

Facebook e Social Natura del contratto tra utente e social

Roberta Cosio
(Dottoranda di ricerca in Diritto, mercato e persona
nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract The article calls into question the legal nature of the contract between the operator of a *social network* (*Facebook*) and the users, by examining the main terms of use unilaterally drawn up by the operator. The analysis leads to recognizing the existence of an exchange between the parties, since the right to use the platform is granted to the user on the basis of the collection and exploitation of his personal data by the *social network*.

Sommario 1. Passaggio dal *web 1.0* al *web 2.0*. – 2. Le Condizioni generali di contratto. – 3. Natura giuridica degli accordi tra gli utenti e i *social networks*. Come classificare il contratto tra *Facebook* e l'utente?. – 4. Illeciti commessi dagli utenti per mezzo del *social* a danno di terzi (utenti e non). – 5. Conclusioni.

Keywords *Social network*. Contratto. Gestore. Utente. *Facebook*.

1 Passaggio dal web 1.0 al web 2.0

Il *world wide web* ha subito una profonda evoluzione: dal *web 1.0* composto prevalentemente da siti *web* statici si è passati al *web 2.0* formato dall'insieme di tutte quelle applicazioni *on line* che offrono uno spiccato livello di interazione con l'utente e tra utenti¹. La rete offre a chiunque la possibilità di partecipare alla creazione ed alla condivisione dei contenuti digitali. Ciascun soggetto è contemporaneamente fruitore e produttore di contenuti informativi, sommando dunque a sé caratteristiche dissimili².

1 L'espressione *web 2.0* si deve a T. O' REILLY che nel 2005 presentò la sua relazione *What is web 2.0* per evidenziare la possibilità di produrre contenuti da parte degli utenti della rete.

2 In questi termini, P. SAMMARCO, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Dir. inform.*, 2010, p. 631 ss., il quale sottolinea come sia proprio questa disegualianza di funzioni con coincidenza di ruoli in un unico soggetto a produrre la trasformazione della rete e a determinare il suo esponenziale successo. Nei medesimi termini, F. AGNINO, *Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti? (Vedi contratto FB)*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 2556.

Il cuore del *web 2.0* è costituito dai *social media*, le cui caratteristiche essenziali sono la pubblicazione, la partecipazione e la personalizzazione.

Quanto al primo carattere (pubblicazione), esso consiste nella creazione di contenuti da parte degli utenti, i quali, da meri fruitori di prodotti realizzati da altri, diventano editori dei propri spazi. Il secondo carattere (partecipazione) consente agli utenti di svolgere un ruolo attivo: essi possono, ad esempio, costruire virtualmente comunità di utenti.

Infine, il terzo carattere (personalizzazione) consiste nel consentire agli utenti di personalizzare i contenuti offerti dalla rete: essi possono, ad esempio, visualizzare una prima pagina di un giornale telematico in modo tale che rispecchi le proprie preferenze ed i propri interessi. I *social network* sono stati definiti come quelle strutture informatiche di gestione di reti, che consentono lo svolgimento *on line* delle relazioni sociali, promuovendone la diffusione a livello globale, mediante la connessione in tempo reale e la condivisione di contenuti, a seguito della creazione da parte del singolo utente – con la registrazione o iscrizione – di un profilo pubblico o semipubblico³.

Essi consentono lo svolgimento di una serie di attività che si estrinsecano nella creazione di un profilo personale mediante il quale l'utente esprime e costruisce la propria identità sociale, nella condivisione di contenuti (testi, immagini, video, etc.) e nello sviluppo di relazioni sociali che richiedono presenza quotidiana e continuità nell'aggiungere al proprio spazio nuovi materiali, *links* e commenti.

L'aspetto relazionale del sito, ossia l'interazione tra gli utenti in rete, costituisce il nucleo essenziale qualificante il servizio di *social network*.

Allo stato attuale, oltre 200 siti si definiscono o sono considerati *social networks* all'interno di un panorama che risulta fortemente eterogeneo: alcuni *social* tendono ad offrire uno strumento di comunicazione generale, senza predeterminazione dei contenuti e sono caratterizzati da un'utenza molto diversificata (es. *Facebook* e *Twitter*), altri *social*, invece, hanno una vocazione tendenzialmente specialistica, cioè si rivolgono solo a talune categorie di utenti animate da determinate finalità (es. *LinkedIn* riservato al mondo dei professionisti).

3 Così C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, p. 13, che riprende la definizione data da D. M. BOYD and N.B. ELLISON, *Social Network Sites: Definition, History and Scholarship*, in *Journal of Computer-Mediated Communication*, vol. 13, 2008, International Communication Association, p. 211: «We define *social network site* as *web based services* that allow individuals to (1) construct a public or semi-public profile within a bounded system, (2) articulate a list of other users with whom they share a connection, and (3) view and traverse their list of connections and those made by others within the system. The nature and nomenclature of these connections may vary from site to site». Tali Autori chiariscono di non voler utilizzare il termine “sito di *social networking*” bensì “sito di *social network*” in quanto *networking* sottolinea l'inizio di un rapporto spesso tra estranei, mentre di solito su tali siti si realizzano incontri tra soggetti che già si conoscono, per mantenere rapporti esistenti *off line*.

Quanto alla nozione di soggetto di *social network*, esistono tre differenti figure che operano all'interno di esso: l'utente, il gestore e i terzi.

Per utente, si intende la persona fisica o giuridica che stipula il contratto di servizio per accedere alle funzionalità della piattaforma; per gestore, la persona fisica o giuridica che mette a disposizione la piattaforma virtuale e/o la amministra e con la quale l'utente ha stipulato il contratto di servizio per accedere alle funzionalità del *social*; per terzi, i soggetti che, pur non essendo utenti del *social*, possono venire in contatto con essi attraverso la piattaforma (es. gli sponsor che pubblicizzano prodotti o servizi attraverso la piattaforma).

Il rapporto utente - gestore di *social network* si instaura mediante l'iscrizione/registrazione che si perfeziona quando l'utente: 1) compila il *form*, ossia fornisce i propri dati personali o almeno le generalità, oltre l'indirizzo di posta elettronica e 2) crea l'*account*, accettando automaticamente le Condizioni generali unilateralmente predisposte dal *provider* (nel caso di *Facebook* esse prendono il nome di Dichiarazione dei diritti e delle responsabilità), le quali sono (insieme alla Normativa sui dati e sull'uso dei *cookie*) collocate in altre pagine *web*, cui si fa rinvio mediante *link* di collegamento.

È interessante notare come sul tasto d'accettazione non venga riportata la dicitura "accetto", bensì quella generica di "crea *account*". Nessuna accettazione è, invece, richiesta in relazione al trattamento dei dati personali (nemmeno quelli sensibili).

La lingua utilizzata per questi testi è l'inglese ovvero (ma solo in alcuni casi come ad es. *Facebook*) la versione nella lingua nazionale del potenziale utilizzatore.

Si tratta, in tali casi, di traduzioni dall'inglese e, si precisa che, in caso di conflitto, sarà la versione in lingua inglese a prevalere. Ne consegue che solo quest'ultima fa fede nella determinazione del corretto significato dei termini contrattuali.

Dalle indicazioni fornite si evince la numerosità ed eterogeneità di problemi che il fenomeno può generare. Problemi che possono essere meglio compresi analizzando i testi contrattuali che disciplinano il rapporto gestore - utente, dai quali, pertanto, occorre muovere.

2 Le Condizioni generali di contratto

Le Condizioni generali di contratto del principale sito di *social network* (*Facebook*) prendono il nome di Dichiarazione dei diritti e delle responsabilità. Tale documento viene espressamente qualificato in termini di accordo tra utente e gestore⁴.

