione Android sviluppata da Amazon, ovvero sia *Fire OS*.

Il Department of Justice, però, con lucidità sottolinea che queste strategie commerciali ora riguardano per lo più la telefonia mobile e i *browsers* (tra cui Safari della Apple e Firefox di Mozilla), ma si stanno sempre più rivolgendo anche ai dispositivi del futuro, quali *smartwatches*, *smartspeakers*; *smart TVs*, anche definiti come *IoT*, *Internet of Things*.

Proprio l'abuso di posizione dominante nel mercato degli *IoT* ha di recente costituito oggetto di una ulteriore contestazione da parte di trentotto Stati Americani⁽³⁰⁾, rappresentati da procuratori sia democratici che repubblicani e guidati dal procuratore generale del Colorado, Phil Weiser⁽³¹⁾.

È evidente il legame tra questa causa e quella avviata qualche mese prima dal Department of Justice, relativa ai patti di esclusiva, nonché ai finanziamenti corrisposti da Google per garantire che il suo motore di ricerca sia installato come opzione predefinita su *browser* e dispositivi come i telefoni cellulari.

L'ultima denuncia legale, però, va oltre quella del *Department of Justice*, concentrandosi su un profilo solo accennato nel caso *US v. Google LLC*, ovvero sia l'utilizzo delle stesse strategie commerciali al fine di "dominare" anche le nuove tecnologie degli *IoT*. Nell'atto di citazione depositato dai trentotto Stati si legge, infatti, che «*the allegations in this complaint are consistent with, but go beyond, the DOJ Complaint in its related case*». Si fa espresso riferimento alla tecnologia dell'assistente vocale virtuale, che ormai non si ritrova più solo nei dispositivi di telefonia mobile⁽³²⁾, bensì anche in strumenti per la casa – come, ad esempio, nelle *smart Tv* – o nelle nostre automobili⁽³³⁾. Ecco che Google acquisisce una esclusività *de facto* che si estende ben oltre i soli computers e dispositivi mobili.

⁽³⁰⁾ Gli Stati che hanno presentato la causa sono: Colorado, Arizona, Colorado, Iowa, Nebraska, New York, North Carolina, Tennessee, Utah, Alaska, Connecticut, Delaware, Hawaii, Idaho, Illinois, Kansas, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, South Dakota, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia, Wyoming, il Distretto di Columbia e i territori di Guam e Porto Rico. <https://www.bbc.com/news/business-55357340>.

⁽³¹⁾ Press Release 17 dicembre 2020, *Colorado Attorney General Phil Weiser leads multistate lawsuit seeking to end Google's illegal monopoly in search market* in <https://coag.gov/press-releases/12-17-20/>; il Complaint depositato è pubblicamente consultabile in <https://coag.gov/app/uploads/2020/12/Colorado-et-al.-v.-Google-PUBLIC-REDACTED-Complaint.pdf>.

⁽³²⁾ Al momento sia Siri di Apple che Bixby di Samsung utilizzano i servizi di ricerca generale di Google.

⁽³³⁾ «*Google's strategy with automobiles follows its playbook in mobile. Google offers carmakers a free Android operating system with a bundle of Google proprietary applications, including Google Assistant, Google Play Store, and Google Maps, known as Google Auto-*

Infine, dieci Stati ⁽³⁴⁾, guidati dal Procuratore Generale del Texas Ken Paxton ⁽³⁵⁾, hanno fatto causa a Google per aver abusato della propria posizione dominante nel mercato della pubblicità online, consolidatasi sempre più a partire dal 2008 con l'acquisizione di *DoubleClick*, il principale *software* utilizzato per vendere pubblicità *online*. Nello specifico, si sostiene che Google si sia impegnato in atti falsi, fuorvianti e ingannevoli durante l'acquisto e la vendita all'asta di annunci online, con effetti pregiudizievoli sulla capacità di monetizzazione dei contenuti, sull'aumento dei costi per pubblicizzare e sui consumatori. Ad aggravare il quadro si aggiunge anche una intesa anticoncorrenziale tra Google e Facebook, stipulata dopo che quest'ultima, nel 2017, aveva annunciato piani per competere con Google nello spazio della tecnologia pubblicitaria. Ai sensi di tale accordo, Google concederebbe a Facebook alcuni vantaggi nelle aste che gestisce per l'inventario pubblicitario delle app mobili, in cambio di un impegno da parte dell'azienda di Mark Zuckerberg ad abbandonare i piani concorrenziali annunciati nel 2017.

Fin qui è innegabile l'autorità di fatto che Google esercita sul mercato dei servizi generali di ricerca, della pubblicità *online*, dei sistemi operativi che possono essere concessi in licenza, nonché dei portali di vendita di applicazioni per il sistema operativo Android.

Tuttavia, sembra potersi ragionevolmente affermare che una valutazione atomistica – meramente fattuale – di Google non consente di comprendere appieno la portata dell'azienda statunitense, la quale, oltre ad essersi imposta di fatto, sembra aver acquisito – insieme ad altre *Big Tech Companies* – una vera e propria autorità di diritto.

motive Services, or "GAS." Carmakers, in exchange for the operating system and Google's proprietary bundle of applications, agree to restrictive and exclusionary terms, providing Google de facto exclusivity for Google Assistant and therefore its general search services within cars, further protecting Google from competition. Had Google not taken control over this interface, rival voice assistants like Alexa or new entrants could enable the use of different underlying general search engines, including relying on multiple kinds of search», Complaint p. 46 ss. in <https://coag.gov/app/uploads/2020/12/Colorado-et-al.-v.-Google-PUBLIC-REDACTED-Complaint.pdf>.

⁽³⁴⁾ Si tratta degli Stati del Texas, Arkansas, Indiana, Kentucky, Missouri, Mississippi, South Dakota, North Dakota, Utah e Idaho, tutti rappresentati da procuratori repubblicani.

⁽³⁵⁾ Press Release, 16 dicembre 2020, «*AG Paxton Leads Multistate Coalition in Lawsuit Against Google for Anticompetitive Practices and Deceptive Misrepresentations*» in <https://www.texasattorneygeneral.gov/news/releases/ag-paxton-leads-multistate-coalition-lawsuit-against-google-anticompetitive-practices-and-deceptive#:~:text=Attorney%20General%20Ken%20Paxton%20announced%20today%20that%20the,role%20in%20the%20multi-trillion-dollar%20online%20display%20advertising%20industry>; il Complaint è consultabile in [https://www.texasattorneygeneral.gov/sites/default/files/images/admin/2020/Press/20201216_1%20Complaint%20\(Redacted\).pdf](https://www.texasattorneygeneral.gov/sites/default/files/images/admin/2020/Press/20201216_1%20Complaint%20(Redacted).pdf).

In effetti, il potere di Google sembra aver subito una metamorfosi. La sua autorità non esprime più solo l'esistenza di un centro di forza socio-economica, bensì si fonda su particolari prerogative giuridiche, la sussistenza delle quali è idonea a trasformare l'autorità privata di fatto in autorità privata di diritto.

3. – Preme ricordare che sul finire degli anni '70 del secolo scorso, autorevole dottrina cominciò a delineare il quadro dei poteri privati intesi come «autorità»⁽³⁶⁾, fino ad allora trascurato in nome di un diritto privato ispirato a rapporti di equi-ordinazione.

Si intendeva superare la contrapposizione netta tra diritto privato – diritto dell'autonomia – e diritto pubblico – diritto dell'autorità. Invero, si sosteneva che anche nel diritto privato esistono «autorità», ovvero fenomeni in cui si dispiega il «*potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni*», e che realizzano, nella sfera dei destinatari, stati di «*soggezione ad altrui poteri decisionali di vario contenuto, che si estrinsecano anche in specifici atti dispositivi*».

Tali autorità si esprimono tramite regolamenti privati⁽³⁷⁾, fonti di regole idonee a «*vincolare indipendentemente dall'assenso del destinatario dell'effetto*».

Il negozio diviene norma oggettiva, «*in posizione di superiorità astratta rispetto alle parti*»⁽³⁸⁾.

(36) Già prima, per ciò che attiene alle fonti private del diritto, W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit.; successivamente, a partire dagli anni '70, C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli 1977; E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano 1988, in cui l'indagine va oltre l'individuazione delle autorità di fatto e di diritto, concentrandosi prevalentemente sugli atti di autonomia privata mediante i quali si manifesterebbe l'esercizio dell'autorità, ovverosia i regolamenti privati. Non solo ci si domanda se vi sia compatibilità tra autonomia e autorità, ma anche tra negozio giuridico – manifestazione per eccellenza dell'autonomia privata, caratterizzata dalla disponibilità degli effetti vincolanti da parte dei soggetti nella cui sfera giuridica son destinati a prodursi – e regolamento privato – in cui la disponibilità degli effetti da parte dei destinatari degli stessi è del tutto assente. Si opta per l'estraneità del regolamento privato dalla sfera del negozio giuridico.

Diverso è il caso dei regolamenti delegati, per mezzo dei quali si attribuisce a determinati soggetti o gruppi il potere di determinare la regolamentazione di materie sottratte alla competenza della maggioranza. Tale attribuzione ha fonte convenzionale e non si inquadra nell'area del regolamento privato in senso tecnico, dal momento che sussiste un momento di consensualità seppure indiretta. Tali regolamenti rivestono, quindi, natura negoziale.

Sensibile al tema è anche la dottrina tedesca. Di recente pubblicazione F. MÖSLEIN, *Private Macht*, Tubinga 2016.

