

L'effettività dei diritti fondamentali nelle relazioni tra privati in internet: il dilemma della moderazione dei contenuti pubblicati su social network nella prospettiva di una comparazione tra Germania e Brasile^()*

Gilmar FERREIRA MENDES^{*}, Victor OLIVEIRA FERNANDES^{**}

Sommario: 1 Introduzione 2. Libertà di espressione e moderazione dei contenuti pubblicati sui social network: una nuova frontiera del dibattito sulla costituzionalizzazione del diritto privato 3. Recenti evoluzioni della dottrina dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali in Brasile e i dilemmi relativi alla responsabilità dei *provider* 4. Recenti tendenze nella giurisprudenza tedesca: l'estensione della teoria dell'efficacia orizzontale diretta nei casi di espulsione dai social network e di blocco di contenuti 5. Conclusioni

1. Introduzione

L'affermazione storica della dimensione oggettiva dei diritti fondamentali ha imposto alla giurisdizione costituzionale di riconoscere tali diritti nel quadro di un ordine di valori e principi con capacità di irradiazione in tutti i settori dell'ordinamento¹. In particolare, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, questa tendenza ha condotto a riconoscere l'efficacia di un simile ordine di valori anche al di là delle relazioni verticali tra lo Stato e i cittadini².

La questione dell'efficacia dei diritti fondamentali nelle relazioni tra privati ha caratterizzato il dibattito dottrinale tedesco negli anni Cinquanta e all'inizio degli anni Sessanta. Anche negli Stati Uniti, la riflessione sulla *State Action* determinò un interesse verso l'applicazione dei diritti fondamentali alle relazioni private³. Dopo anni di dibattito dottrinale sull'efficacia diretta o indiretta dei diritti fondamentali in tale ambito⁴, il riconoscimento della dimensione orizzontale dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale si è progressivamente concretizzato attraverso la valorizzazione del ruolo del legislatore nella prospettiva dei doveri di protezione⁵. In questa ottica, i tribunali costituzionali devono valutare l'osservanza, da parte del legislatore, non solo del divieto di interventi eccessivi (*Übermassverbot*) ma anche del divieto di indebite omissioni (*Untermassverbot*) nella conformazione dei diritti fondamentali nella dimensione privata⁶.

(*) Traduzione dallo spagnolo di Angelo Schillaci.

* Giudice presso il Supremo Tribunal Federal (STF).

** Capo del Gabinetto dei Magistrati del STF e Specialista in Regolamentazione dei Servizi Pubblici di Telecomunicazione presso l'Agenzia Nazionale delle Telecomunicazioni (ANATEL).

¹ E.-W. Böckenförde, *Fundamental Rights as Constitutional Principles*, Oxford, 2017, vol. 1, p. 238.

² H. Huber, *Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen*, Bern, 1971.

³ L.H. Ribe, *Refocusing the "State Action" inquiry: separating state acts from state actors*, Cambridge-Massachusetts-London, 1985, p. 246 ss.

⁴ K. Hesse, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Heidelberg, 1988, p. 24 ss.

⁵ Per comprendere come la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco abbia collegato la dimensione oggettiva dei diritti fondamentali ai doveri di protezione, v. E.-W. Böckenförde, *Fundamental Rights*, cit., pp. 186-208.

⁶ C.-W. Canaris, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, in *JuS*, 1(2), 1989, pp. 161-163.

La possibilità di applicare tale declinazione della teoria dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali – associata al dovere di protezione – alla tutela dei diritti in Internet è stata messa in discussione. Le preoccupazioni sono legate, principalmente, al grande potere economico di soggetti come Google, Facebook e Twitter. In particolare, la capacità di questi attori di raccogliere, immagazzinare e trattare dati personali, unitamente all'intensificarsi dei flussi di comunicazione in Internet aumenta le possibilità di violazione di diritti come la libertà di espressione e la riservatezza. Inoltre, anche l'eguaglianza è messa alla prova dall'utilizzo di algoritmi e strumenti di analisi di dati da parte di imprese e governi al fine di automatizzare i procedimenti di adozione di decisioni strategiche per la vita sociale, come l'assegnazione di opportunità di accesso al lavoro o ad altri beni sociali⁷.

Tanto nella tradizione nordamericana⁸ quanto in quella tedesca⁹, voci importanti hanno sostenuto la necessità di adeguare la dottrina dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali alle specifiche esigenze poste dal dibattito sulla moderazione dei contenuti pubblicati sui *social network*. Le proposte vanno da un adattamento più timido – a partire da un diverso inquadramento dell'efficacia indiretta¹⁰ – fino a proposte più radicali che contemplan l'abbandono di una prospettiva asseritamente individualista a favore di una concezione istituzionale collettiva¹¹.

Nel quadro di una comparazione tra Brasile e Germania, l'obiettivo di questo studio è quello di discutere i principali ostacoli che la dottrina dell'efficacia orizzontale incontra nel contesto del dibattito sulla moderazione dei contenuti pubblicati sui *social network*. Pertanto, nella prima parte dell'articolo si passeranno in rassegna le ragioni della crisi dei tradizionali canoni della teoria dell'efficacia *indiretta*, per come sviluppati dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco relativa alla tutela della libertà di espressione nel cyberspazio. Tali ragioni hanno condotto peraltro parte della dottrina contemporanea, tanto in Brasile quanto in Germania, a proporre un inquadramento quasi pubblicistico della mediazione dei conflitti tra diritti fondamentali nelle relazioni tra utenti e piattaforme.

Nella seconda parte, si analizzeranno le linee di tendenza della legislazione brasiliana in materia. Si esaminerà, in particolare, come l'efficacia diretta dei diritti fondamentali nelle relazioni private sia stata utilizzata dalla dottrina come chiave interpretativa del regime della responsabilità civile degli intermediari, come disciplinato dall'articolo 19 del *Marco Civil da Internet*.

Infine, nella terza parte, verranno prese in esame le più recenti decisioni dei tribunali regionali tedeschi, del *Bundesverfassungsgericht* e del *Bundesgerichtshof*, dalle quali è possibile desumere una almeno iniziale revisione della metodologia dell'efficacia indiretta verso un regime pubblicistico della responsabilità delle piattaforme nel blocco e nell'eliminazione di contenuti. Nella conclusione, si svolgeranno alcune considerazioni di sintesi alla luce delle convergenze e delle divergenze rilevate nel corso della trattazione.

2. Libertà di espressione e moderazione dei contenuti pubblicati sui social network: una nuova frontiera del dibattito sulla costituzionalizzazione del diritto privato

Il rinnovato interesse per la teoria dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali si deve principalmente, in questo momento storico, al ruolo centrale svolto dagli attori privati in Internet – e in particolare dalle piattaforme di *social network* – nel controllo e nella moderazione dei contenuti

⁷ G. Sartori, *Human Rights and Information Technologies*. in R. Brownsword, E. Scotford, and K. Yeung (eds.), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, Oxford, 2017, p. 423.

⁸ Al riguardo v. P.S. Berman, *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to "Private" Regulation*, in *University of Colorado Law Review*, 759/2005, e K. Langvardt, *Regulating Online Content Moderation*, in *Georgetown Law Review*, 106/2018.

⁹ V. gli autori citati *infra*, § 3.

¹⁰ L. Schiek, *Von der mittelbaren Drittwirkung zur unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater? – Inhaltserfernung und Sperren in sozialen Netzwerken*, in *StudZR*, 2021 (<https://doi.org/10.11588/srzwo.2021.1.82224>), pp. 70-73.

¹¹ G. Teubner, *Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case on the Digital Constitution*, in *Italian Law Journal*, 3(2)/2017, p. 485 ss.

pubblicati *online*¹². La nozione di dovere di protezione, intesa come strumento di configurazione e controllo del ruolo del legislatore risulta tuttavia poco adeguata a gestire i conflitti tra diritti fondamentali nel *cyberspazio*: in tale contesto, caratterizzato da tratti di massiccia autonomia nella comunicazione, sono infatti gli attori privati a definire regole e condizioni per l'esercizio delle libertà pubbliche¹³.

In questo senso, intermediari come *social network*, motori di ricerca e piattaforme di contenuti hanno finito per acquisire veri e propri poteri di configurazione e attivazione delle garanzie individuali legate alla riservatezza, alla libertà di manifestazione del pensiero, all'intimità, alla censura, all'autode-terminazione e all'accesso alle informazioni: tutto questo sposta il campo di *applicazione* dei diritti fondamentali dalla sfera pubblica a quella privata.

Anziché operare come meri agenti passivi nell'intermediazione di contenuti prodotti da terzi, infatti, imprese come Facebook, Google o Amazon sono altresì in grado di interferire nel flusso di informazioni attraverso filtri, blocchi ovvero attraverso la riproduzione massiva di contenuti prodotti dagli utenti. Simile interferenza si caratterizza peraltro per il penetrante ricorso ad algoritmi e altri strumenti di gestione di *big data*, i quali permettono alla piattaforma di manipolare e controllare in forme poco trasparenti il modo in cui i contenuti privati si diffondono¹⁴.

Tutte queste condotte mostrano come i suddetti attori assumano un atteggiamento "non neutrale" nel trattamento della comunicazione attraverso le reti da essi controllate¹⁵. Le decisioni – private – da loro adottate si riflettono direttamente sull'esercizio di libertà pubbliche. Da ciò discendono due rilevanti implicazioni per la giustizia costituzionale e in particolare per quel che riguarda la protezione della libertà di manifestazione del pensiero.

In primo luogo, si consideri che gli attori privati della rete assumono la funzione di mediatori in situazioni di conflitto tra diritti fondamentali, spesso prima ancora che arrivi ad occuparsene la pubblica autorità¹⁶. Nei fatti, queste piattaforme svolgono anche una importante funzione normativa, dettando le condizioni di uso dei servizi da esse offerti. Pur rientrando a pieno titolo in una fattispecie contrattuale, non di rado questi documenti assumono un tono analogo a quelli costituzionali, proiettando nello spazio di una relazione tra privati diritti come il libero accesso e la condivisione di informazioni e il diritto alla riservatezza dei dati¹⁷.

