



Università
Ca'Foscari
Venezia

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO, MERCATO E PERSONA

CICLO XXXII

TESI DI RICERCA IN DIRITTO PRIVATO COMPARATO – IUS/02

SISTEMI REPUTAZIONALI E RESPONSABILITÀ CIVILE.

UN'ANALISI COMPARATA DELLE ESPERIENZE
ITALIANA E STATUNITENSE

Coordinatore del dottorato

Chiar.ma Prof.ssa Carmela Camardi

Supervisore

Chiar. mo Prof. Alessandro Somma

Dottoranda

Fabiana Accardo

956279

- INDICE SOMMARIO -

INTRODUZIONE	1
--------------------	---

CAPITOLO PRIMO

L'USO DELLA REPUTAZIONE IN PROSPETTIVA SOCIO-ECONOMICA

1. Considerazioni generali sulla reputazione a partire dagli studi sociologici	7
2. <i>Segue</i> : Una breve introduzione agli studi sul capitale sociale: il rapporto tra fiducia e reputazione.....	17
3. I mercati della fiducia: la reputazione come norma economica	20
4. <i>Segue</i> : La reputazione: da norma economica a norma sociale.....	25
5. Introduzione al <i>private ordering</i> : il ruolo del meccanismo reputazionale	34
6. <i>Segue</i> : Elementi essenziali del <i>private ordering</i> e regolazione statale	38
7. Il commercio dei diamanti di New York.....	47
8. <i>Segue</i> : Il <i>Diamond Dealers Club</i>	48
9. Disciplina antitrust e meccanismi reputazionali: brevi cenni sulla normativa antitrust statunitense	57
10. <i>Segue</i> : Note conclusive. I meccanismi reputazionali del <i>Diamond Dealers Club</i> nel confronto con il diritto antitrust.....	64

CAPITOLO 2

REPUTAZIONE E DIRITTO.

I SISTEMI REPUTAZIONALI TRA GIURISPRUDENZA E DOTTRINA:

UN' ANALISI RAGIONATA DEL PANORAMA ITALIANO E STATUNITENSE

1. Definizione dei sistemi reputazionali e individuazione dei problemi derivanti dal loro utilizzo.....	75
2. False recensioni online: tra tutela della reputazione economica e libertà di espressione.....	78
3. <i>Segue</i> : Il caso di Tripadvisor. Recensioni al vaglio delle Corti italiane.....	91
4. Controllo sulle recensioni online: quale responsabilità per le piattaforme?.....	99
5. <i>Segue</i> : Una recente sentenza made in Usa: <i>Dawn L. Hassel v. Bird</i>	103
6. La falsa recensione come pratica commerciale scorretta? Il provvedimento dell'AGCM e la sanzione amministrativa a Tripadvisor.....	119
7. <i>Segue</i> : il diverso orientamento del Tar Lazio sul caso Tripadvisor.....	132
8. L'emersione del fenomeno di astroturfing: ipotesi di <i>unfair deceptive practice</i> ?.....	139
9. <i>Segue</i> : Ancora sulle <i>unfair deceptive practices</i> : quali rimedi in capo all'imprenditore. Un caso emblematico della giurisprudenza statunitense.....	152

CAPITOLO 3

IL QUADRO TEORICO DI RIFERIMENTO.

PROPOSTE DI REGOLAZIONE EUROPEA E STATUNITENSE

1. Individuazione del quadro teorico di inserimento dei sistemi reputazionali.....	161
2. Attuale assetto europeo.....	183

3. <i>Segue</i> : La Comunicazione europea sull'economia collaborativa: quali sviluppi per i sistemi reputazionali?.....	198
4. La rilevanza dei sistemi reputazionali in ambito statunitense: il <i>Report</i> sulla <i>Sharing Economy</i> della FTC.....	210
5. <i>Segue</i> : Il <i>Consumer Review Fairness Act</i>	223
6. Brevi cenni conclusivi: la ricerca sui modelli di riferimento	229

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

I SISTEMI REPUTAZIONALI: REGOLAZIONE O AUTOREGOLAZIONE?