(37) E. DEL PRATO, *op. cit.*, p. 18.

(38) *Ibidem*, p. 23.

Al tempo le manifestazioni di autorità private si rinvenivano prevalentemente e agevolmente nelle strutture associative e comproprietarie, ove un gruppo delibera vincolando i singoli appartenenti senza che si richieda una adesione del destinatario.

All'interno della più ampia categoria delle autorità di stampo privatistico, si distingueva tra autorità di diritto e autorità di fatto. Le prime sussistono ogniquale volta vi sia un'attribuzione legale o convenzionale⁽³⁹⁾ di poteri autoritativi privati, giustificata da particolari prerogative giuridiche; le seconde, invece, denotano poteri decisionali privati fondati su posizioni di forza economico-sociale. Questi ultimi, inoltre, sono «interni» se ineriscono al settore del lavoro e dell'impresa o a gruppi organizzati, esprimendo il prevalere del datore di lavoro sul lavoratore subordinato o il prevalere della maggioranza sulla minoranza; mentre sono «esterni» quando attengono a posizioni di dominio in campo politico e sindacale ovvero nella vita economica, quando la grande impresa mette in crisi la libera concorrenza e impone condizioni di contratto a terzi⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ E. DEL PRATO, *op. cit.*, p. 20, invece ritiene che nel caso di attribuzione convenzionale del potere di agire in capo ad un altro soggetto, «il potere conferito non comporta la soggezione del conferente a precetti altrui, bensì solo una diretta imputazione di effetti, la cui fonte, stante l'attribuzione volontaria, va pur sempre riposta nell'autonomia del titolare».

⁽⁴⁰⁾ Sulle condizioni generali si ricordino oltre ai contributi di C.M. Bianca e di E. del Prato, G. ALPA, voce *Contratti di massa profili generali*, in *Enc. dir.*, Milano 1997, vol. I, p. 403; ID., *L'incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1997, p. 237 ss.; A. AZZARO, *I contratti non negoziati*, Napoli 2000; E. CESÀRO, *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, Padova 1997; ID., *Condizioni generali di contratto ed elencazione delle clausole vessatorie*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1991, p. 55 ss.; E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Tratt. Roppo*, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano 2006; A. CATAUDELLA, *Condizioni generali e procedimento di formazione del contratto*, in *Scritti giuridici*, Padova 1991; G. CHINÉ, voce *Contratti di massa* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, vol. I, *Agg.*, Milano 1997; M. COSTANZA, *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*, in *Giust. civ.*, 1994, II, p. 543; A. GENOVESE, *Le Condizioni generali di contratto*, in *R. d. comm.*, 1955, p. 408 ss.; M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova 1996; U. MORELLO, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. civ.*, III, Torino 1988; M. NUZZO, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Diz. dir. priv.*, a cura di N. Irti, I, Milano 1980; S. ORLANDO, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, in *European Review of Contract Law*, 2011, p. 25 ss.; ID., *La formazione dei patti vessatori nella novella sui contratti dei consumatori*, in questa *Rivista*, 1997, p. 730 ss.; G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Comm. Schlesinger*, sub artt. 1337-1342, Milano 1993; S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, Padova 1996; ID., *Clausole vessatorie, clausole d'uso e necessità dell'approvazione specifica*, in *Nuova g. civ. comm.*, 1995, 1; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 1321-1352, Bologna-Roma 1970; C. SCOGNAMIGLIO, *Condizioni generali di contratto nei rapporti tra imprenditori e la tutela del "contraente debole"*, in *R. d. comm.*, 1987, II, p. 425; G. TATARANO, *Clausole vessatorie e atto notarile. Osservazioni sul ruolo del notaio nella contrattazione standardizzata*, in *Studi in*

In quest'ultimo caso, pur essendovi formalmente un contratto, l'imprenditore giunge a «*dettare unilateralmente e uniformemente il contenuto del rapporto, arrogandosi in definitiva un potere regolamentare che solo apparentemente è subordinato al consenso dei destinatari*»⁽⁴¹⁾.

Autorevole dottrina⁽⁴²⁾ ha, in siffatti casi, ritenuto che nel nostro ordinamento vi possa essere, invece, una legittimazione giuridica dell'autorità, tale da trasformarla in autorità di diritto: l'art. 1341 c.c. è stato individuato, infatti, come fondamento normativo per la vincolatività di atti regolamentari idonei ad incidere sulla sfera giuridica altrui a prescindere dall'effettivo consenso.

Superando l'idea secondo cui le condizioni generali di contratto attono esclusivamente ai rapporti di impresa e ai contratti di scambio⁽⁴³⁾, si è ritenuto che l'art. 1341 c.c. individui la regola su cui si fonda il modello del regolamento privato, considerata l'emersione normativa della discrepanza netta tra contrattualità e consensualità. Si evidenzia, infatti, che «*tutto ciò che è espressamente consensuale (art. 1341, comma 2) è senz'altro contrattuale, ma non tutto ciò che è contrattuale (art. 1341, comma 1) è anche e per ciò solo consensuale*»⁽⁴⁴⁾. L'art. 1341, comma 1, c.c., d'altronde, dispone che le clausole non vessatorie vincolano se conosciute o conoscibili con l'uso dell'ordinaria diligenza: è quest'ultimo presupposto che

onore di Capozzi, I, 2, Milano 1992; VENOSTA, *Condizioni generali vessatorie, forma della ratifica e nullità parziale del contratto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, p. 646 ss.

⁽⁴¹⁾ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 63.

⁽⁴²⁾ E. DEL PRATO, *op. cit.*

⁽⁴³⁾ *Ibidem*, p. 316 e 452; ID., *D ieci lezioni sul contratto*, Padova 2011, p. 130; ID., *L'ente privato come atto*, Torino 2015, p. 254-255. Si richiama la dottrina e giurisprudenza prevalente al fine di superarla. Nello specifico, il superamento della impostazione prevalente avviene su più fronti, quali il contratto associativo o il regolamento comproprietario. Quanto al contratto associativo, in particolare, la dottrina e la giurisprudenza sostengono che l'art. 1341 c.c. sia norma dettata per i contratti sinallagmatici mentre quello associativo è un contratto con comunione di scopo; ancora, che le condizioni generali di contratto sono volte a regolare una serie indefinita di contratti, mentre il contratto associativo è un unico contratto con tante parti; infine, che le condizioni generali di contratto sono volte a disciplinare i contratti di scambio e a risolvere un conflitto di interessi, assente nel contratto associativo in ragione della comunione di scopo. L'opinione dell'autore, invece, ritiene tali considerazioni non persuasive, dal momento che attribuiscono all'art. 1341 c.c. caratteri che non sono espressamente previsti: si legge infatti che «*L'assunto che le condizioni generali di contratto riguardino i contratti di scambio non è nell'art. 1341 c.c.*» e si aggiunge che anche l'obiezione secondo cui «*le condizioni generali di contratto presuppongono che una parte sia imprenditore, considera un normale dato di fatto, che non caratterizza la previsione normativa*». D'altro lato si sottolinea anche che non necessariamente il contratto associativo è unico contratto: pur potendo apparire tale dal punto di vista formale, il contratto associativo aperto all'adesione di terzi si traduce in una sostanziale serie indefinita di rapporti.

⁽⁴⁴⁾ E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, cit., p. 308.

fonda la vincolatività di regole predisposte dal potere privato. L'art. 1341, comma 2, c.c., in aggiunta, stabilisce che le materie sottratte alla vincolatività senza consenso devono essere specificamente approvate per iscritto. In questi casi il consenso è richiesto.

Quest'ultima ricostruzione non è priva di ricadute pratiche perché finisce per trasformare le autorità private di fatto – che si affermano con posizioni di dominio nella vita economica tramite l'imposizione di condizioni generali di contratto – in autorità di diritto.

Se, infatti, si ritiene che l'art. 1341 c.c. sia fondamento normativo – dunque attribuzione legale – di poteri autoritativi privati, nonché degli atti di manifestazione del potere regolamentare, si finisce per attribuire a tali poteri una legittimazione *di diritto* e non *di fatto* all'esercizio degli stessi.

Tuttavia, si ritiene ragionevole circoscrivere tale impostazione dottrinale alle ipotesi in cui dagli statuti o i regolamenti privati discendano effetti legalmente individuati o sistematicamente emergenti nel nostro ordinamento. Solo in questi casi si potrà dire che, in presenza di un'attribuzione legale o convenzionale di poteri privati, l'autorità sarà autorità di diritto. Ove, invece, manchi una prerogativa giuridica sottostante all'esercizio del potere autoritativo, nonché agli effetti da questo derivanti, si dovrebbe optare per una ricostruzione ancora *fattuale* dell'autorità stessa.

L'autorità privata di diritto emerge solo quando viene individuata «*come dovuta o come vietata una condotta, qualificando antigiuridica la violazione del precetto*»⁽⁴⁵⁾. È, dunque, necessaria l'esistenza di un precetto. Ciò accade nelle compagini associative o comproprietarie: il precetto regolamentare posto dal potere privato costituisce parametro di validità degli atti autoritativi subordinati, dovendo porsi in termini di *non contrarietà* (artt. 23, 1137 c.c.) o di *conformità* (artt. 2377, 2606 c.c.).

Può dirsi lo stesso nel caso Google?

4. – È innegabile che Google si sia progressivamente affermato grazie alla forza socioeconomica esercitata, dunque, come autorità di fatto. Il punto è comprendere se e come si sia trasformato il suo potere in autorità di diritto.