Oltre a fissare le regole del gioco nel trattamento dei dati e dei contenuti provenienti dall'utenza, questi attori assumono altresì la funzione di risolvere i conflitti che possano sorgere tra gli utenti, ovvero tra questi e la piattaforma. Nel momento in cui assicurano l'osservanza delle norme e condizioni di uso versate nel contratto, le imprese esercitano una vera e propria funzione decisoria e di giudizio, in relazione a diritti. In questo senso, le piattaforme funzionano come tribunali, se solo si considera che hanno la facoltà di sancire il blocco o il mantenimento *online* dei contenuti o addirittura

¹² Al riguardo v.: V. Karavas, *Digitale Grundrechte: Elemente einer Verfassung des Informationsflusses im Internet*, Baden-Baden Baden, 2007, p. 50; P.S. Berman, *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to "Private" Regulation*, in *University of Colorado Law Review*, 759/2005; E. Celeste, *Digital punishment: social media exclusion and the constitutionalising role of national courts*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 35(2)/2021, p. 162 ss.

¹³ In questo senso, cfr. G. Teubner, *Horizontal Effects of Constitutional Rights*, cit., argomentando che: "constitutional rights such as free speech are no longer directed against the state but against private actors within the private space of the Internet".

¹⁴ J.M. Balkin, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, in *UC Davis Law Review*, 2018, p. 1149 ss.

¹⁵ M. Bassini, *Fundamental rights and private enforcement in the digital age*, in *European Law Journal*, 25(2)/2019, p. 187, e A. Morelli, O. Pollicino, *Metaphors, Judicial Frames and Fundamental Rights in Cyberspace*, in *American Journal of Comparative Law*, 2/2020, p. 26.

¹⁶ C. Padovani, M. Santaniello, *Digital constitutionalism: Fundamental rights and power limitation in the Internet eco-system*, in *International Communication Gazette*, 80(4)/2018, p. 295 ss. ("private operators have been acquiring law-making and law enforcement powers, defining the boundaries of some fundamental rights").

¹⁷ E. Celeste, *Terms of service and bills of rights: new mechanisms of constitutionalisation in the social media environment?*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 33(2)/2018, p. 122 ss. (analizzando la cd. Carta dei diritti e delle responsabilità di Facebook l'autore mette in evidenza come la piattaforma tenda ad adottare il linguaggio tipico dei diritti fondamentali).

l'espulsione di partecipanti alla rete, senza che si renda necessario l'intervento di un organo amministrativo o giudiziario¹⁸.

Simile espansione del potere delle grandi compagnie di gestione di piattaforme telematiche ha progressivamente condotto legislatori e giudici a porsi il problema di definire un regime di responsabilità civile degli intermediari, per i contenuti pubblicati in rete. Negli ultimi anni, varie sono state le soluzioni legislative proposte a livello statale, per contrastare comportamenti illeciti realizzati in ambiente virtuale – si pensi alla diffusione di discorsi d'odio, diffamatori o anche notizie false (*fake news*) – dal momento che il ritiro di contenuti illeciti dalla piattaforma dipende da chi ha la titolarità del controllo del flusso di informazioni¹⁹.

La questione investe in pieno, tuttavia, il tema dei limiti alla regolazione della libertà di espressione in relazione all'effettività del controllo dell'utente sui contenuti trasmessi in rete²⁰. Da un lato, nel caso in cui gli ordinamenti nazionali pongano in capo alle piattaforme l'obbligo di rimuovere qualunque contenuto che gli utenti stessi segnalino come inappropriato, aumenta la possibilità di contenere il fenomeno della diffusione di contenuti offensivi o illegali in rete. Questa soluzione è stata frequentemente adottata, per esempio, per contrastare le violazioni del diritto d'autore²¹: così, le leggi che sono intervenute al riguardo hanno stabilito l'immediata responsabilità del *provider*, addirittura imponendo l'attivazione di filtri al momento del caricamento dei contenuti in questione²².

D'altro canto, l'introduzione di un regime rigido di responsabilità dei *provider* di servizi in Internet, indipendente da un espresso ordine da parte del giudice, comporta il rischio che segnalazioni abusive o infondate finiscano per compromettere libertà di espressione e pluralismo in rete. In questo senso, autori come Balkin²³ hanno sostenuto che un regime di responsabilità immediata per gli intermediari digitali potrebbe provocare il fenomeno della cd. "censura collaterale", che si produce quando il timore della sanzione conduca l'intermediario ad irrigidire gli strumenti di controllo sui contenuti degli utenti²⁴. L'adozione di sistema di responsabilità immediata e diretta degli intermediari, senza alcuna possibilità di revisione in sede giudiziaria, si è consolidata come tendenza in regimi autoritari come Cina, Venezuela, Iran, Russia e Ruanda.

In questo contesto, caratterizzato dall'impossibilità di prefigurare legislativamente la risoluzione dei conflitti, varie voci si sono levate in sede dottrinale, in Germania²⁵ e in Brasile²⁶, per sottolineare la necessità di ripensare la teoria dell'efficacia orizzontale al fine di assicurare un controllo più efficace da parte dei tribunali. Il timore principale, al riguardo, è che le piattaforme – potendo rimuovere

¹⁸ L. DeNardis, *The Global War For Internet Governance*. New Haven and London, 2014, pp. 157-167. ("private intermediaries have increasingly become the arbiters of online expressive liberty"); e H. Bloch-Wehba, *Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State*, in *SMU Law Review*, 72(1)/2019, p. 27. ("platforms are engaged in both rulemaking and adjudication").

¹⁹ T. Gillespie, *Custodians of The Internet: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media*, New Haven, 2018, pp. 107-111.

²⁰ J.M. Balkin, *The Future of Free Expression in a Digital Age*, in *Pepperdine Law Review*, 36/2008, pp. 107-108.

²¹ Negli Stati Uniti, ad esempio, dopo le più recenti riforme legislative, l'attuale formulazione dell'articolo 230 del En Estados Unidos, por ejemplo, tras las reformas legislativas, la redacción actual del artículo 230 del Communication Decency Act (CDA) garantisce in forma esplicita una immunità quasi assoluta ai provider per la diffusione di contenuti di terzi, con l'unica eccezione delle situazioni di violazione del diritto d'autore. Tuttavia, la Corte suprema si è trovata ad affrontare casi nei quali l'immunità prevista dalla legislazione e i suoi limiti sono messi alla prova. Per approfondimenti, v.: O. Pollicino, *Judicial protection of fundamental rights in the transition from the world of atoms to the world of bits: The case of freedom of speech*, in *European Law Journal*, 25(2)/2019, pp. 163-164; M. K. Land, *A human rights perspective on US constitutional protection of the internet*, in O. Pollicino and G. Romeo (eds.), *The Internet and Constitutional Law: The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*. New York, 2016, pp. 51-52.

²² M. Bassini, *Fundamental rights*, cit., p. 196.

²³ J. M. Balkin, *Free Speech*, cit., pp. 30-31.

²⁴ T.D. Oliva, *Content Moderation Technologies: Applying Human Rights Standards to Protect Freedom of Expression*, in *Human Rights Law Review*, 20(December)/2020, pp. 608-609 ("these circumstances led internet platforms to act proactively in order to avoid liability and obstacles to the free flow of information, in an attempt to protect their business models").

²⁵ Sul tema, v. gli autori citati nella Parte III di questo articolo.

²⁶ I. W. Sarlet, I. A. Hartmann, *Direitos Fundamentais e Direito Privado: a Proteção da Liberdade de Expressão nas Mídias Sociais*, in *Revista Direito Público*, 16/2019, p. 85 ss.

contenuti e profili nei *social network* – finiscano per restringere indebitamente le possibilità di esercizio della libertà di espressione²⁷.

Prima di passare in rassegna queste proposte emerse in dottrina, è allora importante esaminare più dettagliatamente la struttura dei contratti stipulati tra utenti e gestori delle piattaforme. Il regime giuridico di simili relazioni può essere facilmente inquadrato entro i canoni tipici dell'autonomia contrattuale²⁸. Il rapporto giuridico tra il *provider* e l'utente richiama dunque quello tra impresa e consumatore, e non certo quello tra sovrano e cittadino²⁹. In questa ottica, non è infrequente ad esempio che studiosi di diritto civile affermino che la posizione del *provider* può essere assimilata a quella del proprietario, dotato della capacità di dettare le regole di permanenza nella "casa virtuale" ("*virtuelles Hausrecht*") messa a disposizione³⁰. Nei rispettivi ambiti commerciali, queste parti sarebbero dunque libere di dettare limiti alla partecipazione, allo scambio di contenuti, alle condizioni di interazione tra gli utenti³¹.

Tuttavia, l'assunzione di reciproche obbligazioni in relazione alla possibilità di limitare i contenuti presenta profili di maggiore complessità. In generale, infatti, il catalogo di simili obbligazioni non è contenuto soltanto nelle condizioni di uso o servizio ma anche, in via complementare, in documenti autonomi talora denominati "Dichiarazioni di diritti", "Linee guida" o "Standard della comunità", "Norme della piattaforma"³². Seppur privi di forza vincolante, tali documenti configurano norme accessorie ai contratti stipulati e funzionano come "norme comunitarie"³³, la cui interpretazione è di solito decisiva per escludere contenuti o utenti dalla piattaforma³⁴.

Pur essendo, come notato, mere clausole accessorie a contratti privati, le clausole aperte contenute in questi documenti hanno spesso teso a mimare un linguaggio tipicamente costituzionale³⁵. Gli standard di comunità di Facebook, ad esempio, affermano l'impegno di assicurare il diritto degli utenti ad essere informati, a mantenere il controllo della propria *privacy* e a disporre di strumenti per condividere e accedere alle informazioni in modo egualitario³⁶. L'adozione di un linguaggio di questo genere configurò in origine un chiaro tentativo da parte delle piattaforme di introdurre norme di coazione volontaria negli spazi virtuali³⁷.