Innanzitutto, per quanto attiene alla condivisione dei contenuti e delle informazioni (art. 2), ossia i contenuti protetti dal diritto di proprietà intellettuale (es. foto e video), si legge che l'utente accorda a *Facebook* una licenza non esclusiva, trasferibile, che può essere concessa come sub-licenza, libera da *royalty* e valida in tutto il mondo, che consente l'utilizzo dei contenuti PI pubblicati su *Facebook*. Tale licenza termina nel momento in cui l'utente elimina il suo *account*, salvo che tali contenuti non siano stati condivisi con terzi e che questi non li abbiano a loro volta eliminati. Tuttavia, è possibile che i contenuti rimossi vengano conservati dal gestore come copie di *back-up* per un determinato periodo. Inoltre, quando l'utente pubblica contenuti o informazioni usando l'impostazione "Pubblica", concede a tutti, anche alle persone che non sono iscritte a *Facebook*, di accedere e usare tali informazioni e di associarle al suo profilo, ossia al suo nome o alla sua immagine del profilo. In merito a quest'ultimo aspetto, nella Normativa sui dati è ulteriormente specificato che le informazioni associate all'*account* restano memorizzate fino all'eliminazione dello stesso, salvo che il gestore non ne abbia bisogno per fornire prodotti o servizi (senza indicazione di un limite massimo di tempo) e inoltre i contenuti condivisi dagli altri utenti non vengono rimossi al momento dell'eliminazione dell'*account*, ma ivi restano (così, ad esempio, le foto condivise da un altro utente, la menzione in un post, il tag in un luogo o in un commento, etc.).

Risulta chiaro da queste prime indicazioni come il fulcro dell'attività dei *social* consista nella raccolta e nella gestione delle informazioni personali degli utenti: non solo i dati che l'utente espressamente comunica al gestore del *social* attraverso l'iscrizione ad esso, ma anche i dati acquisiti indirettamente dal gestore, ossia senza il consenso del titolare (pensiamo al comando "mi piace", che, stimolando la comunicazione di gusti ed opinioni fra utenti, assicura al gestore la raccolta e il trattamento delle informazioni relative a tali affermazioni di preferenza pur in assenza del consenso del titolare).

Queste comunicazioni di informazioni non contengono soltanto i dati personali, ma svelano spesso anche i dati sensibili dell'utente, quali l'origine razziale, etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose, filosofiche, l'appartenenza sindacale, la salute o l'orientamento sessuale.

4 Art. 18, co. 2, recita: « La presente Dichiarazione costituisce il contratto tra le parti in relazione a *Facebook* e prevale su qualsiasi accordo precedente ».

Facebook, però, non fa alcun riferimento ai dati sensibili e colloca l'informativa sulla *privacy* in un documento diverso rispetto a quello relativo alle Condizioni generali di contratto. Aspetto che assume rilievo soprattutto con riferimento al consenso, considerato che nessuna accettazione è richiesta in relazione al trattamento dei dati personali (nemmeno quelli sensibili). Tale disciplina mal si concilia con quella prevista dal diritto dell'Unione europea in merito alla tutela dei dati personali. Quest'ultima, infatti, consta di una serie eterogenea di strumenti di tutela del titolare dei dati, consistenti nel diritto all'informativa circa le modalità e finalità di trattamento da rendere in via preventiva (ossia prima di effettuare la raccolta dei dati), in forma concisa, trasparente, intellegibile e facilmente accessibile per l'interessato.

Quanto poi al trattamento dei dati sensibili, essi richiedono il consenso, espresso in forma scritta, dell'interessato e la previa autorizzazione del Garante per la protezione dei dati personali. In ogni caso e in via generale, il consenso deve essere sempre manifestato in forma specifica (la manifestazione di volontà deve riferirsi ad un trattamento chiaramente individuato o a determinate operazioni di trattamento) e non generica (non è valida una richiesta *omnibus* di consenso)⁵.

Particolarmente interessanti sono anche le clausole relative alla modifica delle condizioni contrattuali e al recesso. Quanto alle modifiche (apportate unilateralmente dal gestore), ne esistono di due tipologie (art. 13): la prima è preceduta da un preavviso, che prevede una consultazione tra gli utenti (leggere e commentare le condizioni modificate prima di continuare ad usare i servizi *Facebook*), ma non è accompagnata da

5 In merito all'applicabilità a tali fattispecie della disciplina europea dei dati personali, occorre far riferimento alla direttiva 95/46/CE sulla protezione dei dati personali ed, in particolare, all'art. 4, par. 1, lett. a) e c), dal quale si desume l'ambito di applicazione della disciplina in questione.

Art. 4, par. 1, lett. a) stabilisce che quando il trattamento avviene all'interno dell'UE, si applica il principio di stabilimento del titolare: qualsiasi dato personale, anche detenuto all'estero, se trattato nel territorio dell'UE comporta l'applicazione della normativa nazionale sulla protezione dei dati. Invece, l'art. 4, par. 1, lett. c) estende l'applicazione della disciplina europea di protezione dei dati anche nel caso in cui il fornitore del servizio abbia sede al di fuori dell'UE, a condizione che impieghi per il trattamento dei dati strumenti elettronici e non situati nel territorio dello Stato.

In merito all'ambito di applicazione territoriale della disciplina in questione, il nuovo Regolamento UE 2016/679, che abroga la vecchia direttiva 95/46/CE e che diventerà definitivamente applicabile in tutto il territorio UE a partire dal 25 maggio 2018, ha introdotto importanti novità. Viene rovesciato il tradizionale principio di stabilimento, sancendo l'applicabilità della disciplina europea indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione ed è, inoltre, prevista l'applicabilità della disciplina europea anche ai titolari e responsabili del trattamento non stabiliti nell'UE quando le attività di trattamento riguardano: 1) Offerte di beni o servizi a cittadini UE, indipendentemente dal fatto che sia richiesto o meno un pagamento; 2) Attività di monitoraggio di comportamenti di cittadini dell'UE.

un'indicazione dei motivi del cambiamento; la seconda, relativa alle normative, linee guida o ad altre condizioni inserite nella Dichiarazione non prevede né la consultazione degli utenti, né l'indicazione delle ragioni del cambiamento, ma di essa il gestore può dar notifica nella pagina dedicata alle normative del sito.

Quanto al recesso (art. 14), esso è contemplato come una facoltà esercitabile da entrambe le parti in qualunque momento e senza alcun dovere di preavviso (c.d. *recesso ad nutum*).

In particolare, il gestore si riserva il diritto di risolvere unilateralmente il rapporto se l'utente non rispetta le norme di comportamento previste dalla Dichiarazione⁶, effettuando una valutazione discrezionale e senza instaurare alcun tipo di contraddittorio.

In altri termini, la cancellazione dell'*account* dell'utente è prevista sia per giusta causa riconducibile ad un illecito contrattuale (così, ad esempio, nel caso di pubblicazione di contenuti minatori, pornografici, con incitazioni all'odio o alla violenza), ma anche soltanto in relazione alla "possibilità che l'utente possa essere fonte di rischi per la società"⁷. Della disattivazione o cancellazione dell'*account*, l'utente ha conoscenza soltanto al successivo tentativo di accesso ovvero tramite la ricezione via email di una notifica. Non sussiste alcun obbligo di preavviso e ciò assume rilievo soprattutto in ordine al possibile danno che può derivarne all'utente che voglia recuperare i contenuti del suo profilo (pensiamo alla chiusura dell'*account* di un politico a ridosso delle elezioni oppure di un imprenditore che utilizza la pagina *web* per pubblicizzare la propria attività d'impresa). Sotto questo profilo, occorre precisare che *Facebook* non prevede il diritto alla portabilità dei dati, ossia il diritto dell'utente di trasmettere i dati contenuti nel proprio profilo da un *social* all'altro, senza impedimenti da parte di colui al quale sono stati forniti in precedenza. Tale aspetto risulta in contrasto con l'introduzione del diritto in questione da parte del Nuovo Regolamento in materia di *privacy*⁸, di talché si

6 Una serie di obblighi di comportamento a carico dell'utente, la cui violazione determina l'eliminazione dell'*account* da parte del gestore, sono elencati all'art. 3 (non si tratta di un'elencazione tassativa): non intraprendere azioni contrarie alla legge, iniziative di marketing multilivello, immettere virus, denigrare, intimidire o molestare altri utenti, pubblicare contenuti pornografici o incitanti l'odio o eccessivamente violenti o informazioni finanziarie sensibili.