È evidente che tutti i rapporti commerciali di Google, sia con i distributori di dispositivi o gli inserzionisti pubblicitari, sia con i singoli utenti, sono stati regolati da rapporti contrattuali. Rapporti contrattuali, però, caratterizzati da condizioni generali, dunque, da un *blanket assent*,

(45) E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, cit., p. 414.

un consenso solo formalmente manifestato, ma tendenzialmente quasi imposto.

Alla luce delle ricostruzioni di cui sopra, vien da chiedersi se l'utilizzo di assetti contrattuali, unilateralmente predisposti al fine di regolare termini e condizioni di erogazione dei servizi, costituiscano manifestazione di un'autorità di fatto, fondata sulla forza socioeconomica, o una autorità di diritto, fondata sull'esercizio di prerogative giuridiche e su specifiche attribuzioni-legittimazioni.

Si ritiene opportuno, in questa sede, optare per la ricostruzione ai sensi della quale la mera imposizione di condizioni generali di contratto, non ancora idonee a porsi come precetti cui conformarsi – diversamente da quanto avviene, invece, in presenza di regolamenti compropriari e di statuti associativi⁽⁴⁶⁾ – rientra in una manifestazione di autorità di fatto.

Son le stesse pronunce delle Corti americane a parlare di *fattualità* degli effetti prodotti tramite patti di esclusione e restrizioni contrattuali applicate da Google. Gli effetti imposti con condizioni generali sono idonei a vincolare i destinatari degli stessi ma su un piano – ancora – meramente fattuale, orientato dall'effettività.

Ci si domanda, allora, quando sono state espressamente ricollegate ai poteri esercitati da Google determinate prerogative giuridiche tali da trasformarlo in una autorità di diritto.

Conferme sul punto sembrano ravvisarsi in alcuni interventi normativi e in talune pronunce giurisprudenziali.

4.1. – Un primo indice di trasformazione di tali autorità di fatto in autorità di diritto si ravvisa nella dir. 2000/31/CE sull'*e-commerce*, e, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, nel d. legisl. attuativo n. 70/2003.

Tale Direttiva ha previsto l'assenza di un obbligo di sorveglianza⁽⁴⁷⁾ da parte degli *internet service providers* che non svolgano un'attività di selezione o modificazione dei contenuti, i cd. *providers* passivi. Tra gli *internet service providers* tipizzati dalla Direttiva vi rientra il *provider* che svolge attività di trasporto di informazioni (*mere conduit*) ex art. 12; quello che memorizza in via provvisoria e automatica i dati (*caching*) ex art. 13;

⁽⁴⁶⁾ E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, cit.

⁽⁴⁷⁾ Considerando 47, dir. 2000/31/CE «*Gli Stati membri non possono imporre ai prestatori un obbligo di sorveglianza di carattere generale. Tale disposizione non riguarda gli obblighi di sorveglianza in casi specifici e, in particolare, lascia impregiudicate le ordinanze emesse dalle autorità nazionali secondo le rispettive legislazioni*». La ratio di tale previsione risiederebbe nell'esigenza di evitare una rimozione generalizzata di contenuti nel timore di incorrere in responsabilità.

infine, quello che provvede allo stoccaggio di informazioni durature fornite dal destinatario del servizio (*hosting*) ex art. 14.

Si è, quindi, previsto un regime di irresponsabilità di tali providers, salvo nei casi in cui questi siano venuti a conoscenza di attività illecite e non abbiano informato le autorità competenti, oppure nel caso in cui non si siano attivati dopo aver ricevuto segnalazioni da parte delle autorità giudiziarie o amministrative⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁸⁾ Lo prevede l'art. 15, dir. 2000/31/CE, ai sensi del quale si prevede che: «1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. 2. Gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati.».

Inoltre, si legge al Considerando 46, dir. 2000/31/CE che: «Per godere di una limitazione della responsabilità, il prestatore di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni per disabilitare l'accesso alle medesime non appena sia informato o si renda conto delle attività illecite. La rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime devono essere effettuate nel rispetto del principio della libertà di espressione e delle procedure all'uopo previste a livello nazionale. La presente direttiva non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di stabilire obblighi specifici da soddisfare sollecitamente prima della rimozione delle informazioni o della disabilitazione dell'accesso alle medesime».

Sulla responsabilità dei *Internet Service Providers*, si veda M.R. ALLEGRI, *Alcune considerazioni sulla responsabilità degli intermediari digitali e particolarmente dei "social network provider" per i contenuti prodotti dagli utenti*, in *Inform. e dir.*, 2017, p. 69 ss.; ID., *U bi Social, Ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Milano 2018. L. BUGIOLACCHI, *Evoluzione dei servizi di "hosting provider", conseguenze sul regime di responsabilità e limite dell'attuale approccio "case by case"*, in *Resp. civ.*, 2013, p. 1997 ss.; ID., *I presupposti dell'obbligo di rimozione dei contenuti da parte dell'"hosting provider" tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo*, in *Resp. civ.*, 2017, p. 536 ss.; ID., *A scesa e declino della figura del "provider attivo"? Riflessioni in tema di fondamento e limiti del regime privilegiato di responsabilità dell'"hosting provider"*, in *Resp. civ.*, 2015, p. 1261 ss.; G. CASSANO-I.P. CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei "providers": verso la creazione di un novello "censore telematico"? Un primo commento agli artt. 14-17 del d.lgs. 70/2003*, in *G. it.*, 2004, p. 671 ss.; M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'Internet Service Provider*, Milano 2010; F. DI CIOMMO, voce «Internet (responsabilità civile)», in *Enc. giur. Treccani*, Agg., Roma 2002, p. 1 ss.; A. DI MAJO, *La responsabilità del provider tra prevenzione e rimozione*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 553 ss.; M. GAMBINI, *La responsabilità civile dell'internet provider*, Napoli 2006; M.L. MONTAGNANI, *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Milano 2018; L. NIVARRA, voce *Responsabilità del provider*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, Torino 2003, p. 1195 ss.; G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino 2002; U. PAGALLO, *Sul principio di responsabilità giuridica in rete*, in *Dir. inf.*, 2009, p. 705 ss.; F. PIRAINO, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli Internet service provider*, in *AIDA*, 2017, p. 468 ss.; O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet*

Il regime di responsabilità speciale di tali *providers* era stato predisposto al fine di incentivare l'attività di questi ultimi, evitando di penalizzarli con la previsione di un regime di responsabilità ordinario, che avrebbe quasi sicuramente portato ad una rimozione di contenuti – generalizzata e anche ingiustificata – pur di evitare di incorrere in responsabilità di alcun tipo. Ciò anche nel pieno rispetto degli obiettivi della Direttiva, quali il «*buon funzionamento del mercato garantendo la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione tra Stati membri.*», ex art. 1.

Al tempo stesso, però, la previsione di siffatto regime di responsabilità implica un presupposto logico, ovvero il riconoscimento – benché implicito – del corrispondente potere del *provider* di attivarsi, o meglio di ingerirsi nella sfera giuridica di colui che abbia pubblicato un contenuto illecito, al fine di disporre autoritativamente la rimozione di quest'ultimo.

Torna il quesito – retorico – posto nelle premesse del contributo: che cos'è un regime di responsabilità per omessa rimozione del contenuto illecito se non la legale attribuzione di un potere di ingerenza, dunque di un'autorità privata di diritto? Pur mancando una esplicita legittimazione *ex ante* del potere di tali piattaforme, si viene a delineare una autorità di diritto che si pone, da un lato, come riflesso della responsabilità – e, dunque, come potere di autotutela del *provider* – e, dall'altro, come potestà, dunque un potere da esercitare nell'interesse altrui.

Se, infatti, il potere di imporre la rimozione di un contenuto, a prescindere dal consenso di colui che l'abbia pubblicato, evita al *provider* di incorrere in responsabilità; d'altro lato, porta con sé i tratti di un vero e proprio *munus* di diritto privato, conformato dalla necessità di garantire l'interesse degli altri utenti del *web*. L'autorità di diritto è, quindi, contestualmente esercizio di autotutela e potestà.

Tale potere si riconosce anche in capo a Google, che rappresenta un'ipotesi di *caching provider* ⁽⁴⁹⁾.

service provider, in *Percorsi costituzionali*, 2014, p. 45 ss.; S. SICA, *Responsabilità del "provider": una soluzione equilibrata del problema*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 506 ss.; ID., *Le responsabilità civili*, in E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano 2003, p. 267 ss.; S. SICA-P. STANZIONE, *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano 2002; B. TASSONE, *Responsabilità del provider per linking abusivo e criteri di liquidazione del danno*, in *D. ind.*, 2019, p. 377 ss.; M. TESCARO, *La responsabilità dell'internet provider nel d.lgs. n. 70/ 2003*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 169 ss.; E. TOSI, *Diritto privato dell'informatica e di internet, I beni – I contratti – Le responsabilità*, Milano 2006, p. 430 ss.; E. TOSI-V. FRANCESCHELLI, *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione. Le regole giuridiche del mercato interno e comunitario: commento al D.lgs. 9 aprile 2003, n. 70*, Milano 2003.

⁽⁴⁹⁾ Il Trib. Milano, ord. 25 maggio 2013, ha affermato che Google sarebbe un *Caching Internet Service Provider*, dal momento che trasmette informazioni fornite da un destinatario

Inoltre, occorre aggiungere che la velocità e i mutamenti continui della tecnologia hanno condotto sia i legislatori che i giudici ad introdurre progressivamente delle eccezioni o delle restrizioni a siffatto regime di irresponsabilità⁽⁵⁰⁾. Ne consegue una progressiva estensione dell'autorità di diritto come sopra definita.