.....	239
-------	-----

BIBLIOGRAFIA	256
---------------------------	-----

INTRODUZIONE

Nello scenario contemporaneo l'informazione costituisce la parola chiave per l'accesso alla conoscenza, al punto che è sempre più frequente il ricorso al termine "economia delle informazioni"¹, evocatore di vaghezze interpretative e difficilmente sintetizzabile in una cristallizzata e nitida definizione linguistica.

Lo scambio di informazioni diventa centrale nel contesto digitale: qui l'informazione assume la veste di prodotto primario ed essenziale per sviluppare in misura sempre più diffusa nuovi modelli economici, in particolare quelli basati sulla condivisione², incentrati principalmente sullo sfruttamento di un numero illimitato di informazioni e generalmente prodotto dalla logica *peer-to-peer*. In questa logica è l'utente della Rete a inserire i dati necessari all'implementazione di queste moderne forme economiche. Tuttavia l'informazione è un alleato rilevante anche nell'ambito del commercio elettronico, che è direttamente afferente alla dinamica digitale.

Entrambi i fenomeni – commercio elettronico ed economia collaborativa – devono leggersi in una più ampia logica di mercato, in cui l'informazione presenta un'arma a doppio taglio: da un lato, favorisce modelli economici virtuosi, garantendo una sempre maggiore consapevolezza dell'utente; dall'altro, però è evidente che può facilmente diventare foriera di situazioni patologiche del sistema, con la conseguenza di dare vita ai fallimenti di mercato.

Una di queste situazioni è quella corrispondente all'insorgenza delle c.d. asimmetrie informative, in cui lo scambio informativo è distorto, poiché una parte ha un numero di informazioni considerevolmente inferiore – e dunque incomplete – rispetto ad un'altra, che – diversamente – gode di tutte le indicazioni necessarie per valutare la fattibilità e la convenienza di un affare; nel peculiare caso del commercio elettronico questa situazione è ben rappresentata dal rapporto tra consumatore e professionista.

¹ Tale espressione è richiamata da M. R. Patterson, *Antitrust Law in the New Economy*. Google, *Yelp, Libor and the Control of Information*, Londra, 2017, p. 4.

² Il riferimento va in particolare alla c.d. *sharing economy*, intesa alla stregua della definizione che attualmente ne dà l'*Oxford Dictionary*: «un sistema economico nel quale i beni o servizi sono condivisi tra privati gratuitamente o in cambio di una somma di denaro, tipicamente attraverso internet».

Tale condizione risulta dannosa per il lineare ed equilibrato svolgimento delle attività di mercato e ciò per via dell'insanabile incertezza sulla qualità della merce, come ben argomentato dall'economista G. Akerlof in uno dei suoi più famosi contributi sul funzionamento dei meccanismi di mercato³. Insomma l'asimmetria informativa è evidentemente acuita dalla dinamica della Rete, in cui sono presenti una serie di condizioni che comportano una distorsione informativa, accrescendo la complessità dei mercati; in particolare si tratta di alcuni elementi chiave intrinseci del panorama online: la distanza geografica, l'impossibilità di interagire di persona con la controparte, il carattere perlopiù anonimo di queste interazioni, ma anche l'assenza di un quadro di regole condivise⁴. Il tutto comporta inevitabilmente delle ricadute pregiudizievoli per il mercato e per i suoi attori.