7 Art. 14 (Risoluzione) recita: « Se le azioni dell'utente non rispettano nella forma e nella sostanza la presente Dichiarazione o creano dei rischi legali per la società, ci riserviamo il diritto di interrompere la fornitura di parte o tutti i servizi di *Facebook* nei confronti dell'utente stesso ».

8 Il diritto alla portabilità dei dati è previsto dal Nuovo Regolamento UE 2016/679 (art. 20): 1. L'interessato ha il diritto di ricevere in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico i dati personali che lo riguardano forniti a un titolare del trattamento e ha il diritto di trasmettere tali dati a un altro titolare del trattamento senza

può dubitare della legittimità di una tale disposizione, in quanto ostativa rispetto alla costruzione della sfera esistenziale della persona. Qualora poi sia l'utente a recedere, è prevista come possibile la conservazione da parte del gestore dei contenuti PI dell'utente come copie di *backup* "per un determinato periodo di tempo". Tale regola risulta passibile di contrasto con l'art. 11 lett. e) codice *privacy* che introduce l'essenzialità del rispetto del parametro temporale come misura della liceità del trattamento, ossia la conservazione dei dati per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati, norma riprodotta anche dall'art. 5 lett. e) del Nuovo Regolamento.

Altro aspetto da mettere in rilievo è quello relativo alle clausole di esclusione di garanzia e di responsabilità del gestore (art. 15 co. 3). Troviamo scritto nelle Condizioni generali di contratto che il *social network* eroga e presta i servizi all'utente "*as is*", così com'è e com'è disponibile. Pertanto non esiste alcuna garanzia espressa o implicita, sia con riguardo ai profili di funzionamento, qualità e affidabilità del servizio, sia sulla sicurezza dello stesso⁹. Inoltre, il gestore rigetta espressamente l'addebito di ogni tipo di responsabilità nascente da danni collegati alle azioni, ai contenuti, alle informazioni o ai dati prodotti da terzi (utenti e non), senza precisare se nella giurisdizione di appartenenza dell'utente la relativa clausola di esclusione della responsabilità è valida e opponibile, limitandosi a riconoscere che, in alcuni ordinamenti, una previsione siffatta potrebbe non essere consentita. In queste ipotesi, la responsabilità del gestore verrebbe limitata "al limite massimo consentito dalle leggi applicabili"¹⁰.

impedimenti da parte del titolare del trattamento cui li ha forniti qualora: a) il trattamento si basi sul consenso ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. a), o dell'art. 9, par. 2, lett. a), o su un contratto ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. b); e b) il trattamento sia effettuato con mezzi automatizzati. 2. Nell'esercitare i propri diritti relativamente alla portabilità dei dati a norma del par. 1, l'interessato ha il diritto di ottenere la trasmissione diretta dei dati personali da un titolare del trattamento all'altro, se tecnicamente fattibile. 3. L'esercizio del diritto di cui al par. 1 del presente articolo lascia impregiudicato l'art. 17. Tale diritto non si applica al trattamento necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento. 4. Il diritto di cui al par. 1 non deve ledere i diritti e le libertà altrui.

⁹ In questi termini, F. ASTONE, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in *AIDA*, 2011, pp. 116-117; W. VIRGA, *Inadempimento di contratto e sanzioni private nei social network*, in *AIDA*, 2011, p. 222 ss.; P. SAMMARCO, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 634; F. AGNINO, *Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti? (vedi contratto FB)*, in *Giur. merito*, fasc. 12, 2012, p. 2557.

¹⁰ La questione relativa alla validità delle clausole di esclusione di responsabilità è trattata in maniera approfondita da F. ASTONE, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali, op. cit.*, p. 122 ss., il quale sottolinea come un interprete orientato alla tutela dell'utente tenderà a negare la validità di tali clausole sia facendo leva sulle disposizioni codicistiche che su quelle contenute nel Codice del consumo. L'art. 1229, co. 1 e 2, c.c. vieta le clausole di esonero da responsabilità per dolo o colpa grave e comunque ne esclude l'o-

3 Natura giuridica degli accordi tra gli utenti e i social networks. Come classificare il contratto tra Facebook e l'utente?

Una volta messi in luce gli aspetti più rilevanti del rapporto utente - gestore di *social network* (assenza di obblighi di prestazione da parte del gestore, assenza di obblighi di pagamento in capo all'utente, assenza di qualsiasi garanzia di funzionamento, assenza di garanzia su una durata temporale minima, presenza di clausole di esclusione di garanzia, presenza di clausole di esonero da responsabilità), risulta opportuno affrontare il problema della natura giuridica di tali accordi, problema che è stato oggetto di una pluralità di ricostruzioni dottrinali.

Secondo un primo orientamento, la figura deve essere ricondotta al contratto di accesso ad Internet¹¹: contratto con il quale una parte, il fornitore di accesso a Internet (o *Internet Service Provider*), concede all'altra, il cliente, la connessione alla rete e fornisce ulteriori servizi verso un determinato corrispettivo¹².

È risultata, però, assai controversa, in dottrina, la qualificazione giuridica del contratto di accesso ad Internet: alcuni autori hanno accostato tale figura al contratto di somministrazione¹³, altri l'hanno ritenuta più compatibile con il contratto di appalto di servizi¹⁴. Ebbene, l'evocazione del contratto di accesso a Internet comporta l'equiparazione *tout court* dell'attività dei gestori delle piattaforme dei *social networks* a quella degli *Internet Service Providers*, ma, come acutamente rilevato da parte della dottrina, così non è. Il gestore del *social*, infatti, non svolge solo un'attività di memorizzazione di informazioni (come l'*hosting provider*), ma consente all'utente (mediante l'utilizzo della piattaforma) la realizzazione di rapporti interattivi e la condivisione di contenuti, di conseguenza, risulta difficile

perattività laddove si discuta di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico; l'art. 1341, co. 2, c.c. richiede una modalità formale di accettazione della clausola di limitazione di responsabilità, in genere non prevista nei "percorsi" normalmente previsti per l'adesione al *social*; l'art. 33, co. 2, lett. a) e b) cod. cons. implica la presunzione di vessatorietà delle limitazioni di responsabilità e, infine, l'art. 124 cod. cons. rafforza ulteriormente la tutela prevedendo la generale nullità delle clausole di esonero da responsabilità. Tali ultime disposizioni risulterebbero, secondo l'Autore, applicabili con notevole frequenza, posto che l'accesso al *social network* viene spesso effettuato per finalità di mero svago.

11 In questi termini, M. GRANIERI, *Le clausole ricorrenti nei contratti di social networks dal punto di vista della disciplina consumeristica dell'Unione europea*, in *AIDA*, 2011, p. 125 ss.

12 Definizione data da G. DE NOVA, *I contratti per l'accesso ad Internet*, in *AIDA*, 1996, p. 39 ss.

13 R. BOCCHINI, *Il contratto di accesso ad Internet*, in *Dir. inform.*, 2002, p. 485 ss.

14 L. ALBERTINI, *Il contratto di accesso ad Internet*, in *Giust. civ.*, 1997, II, p. 102 ss.; N. VISALLI, *Contratto di accesso ad Internet e tutela della privacy*, *ivi*, 2002, II, p. 129 ss.; G. DE NOVA, *I contratti di accesso ad Internet*, in *AIDA*, 1996, p. 42.

ipotizzarne la piena identificazione con l'ISP¹⁵. A tal proposito, particolare rilievo assumono anche i suggerimenti di contatti e amicizie da instaurare, nonché gli algoritmi che regolano il flusso dei contenuti nella *home page* dell'utente, i quali vengono scelti discrezionalmente dal gestore della piattaforma, incidendo fortemente sulla sua conformazione.¹⁶