²⁷ E. Celeste, *Digital punishment*, cit., pp. 163-164.

²⁸ Si tratta della prospettiva dominante nei tribunali regionali tedeschi almeno fino al 2018. In questo senso, cfr. D. Holznel, *Overblocking durch User Generated Content (UGC) – Plattformen: Ansprüche der Nutzer auf Wiederherstellung oder Schadensersatz?: Eine Untersuchung zur zivilrechtlichen Einordnung des Vertrags über die Nutzung von UGC-Plattformen sowie der AGB-rechtlichen*, in *Internet und E-Commerce*, 1(1)/2018, pp. 370-372.

²⁹ N. Suzor, *Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms*, in *Social Media + Society (SM+S)*, 4(3)/2018, pp. 3-4, e J. Grimmelmann, *Virtual World Feudalism*, in *Yale Law Journal Pocket Part*, 118/2009, p. 126 ss..

³⁰ G. Piras, *Virtuelles Hausrecht? Kritik am Versuch der Beschränkung der Internetfreiheit*. Berlin, 2016, pp. 50–53; P.N. Adelberg, *Rechtspflichten und-grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke: Zum Umgang mit nutzergenerierten Inhalten*, Wiesbaden, 2019, pp. 172-173.

³¹ D. Holznel, *Overblocking durch User Generated Content*, cit., p. 372-373.

³² D. Wielsch, *Os ordenamentos das redes: Termos e condições de uso - Código - Padrões da comunicação*, in R. Campos, G. Abboud, N. Nery Jr. (org.), *Fake News e Regulação*, 2a. ed., Sao Paulo 2020, pp. 94-95; P.N. Adelberg, *Rechtspflichten und-grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke*, cit., pp. 135-136.

³³ D. Wielsch, *Os ordenamentos das redes*, cit., p. 95.

³⁴ N. Suzor, *Digital Constitutionalism*, cit., p. 3.

³⁵ E. Celeste, *Terms of Service and Bills of Rights*, cit., pp. 122-138, (per l'osservazione che i termini e le condizioni d'uso di Facebook "adopt the traditional jargon of constitutional texts and articulate their contents in terms of rights, principles and duties").

³⁶ La Dichiarazione dei diritti e responsabilità di Facebook, ad esempio, fa riferimento a una serie di principi che si avvicinano al catalogo costituzionale dei diritti racchiuso nella Costituzione federale brasiliana del 1988. In questo senso, il documento segnala che le condotte di Facebook devono essere guidate dall'obiettivo di garantire all'utenza il diritto a ottenere informazioni, controllare la propria riservatezza, disporre di strumenti pratici per condividere e accedere alle informazioni, così come a essere trattata secondo uguaglianza.

³⁷ Con riferimento alla tendenza di alcuni attori privati, come la ICANN, a fare riferimento, nei processi decisionali, a principi propri delle carte costituzionali, cfr. G. Teubner, *Horizontal Effects of Constitutional Rights*, cit.

In ogni caso, la letteratura contemporanea ha sottolineato che le regole interne risultano insufficienti a tutelare la libertà di espressione degli utenti: tale valutazione si basa su vari argomenti socio-giuridici e costituzionali che rappresentano altrettante sfide alla dottrina dell'efficacia orizzontale.

In primo luogo, è sempre più chiaro che la partecipazione a reti sociali *online* diviene progressivamente uno strumento di esercizio di libertà individuali. Ciò pone, in prima battuta, l'interrogativo se i *social network* siano integralmente riconducibili a spazi privati ovvero se essi presentino tratti assimilabili a quelli dello spazio pubblico³⁸.

In secondo luogo, e in modo cruciale, la preoccupazione relativa alla restrizione delle libertà individuali sui *social network* si collega ora anche alla più ampia riflessione sulla *governance* delle piattaforme³⁹. Si riconosce, cioè, che il potere di chi controlla le reti non attiene soltanto all'esecuzione di clausole contrattuali private ma risente anche, e intensamente, dell'influenza di interessi economici non trasparenti che possono condizionare gli atti di moderazione e vigilanza sull'utenza⁴⁰.

In questo senso, costituzionalisti tedeschi del calibro di Teubner⁴¹ ritengono che, mentre nella sua formulazione tradizionale la teoria dell'efficacia orizzontale si muove nella prospettiva – individualista – dell'equilibrio tra diritti individuali di attori privati, nello spazio digitale è necessario considerare questi diritti nella loro dimensione collettivo-istituzionale. Analogamente, Vagias Karavas⁴² sostiene che le posizioni di Claus-Wilhelm sul divieto di eccesso e di insufficienza⁴³ non considerano il ruolo dell'individuo nelle dinamiche di formazione del diritto privato, tipico di queste relazioni.

La tendenza a mettere in discussione la comprensione tradizionale dei doveri di protezione avvia una riflessione più profonda sulla necessità di una revisione della dottrina dell'efficacia orizzontale nel dibattito sulla responsabilità civile degli intermediari di contenuti.

3. Recenti evoluzioni della dottrina dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali in Brasile e i dilemmi relativi alla responsabilità dei *provider*

La costruzione di una dottrina dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali in Brasile è stata profondamente ispirata dall'esperienza tedesca⁴⁴. Tuttavia, mentre nella tradizione tedesca si è ritenuto che l'efficacia diretta dei diritti fondamentali nelle relazioni tra privati potesse porre il rischio di una eccessiva limitazione dell'autonomia privata, l'orientamento maggioritario della dottrina brasiliana va nella direzione opposta⁴⁵.

³⁸ V. Karavas, G. Teubner, *Effetti orizzontali dei diritti fondamentali sulle parti private nella legge autonoma di Internet*, in *Scienza & Politica*, 18(35)/2006, p. 95 ss.

³⁹ In questo senso, cfr. F. Pasquale, *Platform Neutrality: Enhancing Freedom of Expression in Spheres of Private Power*, in *Theoretical Inquiries in Law*, v. 17, n. 1, p. 487–513, 2016; O. Lynskey, *Regulating "Platform Power"*, LSE Legal Studies Working Paper 1/2017, p. 31 ss.; T. Gillespie, *Content moderation, AI, and the question of scale*, in *Big Data & Society*, 1(1)/2020, pp. 1-5.

⁴⁰ T. Gillespie, *Regulation of and by Platforms*, in J. Burgess, A. Marwick & T. Poell (eds.), *The Sage Handbook of Social Media*, London, 2018, p. 255.

⁴¹ G. Teubner, *Horizontal Effects of Constitutional Rights*, cit.

⁴² V. Karavas, *Digitale Grundrechte*, cit., p. 80.

⁴³ C.-W. Canaris, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip*, cit., p. 161-163.

⁴⁴ Sul tema, cfr. G.F. Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo, 2009, pp. 114-128.

⁴⁵ Tra gli autori brasiliani favorevoli all'efficacia orizzontale diretta dei diritti fondamentali nelle relazioni tra privati, cfr. D. Sarmiento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro, 2004; T. Sombra, *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, 2004; A. R. do Vale, *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, Porto Alegre, 2004; R. Kaufmann, *Dimensões e Perspectivas da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. Possibilidades e limites de aplicação no Direito Constitucional Brasileiro* (Tese para a obtenção do título de Mestre em Direito apresentada em 2004 e orientada pelo Professor J.C. Moreira Alves); P.G.G. Branco, *Associações, expulsão de sócio e direitos fundamentais*, Porto Alegre-Brasília, 2003, pp. 170-174; I. W. Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, 1998.

Sono almeno due le ragioni dogmatiche di simile inusuale circostanza⁴⁶. La prima si lega a una lettura eccessivamente ampia dell'articolo 5, par. 1, della Costituzione federale del 1988: su tale base, infatti, numerosi autori iniziarono a interpretare il mandato costituzionale sull'applicabilità immediata dei diritti fondamentali nei termini di una affermazione della loro efficacia diretta nelle relazioni tra privati⁴⁷. La seconda ragione, che merita maggiore approfondimento è la convinzione, maturata in dottrina, che l'evoluzione della giurisprudenza del Tribunale Supremo Federale (STF) giustificherebbe una tale posizione e dunque una difesa del modello dell'efficacia diretta⁴⁸.

Ancora nel corso degli anni Novanta, la questione dell'applicazione dei diritti fondamentali in relazione a fattispecie contrattuali privatistiche si pose dinanzi al STF nella sentenza resa sul Recurso Extraordinario 160.222-RJ, rel. Sepúlveda Pertence, relativa ad un caso di costrizione illegale (*constrangimento ilegal*) derivante dalla condotta di un imprenditore del settore della biancheria intima, che costringeva le proprie dipendenti ad accettare clausole contrattuali in base alle quali sarebbe stato possibile sottoporle in qualunque momento a perquisizioni intime, sotto minaccia di licenziamento. Sebbene il relatore avesse posto la questione dell'applicazione di diritti fondamentali nell'ambito del rapporto di lavoro, il collegio ritenne all'unanimità che la prescrizione del reclamo del lavoratore impedisse di pronunciarsi sulla legittimità del licenziamento⁴⁹.

In un altro caso, la seconda sezione del STF fu più incisiva nell'ammettere l'incidenza diretta dei diritti fondamentali anche nelle relazioni tra privati. Nel trattare il Recurso Extraordinario n. 158.215/RS, rel. Marco Aurélio, il STF si occupò della diretta applicabilità dei diritti fondamentali al caso di un membro di cooperativa espulso per mancato rispetto delle regole interne di condotta. In particolare, il STF ritenne, in accordo con il relatore, che la decisione dell'assemblea che aveva dato luogo all'espulsione avesse violato il diritto di difesa del ricorrente, nella misura in cui la Cooperativa avrebbe dovuto dare agli accusati la possibilità di difendersi, evitando così di espellerli con procedimento sommario⁵⁰.