È in questa scena, a dir poco frammentata e composta da molteplici elementi, che si inserisce il fenomeno oggetto di studio del presente lavoro di ricerca, vale a dire quello relativo ai c.d. *sistemi reputazionali*. Essi sono elaborati al fine ultimo di rimediare ai fallimenti di mercato derivati dalla presenza di comportamenti opportunistici che incrementano smisuratamente le asimmetrie informative ivi presenti. Occorre, dunque, delineare la definizione di sistema reputazionale fornita dalla dottrina: «una struttura informativa che aggrega e diffonde dati relativi alla reputazione individuale entro un certo contesto di riferimento, con la funzione di offrire indicazioni utili alla conclusione degli affari e favorire la creazione di fiducia nel mercato»⁵.

Strumenti questi con una valenza *ex ante* e disposti allo scopo preordinato di «stabilire la credibilità del singolo e contenerne i rischi di inadempimento»⁶: in qualche misura cercano di deviare all'assenza di fiducia sempre più evidente nel panorama economico e sociale. L'emersione di tali mezzi è in continua crescita; infatti è sempre più frequente rinvenire nel web piattaforme del commercio elettronico o dell'economia collaborativa volte alla valutazione di chi offre bene e/o

³ G. Akerlof, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and Market Mechanism*, in 84 *The Quarterly Journal of Economics* (1970), pp. 488-500.

⁴ Così sul punto G. Smorto, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Europa e diritto privato*, n. 1/2016, p. 200.

⁵ E. Goldman, *The Regulation of Reputatoin Information*, B. Szoka- A. Marcus (eds.), in *The Next Digital Decade on the Future of the Internet*, Washington D.C., 2010, p. 294. Dello stesso avviso anche G. Smorto, *Reputazione, cit.*, p. 206.

⁶ Ivi, p. 201.

servizi, ma anche di chi li acquista. Gli esempi emblematici sono innumerevoli: Ebay e Amazon, che misurano l'affidabilità degli operatori economici; Avvo, che invece consente la valutazione di professionisti avvocati; ancora Tripadvisor e Yelp in cui sono albergatori e ristoratori ad essere valutati e, in alcuni casi, classificati.

Il fenomeno sembra, dunque, recente e emerso nel peculiare contesto della Rete.

Ciò non può ritenersi del tutto corretto; ed invero alcune esperienze economiche di determinati settori dei mercati tradizionali smentiscono questo assunto.

Le parole chiave nella definizione dei sistemi reputazionali sono reputazione e fiducia; due concetti non certo nuovi all'ambito economico e sociologico. Infatti, la creazione di fiducia è da sempre legata a doppio filo con il concetto di reputazione: più banalmente, una solida e buona reputazione consente una maggiore propensione a fidarsi di qualcuno. Così è avvenuto anche in alcuni modelli di mercato che hanno sviluppato dei sistemi privati di regolazione delle controversie basati essenzialmente sullo scambio delle informazioni reputazionali e sul timore delle conseguenti sanzioni di natura prettamente extra-giuridica⁷. In queste comunità la reputazione era considerata alla stregua di una norma sociale, produttrice delle c.d. *sanzioni reputazionali*, le quali derivavano dalla «inevitabile conseguenza del processo di reificazione della reputazione nel contesto economico»⁸. Esse, quindi, si ponevano in qualità di valide e preferibili alternative alla rigidità e all'inefficienza dei rimedi offerti dal diritto.

Indubbiamente, alla luce di queste esperienze economiche, gli odierni sistemi di reputazione del commercio elettronico e dell'economia collaborativa presentano delle similitudini: anche nella dinamica digitale l'uso della reputazione potrebbe

⁷ Si fa peculiare riferimento alle esperienze economiche dettagliatamente affrontate nel capitolo I del presente lavoro di ricerca e attinenti ai mercati medievali, sviluppatasi nell'XI secolo; ma anche a fenomeni più recenti quale il sistema di *private ordering* instaurato nel commercio dei diamanti. Si analizzerà, in particolare, il funzionamento e il ruolo della reputazione presente nel *Diamonds Dealers Club* di New York. In relazione all'esperienza del circuito dei mercati magrebini, si fa specifico riferimento ad A. Greif, *The Maghribi Traders: a Reappraisal?*, in 65 *The Economic History Review* (2012), pp. 445-469. Con riguardo alla più recente esperienze del *Diamond Dealers Club* si deve avere riguardo a B. D. Richman, *Stateless Commerce. The Diamond Network and the Persistence of Relational Exchange*, Cambridge, 2017.