Secondo altro orientamento, per qualificare correttamente il contratto tra gestore ed utente del *social*, occorre partire da un preciso presupposto, ossia che il contratto bilaterale utente - gestore assume un significato pratico apprezzabile, una precisa rilevanza giuridica, un determinato valore economico solo se consente l'interazione orizzontale tra la moltitudine di soggetti utenti, quindi solo proiettando il rapporto in questione verso il sistema di interrelazioni che si creano sulla piattaforma virtuale, ragion per cui andrebbe ricondotto alla figura del contratto di rete¹⁷. L'Autore che sostiene la tesi in esame afferma che tale qualificazione consentirebbe anche di tentare una più precisa definizione dell'elemento causale, che si realizza e si compie in una dinamica trilaterale, che coinvolge gestore, utenti ed inserzionisti. Infatti, il gestore predispone un sistema che attraverso la sua attività (instaurazione di rapporti orizzontali) l'utente valorizza. Quest'ultimo, accettando di rendersi destinatario di messaggi pubblicitari in cambio del servizio che gratuitamente riceve, rende economicamente rilevante l'attività dell'inserzionista e l'inserzionista sostiene i costi del sistema e assicura il profitto al gestore. Proprio la struttura "reticolare" del rapporto mette in luce come la gratuità del servizio fornito agli utenti sia

15 Cfr., C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, pp. 38-39, che sottolinea la non riducibilità del ruolo dei gestori di piattaforme sociali a quello dei *providers*, posto che l'attività svolta dai primi non è limitata soltanto a consentire la memorizzazione dei dati forniti dall'utente nella piattaforma.

16 Il nuovo algoritmo utilizzato da *Facebook (News Feed)* si basa, per l'aggiornamento dei post sulla *home page* dell'utente, sulla combinazione di tre criteri: 1) criterio delle condivisioni dei contenuti mediante *likes* e commenti; 2) criterio dell'affinità sulla base della frequenza delle interazioni; 3) criterio temporale collegato alla data di pubblicazione del post.

17 Per tale intendendosi, il contratto mediante il quale due o più imprenditori si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a esercitare in comune una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali allo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato.

In questi termini, F. ASTONE, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in *AIDA*, 2011, p. 102 ss.

Per un approfondimento sul tema del contratto di rete, si rimanda, invece, a C. CAMARDI, *Dalle reti di impresa al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *Contratti*, 2009, p. 928 ss.; G. VILLA, *Reti di imprese e contratto plurilaterale*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 951 ss.; P. ZANELLI, *Reti d'impresa: dall'economia al diritto, dall'istituzione al contratto*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 959 ss.; V. CUFFARO, *Contratti di impresa e contratti tra imprese. I contratti di rete*, in *Corr. mer.*, 2010, p. 55 ss.; A. TAFURO, *Il contratto di rete: una lettura in chiave economico-aziendale*, in *Riv. dott. comm.*, 2011, p. 643 ss.

in realtà una gratuità "interessata"¹⁸, giustificata dal collegamento causale che si realizza tra prestazioni del gestore, prestazioni dell'inserzionista, attività degli utenti. Sebbene tale inquadramento consenta di mettere in luce un aspetto importante, quale quello relativo alla trilateralità dei rapporti, facendo leva sulla definizione di contratto di rete emerge, tuttavia, la dissonanza con alcune delle caratteristiche precipue dell'attività di *social network*. Ed infatti, *in primis*, i singoli utenti non sono necessariamente imprenditori e, *in secundis*, concludono l'accordo con il gestore per usufruire della rete *tout court*, ossia non necessariamente allo scopo di migliorare la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato, ma anche per creare rapporti di amicizia¹⁹.

Altra parte della dottrina, ritenendo che in questo rapporto non sia ravvisabile un sinallagma caratterizzato dallo schema *do ut des*, in quanto, da una parte, l'utente non paga un corrispettivo per usufruire del servizio e, dall'altra, non vi sono obblighi in capo al gestore, conclude per l'individuazione di un negozio gratuito atipico²⁰, che arreca un mero vantaggio o interesse ad una delle parti senza che vi sia l'impoverimento del soggetto che dispone il diritto (come avviene invece per la donazione).

D'altronde, sottolinea quest'Autore, l'autonomia contrattuale riconosciuta dall'art. 1322 c.c. non differenzia l'atipicità contrattuale a seconda che le figure realizzate siano a titolo gratuito o oneroso. Ne consegue che, in astratto, ben possono le parti nell'ambito della loro autonomia contrattuale porre in essere contratti atipici a titolo gratuito, salva sempre la meritevolezza degli interessi perseguiti. In questo senso, occorre dunque che l'atto di liberalità compiuto dal disponente trovi una sua giustificazione causale sul piano del suo interesse patrimoniale, cioè, in altri termini, che tale operazione gli rechi un vantaggio, apprezzabile in termini economici²¹.

18 Così F. ASTONE, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, op. cit., p. 114 e R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in AIDA, 2011, p. 96.

19 Così C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, op. cit., p. 51, che sottolinea la non riconducibilità della figura in esame al contratto di rete, tanto se la causa del contratto di rete venga identificata nello scopo di accrescere individualmente o collettivamente la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato, quanto se venga ricostruita nei termini di causa associativa.

20 In questi termini, P. SAMMARCO, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Dir. inform.*, 2010, p. 631 ss.

21 Con riferimento a tale tipologia contrattuale, F. CARINGELLA, *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici*, in *Foro it.*, 1993, I, 1508, che parla di negozio a cavallo tra l'atto donativo ed il contratto di scambio, in cui lo spostamento o beneficio patrimoniale in favore del beneficiario, pur non collegandosi alla previsione di una controprestazione, trova comunque una sua ragione giustificativa nell'interesse, direttamente o indirettamente, patrimoniale dell'autore del negozio, ossia un vantaggio economicamente valutabile, allo stesso derivante, sub specie di lucro immediato o di risparmio di spesa.

Altri autori ancora hanno preferito porre l'accento, piuttosto che sui vincoli bilaterali esistenti tra gestore e fruitore del *social*, sui rapporti c.d. orizzontali tra gli utenti, posto che le regole di funzionamento ed organizzazione della piattaforma *online* sono ad essi rivolti ed operano come regole di funzionamento di una determinata comunità.

Ne deriva che tale contratto risulterebbe ascrivibile ad accordi bilaterali e schemi, per certi versi, associativi²². Tale ricostruzione, però, solleva un problema concernente la non configurabilità nel contratto di *social site* di una causa associativa. Dalla registrazione o iscrizione (cioè l'atto di adesione al *social*) non discende infatti alcuna volontà associativa, cioè di creazione di una comunità virtuale tra i diversi utenti, ma solo la volontà di accedere ad una piattaforma sociale e risulta inoltre difficile includere il gestore nello schema associativo, che, al più, potrebbe ritenersi sussistente nei rapporti orizzontali tra i diversi utenti²³. Vi è persino chi si è chiesto se l'accordo tra utente e gestore del *social* sia effettivamente qualificabile in termini contrattuali, affermando che, di regola, sono gli stessi fornitori del servizio a qualificarlo come tale, mentre dall'analisi delle clausole risulta l'assenza di obbligazioni reciproche e l'esclusione o forte limitazione di responsabilità da parte del gestore²⁴.

Infine, vi è chi ha qualificato il contratto di *social network* come contratto di scambio di godimento di beni immateriali: l'utente dispone del suo diritto alla *privacy* ed al controllo dei dati personali in funzione dell'utilizzo della piattaforma, consentendo al *social* l'inoltro di pubblicità mirata. Si realizza, quindi, uno scambio: dati personali - uso della piattaforma,

22 Cfr. W. VIRGA, *Inadempimento di contratto e sanzioni private nei social network*, in *AIDA*, 2011, p. 222 ss.

23 Cfr. C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, *op. cit.*, p. 55 secondo la quale «l'adesione ad un ente senza scopo di lucro, finalizzata al perseguimento di uno scopo associativo e all'esercizio dell'attività non economica dell'ente, non può essere confusa con l'adesione a un *social network* strumentale all'utilizzo della specifica piattaforma *software* che consente di comunicare e condividere contenuti con gli altri iscritti scelti dal singolo utente anche quando il *social site* sia tematico e, nello specifico, a supporto di enti non economici».