⁴⁶ Al di là delle interpretazioni dogmatiche, si segnala che la massiccia accettazione, in Brasile, della dottrina dell'efficacia orizzontale diretta, è legata a circostanze particolari. Come mette in luce O. L. Rodrigues Jr., *Direito Civil Contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais*, São Paulo, 2019, p. 287: "a indiferença dos círculos civilísticos tradicionais em relação ao tema, o surgimento de uma nova Constituição, após duas décadas de regime militar, a troca de guarda geracional e a competência com que os defensores da eficácia direta formularam as bases do modelo são causas prováveis para essa hegemonia, alçada em pouco menos de vinte anos".

⁴⁷ Sul punto, cfr. I.W. Sarlet, *Direitos Fundamentais e Direito Privado - Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, in *Revista Fórum de Direito Civil*, 1(1)/2012, p. 231 ss. (il quale sostiene che "a eficácia e a aplicabilidade das normas de direitos e garantias fundamentais, a partir do princípio de sua máxima eficácia e efetividade, consagrado no art. 5º, § 1º, de nossa Carta Magna implicam a vinculação do poder público, nas suas mais variadas formas de expressão, incluindo-se, por óbvio, o legislador privado e os órgãos jurisdicionais competentes para aplicação dessas normas, no âmbito de seu poder-dever de solucionar os conflitos entre os particulares").

⁴⁸ Si tratta di posizione ampiamente sostenuta dagli autori citati nelle note precedenti.

⁴⁹ "Ricorso straordinario: legittimazione della parte offesa - anche se erroneamente iscritta come testimone - non precedentemente autorizzata, che tuttavia non le impedisce di proporre ricorso, entro quindici giorni successivi alla scadenza del termine del Pubblico Ministero (STF, Sums. 210 e 448). II. Costrizione illegittima: sottoposizione delle lavoratrici dell'industria dell'abbigliamento a perquisizioni corporali, sotto minaccia di licenziamento; condanna di primo grado sulla base della garanzia costituzionale della riservatezza e sentenza di assoluzione da parte della Corte di giustizia, poichè la violazione della privacy delle lavoratrici, sebbene accertata, è stata da loro ammessa aderendo al contratto di lavoro: questione che, nonostante la sua rilevanza costituzionale, non può essere risolta in questo processo, stante la prescrizione sopravvenuta, decorrente dalla sentenza di primo grado e mai interrotta da allora." (RE 160.222, Rel. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, 11/4/1995, DJ 1º-9-1995 PP-27402 EMENT VOL-01798-07 PP-01443).

⁵⁰ "DIFESA - LEGALITÀ DEL PROCESSO - ARTICOLO LV DELL'ELENCO DELLE GARANZIE COSTITUZIONALI - ESAME - LEGISLAZIONE COMUNE. L'intangibilità del principio costituzionale del giusto processo richiede l'esame della legislazione ordinaria. Da qui l'insussistenza della tesi secondo cui la violazione della Carta Costituzionale della Repubblica, sufficiente a giustificare il ricorso straordinario, debba essere diretta e frontale. Spetta alla Corte Suprema Federale esaminare, caso per caso, la materia, distinguendo tra i ricorsi dilatori da quelli in cui la violazione del testo costituzionale è fondata, anche se talvolta si rende necessario partire da quanto previsto nella legislazione comune. Un diverso approccio implicherebbe l'inutilità di due principi fondamentali di uno Stato Democratico di Diritto - la legalità e il giusto processo, con la garanzia di un'ampia difesa, che presuppongono sempre la considerazione di norme strettamente giuridiche. COOPERATIVA - ESCLUSIONE DI UN ASSOCIATO - NATURA PUNITIVA - GIUSTO PROCESSO. In caso di esclusione di un associato a causa di comportamento contrario allo statuto, è necessario rispettare il giusto processo, consentendo l'ampio esercizio della

Questi iniziali precedenti costituirono terreno fertile affinché il STF potesse infine affrontare la questione in modo più netto nella decisione resa sul Recurso Extraordinario 201.819, rel. Gilmar Mendes, la quale rappresenta – come riconosciuto da larga parte della dottrina – uno snodo fondamentale per la recezione della dottrina dell’efficacia orizzontale diretta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza brasiliana⁵¹.

Il caso deciso dal STF riguardava il ricordo presentato dall’Unione brasiliana dei compositori, società senza scopo di lucro cedente del denaro raccolto dall’ECAD, ufficio pubblico competente alla raccolta delle somme addebitate ad autori e compositori per la riproduzione pubblica delle loro opere. Uno dei membri dell’Unione era stato espulso dalla società e lamentava di non aver avuto diritto a una adeguata difesa, con rispetto del contraddittorio.

La sentenza riconobbe che l’autonomia privata garantita alle associazioni dalla Costituzione non è immune dall’incidenza dei principi costituzionali che assicurano il rispetto dei diritti fondamentali degli associati e che, nel caso concreto, l’eliminazione automatica del membro per ragioni disciplinari – pur restando ferma la possibilità per l’espulso di associarsi ad altri simili enti collettivi – aveva violato tali principi⁵².

A partire da tale decisione, l’adesione alla teoria dell’efficacia orizzontale diretta iniziò a diffondersi in dottrina⁵³. Tra le poche eccezioni, si annoverano le opere di Rodrigues Jr.⁵⁴, Duque⁵⁵ e, in misura minore, Silva⁵⁶ – che denunciano i rischi legati a una eccessiva fiducia nella costituzionalizzazione del diritto privato – assieme ad altre pubblicazioni monografiche e in riviste⁵⁷.

difesa. La semplice opposizione dell’associato nell’assemblea generale riguardo all’esclusione non è sufficiente per giustificare l’adozione di un processo sommario. L’osservanza dello statuto della cooperativa è obbligatoria”. (RE 158.215, Rel. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, 30/4/1996, DJ 7-6-1996 PP-19830 EMENT VOL-01831-02 PP-00307 RTJ VOL-00164-02 PP-00757).

⁵¹ O. L. Rodrigues Jr., *Direito Civil Contemporâneo*, cit., p. 288.

⁵² “RIASSUNTO: SOCIETÀ CIVILE SENZA SCOPO DI LUCRO. UNIONE BRASILIANA DEI COMPOSITORI. ESCLUSIONE DI UN MEMBRO SENZA LA GARANZIA DELLA DIFESA E DEL CONTRADDITTORIO. EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELLE RELAZIONI PRIVATE. RICORSO RESPINTO. EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELLE RELAZIONI PRIVATE: Le violazioni dei diritti fondamentali non si verificano solo nel contesto delle relazioni tra il cittadino e lo Stato, ma anche nelle relazioni tra persone fisiche e giuridiche di diritto privato. Pertanto, i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione vincolano direttamente non solo le autorità pubbliche, ma sono volti a tutelare i singoli nei confronti dei poteri privati. II: I PRINCIPI COSTITUZIONALI COME LIMITI ALL'AUTONOMIA PRIVATA DELLE ASSOCIAZIONI: L'ordinamento giuridico costituzionale brasiliano non attribuisce a nessuna associazione civile la possibilità di agire in violazione dei principi sanciti dalle leggi e, in particolare, dai principi che trovano fondamento nella Costituzione della Repubblica, soprattutto per quanto riguarda la tutela delle libertà e delle garanzie fondamentali. Lo spazio di autonomia privata garantito dalla Costituzione alle associazioni non è immune dall'applicazione dei principi costituzionali che assicurano il rispetto dei diritti fondamentali dei loro membri. L'autonomia privata, soggetta a chiare limitazioni giuridiche, non può essere esercitata a scapito o senza rispetto dei diritti e delle garanzie dei terzi, soprattutto di quelli stabiliti dalla Costituzione, poiché l'esercizio dell'autonomia non conferisce ai singoli, nell'ambito della loro sfera di azione, il potere di violare o ignorare le restrizioni imposte e definite dalla Costituzione stessa, la cui effettività e forza normativa si applicano anche ai singoli nelle loro relazioni private, in materia di libertà fondamentali.”. (RE 201.819, Rel.: ELLEN GRACIE, Redator(a) do Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821).

⁵³ D. Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, cit., p. 297 (“a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados”).

⁵⁴ O. L. Rodrigues Jr., *Direito Civil Contemporâneo*, cit., p. 323 (secondo cui “a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídico-civilísticas, sem a intermediação legislativa e principiológica do Direito Civil, é problemática por degradar a Constituição e por ignorar os espaços de discricionariedade e de conformação do legislador ordinário, de decisão dos particulares e os âmbitos de racionalidade intrínseca ao Direito Privado”).

⁵⁵ M. S. Duque, *Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos direitos fundamentais – Constituição de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*, São Paulo, 2013, pp. 138-144.

⁵⁶ V.A. Da Silva, *Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares*, in *Revista de Direito GV*, 1(1)/2005, p. 173 ss.

⁵⁷ In una inchiesta realizzata da Otavio Luiz Rodrigues Jr. O. L. *Direito Civil Contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 351) si legge: “Si citino come esempi di opere brasiliane i cui autori non adottano il modello dell’efficacia diretta nella loro formulazione predominante in Brasile o che espressamente adottano il modello dell’efficacia indiretta: (...) JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. RTDC: Entrevista com o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo. In. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado...cit*, p.

Il recente dibattito sulla responsabilità dei *provider* si è dunque sviluppato in questo quadro di relativa pacificazione dottrinale sul tema. La questione è disciplinata dall'articolo 19 del *Marco civil da Internet* (MCI), ed era stata già affrontata dalla giurisprudenza precedente⁵⁸. Nella sua attuale formulazione, tale disposizione stabilisce che, in linea generale, il *provider* di applicazioni e servizi in Internet potrà essere considerato civilmente responsabile per i danni derivanti dai contenuti riconducibili a terzi solo se, a seguito di uno specifico ordine del giudice, non adotta misure adeguate a non rendere più disponibili i contenuti identificati come dannosi.