Recentemente la Corte di Cassazione ha ritenuto che sia sufficiente a configurare l'effettiva conoscenza dell'illiceità del contenuto da parte del *provider* anche la mera notizia comunque appresa⁽⁵¹⁾, purché contenga la specifica individuazione dell'URL⁽⁵²⁾.

Ancora, è interessante segnalare che la illiceità richiesta per l'attivazione automatica del *provider* deve essere manifesta. Se, invece, il contenuto non appare *ictu oculi* illecito, il provider dovrà provvedere alla mera segnalazione dell'illiceità all'autorità competente. Ciò sembra sicuramente arginare in parte l'autorità di diritto conferita ai *providers online*: se l'illiceità non fosse manifesta, spetterebbe al *provider* individuare cosa sia *contra ius* e *non iure*, con una estensione non indifferente dell'ambito di tale autorità.

del servizio, effettuando una memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni, al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltra ad altri destinatari. In realtà, presta a qualificarsi come *caching provider* solo Google Search. Invero, Google Gmail costituisce un *mere conduit provider*, che trasmette informazioni fornite da un destinatario del servizio o fornisce accesso ad una rete di comunicazione; mentre, *Google My Business* un *hosting provider*, che memorizza le informazioni fornite da un destinatario del servizio quando questi lo richiama.

⁽⁵⁰⁾ G.F. FROSIO, *The Death of 'No Monitoring Obligations': A Story of Untameable Monsters*, 8 (3), in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 212, 2017.

⁽⁵¹⁾ Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, in *F. it.*, 2019, 1, p. 2045; in *Nuova g. civ. comm.*, 2019, 5, p. 1049 con nota di Tormen; in *G. it.*, 2019, p. 2604 con nota di Bocchini; in *Corr. giur.*, 2020, 2, p. 177, con nota di GAMBINI. In particolare, si veda L. TORMEN, *La linea dura della Cassazione in materia di responsabilità dell'hosting provider (attivo e passivo)*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2019, p. 1049 ss., ove si sottolinea che tale conclusione finirebbe per contrastare con la *ratio* stessa del regime di responsabilità previsto dall'art. 15 Direttiva: «*Ammettere che finanche la mera notizia da chiunque appresa faccia scattare per il provider l'obbligo di attivazione, equivale invece a costringere il provider a implementare dei sistemi di intercettazione (non più dei contenuti ma) di qualsiasi forma di comunicazione (in potenza anche di quelle a mezzo stampa); ciò, con l'ulteriore aggravio che, con riferimento alle comunicazioni formali, vi è la presunzione iuris tantum di conoscenza e, con riferimento alle altre forme di comunicazione, la prova della conoscenza potrà essere data con qualsiasi mezzo.*».

⁽⁵²⁾ Sul punto, in realtà si sono scontrati due diversi orientamenti. Secondo un primo indirizzo sarebbe necessaria una specifica individuazione – mediante l'URL – del contenuto illecito; mentre, una seconda impostazione ritiene che possa ragionevolmente intendersi comunicato il contenuto illecito anche senza l'allegazione dell'URL, purché vengano individuati i dettagli sufficienti a consentire all'*hosting provider* di identificare il contenuto avvalendosi dell'ordinaria diligenza.

Non sfugge ai più attenti⁽⁵³⁾ l'eventualità di un errore di accertamento da parte del *provider* tale da sottrarlo al suo potere-dovere di pronta attivazione: che cosa accadrebbe se il *provider* errasse nel ritenere potenzialmente illecito un contenuto manifestamente tale? Si è ragionevolmente sostenuto che immaginare una responsabilità per colpa configurerebbe impostazione estremamente rigoristica, col rischio, però, di giustificare tali errori di accertamento e, dunque, di intaccare il regime già attenuato dei *providers*. Questo è vero sul piano della responsabilità.

Tuttavia, a chi intende ricostruire i confini dell'autorità di diritto del *provider* viene da porsi l'interrogativo opposto. Che cosa accadrebbe se il *provider* errasse nel ritenere manifestamente illecito un contenuto solo potenzialmente tale? A lungo andare il proprio potere, il quale si dovrebbe limitare ad un potere di attivazione in presenza dei presupposti già esaminati, si estenderebbe anche al di là dei casi di manifesta illiceità. Ecco che il *provider* verrebbe ad estendere *di fatto* la sua autorità di diritto.

Infine, il fatto che la Cassazione non abbia ritenuto illegittima la richiesta di inibitoria avente ad oggetto la cancellazione automatica di contenuti illeciti appartenenti allo stesso tipo già segnalato apre ulteriormente ad una espansione del potere di sorveglianza dei *providers*, con inevitabili conseguenze sulla libertà di manifestazione del pensiero⁽⁵⁴⁾.

Un *safe harbor* per i *providers online* emerge anche dalla *Section 230* del *Communications Decency Act*, che, fin dal 1996, sancisce l'immunità dei fornitori di servizi *online* nel caso di contenuti illeciti pubblicati da terzi⁽⁵⁵⁾. Tuttavia, forti sono le pressioni politiche per imporre più stringenti limiti alle *Big Tech*, superando la disciplina di forte protezione prevista dalla *Section 230*. In recenti audizioni parlamentari, che hanno coinvolto i principali colossi tecnologici, lo stesso fondatore di Facebook ha ritenuto condivisibile tale superamento, affermando che l'irresponsabilità del *provider* non possa giustificare la mancata adozione di strumenti e

⁽⁵³⁾ L. TORMEN, *La linea dura della Cassazione in materia di responsabilità dell'hosting provider (attivo e passivo)*, cit.

⁽⁵⁴⁾ Si pensi, sul punto, a quanto accaduto in seguito alle proteste a Capitol Hill; alla sospensione dell'*account* dell'*ex* Presidente degli Stati Uniti d'America Trump. Per una vicenda nazionale, si ricordi, invece, quanto accaduto alla pagina Facebook di Casapound, Trib. Roma 12 dicembre 2019, in *Danno e resp.*, 2020, p. 487 ss. con nota di A. QUARTA, *Disattivazione della pagina Facebook. Il caso CasaPound tra diritto dei contratti e bilanciamento dei diritti*.

⁽⁵⁵⁾ E. GOLDMAN, *An Overview of the United States' Section 230 Internet Immunity*, in *Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper*, 2018, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3306737>; D.K. CITRON, *Section 230's Challenge to Civil Rights and Civil Liberties*, in *U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2018-18*, 2018, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3193214>.

attività volti a controllare la diffusione di contenuti illeciti e pericolosi nel *web*.

Si intravede già il nuovo volto della responsabilità civile di tali piattaforme, che, sempre più, sembra andare nella direzione di una responsabilità per attività pericolose *ex art.* 2050 c.c.: il *provider* risponderebbe dell'illiceità del contenuto diffuso da suoi utenti nel caso in cui non riesca a dimostrare di aver posto in essere tutte le misure idonee ad evitare il danno.

4.2. – Al di là del potere di rimozione di contenuti, riconosciuto indirettamente *ex art.* 15 della Direttiva sull'*e-commerce*, ulteriori conferme della metamorfosi del potere di fatto di Google si ritrovano nella nota sentenza *Google Spain*⁽⁵⁶⁾ e, a seguire, nelle Linee Guida dello *European Data Protection Board* in materia di diritto all'oblio⁽⁵⁷⁾.

Ai fini dell'indagine che si intende condurre, non appare questa la sede per ripercorrere le argomentazioni della Corte di Giustizia dell'UE in materia di oblio. Si ritiene, tuttavia, necessario sottolineare il passaggio della pronuncia in cui si è riconosciuta a Google la competenza a decidere delle richieste di de-indicizzazione, inviate dagli utenti al fine di vedersi riconosciuto il diritto all'oblio.

Nello specifico, si domandava alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea se la dir. 95/46/CE consentisse alla persona interessata di chiedere la cancellazione di *link* – presenti nell'elenco dei risultati di ricerca – verso pagine *web* contenenti informazioni personali, qualora, decorso un notevole lasso di tempo, la persona desiderasse che queste fossero coperte da «oblio». La Corte ha rilevato che in questi casi si deve procedere alla cancellazione di tali *link* – *rectius* alla de-indicizzazione – qualora si constati che l'inclusione di tali *link* nell'elenco è, allo stato attuale, incompatibile con la direttiva (perché, per esempio, le informazioni cui si rinvia non sono più pertinenti, non più adeguate ovvero sono eccessive rispetto alle finalità per le quali erano state trattate, tenendo conto anche del tempo trascorso). Ha inoltre previsto in capo al motore di ricerca la competenza a decidere se de-indicizzare o meno il *link*.

⁽⁵⁶⁾ 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* in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0131>.

⁽⁵⁷⁾ Linee guida 5/2019 sui criteri per l'esercizio del diritto all'oblio nel caso dei motori di ricerca, definite in base alle previsioni del Reg. UE 2016/679 (parte I), in <https://www.garanteprivacy.it/regolamentoue/oblio>.

Ciò premesso, in questa sede rileva il passaggio logico successivo. Invero, la Corte non solo ha riconosciuto in capo ai motori di ricerca la competenza a decidere delle richieste di de-indicizzazione, ma ha anche aggiunto che, nel valutare una domanda di tal fatta, essi devono verificare se l'interessato abbia effettivamente diritto a che le informazioni riguardanti la sua persona vengano rimosse dall'elenco di risultati generato a partire da una ricerca nominativa. Bisognerà, dunque, valutare se, nel caso concreto, sussista l'opposto – ma preminente – interesse del pubblico ad avere accesso a tali informazioni, idoneo a giustificare la permanenza in rete.