24 Cfr. R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *AIDA*, 2011, p. 93 ss., « si tratta di apprezzare la peculiarità di un accordo talmente povero, sotto il profilo dell'efficacia vincolante, da sollevare il dubbio se si possa ancora parlare di un contratto ».

scambio da intendere non in senso economico²⁵, bensì in senso giuridico²⁶, come reciproco trasferimento di beni o servizi attuato nell'ambito di un unico disegno negoziale. In altri termini, secondo questa tesi, per un verso, il gestore del *social* concede all'utente una licenza d'uso del *software*, per altro verso, l'utente concede al gestore una licenza sui contenuti PI: sia quelli forniti direttamente dall'utente, sia quelli raccolti dal gestore del sito, in seguito all'utilizzo effettuato dall'utente dei servizi offerti²⁷.

Si pone dunque l'accento sull'esistenza di un'unitaria e complessa operazione economica, ossia di un collegamento negoziale tra il contratto concluso tra utente e gestore del *social* e il contratto concluso da quest'ultimo con gli inserzionisti pubblicitari (i veri soggetti finanziatori delle aziende che gestiscono *social network*²⁸).

Questo orientamento va quindi collegato al tema della negoziabilità degli attribuiti immateriali della persona umana, considerato che il fulcro dell'attività dei *social* è la raccolta e gestione dei dati personali, che le nuove tecnologie interattive trasformano in una "merce di scambio"²⁹. A

25 Sebbene vi sia stato anche chi ha sostenuto la configurabilità di uno scambio in senso economico. Vedi, in tal senso, S. THOBANI « Un numero estremamente significativo di servizi offerti sul *web* si basa sullo scambio, per lo meno in termini economici, tra i servizi e i dati personali. Si tratta di servizi gratuiti (nel senso che non è previsto un corrispettivo in denaro per il loro utilizzo), in cui l'utente acconsente al trattamento dei propri dati personali anche per scopi non necessari alla fornitura del servizio. I dati vengono solitamente utilizzati per fini pubblicitari ed è proprio da tale utilizzo che il fornitore del servizio (gratuito) trae il proprio vantaggio. Di fatto, avviene dunque uno scambio tra la fornitura del servizio e il consenso al trattamento dei dati; quest'ultimo costituisce pertanto il corrispettivo per l'accesso al servizio ».

26 Così, G. BISCONTINI, *Onerosità, corresponsività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984, p. 71 ss. « Il sinallagma viene così a porsi non soltanto tra le prestazioni che trovano giustificazione in un unico rapporto giuridico e quindi in un unico titolo, ma anche tra le prestazioni di autonomi rapporti purché collegati in un disegno unitario ».

27 In questi termini, C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks, op. cit.*, p. 90 ss., secondo la quale « il contratto tra il sito di *social network* e l'utente deve essere ricondotto nell'alveo dei contratti di scambio, poiché la disposizione della *privacy* e dei dati personali è in funzione dell'utilizzo della piattaforma, sì che in virtù del sinallagma, l'utente in tanto ha il diritto di utilizzare la piattaforma - e il *social* è obbligato a consentirne l'utilizzo - in quanto il *social* può raccogliere e sfruttare i dati personali ».

28 Sottolineano S. SICA e G.G. CODIGLIONE, *Social network sites e il « labirinto delle responsabilità »*, in *Giur. mer.*, fasc. 12, 2012, p. 2714 ss. come il fine perseguito dai SNSs sia quello di garantire agli inserzionisti pubblicitari un flusso sempre più continuo e copioso di utenti registrati, collegati e attivi all'interno della piattaforma di socializzazione virtuale.

29 Sul modo di intendere l'informazione come bene giuridico, P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, pp. 329, 338, 339 e 342, secondo il quale, in questa direzione, non è più condivisibile l'idea di una tutela esclusivamente indiretta dell'informazione in quanto a protezione di interessi di ben più ampia portata (segreto epistolare, professionale, industriale, riservatezza, opere dell'ingegno), bensì può essere anche diretta quando l'interesse da proteggere è l'informazione in sé quale bene giuridico

riguardo, esiste un dibattito che vede contrapposte le posizioni di chi, da una parte, considera la *privacy*, quale diritto fondamentale, diritto della personalità indisponibile, quindi non negoziabile e chi, invece, lo attrae nella sfera proprietaria, avanzando l'ipotesi dello sfruttamento commerciale delle informazioni personali come beni immateriali disponibili e, di conseguenza, negoziabili.

Secondo questi Autori, al momento della registrazione dell'utente, verrebbe ad innescarsi un processo di « patrimonializzazione » dell'individuo, di trasformazione dell'utente in un'entità di rilevanza economica, impiegata dai gestori per fini commerciali.

In sostanza, la persona « digitalizzata e registrata » rispetto ai propri dati sensibili diviene essa stessa moneta di scambio nella comunità virtuale³⁰.

Partendo da queste ultime considerazioni e facendo riferimento ad una serie di dati normativi, non sembra irragionevole ipotizzare di attribuire al gestore di *social network* la qualifica di prestatore di servizio della società dell'informazione, la cui definizione è contenuta nella Direttiva 2000/31/CE e poi riprodotta nel Decreto attuativo n. 70/2003.

Per servizi della società dell'informazione si intendono le attività svolte *on line* nonché qualsiasi servizio dell'informazione, cioè qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica, a richiesta individuale di un destinatario di servizi. Il prestatore di servizi è la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione.

E infatti, l'art. 9 della Dichiarazione dei diritti e delle responsabilità, rubricato "Informazioni su pubblicità e altri contenuti commerciali pubblicati o supportati da *Facebook*", statuisce, a chiare lettere, che l'obiettivo del *social* consiste nel fornire agli utenti pubblicità ed altri contenuti commerciali e che, per realizzare tale obiettivo, l'utente, sebbene quasi sempre inconsapevolmente, attribuisce al gestore l'autorizzazione ad utilizzare il proprio nome, la propria immagine del profilo e qualsiasi altra informazione a lui relativa per fini commerciali, senza ricevere alcun compenso.

Ciò significa che *Facebook* può vendere i dati personali dei propri clienti a marchi e aziende interessate a conoscere i profili di potenziali acquirenti.

In altri termini, dietro l'apparente gratuità del servizio fornito all'u-

e quindi « punto di riferimento e contenuto di situazioni soggettive » purché l'informazione abbia una utilità socialmente apprezzabile e ad un tempo trovi nell'ordinamento, nella sua unitarietà, una valutazione in termini di meritevolezza. Sul concetto di bene in tale prospettiva anche A. IANNELLI, *Stato della persona e atti dello stato civile*, Camerino-Napoli, 1984, p. 62, il quale precisa che il bene « non è la cosa suscettibile di sfruttamento economico, bensì l'entità idonea a essere punto di riferimento oggettivo di interessi (economici o esistenziali) ritenuti meritevoli di tutela per l'ordinamento ».

30 Cfr. S. SICA e G.G. CODIGLIONE, *Social network sites e il «labirinto delle responsabilità»*, *op. cit.*, p. 2715.

tente, si nasconde un interesse patrimoniale, un vantaggio, apprezzabile in termini economici, perseguito dal gestore grazie al collegamento negoziale esistente tra il contratto utente - gestore e il contratto gestore - inserzionista.

Esiste dunque un "prezzo da pagare" (che spesso sfugge all'attenzione dell'utente) in cambio del suo accesso gratuito, consistente appunto nella consegna dei propri dati personali, del proprio profilo, il quale può essere alienato secondo le necessità commerciali dell'impresa digitale.

In conclusione, tra quelle esaminate, risulta preferibile la tesi che qualifica il contratto di *social network* come contratto di scambio di godimento di beni immateriali (dati personali - uso della piattaforma), posto che il diritto di utilizzare la piattaforma è concesso all'utente in funzione della raccolta e dello sfruttamento dei suoi dati personali da parte del *social*³¹. La conclusione raggiunta permette di affrontare correttamente la questione, già discussa nelle aule giudiziarie, della responsabilità del gestore nell'ipotesi di commissione di illeciti da parte degli utenti, per mezzo del *social*, a danno di terzi.