La legge stabilisce peraltro eccezioni per il caso in cui venga in rilievo il diritto d'autore (art. 19, §2) o quando la violazione del diritto riguardi la divulgazione non consentita di immagini intime (art. 21). Si può pertanto affermare che la disciplina brasiliana sia simile a quella nordamericana e a quella europea prevedendo – almeno in linea generale – l'immunità del *provider* per contenuti riconducibili a terzi.

La giurisprudenza del *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) ha stabilizzato, in materia, un regime di "irresponsabilità moderata", potendo dedursi dalle sue decisioni, come segnalato da Moncau e Arguelhes⁵⁹, che gli intermediari (i) non sono direttamente responsabili dei contenuti illeciti riconducibili agli utenti; (ii) non possono essere obbligati a verificare *a priori* i contenuti pubblicati; (iii) sono tenuti a rimuovere dalla piattaforma qualunque contenuto illecito non appena vengano a conoscenza di esso; (iv) sono tenuti ad assicurare attraverso meccanismi almeno minimamente efficaci l'identificazione degli utenti.

Una risposta definitiva sul tema potrà darla soltanto la decisione che il STF dovrà pronunciare sul *Recurso Extraordinario* 1.037.396. La questione che il STF sarà chiamato ad affrontare riguarda, in particolare, la legittimità costituzionale della previsione di un ordine giudiziario espresso per la rimozione dei contenuti, in luogo di una responsabilità più ampia, nascente anche dal mancato seguito dato a una segnalazione da parte dell'utenza⁶⁰.

603; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Estatuto Epistemológico do Direito Civil Contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios...loc. cit; FIUZA, César. *Direito Civil: Curso completo*...p. 145150; MAZUR, Mauricio. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In. MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Orgs.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012 p. 2564; MARTINS, Leonardo. *Liberdade e estado constitucional*...cit, p. 89119; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*...p. 95114; DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos direitos fundamentais*...p. 117; (...) 'L'applicazione diretta delle disposizioni costituzionali configura un vero totalitarismo costituzionale, che non rispetta i livelli essenziali dell'ordinamento giuridico, che prevedono per ciascun ambito del diritto la sua corretta applicazione' (DREHMER DE MIRANDA, Roberta. Algumas notas sobre a "constitucionalização" do Direito Privado...cit, p. 1415; SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do Direito Privado*...cit, p. 96 98 (anche se propone un modello proprio, che non impedisce l'efficacia diretta in alcune circostanze); LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil constitucional...cit. (sebbene sia un lavoro più orientato alla critica metodologica del Diritto Civile-Costituzionale); TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*...p. 386 (il testo non specifica la dottrina seguita dall'autore); LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos...cit, p. 115-116; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Drittwirkung* e ADi dos bancos: a proteção fundamental do consumidor ao não superendividamento. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 26, nº 110, p. 1741, mar./abr. 2017 (difendendo la 'primazia della conoscenza del Diritto Privato', anche se enfatizza il carattere interventista della CF/1988 nelle relazioni private); GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, v. 22, nº 87, p. 166174, jul./set. 1997. Punto I (con riferimento al problema del parallelismo tra i diritti fondamentali e i diritti della personalità). Questo elenco rivela anche la preponderanza dei costituzionalisti rispetto ai civilisti nella difesa di modelli contrari all'efficacia diretta dei diritti fondamentali. Questo dato è importante per comprendere l'avanzamento dell'efficacia diretta nel Diritto Civile brasiliano contemporaneo.".

⁵⁸ Per una analisi della giurisprudenza antecedente all'entrata in vigore del Marco Civil da Internet, cfr. C.Colombo, E. F. Neto, *Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros: a proteção dos direitos de personalidade e a responsabilização civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, in *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 1(3)/2017, pp. 225-226.

⁵⁹ L. F. M. Moncau, D. W Arguelhes, *The Marco Civil da Internet and Digital Constitutionalism*, in G. Frosio (ed.), *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability* Oxford, Oxford, 2020.

⁶⁰ "RIASSUNTO: Diritto Costituzionale. Protezione dei diritti della personalità. Libertà di espressione e di manifestazione. Violazione degli articoli 5, paragrafi IV, IX, XIV; e 220, capoverso, paragrafi 1 e 2, della Costituzione Federale. Comportamento illecito da parte di terzi. Doveri di sorveglianza ed eliminazione del contenuto da parte del prestatore di servizi. Riserva giurisdizionale. Responsabilità civile dei fornitori di servizi Internet, siti web e gestori di applicazioni di social network. Costituzionalità o meno dell'articolo 19 del Marco Civil da Internet (Legge n. 12.965/14) e possibilità di subordinare la rimozione del profilo falso o la messa a disposizione del contenuto indicato come lesivo solo a seguito di

Nel caso di specie, un utente di *Facebook* aveva evocato in giudizio la piattaforma per avere quest'ultima permesso l'attivazione di un profilo utente falso che usava il nome dello stesso ricorrente. Nel giudizio di appello, la *Segunda Turma Recursal Cível de Piracicaba/SP* aveva non solo ordinato la rimozione del contenuto, ma aveva anche condannato *Facebook* al risarcimento del danno morale derivante dalla mancata tempestiva rimozione a seguito della segnalazione dell'utente la cui identità era stata indebitamente utilizzata.

Secondo parte della dottrina⁶¹, l'articolo 19 del MCI implica una opzione del legislatore per un modello di responsabilità legata a un giudizio, essenzialmente al fine di preservare la libertà di espressione in *Internet* e anche se ciò determina un minor controllo dell'utente sui contenuti. Tuttavia, questa opzione non implica necessariamente che il *provider* non possa rimuovere contenuti anche in assenza di un ordine del giudice.

A seguito della segnalazione di un utente, se la piattaforma ritiene vi sia stata una violazione delle condizioni di utilizzo del *social network*, può ad esempio procedere alla rimozione dei contenuti, anche in assenza di un ordine del giudice. Pertanto, l'articolo 19 del MCI non può essere interpretato nel senso che l'unica ipotesi di rimozione dei contenuti sia quella conseguente a un ordine del giudice ma che, semmai, in caso di ordine del giudice il contenuto *deve* essere rimosso.

Indipendentemente dall'interpretazione che il STF vorrà dare all'articolo 19 sotto questo profilo, deve essere riconosciuto che difficilmente il problema della responsabilità dei *provider* potrà essere risolto solo alla luce di una valutazione dell'adempimento – da parte del legislatore – di un dovere di protezione dei diritti fondamentali.

Così, proprio muovendo dalla consapevolezza che le piattaforme esercitano una funzione di mediazione e applicazione di diritti fondamentali che precede l'azione pubblica, autori come Sarlet e Hartmann hanno affermato la necessità di ripensare la dottrina dell'efficacia orizzontale per assicurare il rispetto dei diritti fondamentali degli utenti al di là del semplice controllo di legittimità costituzionale dell'azione del legislatore⁶². In questo senso, gli autori ritengono che nel dibattito sull'articolo 19 del ICM debba riconoscersi che la asimmetria di potere tra l'utente e la piattaforma che rimuove il contenuto – sovente senza spiegazioni – rivela il carattere quasi della censura e obbliga a riconoscere che le piattaforme danno oggi luogo a rischi di “silenzamento sistematico” addirittura maggiori rispetto a quelli cui può dar luogo l'esercizio del pubblico potere⁶³. Ne consegue che, secondo gli stessi autori, è necessario dare peso maggiore alla libertà di espressione dell'utente e agli altri diritti della personalità, rispetto agli interessi economici della piattaforma, secondo un ragionevole accomodamento (la concordanza pratica, nel senso proposto da Konrad Hesse) tra i diversi diritti e interessi di rilievo costituzionale qui implicati⁶⁴.

A partire pertanto dai valori del costituzionalismo digitale⁶⁵, è possibile comprendere che il giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 19 del MCI non potrà non considerare – quantomeno sul piano fattuale – l'impegno della piattaforma nel rispetto della libertà di manifestazione del pensiero, costituzionalmente garantita (art. 5, punto IV, Cost. 1988). Ciò potrà implicare, eventualmente, un'apertura della giurisdizione costituzionale alla concreta valutazione delle pratiche attraverso le quali le piattaforme incidono sulla configurazione e sull'effettività dei diritti fondamentali, anche se nella prospettiva di una dottrina dell'efficacia orizzontale *mediata*. L'esperienza sin qui accumulata dal

un'apposita ordinanza giudiziale. Riconosciuta la rilevanza costituzionale”. (RE 1.037.396 RG, Rel.: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, 1/3/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 3-4-2018 PUBLIC 4-4-2018).

⁶¹ Per tutti, cfr. C.A.P. de Souza, *Responsabilidade Civil dos Provedores de acesso e aplicações de internet: Evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet)*, in G. S. Leite, R. Lemos (coord.). *Marco Civil da Internet*, São Paulo, 2014, p. 791 ss., p. 810.

⁶² I. W. Sarlet, I. A. Hartmann, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit.

⁶³ *Ibid.*, p. 99.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 100-101.

⁶⁵ Sulla nozione di costituzionalismo digitale e le sue implicazioni in sede di controllo di legittimità costituzionale di leggi relative alla regolazione di *Internet* come il MCI, v. G.F. Mendes, V.O. Fernandes, *Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro*, in *Revista Brasileira de Direito*, 1(1) 2020, p. 1 ss.

potere giudiziario nel trattamento di queste e simili questioni potrà senza dubbio essere di ausilio nella valutazione dei costi e dei benefici del regime di responsabilità degli *Internet provider*⁶⁶.