Orbene, nonostante si faccia salva la possibilità per la persona interessata di adire l'autorità giudiziaria o l'autorità di controllo nel caso in cui il motore di ricerca non dia seguito alla richiesta di de-indicizzazione, è incontestabile che tale pronuncia abbia riconosciuto a poteri privati – come Google *et similia* – la competenza ad esaminare la fondatezza di tale richiesta, e, prima ancora, a bilanciare⁽⁵⁸⁾ diritti fondamentali, quali

(58) Sul bilanciamento A. CERRI, *Appunti sul concorso conflittuale di diverse norme della Costituzione*, in *G. cost.*, 1976, p. 272 ss.; N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990, p. 11, 39; P. COMANDUCCI, *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino 2004; M. BARBERIS, *I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2005. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino 2006; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari 2008, indica tra gli esempi del conflitto tra diritti di libertà anche casi più correttamente inquadrabili come conflitti tra libertà e immunità, come quello tra manifestazione del pensiero da una parte e onore, reputazione, privacy dall'altra.

Sul bilanciamento come valutazione comparativa di interessi, per effetto della quale si individua quale valore o quale diritto debba prevalere rispetto all'altro, senza, però, incidere sul contenuto minimo dei diritti comparativamente considerati e assicurando che l'eventuale compressione degli stessi sia stata svolta garantendo il minor sacrificio possibile, dunque, nel pieno rispetto del principio di proporzionalità T.A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale Law Journal*, 1987, vol. 96, p. 943-1005; P. MCFADDEN, *The Balancing Test*, in *Boston College Law Review*, vol. 29, 1988, p. 585-656; A. VESPAZIANI, *Il bilanciamento dei diritti nella cultura giuridica statunitense*, in *D. pubbl.*, 2001, 2, p. 457-515; E. NAVARRETTA, *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in *R. crit. d. priv.*, 1998, 4, p. 625-657; R. ALEXY, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in *Ratio Juris*, vol. 16, 2003, p. 433-449.

Sul ruolo della ragionevolezza nell'attività di bilanciamento, si vedano A. CERRI, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano 1994, p. 153; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rassegna di diritto civile*, Napoli 2001, p. 52: La ragionevolezza è parametro di bilanciamento qualitativo, idoneo a comparare due o più interessi tra loro eterogenei; A. RUGGERI, *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Ars Interpretandi*, 2002, p. 261-32; G. MANIACI, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, in *Ragion pratica*, 2005, p. 338 ss.; G.

diritto all'oblio⁽⁵⁹⁾ e diritto all'informazione.

I motori di ricerca son stati legittimati a svolgere poteri aventi carattere *para-giurisdizionale* e il fatto che siano attribuiti allo stesso soggetto privato che indicizza il link al sito d'origine ("*webmaster*") ove è presente la notizia che si vuole far dimenticare, presenta dubbi non trascurabili in ordine alla parzialità delle decisioni eventualmente assunte. Se, da un lato, occorre bilanciare diritto all'oblio e diritto alla informazione, dall'altro, non passa inosservata l'incidenza che una frequente de-indicizzazione potrebbe avere sull'attività economica di tali *providers* e, dunque, sulla loro libertà di iniziativa economica.

4.3. – Apple e Google hanno collaborato al fine di assistere ed aiutare governi e autorità sanitarie nel tracciamento dei contagi.

In particolare, hanno lavorato ad interfacce di programmazione delle applicazioni (API) e a tecnologie che operano a livello di sistema operativo.

Dopodiché hanno sviluppato un sistema di Exposure Notification Express (ENE).

Nel caso in esame la prerogativa giuridica è la tutela del diritto alla salute, al quale concorrono – oltre alle autorità sanitarie nazionali – anche poteri privati tramite la predisposizione di strumenti tecnologici volti a controllare e, infine, a contenere la diffusione dei contagi.

4.4. – Le due proposte di regolazione⁽⁶⁰⁾ del mercato digitale, il *Digital Services Act* (DSA) ed il *Digital Markets Act*⁽⁶¹⁾ (DMA), sono volte a definire le nuove norme sulla trasparenza e responsabilità dei servizi

ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 31, 2002, p. 865-897; E. GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli 2010; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in questa *Rivista*, 2010, I, p. 23 ss.; ID., *Recensione di E. Giorgini, Ragionevolezza e autonomia negoziale*, in *Rassegna di diritto civile*, 2, 2012; ID., *Principi e metodo nell'esperienza giuridica: Saggi di diritto civile*, Torino 2018, p. 31 ss.

⁽⁵⁹⁾ In realtà esplicazione del diritto fondamentale all'identità personale, in particolare del diritto all'identità personale dinamica M. BIANCA, *M emoria ed oblio: due reali antagonisti?*, in M. BIANCA (a cura di) *Memoria versus Oblio*, Torino 2019, p. 153 ss.

⁽⁶⁰⁾ Sul «fascino discreto» della regolazione si leggano le pagine di S. MANNONI-G. STAZI, *Is competition a click away?*, cit., p. 65 ss.

⁽⁶¹⁾ Il *Digital Services Act* «*is a horizontal initiative focusing on issues such as liability of online intermediaries for third party content, safety of users online or asymmetric due diligence obligations for different providers of information society services depending on the nature of the societal risks such services represent*». Mentre, il *Digital Markets Act* «*is concerned with economic imbalances, unfair business practices by gatekeepers and their negative consequences, such as weakened contestability of platform markets*».

digitali al fine di garantire maggiore competitività e rispetto dei diritti umani.

Nello specifico, il *Digital Services Act* ⁽⁶²⁾ chiarisce gli obblighi di condotta e le responsabilità dei fornitori di servizi digitali ⁽⁶³⁾, mentre il secondo, il *Digital Markets Act* ⁽⁶⁴⁾, guarda al potere economico dei guardiani dell'Internet, attribuendo alla Commissione forti poteri di intervento volti ad attenuare gli squilibri sussistenti tra imprese forti e imprese più piccole e a ripristinare – *rectius* ad instaurare – una sana competizione sul mercato.

Destinatari di tale regolamentazione sono le piattaforme online, i social media, i motori di ricerca, le piattaforme di videogiochi, i sistemi operativi e, in generale, i servizi della società dell'informazione.

Ciò che rileva è la necessità di individuare apposite regole nei confronti delle *Big Tech Companies*. Nel DSA, invero, vi sono disposizioni

⁽⁶²⁾ Il regolamento proposto non sostituisce, bensì integra la legislazione settoriale già esistente, la quale continuerà ad applicarsi come *lex specialis*. Dunque, il presente regolamento si applica agli *online providers* nella misura in cui gli atti UE già adottati non contengono informazioni più specifiche e disposizioni ad essi applicabili.

A titolo esemplificativo, continueranno ad applicarsi gli obblighi derivanti dalla dir. 2010/13/CE, come modificata dalla dir. UE 2018/1808, relativa ai *video-sharing platform providers* (“AVSMD”); le disposizioni del Reg. UE 2019/1150 volto a garantire equità e trasparenza agli utenti aziendali che si servono dei servizi di intermediazione online e agli utenti che si servono del sito web aziendale; e inoltre, le regole stabilite nella dir. UE 2019/2161 che modifica le dir. 93/13/CEE e dir. 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE che stabiliscono regole specifiche per aumentare la trasparenza di alcune funzioni offerte dai servizi della società dell'informazione. Infine, continuerà a vincolare il Reg. UE 2016/679 (noto come GDPR) e altre norme dell'Unione sulla protezione dei dati personali e sulla privacy di comunicazioni.

⁽⁶³⁾ Il regime di responsabilità degli intermediari online, delineato nel testo proposto, non sembra tuttavia subire particolari modifiche rispetto a quanto definito nella Direttiva sull'*e-commerce*: si ristabilisce la divisione tripartita tra servizi di “mere conduit”, di “caching” e di “hosting”. Ancora, è confermata l'esenzione da un obbligo di generale monitoraggio dei contenuti e delle informazioni immesse dagli utenti. Infine, rimane ferma la c.d. “*Good Samaritan clause*” ai sensi della quale l'intermediario che in buona fede impedisca l'accesso a materiale o attività discutibili non incorre in responsabilità.