4 Illeciti commessi dagli utenti per mezzo del social a danno di terzi (utenti e non)

La grande facilità e velocità di circolazione e diffusione dei dati in rete, la tendenza alla loro condivisione con cerchie estese di altri utenti e soggetti (potenzialmente in ogni parte del mondo) rende elevato il rischio di trascinamento dei contenuti inseriti nei *social*. Quest'ultimi, infatti, possono essere sottratti alla disponibilità del loro autore mediante il meccanismo della condivisione, che consente di copiare e riprodurre infinite volte il contenuto - fotografia, video, messaggio - pubblicato all'interno di bacheche o profili altrui. Risulta, quindi, evidente come "l'ambiente *social network*" crei e manifesti nuove e specifiche occasioni di comportamenti lesivi degli interessi e diritti altrui, compresi i diritti fondamentali.

Il fenomeno ha sollevato delicati problemi di natura giuridica relativi al duplice ruolo che può essere assunto dall'utente quale autore e vittima di illeciti commessi per mezzo del *social*, nonché sull'eventuale responsabilità civile del gestore del *social network*.

Tali questioni sono state affrontate nell'ambito di due pronunce di merito di giudici civili italiani. La prima sentenza risale al 2010 ed è stata emessa dal Tribunale di Monza, relativamente ad un caso di diffamazione a mezzo *Facebook*.

Si tratta della prima pronuncia in Italia che si è occupata direttamente

31 Cfr. C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, op. cit., p. 90 ss.

della rilevanza giuridica di *Facebook* rispetto al risarcimento civilistico del danno extracontrattuale per lesione della reputazione³². La vicenda in esame riguardava una giovane donna, affetta da una particolare forma di strabismo, che, intrapresa sul *social network Facebook* una relazione sentimentale con un ragazzo, vedeva, al termine della stessa, pubblicato sulla piattaforma in questione un messaggio (in particolare, si trattava di un commento ad una foto, quindi ben visibile da altri utenti), con il quale veniva offesa la sua onorabilità, non solo in relazione alla sua malattia, ma anche alla sua sfera sessuale.

Con questa pronuncia, il Tribunale di Monza ha stabilito che colui che lede la reputazione, l'onore o il decoro di una persona mediante l'invio di un messaggio per il tramite del *social network Facebook* è tenuto al risarcimento del danno.

Nella specie, il ragazzo è stato condannato al risarcimento del danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima del fatto illecito, ossia come insieme delle sofferenze inflitte alla danneggiata dall'evento dannoso, al di là della rilevanza penalistica del fatto.

Con riferimento, invece, al diverso problema relativo alla sussistenza di una responsabilità diretta del gestore per questo tipo di illeciti, occorre, innanzitutto ricordare come proprio il dibattito in ordine all'opportunità di rendere responsabili i fornitori dei servizi di rete per gli illeciti commessi dai propri utenti abbia rappresentato uno dei punti di maggiore criticità nel processo che ha portato all'emanazione della Direttiva 2000/31/CE in materia di servizi della società dell'informazione, tra i quali il commercio elettronico. La scelta risultante dalla normativa europea ha disegnato quel regime di responsabilità degli ISP formato dagli artt. 12, 13 e 14 della direttiva, in combinazione col principio di cui all'art. 15, che prevede l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza sui dati trasmessi e memorizzati, nonché l'assenza di un obbligo generale di ricerca attiva di contenuti illeciti.³³ Il regime risultante dagli artt. 12 - 15 della direttiva e 14 - 17 del decreto interno di recepimento (d.lgs. n. 70/2003) risulta, dunque, ispirato al bilanciamento tra l'esigenza di incentivare l'ingresso sul nuovo mercato digitale di soggetti (gli ISP) ritenuti indispensabili per lo sviluppo della rete in un'ottica concorrenziale e quella di evitare che un totale esonero

32 Trib. Monza, 2 marzo 2010, in *Dir. inform.*, 2010, p. 1248 ss., con nota di V. PIGNATA, che afferma il principio in base al quale « l'utente di *social network* che sia destinatario di un messaggio lesivo della propria reputazione, onore, decoro, ha diritto al risarcimento del danno morale o non patrimoniale da porre a carico dell'autore del messaggio medesimo ».

33 Sul principio generale dell'assenza di un obbligo generale di sorveglianza, si veda G. PINO, *Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet service providers sui contenuti immessi da terzi in rete*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 834 ss.; A. PIERUCCI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della rete*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 161 ss.

di responsabilità nelle situazioni lesive di diritti dei terzi possa provocare un deficit di tutela risarcitoria dei danneggiati³⁴.

L'interesse rispetto ai presupposti applicativi delle esenzioni di responsabilità per gli *hosting providers* è aumentato in ragione del mutamento dell'oggetto dei servizi forniti da tali soggetti e della diffusione di enormi aggregatori di contenuti, continuamente alimentati dall'*uploading* degli utenti (i c.d. *user generated content*, come, ad esempio, *Facebook*), rispetto ai quali i *providers* svolgono un'opera di intervento attivo e conformazione, suscitando dubbi circa la possibile perdita di neutralità nel loro operato, con conseguente sottrazione al regime privilegiato di esonero da responsabilità.

Per meglio comprendere la natura della questione, risulta opportuno esaminare la pronuncia del Tribunale Napoli Nord sul caso Tiziana Cantone³⁵.

La vicenda in esame riguardava una giovane donna, morta per suicidio a 31 anni, dopo la diffusione sul *social network Facebook*, a sua insaputa, di video hard che la ritraevano. La stessa aveva presentato ricorso d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c. al Tribunale Napoli Nord, il quale aveva accolto la domanda ordinando "a *Facebook* l'immediata cessazione e rimozione dalla piattaforma del *social* di ogni post o pubblicazione contenente immagini (foto e/o video) o apprezzamenti riferiti specificatamente alla persona della ricorrente".

Contro l'ordinanza in questione, *Facebook* proponeva reclamo portando il giudice civile a pronunciarsi nuovamente in ordine alla responsabilità civile del gestore del *social*. L'ordinanza emessa dal Tribunale Napoli Nord accoglieva parzialmente il reclamo proposto da *Facebook*, volto a chiedere la riforma del precedente provvedimento per intervenuta cessazione della materia del contendere, in quanto si diceva che, nel momento di emissione del primo provvedimento da parte dell'autorità giudiziaria, nessuno dei contenuti pubblicati sul servizio *Facebook*, come identificati dalla ricorrente, era illecito, o, comunque, accessibile sul servizio. Inoltre, *Facebook* chiedeva l'accertamento dell'inesistenza dell'obbligo di rimozione dei contenuti individuati nel ricorso introduttivo in difetto di preventivo ordine emesso dalle autorità competenti ex art. 16 d.lgs. n. 70/2003 ed, infine, veniva contestata l'omessa indicazione da parte del ricorrente dei contenuti illeciti da rimuovere (ossia gli URL idonei ad identificare le pagine del servizio contenenti i post o le pubblicazioni specificatamente riferiti alla persona della ricorrente), non avendo, diversamente, alcun obbligo

34 Così, L. BUGIOLACCHI, *I presupposti dell'obbligo di rimozione dei contenuti da parte dell'hosting provider tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo*, in *Resp. civ. prev.*, fasc. 2, 2017, p. 536 ss.