4. Recenti tendenze nella giurisprudenza tedesca: l'estensione della teoria dell'efficacia orizzontale diretta nei casi di espulsione dai *social network* e di blocco di contenuti

Nell'ordinamento tedesco, la principale sfida affrontata dai Tribunali negli ultimi anni è stata quella di chiarire se l'applicazione dei diritti fondamentali debba incidere – direttamente o indirettamente – sull'interpretazione delle clausole contrattuali che regolano l'uso dei *social network*, e in che modo⁶⁷. Il dibattito si è intensificato dopo il 2018, anno di entrata in vigore del *Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)*, che ha introdotto un dettagliato regime di obblighi cui sono sottoposti i *provider* al fine di garantire un sistema efficace e trasparente di gestione delle segnalazioni degli utenti in relazione a contenuti potenzialmente dannosi. Nel quadro di un modello di "autoregolazione regolata", la *NetzDG* obbliga ad esempio i gestori delle piattaforme a eliminare entro un termine di ventiquattro ore i contenuti manifestamente illeciti (*offensichtlich rechtswidrigen Inhalt*) e a concludere il procedimento di esame delle segnalazioni degli utenti entro un termine massimo di sette giorni⁶⁸.

Questo provvedimento legislativo è stato oggetto, negli ultimi anni, di critiche aspre, principalmente in relazione alla ampiezza del concetto di "contenuto manifestamente illecito" da essa recato⁶⁹. Una formula caratterizzata da un grado così significativo di apertura ha comportato, nell'opinione di molti, incertezza nel modo di agire dei *provider*, con la conseguenza di un ricorso sempre più ampio al blocco dei contenuti da parte delle piattaforme⁷⁰. Di fronte a una crescente quantità di ricorsi all'autorità giudiziaria avverso decisioni di blocco di contenuti o di profili, si è progressivamente consolidata la prospettiva dottrinale che riconosce il carattere pubblico degli spazi virtuali.

Da un lato, come si è ricordato, si registra un chiaro sforzo rivolto a superare la dimensione apparentemente individual-formalista dei doveri di protezione; dall'altro, i tentativi di assicurare una ampia incidenza dei diritti negli spazi virtuali si scontrano con i limiti dogmatici della dottrina dell'efficacia orizzontale, come consolidatasi durante decenni.

Nel solco della tradizione dell'efficacia indiretta, il Tribunale costituzionale federale ha stabilito da tempo la posizione secondo cui l'ordine di valori espresso dai diritti fondamentali deve essere considerato in modo effettivo solo nell'interpretazione del diritto privato applicabile alla fattispecie⁷¹. Secondo questa concezione tradizionale, pertanto, i diritti fondamentali non sono destinati a risolvere direttamente i conflitti tra le parti contraenti; al contrario, la loro applicazione deve seguire i canoni e

⁶⁶ *Ibid.*, p. 19-20.

⁶⁷ Per una ricostruzione di questo dibattito, v.: O. Pollicino, G. De Gregorio, *Constitutional Law in the Algorithmic Society*, in H.-W. Micklitz, O. Pollicino, A. Reichman, A. Simoncini, G. Sartor, G. De Gregorio (eds.), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2021, pp. 20-22; E. Celeste, *Digital punishment: social media exclusion and the constitutionalising role of national courts*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 35(2), 2021, pp. 178-179.

⁶⁸ Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG), par. 3 Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte (<https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/BjNR335210017.html>).

⁶⁹ W. Schulz, *Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG*, "HIIG Discussion Paper Series" 1(1), 2018, pp. 8-9.

⁷⁰ In una importante ricerca coordinata da Marc Liesching, si è dimostrata la crescita esponenziale di episodi di blocco di contenuti in Germania da parte di Facebook e Youtube dopo l'entrata in vigore della NetzDG. Cfr. M. Liesching, et al., *Das NetzDG in der praktischen Anwendung: Eine Teilevaluation des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes*, Berlin, 2021. Per una posizione contraria, che difende l'utilità pratica della disciplina recata dalla NetzDG, cfr. M. Eifert, et al., *Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Bewährung*, Berlin, 2020. (secondo cui "Die Untersuchung zeigt auf Grundlage umfassender Auswirkungen von Fragebögen, Literatur und Rechtsprechung, dass das Gesetz einen wichtigen Beitrag zur Bekämpfung von Hassrede leistet, aber auch fortentwickelt sollte").

⁷¹ BVerfGE 7, 198 (205 ss.); 7, 230 (233 ss.); 42, 143 (148); 73, 261 (269).

gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento⁷². Pertanto, è anzitutto il legislatore a dover dare attuazione e rendere effettivi i diritti fondamentali nell'ambito delle relazioni tra privati: ad esso spetta dunque garantire le posizioni coinvolte, ponendo specifici limiti all'esercizio dei diritti⁷³.

Di fronte a una tradizione così solida, è lecito domandarsi se sia possibile invocare i diritti fondamentali garantiti dalla Legge fondamentale affinché – in assenza di una legge speciale che *ex professo* se ne occupi – i tribunali possano limitare il potere di moderazione, espulsione e blocco di cui sono titolari i gestori delle piattaforme. Le alternative proposte nel dibattito contemporaneo attengono, in questa prospettiva, al superamento di una declinazione individualista della dottrina dell'efficacia orizzontale e, al tempo stesso, si sforzano di non demolire l'edificio dogmatico della dottrina dell'efficacia mediata, come elaborato nella giurisprudenza del *BVerfG*⁷⁴.

Al fine di evitare uno scivolamento verso l'efficacia immediata, si sostiene che i rischi di violazione dei diritti fondamentali derivanti dall'applicazione dei termini e delle condizioni d'uso delle piattaforme possono essere oggetto di un controllo giudiziario mediato dalle clausole generali del diritto privato⁷⁵. In concreto, l'esercizio del potere di moderazione dei contenuti sui *social network* potrebbe essere inquadrato – almeno in determinate circostanze – quale svantaggio irragionevole ai fini dell'applicazione dell'articolo 307 del codice civile tedesco (BGB)⁷⁶. Questa sarebbe, senza dubbio, una soluzione coerente con la tradizione costituzionale. A differenza di quel che accade nel contesto della relazione diretta tra Stato e cittadino, ove la pretesa individuale limita il pubblico potere, l'efficacia orizzontale dei diritti attiene invece alla relazione tra individui e, pertanto, il riconoscimento del diritto di uno comporta la limitazione del diritto di un altro.

In questa prospettiva, la teoria dell'efficacia orizzontale rinvia in larga misura al problema della collisione tra diritti fondamentali⁷⁷: filtrando il conflitto tra utenti e piattaforme nel prisma delle clausole generali del BGB, il giudice potrebbe ad esempio ponderare la libertà di opinione e l'autonomia contrattuale del gestore della piattaforma. Così, nel caso di post contenenti discorsi d'odio, per esempio, se la piattaforma imponesse agli utenti limiti più stringenti rispetto a quelli aventi fonte nella legislazione penale, si potrebbe procedere al bilanciamento in concreto con la libertà di espressione garantita dal *Grundgesetz*.

La più recente giurisprudenza sembra tuttavia essersi allontanata da queste costruzioni dottrinali. Contrariamente a quel che ci sarebbe potuti attendere da un recupero della giurisprudenza del *BVerfG*, si riscontra molto spesso – nelle più recenti decisioni delle Corti regionali e degli stessi Tribunali superiori – la tendenza a imporre obblighi penetranti ai gestori delle piattaforme⁷⁸ e, dunque, a un allontanamento dalla cornice metodologica della dottrina dell'efficacia orizzontale indiretta⁷⁹. Un rapido esame della giurisprudenza tedesca più recente – sebbene esuli parzialmente dall'oggetto di questo lavoro – può essere utile.

⁷² Cfr. al riguardo B. Pieroth, B. Schlink, *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg, 2021, p. 51.

⁷³ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, Heidelberg, 1999, p. 159.

⁷⁴ Per una analisi delle decisioni "storiche" di questo Tribunale, cfr. G. F. Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, São Paulo, 2009, p. 125-131.

⁷⁵ In questo senso, cfr.: B.K. Ladeur, *Legal Questions of Excluding Participants from Internet Discussion Groups: On the Guaranteeing of Freedom of Communication through 'Network-Adapted' Private Law*, in *German Law Journal*, 1(1), 2019, p. 968; L. Schiek, *Von der mittelbaren Drittwirkung zur unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater? – Inhaltserfernung und Sperren in sozialen Netzwerken Abstract*, in *Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg*, 41(1), 2021, p. 61 ss.; nonché A. Heldt, *Can "Coordinated Social Harm" be a justification for limiting freedom of expression?*, in *VerfBlog*, 2021/9/28 ("a gradual approach in measuring the need to apply fundamental rights indirectly between social media platforms and their users forms an alternative to the categorical approaches discussed so far").

⁷⁶ P. N. Adelberg, *Rechtspflichten und-grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke: Zum Umgang mit nutzergenerierten Inhalten*, Wiesbaden, 2019, pp. 162-163.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 162 ("die Grundrechte bei Betreibern und Nutzern Geltung beanspruchen und miteinander in einen schonenden Ausgleich zu bringen sind").

⁷⁸ In questa prospettiva, v. T. Lutz, *Der Beitrag des Zivilrechts zum Grundrechtsschutz auf*, in *VerfBlog*, 2021/7/30.

⁷⁹ Lo riconosce L. Schiek, *Von der mittelbaren Drittwirkung zur unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater?*, cit., p. 75 ("die Gerichte in der sich abzeichnenden Entscheidungspraxis Online-Plattformbetreiber in Verpflichtungen ein, die den methodischen Rahmen der mittelbaren Drittwirkung längst überschritten haben").