⁽⁶⁴⁾ Soprattutto il *Digital Markets Act*, nasce con l'obiettivo di introdurre strumenti di intervento *ex ante*, e non più *ex post*. Dunque, si tratta di strumenti di regolazione, che anticipano la tutela, garantendo una maggiore velocità dei rimedi offerti, rispetto a quella offerta dalla disciplina *antitrust*. Disciplina, quest'ultima, che talvolta ha dimostrato di non riuscire neppure ad operare nei confronti dei padroni del mondo digitale. A p. 8 del DMA, si legge, infatti, che «*the Commission considered that Article 102 TFEU is not sufficient to deal with all the problems associated with gatekeepers, given that a gatekeeper may not necessarily be a dominant player, and its practices may not be captured by Article 102 TFEU if there is no demonstrable effect on competition within clearly defined relevant markets. Moreover, Article 102 TFEU does not always allow intervening with the speed that is necessary to address these pressing practices in the most timely and thus most effective manner*».

applicabili a tutti i *providers online* ⁽⁶⁵⁾, disposizioni riguardanti i fornitori di servizi di *hosting* che – come già sopra accennato – consentono l'archiviazione delle informazioni fornite da e su richiesta di un destinatario del servizio ⁽⁶⁶⁾; disposizioni applicabili solo alle piattaforme online ⁽⁶⁷⁾ e,

⁽⁶⁵⁾ Cfr. Section I, artt. 10 – 13 del DSA, rubricata *Provisions Applicable to All Providers of Intermediary Services*, ove si richiede di stabilire un *point of contact* con le Autorità degli Stati Membri, la Commissione e il Comitato Europeo per i servizi digitali di cui agli artt. 47 ss., oppure, nel caso in cui gli intermediari di servizi online non abbiano sede in Stati Membri dell'UE, ma all'interno dell'UE offrano servizi, dovranno nominare un legale rappresentante che garantisca una cooperazione con le Istituzioni e le Autorità nazionali ed euro-unitarie. Ancora, i fornitori di servizi di intermediazione devono includere informazioni su eventuali restrizioni che si impongono in relazione all'uso del loro servizio, nei loro termini e condizioni d'uso. Tali informazioni devono includere informazioni inerenti anche al processo decisionale algoritmico utilizzato. Tali obblighi di trasparenza si declinano in garanzie di chiarezza e di pubblicità. A ciò si aggiungono obblighi di diligenza. Diligenza non meramente ordinaria, bensì professionale e qualificata, commisurata alla prestazione che deve eseguirsi. Ne segue una responsabilità per negligenza, imprudenza e colpa lieve, salvo i casi di complessità o novità dell'opera richiesta, in cui la responsabilità si intenderà limitata alle sole ipotesi di dolo o colpa grave.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. Section II, artt. 14 – 15 del DSA, rubricata *Additional Provisions Applicable to Providers of Hosting Services, Including Online Platforms*, ove si richiede alle piattaforme online, in generale agli *hosting providers*, di elaborare meccanismi per consentire a qualsiasi individuo o ente di notificare la presenza, all'interno del loro servizio, di contenuti illegali. A tal fine, i fornitori devono adottare le misure necessarie per consentire di spiegare i motivi per cui l'individuo o l'ente considera i contenuti segnalati illegali; per indicare la posizione elettronica di tali informazioni, in particolare l'URL esatto e, se necessario, informazioni aggiuntive; nonché il nome e l'indirizzo di posta elettronica della persona fisica o l'ente che effettua la trasmissione assieme alla conferma di operare in buona fede. I fornitori di servizi di hosting dinanzi a tali comunicazioni, devono decidere in modo in modo tempestivo, diligente e obiettivo. Laddove il *provider* decida di rimuovere o disabilitare l'accesso a specifici contenuti forniti dagli utenti del servizio, dovrà informare il destinatario della decisione presa, fornendo una motivazione chiara e specifica.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. Section 3, artt. 16 – 24, rubricata *Additional Provisions Applicable to Online Platforms*. Particolarmente significativo l'art. 17 che richiede di istituire un effettivo sistema interno di gestione dei reclami al quale possono rivolgersi gli utenti del servizio entro sei mesi dalla decisione di rimozione o di disabilitazione dell'accesso a propri contenuti, di sospensione o di interruzione della fornitura anche solo parziale del servizio, di sospensione o di chiusura dell'account dei destinatari; nonché l'art. 20, ai sensi del quale si legittimano le piattaforme *online* a sospendere, per un periodo di tempo ragionevole e dopo aver emesso un avviso preventivo, la fornitura dei propri servizi ai destinatari del servizio che spesso pubblicano contenuti manifestamente illegali (par. 1), ovvero il sistema di comunicazione o di reclamo interno alle persone fisiche o agli enti che presentano frequentemente comunicazioni o reclami manifestamente infondati (par. 2). A tal fine si richiede a tali piattaforme di definire, in modo chiaro e dettagliato nei loro termini e condizioni, la politica in materia di abusi di cui ai parr. 1 e 2. A questi, si aggiungono obblighi di notifica di sospetti di reati; obblighi di tracciabilità dei commercianti; obblighi di trasparenza, anche per quanto riguarda il meccanismo di operatività della pubblicità online.

infine, disposizioni applicabili alle più grandi piattaforme⁽⁶⁸⁾.

Queste ultime sono individuate sulla base di parametri quantitativi: si considerano *very large platforms* quelle che forniscono i propri servizi ad un numero di utenti attivi mensili medi, all'interno del territorio dell'Unione, pari o superiore a 45 milioni.

Orbene, tali piattaforme, al pari degli altri *providers*, godono di specifici poteri-doveri. Tra questi appare opportuno richiamare i poteri-doveri di rimozione o disabilitazione dell'accesso a specifici contenuti segnalati da terzi perché considerati illegali: è vero che sussiste un dovere di rimozione, nel caso di notifica, ma solo se a monte il *provider* ritenga fondata la segnalazione. Residua, quindi, un margine di apprezzamento discrezionale del *provider*, al quale si richiede non solo di esprimersi sull'effettiva illegalità del contenuto, bensì anche di individuare – mediante una necessaria attività di bilanciamento e un giudizio di proporzionalità – quale sia la decisione più adatta. In altre parole, spetta al provider decidere se sia sufficiente la sola rimozione del contenuto; se sia opportuno sospendere in via provvisoria o definitiva la fornitura di servizi all'utente che abbia pubblicato tale contenuto o se addirittura sia necessario chiudere l'account di tale utente.

Tali decisioni, aventi natura *paragiurisdizionale*, devono essere comunicate, corredate da una motivazione chiara e specifica, all'utente che tali contenuti abbia condiviso. Ciò al fine di garantirgli la possibilità di reclamare tali decisioni. Reclamo che può essere proposto entro sei mesi al sistema interno di gestione dei reclami o, in alternativa, ad un *out-of-court dispute settlement body*. In ogni caso, quindi, dinanzi ad organi di giustizia privata.

Ancora, le grandi piattaforme online, assieme agli altri *providers*, hanno il potere di sospendere la fornitura dei propri servizi per gli utenti che di frequente pubblicano contenuti manifestamente illegali ovvero hanno il potere di sospendere i meccanismi di comunicazione o di reclamo interni per gli utenti che presentano frequentemente comunicazioni o reclami manifestamente infondati.

Al pari di pubblici ufficiali, hanno l'obbligo di notificare i sospetti di reato.

Infine, hanno obblighi di trasparenza, anche per quanto riguarda il meccanismo di operatività della pubblicità online.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. Section 4, artt. 25, rubricata *Additional Obligations for Very Large Online Platforms to Manage Systemic Risks*.

Tali obblighi incombono sulle grandi piattaforme *online* in misura ben più forte rispetto ai fornitori di servizi *online* che, oltre a presentare minori dimensioni, hanno un più attenuato impatto sul mercato digitale.

Vi sono poi obblighi esclusivi previsti in capo alle *Big Tech*, tra i quali l'obbligo di effettuare annualmente una valutazione dei rischi correlati alla diffusione di contenuti illegali tramite i propri servizi; agli effetti negativi per l'esercizio dei diritti fondamentali, quali il rispetto della vita privata e familiare, la libertà di espressione e informazione, i diritti del bambino; nonché a manipolazioni dolose dei loro servizi, che possano avere impatti negativi sui processi elettorali e sulla pubblica sicurezza⁽⁶⁹⁾. Ciò al fine di individuare misure di mitigazione di tali rischi.

Ancora, sono sottoposti ad *audits*⁽⁷⁰⁾ volti a verificare la *compliance* di tali compagnie agli obblighi previsti. A tal fine, se necessario, devono anche fornire l'accesso ai loro dati.

Ulteriore conferma del ruolo *para*-normativo, già esercitato dalle grandi piattaforme *online*, si rinviene nell'art. 35 del DSA, ove si prevede che la Commissione e il Comitato Europeo per i Servizi Digitali incoraggiano l'adozione di codici di condotta⁽⁷¹⁾. Nello specifico, si prevede che qualora emerga un rischio sistemico significativo – come quelli sopra eviden-

⁽⁶⁹⁾ Si tenga a mente il ruolo che Facebook, in collaborazione con la società Cambridge Analytica, ha avuto nelle elezioni presidenziali americane del 2016, nonché nel referendum per la Brexit.

⁽⁷⁰⁾ Ai sensi dell'art. 28 del DSA, gli *audits* sono eseguiti da organizzazioni indipendenti dalla piattaforma *online*; con comprovata esperienza nel settore della gestione del rischio, con competenze tecniche e capacità; nonché con comprovata etica professionale, basata in particolare sull'adesione a codici di condotta o a *standards* adeguati.

⁽⁷¹⁾ Codici di condotta già adottati dai grandi *providers*, tuttavia, senza che vi fosse una legittimazione generale come quella che si evince dall'art. 35 DSA.

Codici di condotta adottati sono ad esempio il Codice di condotta per contrastare l'illecito incitamento all'odio online, alla cui redazione hanno partecipato, affianco alla Commissione, Facebook, Twitter, YouTube e Microsoft (nel 2018, vi hanno aderito Instagram, Snapchat and Dailymotion; nel 2019, Jeuxvideo.com, e, nel settembre 2020, Tik Tok ha annunciato la volontà di aderire) – Press release, 31 maggio 2016, *La Commissione europea e le aziende informatiche annunciano un codice di condotta sull'illecito incitamento all'odio online*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_16_1937; per consultare il testo del Codice di Condotta, nonché i risultati dei cinque monitoraggi effettuati dalla Commissione al fine di valutare l'impatto derivante dall'adozione del Codice, si veda https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-counteracting-illegal-hate-speech-online_en. Ancora, si consideri il Codice di Condotta contro le *fake news* e la disinformazione *online*, firmato dalle piattaforme online Facebook, Google e Twitter, Mozilla, nonché da inserzionisti e parti del settore pubblicitario nell'ottobre 2018. Microsoft ha aderito nel maggio 2019; TikTok nel giugno 2020. Il testo è consultabile al link <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/code-practice-disinformation?etrans=it>.

ziati – ovvero al fine di garantire la trasparenza nella pubblicità online, la Commissione può invitare le grandi piattaforme *online* interessate, nonché gli altri *providers* o organizzazioni interessate, a partecipare all'elaborazione di codici di condotta.