35 Trib. Napoli Nord, 3 novembre 2016, in *Giur. it.*, fasc. 3, 2017, p. 629 ss., con nota di R. BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*.

di sorveglianza o identificazione attiva dei contenuti illeciti. La questione centrale nella vicenda sottoposta ai giudici napoletani ruota essenzialmente intorno all'esatta interpretazione da attribuire alle due lettere (*a*) e *b*) dell'art. 16 del d.lgs. 70/2003 (rubricato Responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni - *hosting*³⁶), che ricalca pedissequamente l'art. 14 della direttiva, salva l'introduzione, nella lett. *b*), dell'inciso « su comunicazione delle autorità competenti », in virtù del quale il legislatore pare espressamente prendere posizione sulla necessità di una « ufficializzazione » della conoscenza attraverso la sua formalizzazione da parte di non meglio definite « autorità competenti »³⁷. Ne consegue che, attenendosi ad una lettura che fa leva esclusivamente sul dato letterale, il fornitore di *hosting* sarebbe tenuto a procedere tempestivamente alla rimozione del contenuto soltanto laddove la *notice* della manifesta illiceità gli pervenga dalle sopra dette autorità, introducendo un concetto di conoscenza « qualificata » quale presupposto necessario dell'obbligo di attivazione del *provider*. Tuttavia, sin dalle prime applicazioni dell'art. 16 del d.lgs. n. 70/2003, la giurisprudenza si è diversamente orientata, ritenendo sufficiente la conoscenza, comunque ottenuta, da parte del *provider*, a far sorgere nello stesso l'obbligo di rimozione dei contenuti³⁸. In sostanza, i provvedimenti che effettuano una tale opzione interpretativa ritengono che la conoscenza da parte del *provider* ben possa essere rappresentata da una diffida da parte di chi assuma di essere titolare del diritto leso.

Tale interpretazione trova il suo presupposto nel riconoscimento del regime di responsabilità dell'*hosting* come articolato in due fattispecie distinte (lett. *a*) e *b*) dell'art. 16). Utilizzando l'argomento *a contrario*, la giurisprudenza afferma che sarebbe stato del tutto inutile prevedere un'autonoma ipotesi di irresponsabilità connessa semplicemente alla non effettiva conoscenza dell'illiceità del contenuto se si fosse voluto ritenere che l'obbligo successivo di rimozione nascesse solo in seguito a un ordine della pubblica autorità. Ed è questa una delle argomentazioni utilizzate dal Tribunale Napoli Nord per affermare la sufficienza di una segnalazione stragiudiziale a far scattare in capo al *provider* l'obbligo di rimozione dei

36 L'art. 16 stabilisce, infatti, l'esenzione da responsabilità a meno che l'ISP a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

37 Cfr. G.M. RICCIO, *La responsabilità degli Internet providers nel d.lgs. n. 70/2003*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 1162 ss.

38 In questo senso, Trib. Catania, 29 giugno 2004, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 188 ss., con nota di L. BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lgs. n. 70 del 2003: esegesi si una disciplina "dimezzata"*.

Nel medesimo senso, Trib. Bari, 13 giugno 2006, in *Dir. internet*, 2006, p. 563 ss.; Trib. Trani, 14 ottobre 2008, in *Danno e resp.*, 2009, p. 1059 ss.; Trib. Roma, 22 gennaio 2010, inedita; Trib. Roma, 6 maggio 2016, inedita.

contenuti. Conclusione che, secondo i giudici, risulterebbe confermata dal tenore letterale dell'art. 17, il quale, nel sancire l'assenza di un obbligo generale di ricercare "attivamente" fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, induce a ritenere che un obbligo di tal genere sussista a fronte di una circostanza acquisita "passivamente" (ossia a seguito di specifica denuncia o segnalazione proveniente da terzi soggetti). Il Tribunale, poi, fa leva sulla natura degli interessi in gioco: venendo in rilievo diritti della personalità (immagine, decoro, reputazione, riservatezza), appare irrazionale dover attendere un ordine dell'autorità che potrebbe intervenire quando ormai i diritti in questione sono irrimediabilmente pregiudicati e non più suscettibili di reintegrazione. In merito a quest'ultimo aspetto, vi è chi ritiene che esso possa fungere da coordinata ermeneutica idonea a tracciare un'*actio finium regondorum* nello stabilire la possibilità per il *provider* di agire in autotutela contro l'autore dell'illecito anche a prescindere da un ordine dell'autorità³⁹.

Il Tribunale completa, poi, il suo percorso argomentativo citando la giurisprudenza di merito già espressasi in fattispecie analoghe, la quale si è resa artefice della creazione di una nuova figura soggettiva di *provider* non prevista né dalla Direttiva, né dal Decreto attuativo e individuata con l'espressione *hosting* "attivo", che fa leva sulla precisazione operata dal Considerando 42 della Direttiva 2000/31/CE⁴⁰ secondo cui le esenzioni di responsabilità per i contenuti dei terzi possono riguardare solo l'ISP la cui attività è di ordine meramente tecnico. La figura è emersa in relazione alla peculiare attività svolta da taluni *provider*, i quali non risultano essere completamente neutrali rispetto all'organizzazione e alla gestione dei contenuti immessi dagli utenti.

Infatti, come messo in evidenza anche nei paragrafi precedenti, i *social network* svolgono attività quali l'indicizzazione di contenuti, la selezione, l'organizzazione ed il filtraggio degli stessi, nonché la raccolta pubblicitaria.

Per tali ragioni, la più recente giurisprudenza afferma, in termini differenziali, che il *provider* attivo non andrà soggetto al regime di responsa-

39 Cfr. R. BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in *Giur. it.*, fasc. 3, 2017, p. 637, il quale sottolinea come sia ben diversa la circostanza che a rischiare la lesione sia un diritto personalissimo da quella che sia un diritto patrimoniale, quale può essere il diritto d'autore, nelle ipotesi in cui la segnalazione sia infondata e si finisca, dunque, per rimuovere un contenuto *aufond* del tutto lecito.

40 Considerando 42 della Direttiva 2000/31/CE: "Le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate".

bilità previsto dal d.lgs. n. 70/2003, bensì alle ordinarie norme di responsabilità civile (art. 2043 e ss. c.c.), con la conseguenza che, in termini di ripartizione dell'onere probatorio circa la conoscenza dell'illecito da parte dell'intermediario, graverà sul danneggiato l'onere di provare gli elementi costitutivi dell'illecito, di cui il convenuto potrà dar prova contraria.

In conclusione, dalle motivazioni delle due pronunce esaminate emerge chiaramente la qualificazione in chiave aquiliana della responsabilità del *provider* rispetto agli illeciti commessi dagli utenti a danno di terzi sfruttando la piattaforma.

A questo riguardo, appare utile ricordare come proprio al fine di esimersi da qualsiasi responsabilità di questa natura, i gestori introducano nelle Condizioni generali di contratto clausole di manleva⁴¹, vincolando solo l'utente a sostenere i costi del risarcimento⁴². Ebbene, tale disciplina, limitativa della responsabilità del gestore, non risulta condivisibile alla luce delle suesposte considerazioni effettuate in merito alla natura del contratto stipulato tra l'utente e *Facebook*.

Se è vero che il diritto di utilizzare la piattaforma è concesso all'utente in funzione della raccolta e dello sfruttamento dei suoi dati personali, allora sembra eccessivo far gravare solo su tale soggetto il peso economico del danno eventualmente cagionato, dovendosi, invece, ipotizzare un concorso di responsabilità dell'intermediario (responsabilità solidale dell'intermediario con l'utente finale del servizio)⁴³, la quale peraltro risulterebbe utile, sotto il profilo pratico, soprattutto nei casi in cui il responsabile immediato dell'illecito non sia effettivamente identificabile, rintracciabile o comunque solvibile, sicché un'azione nei suoi confronti risulterebbe priva di qualsiasi utilità.

41 Art. 15, co. 3, recita: « *Facebook* non è responsabile delle azioni, dei contenuti, delle informazioni o dei dati di terzi, pertanto noi, i nostri direttori, funzionari, dipendenti e agenti siamo sollevati da qualsiasi reclamo o danno, noto o sconosciuto, derivante o relativo a eventuali lamentele indirizzate contro detti terzi ».

42 Art. 15, co. 2, recita: « Nel caso in cui dovessero sorgere dei reclami nei nostri confronti relativi alle azioni, ai contenuti o alle informazioni dell'utente su *Facebook*, l'utente si impegna a manlevare e tenere indenne *Facebook* da e contro qualsiasi danno, perdita o spesa di altro tipo (compresi le spese e i costi ragionevoli) derivante da tale reclamo.