Può essere richiamata, in primo luogo, una sentenza del Tribunale superiore di giustizia di Monaco (*OLG München*) del 2018, che ha dichiarato l'illegittimità della clausola 5.2 contenuta nella "Dichiarazione dei diritti e responsabilità" di Facebook, ritenendo che tale clausola pregiudicasse in modo sproporzionato gli interessi degli utenti, che concedevano alla piattaforma il diritto unilaterale e quasi illimitato di eliminare i contenuti da loro pubblicati⁸⁰. In questo caso, Facebook aveva eliminato un commento pubblicato dalla esponente politica bavarese Heike Themel (AfD) in risposta a un contenuto pubblicato da un altro utente che le rivolgeva insulti commentando un articolo della testata *Spiegel-online* relativo al controllo delle frontiere in Austria. In risposta a questo commento, Themel riportò una citazione di Wilhelm Busch, scrivendo che "purtroppo, non posso competere con i suoi argomenti. Lei è disarmato e questo non sarebbe corretto da parte mia"⁸¹. Curiosamente, il commento di Themel fu eliminato da Facebook in quanto la clausola richiamata conferiva alla piattaforma il diritto a rimuovere qualunque contenuto ritenuto in conflitto con la dichiarazione stessa o con le "politiche" della piattaforma⁸².

Il Tribunale superiore di Monaco ritenne che la formulazione generica della clausola violasse la buona fede e pregiudicasse gli utenti in modo ingiustificato, ai sensi dell'articolo 307, comma 1, del BGB⁸³. Sulla base di simile interpretazione, il Tribunale concluse che deve essere garantito che una opinione lecita non possa essere rimossa dalla piattaforma, come conseguenza dell'effetto indiretto dei diritti fondamentali rispetto a terzi e, in particolare, del diritto fondamentale dell'utente alla libertà di espressione (art. 5.1 della Legge fondamentale)⁸⁴.

Un altro snodo interessante nella giurisprudenza tedesca è rappresentato dalla decisione cautelare resa dal *BVerfG* nel cd. caso "III Weg" nel maggio 2019⁸⁵. In questo caso, Facebook aveva eliminato un articolo pubblicato dal partito di estrema destra III.Weg e avente contenuto razzista, dal titolo "Winterhilfestand in Zwickau-Neuplanitz". L'articolo insinuava che le comunità nere e composte da migranti – descritte come socialmente e finanziariamente vulnerabili – del distretto di Neuplanitz fossero dedite ad attività violente e delittuose.

In particolare, Facebook aveva classificato la pubblicazione quale "incitazione all'odio" secondo gli *standard* della piattaforma. Dopo l'oscuramento del contenuto pubblicato, anche il profilo della forza politica fu oscurato. Il Tribunale superiore di Frankenthal aveva respinto la richiesta del partito di vedere riattivato il proprio *account* ritenendo che le dichiarazioni contenute nel post potessero assumere rilevanza penale, dal momento che la descrizione dei gruppi vulnerabili contenuta nel post costituisce un attacco alla dignità e mira a fomentare il disprezzo nei confronti di quelle comunità.

In un ricorso cautelare diretto al *BVerfG* il partito politico sostenne che la riattivazione del profilo era urgente, considerata la prossimità delle elezioni per il Parlamento europeo, previste per il mese di maggio del 2019. Il *BVerfG* accolse il ricorso, ordinando a Facebook la riattivazione della pagina.

Pur trattandosi di una decisione cautelare, le motivazioni del provvedimento hanno destato interesse in dottrina. Il Tribunale, infatti, richiamò la propria giurisprudenza, secondo cui i diritti fondamentali possono essere invocati nelle controversie tra privati, alla luce del loro effetto indiretto

⁸⁰ Tribunale Regionale Superiore di Monaco, decisione del 24.08.2018, 18 W 1294/18 (<https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2018-N-20659>).

⁸¹ Così il testo originale della decisione: "Ich kann mich argumentativ leider nicht mehr mit Ihnen messen, Sie sind unbewaffnet und das wäre nicht besonders fair von mir".

⁸² Cfr. i parr. 22-23 della decisione (questa la formulazione originaria della clausola contrattuale: "5. Schutz der Rechte anderer Personen Wir respektieren die Rechte anderer und erwarten von dir, dass du dies ebenfalls tust." 1. Du wirst keine Inhalte auf F.k posten oder Handlungen auf F. durchführen, welche die Rechte einer anderen Person verletzen oder auf sonstige Art gegen das Gesetz verstoßen. 2. Wir können sämtliche Inhalte und Informationen, die du auf F. postest, entfernen, wenn wir der Ansicht sind, dass diese gegen die Erklärung oder unsere Richtlinien verstoßen").

⁸³ Cfr. il par. 24 della decisione: "Die Klausel Nr. 5.2 ist allerdings unwirksam, weil sie die Nutzer als Vertragspartner der Verwenderin entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB)".

⁸⁴ Così la decisione: "Im Hinblick auf die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte, insbesondere des Grundrechts des Nutzers auf Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG), muss deshalb gewährleistet sein, dass eine zulässige Meinungsäußerung nicht von der Plattform entfernt werden darf".

⁸⁵ *BVerfG*, Zw. Senat, 22 maggio 2019, BvQ 42/19, Rn. 1-25 (http://www.bverfg.de/e/qk20190522_1bvq004219.html).

rispetto ai terzi⁸⁶. Così, si ammise che, almeno a determinate condizioni, l'articolo 3 della Legge fondamentale possa imporre requisiti di eguaglianza nelle relazioni tra privati⁸⁷. Per questo, senza anticipare l'esito della decisione finale, il BVerfG ritenne che – almeno ai fini di una decisione cautelare – gli svantaggi derivanti all'utente dal blocco della pagina fossero di gran lunga maggiori rispetto agli svantaggi derivanti, per Facebook, dall'attesa di una decisione definitiva⁸⁸.

Nell'effettuare simile valutazione, il Tribunale considerò che la natura delle relazioni tra utenti e piattaforme non è ancora del tutto chiarita nell'ordinamento tedesco e che, tuttavia, esisteva nei fatti una notevole dipendenza del partito politico in questione dalla piattaforma. Inoltre, la natura delittuosa del contenuto pubblicato non era ancora stata accertata e che, in questa valutazione, si sarebbero dovuti considerare i diritti fondamentali dell'utente, al fine di evitare il blocco.

Nel commentare tale decisione, alcuni costituzionalisti tedeschi⁸⁹ hanno richiamato l'attenzione sul fatto che il Tribunale aveva fatto riferimento a due precedenti molto rilevanti in materia di efficacia orizzontale e, in particolare, alle decisioni *Fraport*⁹⁰ e *Stadionverbotsentscheidung*. Il riferimento a questi due precedenti è stato interpretato alla stregua di un tentativo di ricondurre i *social network* alla nozione di spazio pubblico. Se dunque, alla luce del caso *Fraport*, si ritiene che Facebook sia uno spazio pubblico destinato allo scambio di comunicazioni e idee nell'ambito del processo politico democratico, il carattere privato delle piattaforme e l'interpretazione delle condizioni di utilizzo assumeranno rilievo minore nel dibattito⁹¹.

Devono essere richiamate, inoltre, due decisioni paradigmatiche del terzo Senat civile del Bundesgerichtshof del luglio 2021. Analogamente alle decisioni assunte nel 2018 dal Tribunale superiore di Monaco, il BGH si è pronunciato in questi casi per la nullità di alcune clausole contenute nelle condizioni d'uso di Facebook pubblicate il 19 aprile 2018, che individuavano l'ipotesi di eliminazione di contenuti degli utenti in casi di violazione degli *standard* di comunità.

In particolare, due utenti avevano subito la rimozione dei contenuti pubblicati e il blocco dei profili per aver espresso, secondo la piattaforma, un discorso d'odio. Nel primo caso⁹², il post dell'utente aveva

⁸⁶ Così la decisione: "Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können die Grundrechte in solchen Streitigkeiten im Wege der mittelbaren Drittwirkung Wirksamkeit entfalten".

⁸⁷ Così la decisione: "Dabei können sich aus Art. 3 Abs. 1 GG jedenfalls in spezifischen Konstellationen auch gleichheitsrechtliche Anforderungen für das Verhältnis zwischen Privaten ergeben".

⁸⁸ Così la decisione: "Die Folgen, die einträten, wenn der Antragstellerin eine Nutzung ihres Internetangebots auf Facebook versagt bliebe, sich später aber herausstellte, dass die Antragsgegnerin des Ausgangsverfahrens zur Wiedereröffnung des Zugangs hätte verpflichtet werden müssen, wiegen erheblich schwerer als die Folgen, die entstünden, wenn die Antragsgegnerin des Ausgangsverfahrens einstweilig zur Wiederherstellung des Zugangs verpflichtet würde, sich später aber herausstellte, dass die Sperrung beziehungsweise Zugangsverweigerung zu Recht erfolgt war".

⁸⁹ C. Smets, *Die Stadionverbotsentscheidung des BVerfG und die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private*, in *NVwZ* 2019, pp. 34-37; T. Lutz, *Der Beitrag des Zivilrechts zum Grundrechtsschutz auf*, cit.

⁹⁰ Nel caso *Fraport*, del 2011, il BVerfG aveva esaminato un ricorso riguardante il diritto a manifestare nelle aree prossime agli sportelli delle compagnie aeree e alle aree di imbarco passeggeri dell'aeroporto di Francoforte. Il fatto che l'aeroporto fosse gestito da una società privata ha sollevato la questione se fosse possibile invocare l'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali. Riconoscendo il carattere pubblico dell'area aeroportuale, il BVerfG ha concluso che la libertà di riunione non può essere esclusa. In questo caso, però, all'epoca dei fatti, "l'aeroporto era gestito in regime di partenariato pubblico-privato dalla società per azioni *Fraport*, con il 52% del capitale a nome dell'autorità pubblica, al momento dell'instaurazione del ricorso costituzionale." (così O. L. Rodrigues Jr., *Direito Civil Contemporâneo*, cit., p. 315). Secondo lo stesso A., peraltro, "nel ricorso costituzionale, si è cercato di sostenere la tesi dell'efficacia diretta dei diritti fondamentali. La Corte Costituzionale ha stabilito che all'aeroporto viene attribuita la natura di ente pubblico, anche se la sua organizzazione giuridica assumesse forme private (equivalenti a un'azienda pubblica o a una società mista) a causa del tipo di servizio erogato. Tuttavia, non ha riconosciuto che ci fosse un legame diretto tra i privati e i diritti fondamentali".