Anche a livello europeo, sempre più, si avverte la tendenza – mediante meccanismi di sussidiarietà orizzontale⁽⁷²⁾, più che verticale – a delegare la regolamentazione a poteri privati.

Nel DMA, invece, si guarda alle sole piattaforme che operano come guardiani di canali di distribuzione principale di servizi digitali, i cd. *gatekeeper*. Per la prima volta il termine si ritrova in una proposta normativa.

Al fine di individuare con precisione chi siano tali *gatekeeper*, vengono poste presunzioni *iuris tantum*. L'art. 3 del DMA dispone che un fornitore di servizi di piattaforma principale è designato come *gatekeeper* se ha un impatto significativo sul mercato interno⁽⁷³⁾; se gestisce un servizio di piattaforma centrale, che funge da importante *gateway* per gli utenti aziendali, i quali se ne servono per raggiungere gli utenti finali⁽⁷⁴⁾; e, infine, se gode di una posizione consolidata e durevole nelle sue operazioni oppure se è prevedibile che godrà di tale posizione in un futuro prossimo⁽⁷⁵⁾.

La sussistenza di tali requisiti si valuta sulla base di criteri quantitativi, che, ove sussistenti, obbligano le piattaforme digitali a notificare tali dati alla Commissione. Tuttavia, qualora le piattaforme non presentino tali requisiti quantitativi, si prevede che la Commissione dovrà prendere in considerazione altri criteri – anche qualitativi – quali la dimensione, compreso il fatturato e la capitalizzazione di mercato; le operazioni e la posizione del fornitore di tali servizi *online*; il numero di utenti aziendali che si servono della piattaforma per raggiungere gli utenti finali, nonché il numero di utenti finali; le barriere all'ingresso derivanti dagli effetti di

(72) Sulla sussidiarietà orizzontale e l'adozione di codici di condotta, E. DEL PRATO, *Principi e metodo nell'esperienza giuridica*, cit., p. 91 ss.

(73) Ciò si presume nel caso in cui l'impresa realizza un fatturato annuo nel SEE pari o superiore a 6,5 miliardi di EUR.

Negli ultimi tre esercizi, ovvero nel caso in cui la capitalizzazione di mercato media o l'equivalente valore equo di mercato dell'impresa corrisponde ad almeno 65 miliardi di EUR nell'ultimo esercizio finanziario e fornisce un servizio di piattaforma in almeno tre Stati membri.

(74) Ciò si presume nel caso in cui l'impresa fornisce un servizio che gode di più di 45 milioni di utenti finali mensili attivi all'interno del territorio dell'Unione e più di 10000 utenti aziendali annuali attivi nel territorio dell'Unione nell'ultimo anno finanziario.

(75) Ciò si presume se sussistono i parametri quantitativi di cui alla precedente nota negli ultimi tre anni finanziari.

rete⁽⁷⁶⁾ e dai vantaggi basati sui dati; gli effetti di scala⁽⁷⁷⁾ e l'ambito di cui beneficia il fornitore, anche in relazione ai dati; l'utente aziendale o l'utente finale *lock-in*⁽⁷⁸⁾; e, infine, le altre caratteristiche strutturali del mercato.

Se designate come “*gatekeeper*” ai sensi del DMA, le aziende dovranno rispettare una serie di divieti e obblighi, previsti dagli artt. 5 e 6. L'art. 5 individua sette condotte illecite rientranti in una “*blacklist*”: c'è una presunzione *iuris et de iure* di anticoncorrenzialità di simili condotte. L'art. 6, invece, individua undici condotte rientranti in una “*greylist*”: queste sono sì illecite, ma suscettibili di ulteriore specificazione da parte della Commissione⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁶⁾ Quando è presente un effetto di rete, il valore di un prodotto o servizio aumenta in base al numero di altri utenti. Gli effetti di rete si distinguono in effetti di rete diretti ed indiretti. Quelli diretti si hanno quando un aumento dell'utilizzo porta ad un aumento diretto del valore per gli altri utenti. Un'economia di rete diretta viene definita *same-side network effect*. Quelli indiretti, invece, si hanno quando l'aumento dell'utilizzo di un prodotto aumenta il valore di un prodotto o di una rete complementari, che a sua volta possono aumentare il valore dell'originale. Esempi di prodotti complementari includono ad esempio i *software*. Questo è anche chiamato *cross-side network effect*. La maggior parte dei mercati a due parti (o mercati mediati dalla piattaforma) sono caratterizzati da effetti di rete indiretti.

Tali effetti rappresentano una barriera all'entrata per i *newcomers* nel mercato di riferimento: il benessere del consumatore non è legato esclusivamente a scelte personali, bensì al comportamento congiunto degli altri utenti.

Sulle externalità di rete M. SAVIOLI, *Le externalità di rete*, Siena 2005; sulle implicazioni legali degli effetti di rete, si veda M.A. LEMLEY-D. MCGOWAN, *Legal Implications of Network Economic Effects*, in 86 *Cal. L. Rev.* 1998, p. 479, consultabile in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=32212> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.32212>. Contributi più recenti sugli effetti di rete nei mercati digitali, C. S. YOO, *Network Effects in Action*, in *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy 5*, U of Penn, Inst. for Law & Econ. Research Paper No. 21-01, 2021, consultabile in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3733669> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3733669>; J.M. YUN, *Overview of Network Effects & Platforms in Digital Markets*, in *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy 2*, 2020, consultabile in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3733656> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3733656>. Sui *platform effects*, T. NACHBAR, *Platform Effects*, in *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2021-10*, 2021, consultabile in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3775205> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3775205>.

⁽⁷⁷⁾ Un'impresa raggiunge economie di scala quando il costo medio di produzione diminuisce al crescere della quantità offerta – ovvero sia dell'*output*. Dunque, il costo marginale (cioè il costo necessario alla produzione di un'altra unità del bene) diviene pari o prossimo allo zero.

⁽⁷⁸⁾ Si tratta di casi in cui si è generato l'effetto *lock-in*, ovvero sia dei casi in cui l'utente si trova legato ad un determinato fornitore di beni e servizi e la scelta di cambiare fornitore comporterebbe elevati *switching-costs*, costi di transizione. Si pensi solamente al costo consistente nella perdita di dati personali che sono stati forniti al fornitore come corrispettivo per la fruizione del servizio. Sulla corrispettività, TAR Lazio 10 gennaio 2020, n. 260, in *G. it.*, 2021, 2, p. 320 e Cons. St. 29 marzo 2021, n. 2631, in www.giustiziaamministrativa.it.

⁽⁷⁹⁾ Ciò si vince non solo dagli artt. 6 e 7 del DMA, bensì anche a p. 13, là dove si

Nel mirino della regolazione europea vi sono le pratiche di *data combining*; di *leveraging* ⁽⁸⁰⁾; di *self-preferencing* ⁽⁸¹⁾ ovvero di *preferencing* di terzi ⁽⁸²⁾; di *tying* e *bundling* di servizi ⁽⁸³⁾; l'immotivato diniego di accesso ai dati raccolti, ove l'utente abbia acconsentito alla loro condivisione; l'imposizione di termini e condizioni oscure e che escludono l'accesso a determinati servizi e funzioni; nonché il rifiuto di interoperabilità tra piattaforme.

Benché tali disposizioni siano parte di una proposta legislativa, esse mostrano una progressiva tendenza a riconoscere il ruolo fino ad oggi *de facto* esercitato dalle grandi piattaforme online, limitandolo là dove sconfinano in abusi nei confronti di concorrenti sul mercato o dei consumatori.

Abusi che le disposizioni e le tutele già contemplate dalla legge anti-trust n. 287/1990 ⁽⁸⁴⁾ e dal Codice del consumo ⁽⁸⁵⁾ non riescono a pieno a contenere. L'algoritmo e i *big data*, strumenti di potere dei colossi tecnologici, hanno inaugurato un nuovo scenario, in cui «sono le macchine che colludono e non gli uomini» ⁽⁸⁶⁾ e in cui gli strumenti di tutela apprestati ai concorrenti sul mercato e ai consumatori si mostrano del tutto inadeguati.

Si pensi solo alla difficoltà di individuare il mercato rilevante, presupposto essenziale per valutare la sussistenza o meno di illeciti anticoncorrenziali; o ancora, alla complessità di individuare un «*significativo squilibrio di diritti e di obblighi*» a carico del consumatore-utente *online*. Quanto detto vale soprattutto là dove il servizio è apparentemente fornito a

legge che: «*Chapter III sets out the practices of gatekeepers that limit contestability and that are unfair. In particular, it lays down self-executing obligations (Article 5) and obligations that are susceptible to specification (Article 6) that the designated gatekeepers should comply with in respect of each of their core platform services listed in the relevant designation decision. In addition, it establishes a framework for a possible dialogue between the designated gatekeeper and the Commission in relation to measures that the gatekeeper implements or intends to implement in order to comply with the obligations set out in Article 6 (Article 7)*».