43 Cfr. R. BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, op. cit., p. 640 ss., il quale ricostruisce la fattispecie in questione come un illecito plurisoggettivo eventuale a formazione progressiva. L'Autore sottolinea come la peculiarità dell'illecito in questione risieda nel fatto che la condotta omissiva dell'intermediario si inserisca su un illecito già realizzato dal terzo destinatario del servizio, concretandosi, quindi, in un concorso successivo, sostanzialmente doloso, nell'illecito commesso dall'utente, con conseguente applicazione dell'art. 2055 c.c. (responsabilità solidale dell'intermediario con l'utente finale del servizio).

5 Conclusioni

“La grande trasformazione tecnologica muta i rapporti personali e sociali e incide sull’antropologia stessa delle persone⁴⁴”. Queste parole, pronunciate da Rodotà nel 2006 ben mettono in luce, anche in relazione al fenomeno *social network*, l’intensità della sua penetrazione nella società contemporanea e le sue conseguenze in termini di rilevanti cambiamenti nei comportamenti collettivi e individuali. Non esistono più barriere tra la vita digitale e quella reale: quello che succede *online* sempre più spesso ha impatto fuori da Internet, nella vita di tutti i giorni e nei rapporti con gli altri.

Considerata, quindi, l’incidenza pervasiva di queste “piazze virtuali” nei nostri rapporti sociali, risulta necessario aumentare la consapevolezza degli utenti in rete e offrire loro adeguati strumenti di tutela. A riguardo, appare opportuno menzionare la Dichiarazione dei diritti in Internet, adottata, il 28 luglio 2015, dalla Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet, istituita presso la Camera dei deputati, che, all’art. 12, rubricato “Diritti e garanzie delle persone sulle piattaforme⁴⁵”, si preoccupa di assicurare il diritto di ogni persona di ricevere informazioni sul funzionamento della piattaforma, stabilendo l’obbligo di lealtà e correttezza dei responsabili delle piattaforme digitali nei confronti di utenti, fornitori e concorrenti. Ebbene, tale disposizione mette in luce un dato importante: all’assenza di obblighi di prestazione in capo al gestore non fa da contraltare l’assenza di doveri di protezione⁴⁶, che, invece, ben possono configurarsi ed estrinsecarsi in obblighi di informazione, di identificazione, di sicurezza e custodia, nonché in puntuali obblighi comunicativi, di controllo, di vigilan-

44 Così S. RODOTÀ, *Una costituzione per Internet*, in *Pol. dir.*, 2010, p. 337 ss.

45 Art. 12, Dichiarazione dei diritti in Internet, *Diritti e garanzie delle persone sulle piattaforme*: 1. I responsabili delle piattaforme digitali sono tenuti a comportarsi con lealtà e correttezza nei confronti di utenti, fornitori e concorrenti. 2. Ogni persona ha il diritto di ricevere informazioni chiare e semplificate sul funzionamento della piattaforma, a non veder modificate in modo arbitrario le condizioni contrattuali, a non subire comportamenti che possono determinare difficoltà o discriminazioni nell’accesso. Ogni persona deve in ogni caso essere informata del mutamento delle condizioni contrattuali. In questo caso ha diritto di interrompere il rapporto, di avere copia dei dati che la riguardano in forma interoperabile, di ottenere la cancellazione dalla piattaforma dei dati che la riguardano. 3. Le piattaforme che operano in Internet, qualora si presentino come servizi essenziali per la vita e l’attività delle persone, assicurano, anche nel rispetto del principio di concorrenza, condizioni per una adeguata interoperabilità, in presenza di parità di condizioni contrattuali, delle loro principali tecnologie, funzioni e dati verso altre piattaforme.

46 In merito ai doveri di protezione, riducendo i richiami all’essenziale, si veda C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione* (voce), in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 4 ss.; F. BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 221 ss.; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 20 ss.; A. NICOLUSSI, *Obblighi di protezione* (voce), in *Enc. del dir.*, Annali, 2015, p. 659 ss.

za e rimozione. Si tratterebbe di obblighi posti *ex lege* in capo al gestore della piattaforma, in quanto soggetto dotato di particolari conoscenze e competenze tecnico-professionali, la cui violazione determinerebbe il sorgere di una responsabilità a suo carico, che andrebbe a sommarsi a quella dell'autore materiale dell'illecito.

Sullo sfondo della problematica esaminata si pone una questione di grande rilievo: la costruzione dell'identità personale nell'ambiente *social network*.

Nella dimensione tecnologica l'identità sembra dilatarsi.

Risulta "dispersa", considerato che le informazioni riguardanti la stessa persona sono contenute in banche dati diverse e l'intervento di terzi, nella costruzione della stessa, assume un peso sempre crescente.

Nel paragrafo dedicato all'analisi delle Condizioni contrattuali unilateralmente predisposte si è menzionato il problema relativo alla raccolta e al trattamento dei dati dell'utente (dati personali e sensibili) in assenza di espresso consenso relativamente all'uso che ne viene fatto⁴⁷.

Questo determina il sorgere di un importante interrogativo: far parte di una rete sociale porta con sé un consenso implicito alla raccolta dei dati immessi o continua ad operare il principio di finalità (secondo il quale i dati, anche se disponibili, possono essere utilizzati solo in modo conforme alle ragioni per cui l'interessato li ha resi pubblici)⁴⁸? Messo da parte il principio di finalità, infatti, si corre il rischio di trovarsi di fronte a forme di raccolta di dati "dinamiche", continuamente produttive di effetti senza bi-

47 In particolare, in relazione al fenomeno del « *webtracking* », consistente nell'analisi del comportamento degli utenti Internet a fini commerciali e di marketing, realizzato osservando le abitudini di navigazione degli utenti, di regola, attraverso l'uso di file di controllo, c.d. *cookie*, al fine di inviare messaggi pubblicitari che corrispondano alle preferenze dell'utente destinatario, risultano particolarmente interessanti le conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot, presentate il 24 ottobre 2017, nella causa C-210/16, relativamente ad un provvedimento emesso dall'Autorità di vigilanza per la protezione dei dati tedesca nei confronti di un operatore economico (società tedesca che offre servizi di formazione attraverso una *fanpage* gestita sul *social network Facebook*), cui si richiedeva la disattivazione della *fanpage* per violazione delle disposizioni tedesche di recepimento della direttiva 95/46/CE, alla luce del fatto che gli utenti della *fanpage* non erano stati informati della raccolta dei loro dati personali da parte di *Facebook*, al fine di realizzare statistiche e diffondere pubblicità mirate. Contrariamente a quanto deciso dalle Corti interne (tedesche), l'Avvocato generale considera l'operatore economico (gestore della *fanpage*) corresponsabile del trattamento, consistente nella raccolta dei dati personali da parte di *Facebook*, ritenendo che la nozione di responsabile del trattamento vada intesa in senso funzionale, come esercizio di un'influenza di fatto sugli strumenti e sulle finalità del trattamento dei dati. Di conseguenza, sostiene l'Avvocato generale, pur non essendo il gestore della *fanpage* l'ideatore dello strumento di raccolta dati, facendovi ricorso tramite *Facebook*, partecipa comunque alla determinazione delle finalità e degli strumenti di trattamento cui sono sottoposti gli utenti della sua pagina e non può, quindi, sottrarsi a responsabilità nel caso di violazione della suddetta normativa.

48 Interrogativo acutamente sollevato da S. RODOTÀ, *Uomini e macchine*, in *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, p. 312 ss.

sogno di mediazioni. Ed ecco che dinanzi a questi sistemi automatizzati di elaborazione delle informazioni, l'autodeterminazione del singolo diventa irrilevante, sottraendogli qualsiasi autonomia nella costruzione della propria identità. E allora, come efficacemente messo in evidenza da Rodotà, risulta utile restituire un ruolo centrale al principio di finalità evitando, in tal modo, che dati personali resi pubblici per la sola finalità di stabilire rapporti sociali vengano resi accessibili e trattati per finalità diverse, come quelle legate alla logica di mercato o a diverse forme di controllo⁴⁹.

49 Cfr. S. RODOTÀ, *Uomini e macchine*, op. cit., p. 333.