⁹¹ E. Tuchtfield, *Marktplätze, soziale Netzwerke und die BVerfG- Entscheidung zum, III. Weg*, in *VerfBlog*, 2019/5/26, (secondo cui: "die Entscheidung des BVerfG – insbesondere falls sie in einem Hauptsacheverfahren aufrechterhalten wird – wird von den Rechten als Sieg gefeiert werden. Doch das Gegenteil ist der Fall: Es ist ein Gewinn der Demokratie, in der die Privatisierung des öffentlichen Raums in der digitalen Sphäre nicht ausschlaggebend für die Gewährleistung der Grundrechte sein darf").

⁹² Bundesgerichtshof – BGH, III Senat, 29 luglio 2021, III ZR 179/20 (<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=121741&pos=0&anz=1>).

contenuto razzista e rivolto contro gli stranieri immigrati in Germania⁹³. Nel secondo caso⁹⁴, commentando il video relativo a uno straniero con precedenti per immigrazione irregolare, che rifiutava il controllo della polizia, l'utente aveva usato pure parole molto dure contro gli stranieri immigrati, affermando che non si sarebbero mai integrati in Germania, rimanendo sempre un peso a carico dei contribuenti⁹⁵.

In entrambi i casi, il *BGH* ritenne che la facoltà, riconosciuta a Facebook sulla base delle condizioni di uso, di rimuovere i contenuti degli utenti fosse inefficace per effetto dell'articolo 307, comma 1 del *BGB*⁹⁶. Con specifico riferimento alla teoria dell'efficacia orizzontale, il Tribunale sostenne che i diritti fondamentali in conflitto meritano rispetto nel quadro di una ponderazione di interessi che tenga in equilibrio la libertà di espressione degli utenti e la libertà economica della piattaforma⁹⁷.

Curiosamente, peraltro, il *BGH* non limitò del tutto il potere di Facebook di imporre agli utenti il proprio regime di moderazione dei contenuti, affermando in particolare che la piattaforma può riservarsi il diritto di esigere dagli utenti il rispetto di alcune norme di comunicazione che possono andare al di là del diritto penale e, dunque, di rimuovere contenuti e bloccare i profili di utenti che tali standard di comunità abbiano violato⁹⁸.

Allo stesso tempo, tuttavia, il *BGH* ritenne necessario raggiungere un equilibrio tra i diritti fondamentali in conflitto, in armonia con gli interessi delle parti⁹⁹. Così, ebbe a sottolineare che su Facebook grava l'obbligo di informare previamente l'utente dell'eliminazione del contenuto e del blocco del profilo, rendendo noti i motivi della decisione e, soprattutto, dando all'utente la possibilità di presentare una difesa che la piattaforma dovrà poi esaminare nel dettaglio, giungendo a una nuova decisione in merito¹⁰⁰.

Da ultimo, merita segnalare che - nel settembre 2021 - il *BVerfG* rigettò un nuovo ricorso presentato dal partito di estrema destra *Weg.III*, così confermando una decisione dello *Pfälzisches Oberlandesgericht Zweibrücken* che aveva permesso a Facebook di eliminare la pagina del partito dalla piattaforma¹⁰¹. Il *BVerfG* ritenne insussistenti i presupposti per la concessione del provvedimento cautelare, sebbene il partito avesse lamentato una interferenza tra il blocco della pagina e le elezioni per il Bundestag previste per il 2021.

Non è possibile, al momento, predire gli sviluppi che potranno prodursi nell'ordinamento tedesco a seguito delle richiamate pronunce del *BGH*. In ogni caso, valutando criticamente i più recenti orientamenti della giurisprudenza, vari autori hanno accusato i Tribunali di voler sostituire la dottrina

⁹³ Così la decisione: "Deutsche Menschen werden kriminalisiert, weil sie eben eine andere Ansicht von ihrem Heimatland haben als das Regime. Migranten können hier morden und vergewaltigen und keinen interessiert's! Da würde ich mir mal ein Durch-greifen des Verfassungsschutzes wünschen".

⁹⁴ Bundesgerichtshof – BGH, Dr. Senat, 29 luglio 2021, III ZR 192/20 (<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=47ce4f13cd0917d90e2df8d776db544a&nr=121561&pos=0&anz=1>).

⁹⁵ Così la decisione: "Was suchen diese Leute hier in unserem Rechtsstaat kein Respekt...keine Achtung unserer Gesetze ...keine Ach-tung gegenüber Frauen.....DIE WERDEN SICH HIER NIE INTEGRIEREN UND WERDEN AUF EWIG DEM STEUER-ZAHLER AUF DER TASCHE LIEGEN.....DIESE GOLD-STÜCKE KÖNNEN NUR EINES MORDEN... KLAUEN ... RANDALIEREN...UND GANZ WICHTIG....NIE ARBEITEN".

⁹⁶ III ZR 192/20, par. 41: "Entgegen der Auffassung der Revisionsrüge kann sie sich insoweit nicht auf den Entfernungs- und Sperrungsvorbehalt in Nr. 3.2 der Nutzungsbedingungen i.V.m. Teil III Nr. 12 der Gemeinschaftsstandards berufen, weil dieser gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam ist (nachfolgend unter aa). Ebenso wenig war sie deshalb zur Löschung des Beitrags berechtigt, weil er einen strafbaren Inhalt enthielt (nachfolgend unter bb)".

⁹⁷ *Ibid.*, par. 66: "Eine Klausel ist unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen. Insoweit bedarf es einer umfassenden Würdigung und Abwägung der wechselseitigen Interessen, bei der die mit der Abweichung vom dispositiven Recht verbundenen Nachteile für den Vertragspartner, die von einigem Gewicht sein müssen, sowie Gegenstand, Zweck und Eigenart des Vertrages zu berücksichtigen sind".

⁹⁸ III ZR 192/20, par. 90.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *BVerfG*, I Senat, 20 settembre 2020, BvQ 100/21 (https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/09/qk20210920_1bvq010021.html;jsessionid=646765D2935F62D96FFF2C0FCCE3E62E.1_cid354).

dell'efficacia indiretta dei diritti fondamentali nei confronti dei terzi con una connessione diretta e quasi illimitata tra il catalogo dei diritti contenuto nella Legge fondamentale e il regime privatistico delle piattaforme di *social network*¹⁰².

In ogni caso, può osservarsi che l'applicazione diretta dell'efficacia orizzontale a questa tipologia di rapporti giuridici mette in tensione lo stesso principio di separazione dei poteri, nella misura in cui aumenta il ruolo di supplenza del potere giudiziario in assenza di previsioni maggiormente dettagliate nella *NetzDG*.

5. Conclusioni

La comparazione tra la legislazione brasiliana e quella tedesca ha mostrato che, in entrambi gli ordinamenti, la rigidità dei tradizionali canoni ricostruttivi della dottrina dell'efficacia orizzontale è sottoposta a forti tensioni in relazione al crescente protagonismo delle piattaforme di *social network* come attori di moderazione, controllo e gestione di contenuti.

In Brasile esiste un problema ulteriore: gli eccessi dovuti a una ampia applicazione dei canoni dell'efficacia diretta ha finito per debilitare la funzione regolatoria del diritto privato, la dottrina e la stessa dignità della legislazione. Ciò si deve in forma minore anche all'azione del TSF le cui decisioni vengono spesso interpretate in modo estensivo e, in forma maggiore alla dottrina che, altrettanto spesso, ha rinunciato al suo ruolo di sistematizzazione critica.

In questo senso, il punto di vista giusprivatistico non riesce ad assumere un ruolo attivo nel dibattito relativo alla relazione tra regolazione di *Internet* e autonomia privata, che troppo spesso assume tratti prevalentemente sociologici e poco giuridici. D'altro canto, specialmente in Brasile, vanno considerate le preoccupazioni legate alla tenuta della legittimità democratica in relazione alle proposte di ampliamenti degli spazi virtuali.

Curiosamente, pur partendo da presupposti radicalmente diversi in merito all'efficacia diretta dei diritti fondamentali nelle relazioni private, tanto il BVerfG quanto il STF si sono trovati a fronteggiare l'esigenza di un profondo ripensamento della materia. In assenza di soluzioni legislative "perfette", la tendenza è quella di affidare alla giurisdizione costituzionale – ancora una volta – il controllo sui limiti democratici della disciplina della libertà di espressione negli spazi digitali, le cui ripercussioni sull'organizzazione della vita sociale sono ancora poco noti.

Abstract

Il contributo, comparando il sistema giuridico tedesco con quello brasiliano, offre alcuni spunti di riflessione con riguardo alla tutela dei diritti fondamentali nell'ecosistema digitale.

Parole chiave: diritti fondamentali; social network; Germania; Brasile.

*

The paper, comparing the German legal system with the Brazilian one, offers some food for thought regarding the protection of fundamental rights in the digital ecosystem.

Keywords: fundamental rights; social networks; Germany; Brazil.

¹⁰² L. Schiek, *Von der mittelbaren Drittwirkung zur unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater?*, cit., e M. Friehe, *Soziale Netzwerke in der Grundrechts-Klemme?*, in *VerfBlog*, 2021/5/07 ("Wer Facebook oder Twitter generell zur Weiterverbreitung von Beiträgen verpflichten will, verwechselt die Meinungsfreiheit mit einem Meinungsverbreitungsanspruch und ebnet die Unterscheidung zwischen grundrechtsgebundenem Staat und grundrechtsberechtigter Gesellschaft ein. Damit gerät auch die Staatsfreiheit der öffentlichen Meinungsbildung unter die Räder, weil der Staat künftig die Verbreitung von Meinungen erzwingen würde").