⁽⁸⁰⁾ Tale condotta si traduce nello sfruttamento della propria posizione dominante su mercato al fine di coprirne di nuovi.

⁽⁸¹⁾ Accorda un ingiustificato *favor* ai propri prodotti e servizi a discapito dei prodotti offerti da terzi.

⁽⁸²⁾ L'ingiustificato *favor* questa volta è accordato ad un prodotto o ad un servizio offerto da terzi, a discapito dei concorrenti.

⁽⁸³⁾ Tale pratica consiste nel vincolare e collegare l'acquisto di un prodotto o di un servizio ad un altro prodotto o servizio.

⁽⁸⁴⁾ Da ultimo, l'AGCM ha sanzionato Google per abuso di posizione dominante con provvedimento del 13 maggio 2021 consultabile in www.agcm.it.

⁽⁸⁵⁾ Recentemente, le condotte di Facebook sono state qualificate come pratiche commerciali scorrette ai sensi degli artt. 18 ss. c. cons. Sul punto si vedano il provvedimento AGCM n. 27432 del 29 novembre 2018; TAR Lazio 10 gennaio 2020, n. 260, cit. e Cons. St. 29 marzo 2021, n. 2631 cit.

⁽⁸⁶⁾ S. MANNONI-G. STAZI, *Is competition a click away?*, cit., p. 52.

titolo gratuito. Invero, un significativo squilibrio di diritti e di obblighi potrebbe ravvisarsi negli effetti di *lock-in* che tali piattaforme generano: l'utente si trova legato ad un determinato fornitore di beni e servizi e la scelta di cambiare fornitore comporterebbe ingenti *switching-costs*, costi di transizione. Si pensi, per l'appunto, al costo consistente nella perdita di dati personali forniti come corrispettivo per la fruizione del servizio.

D'altronde, la Direttiva sulle clausole abusive del 1993, poi recepita dai singoli Stati Membri, è stata definita quando il mondo digitale ancora era *in mente Dei*. Da ciò discende l'inadeguatezza degli strumenti a tutela del consumatore oggi esistenti, non solo per la difficoltà nell'inquadrare le fattispecie emergenti tra quelle vietate, bensì, soprattutto, se si considera che dinanzi a piattaforme operanti su scala globale, la valutazione di vessatorietà di clausole – dunque, di cosa debba intendersi per “*significativo squilibrio di diritti e di obblighi*” a carico del consumatore – è riservato alle singole Corti nazionali, con un *enforcement* decentralizzato che altro non fa che creare barriere all'effettivo successo della Strategia per il mercato unico digitale.

5. – Ci si domanda se tali proposte di regolazione non si pongano come ulteriori conferme di una metamorfosi – già in atto – di tali poteri privati in autorità di diritto.

Sembra doversi dare risposta positiva a tale quesito. Si pensi alle disposizioni che, nel richiedere l'osservanza di obblighi di chiarezza e trasparenza nella redazione di condizioni e termini d'uso delle piattaforme, consentono a tali *providers* di adottare regole idonee ad incidere sulla sfera degli utenti a prescindere da una effettiva manifestazione di consenso. Spesso tali termini vengono conosciuti tramite un click o tramite lo scorrimento di pagina. Si tratta di condizioni generali di contratto ove il consenso è un *blanket assent* e ove le clausole si configurano secondo il modello *take-it or leave-it*. Ecco che la necessità di usufruire dei servizi digitali oggi, comporta una inevitabile adesione a tali termini. È indubbio che siffatte forme di contrattazione sono ormai da anni utilizzate dai *providers* e, tuttavia, qualora la proposta di regolazione dovesse convertirsi in testo normativo definitivo, vi sarebbero disposizioni legittimanti una autorità privata di diritto.

Per giungere a tale conclusione non si rivela sufficiente la sola lettura dell'art. 12 del DSA, rubricato *Terms and Conditions*, ai sensi del quale si richiede ai fornitori di servizi di intermediazione di formulare, con linguaggio chiaro ed inequivocabile, le informazioni circa eventuali restrizioni che si impongono in relazione all'uso del loro servizio. Se ci si fermasse alla lettura dell'art. 12 non si comprenderebbe appieno la distinzione con

l'ambito di applicazione del nostro art. 1341 c.c., che, come sopra evidenziato, individua un'autorità di fatto ogni qualvolta la predisposizione di condizioni generali di contratto non si ponga – come invece avviene nel caso dei regolamenti comproprietari o degli statuti associativi – come parametro di validità.

Tuttavia, se si procede con una lettura combinata degli artt. 12 e 13, par. 1, lett. b) del DSA, si coglie l'individuazione di una vera e propria autorità di diritto.

L'art. 13, par. 1, lett. b), infatti, prevede che, all'interno dei rapporti che gli attori del *web* annualmente devono pubblicare, si debba dar conto del numero di segnalazioni di contenuti illegali, specificando se tali segnalazioni siano state intraprese per la presenza di violazioni di disposizioni di legge ovvero per l'inosservanza di termini e condizioni. I termini e le condizioni costituiscono, quindi, un vero precetto regolamentare, in grado di porsi come parametro di validità dei comportamenti adottati dagli utenti di quel servizio⁽⁸⁷⁾.

Tale passaggio segna il superamento della visione secondo cui la predisposizione di condizioni generali esplica esercizio di una autorità privata di fatto. Invero, l'art. 13 riconosce al soggetto privato in posizione di preminenza il potere di individuare come dovuta o come vietata una condotta, qualificando come anti-giuridica la violazione del precetto. I termini d'uso non si pongono più solo come clausole di un contratto unilateralmente predisposto, bensì come vere e proprie regole da osservare al fine di usufruire di un determinato servizio. Regole che, in sede di verifica della illiceità delle condotte praticate *online*, sono equiparata alle disposizioni di legge.

Ulteriori riprove della metamorfosi in esame si colgono là dove si dispone l'attribuzione a tali soggetti del potere-dovere di adottare decisioni riguardanti i contenuti la cui illegalità sia stata segnalata da terzi. Ebbene, in questi casi non vi è un mero obbligo di rimozione, bensì un potere di rimozione. Potere caratterizzato da una certa discrezionalità del *provider*, il quale, come già precedentemente si sottolineava, valuta se effetti-

⁽⁸⁷⁾ L'art. 13, comma 1, lett. b) testualmente dispone che: «*Providers of intermediary services shall publish, at least once a year, clear, easily comprehensible and detailed reports on any content moderation they engaged in during the relevant period. Those reports shall include, in particular, information on the following, as applicable: [...] (b) the number of notices submitted in accordance with Article 14, categorised by the type of alleged illegal content concerned, any action taken pursuant to the notices by differentiating whether the action was taken on the basis of the law or the terms and conditions of the provider, and the average time needed for taking the action*».

vamente sussista una ipotesi di illegalità così come denunciato dal terzo e, in caso affermativo, quale sia il provvedimento più opportuno da adottare: se basti un provvedimento di mera rimozione del contenuto ovvero se sia necessaria la disabilitazione definitiva dell'*account*.

Ancora significativo è che, a fronte di siffatte decisioni sia previsto un sistema di gestione di reclami interno, con istituzionalizzazione di poteri *para*-giurisdizionali.

Denota, ancora, un indizio sintomatico della metamorfosi oggetto di indagine l'apposita disposizione mediante la quale si prevede che tali poteri possano adottare, anche previo incentivo della Commissione, dei codici di condotta al fine di ridurre rischi sistemici. I codici di condotta caratterizzano ipotesi di *mega-contrattazione* privata⁽⁸⁸⁾: pur essendo strumenti privatistici, predisposti da poteri privati, tali codici sono idonei a vincolare e ad incidere con effetti *erga omnes* sulla sfera giuridica dei destinatari a prescindere da una loro manifestazione di consenso.

Alla luce di quanto sopra esposto sembra si possa ragionevolmente concludere che è la regolazione stessa del mercato, soprattutto alla luce delle più recenti proposte, a porsi come veicolo e strumento mediante il quale spiegare la metamorfosi da autorità di fatto ad autorità di diritto dei guardiani del *web*.

La regolazione, infatti, se da un lato intende limitare gli abusi commessi nell'esercizio di tali poteri privati, al tempo stesso si pone sempre più come fonte di attribuzione di poteri *para*-giurisdizionali – già conferiti a motori di ricerca come Google nello specifico caso delle richieste di de-indicizzazione – oltre che di poteri *para*-normativi. Solo in questo modo si verrebbe superando la dimensione della effettività nella quale fino ad oggi tali soggetti si sono autolegittimati come dei *principes legibus soluti*, fino a divenire così potenti da non poter lasciare più indifferenti. D'altronde, sarebbe vano, oltre che privo di benefici, qualsiasi tentativo di delegittimazione, stante l'essenzialità dei servizi forniti. Al fine di garantire maggiori tutele dei nostri diritti fondamentali, oltre che un miglior funzionamento del mercato digitale, si rivela senz'altro più efficiente il riconoscimento regolamentato di tali poteri tramite l'intermediazione legittimante dell'ordinamento. Tuttavia, che questo basti a superare la concezione secondo cui nell'orizzonte digitale vale il principio *ex facto oritur ius*, non può dirsi ancora con certezza.

⁽⁸⁸⁾ Sulla mega-contrattazione, E. DEL PRATO, *Principi e metodo nell'esperienza giuridica*, cit., p. 91 ss.