⁸ Così V. Zeno Zencovich, *Comunicazione, reputazione, sanzione*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica (II)*, 2007, p. 272.

rappresentare una valida alternativa ai tradizionali portati giuridici. E a tal proposito occorre rilevare il fatto che – come si vedrà – tali sistemi attualmente sono lasciati quasi esclusivamente alle logiche di mercato in una prospettiva neoliberale, mascherando tale deriva con il tentativo di creare delle forme di *empowerment* del consumatore, in grado – secondo la logica *peer-to-peer* – di produrre e ricevere informazioni utili all’assunzione delle proprie decisioni di mercato.

La tesi non risulta convincente: i sistemi reputazionali consentono un efficiente scambio informativo che nell’intento originario della loro creazione avrebbe dovuto fungere da mezzo per appianare la presenza di asimmetrie, garantendo maggiore consapevolezza in capo alla parte debole del rapporto contrattuale – il consumatore – e in tal modo consentendo anche una riduzione delle controversie giuridiche potenzialmente nascenti da essi, prevenendo in qualche misura tale eventualità.

Ad una più attenta analisi, è chiaro che tali sistemi siano forieri di problematiche sempre più evidenti, che inevitabilmente informano il contesto giuridico. Infatti, innumerevoli sono le controversie recentemente insorte sul contenuto dei sistemi di reputazione: le recensioni e i *feedback* online – volti alla valutazione di operatori economici, professionisti, lavoratori sul mercato – stanno causando degli effetti distorsivi rispetto allo scopo iniziale a cui la loro elaborazione mirava. Ed invero, il panorama di riferimento risulta quantomeno frammentato, non essendovi una regolazione giuridica in materia.

È invece l’apporto giurisprudenziale a fornire i primi risultati tangibili sul tema, ma il pieno sviluppo degli orientamenti sulla responsabilità eventualmente ascritta alle piattaforme online che elaborano tali sistemi, è tuttora ostacolato da una lacuna normativa che non consente di fornire un chiaro indirizzo su come affrontare il dilagante fenomeno delle false e ingannevoli recensioni presenti sulla Rete. Esso causa rilevanti pregiudizi sia in capo agli operatori economici del mercato valutati che ai consumatori alla ricerca di informazioni il più possibile complete, che alle volte sono fuorvianti del loro consenso contrattuale.

È evidente, allora, la complessità del tema oggetto di analisi, il quale può essere affrontato da molteplici punti di vista.

Alla luce delle considerazioni sinora esposte, il lavoro di ricerca propone una prima parte dedicata alla ricostruzione socio-economica delle tendenze in materia di

reputazione e del suo uso critico nell'ambito del mercato, con un *focus* sui differenti approcci susseguitisi nel tempo.

Una seconda parte incentrata sull'analisi della struttura, del funzionamento e delle problematiche giuridiche emergenti dai sistemi reputazionali. L'indagine verterà sulla disamina - in ottica comparata - dei più recenti orientamenti giurisprudenziali in materia, valutando quali siano i profili maggiormente affrontati dalle corti italiane e statunitensi, al fine di verificare le differenze o le similitudini nei metodi assunti per arginare il fenomeno.

Infine, una terza parte destinata ad accertare quale sia il quadro teorico europeo e statunitense di riferimento in cui i sistemi reputazionali sono inseriti.

In questo contesto occorre inoltre considerare se, allo stato dell'arte, sia possibile intravedere delle proposte di regolazione o se i sistemi di reputazione siano lasciati alle incontrollabili logiche di mercato dei grandi "colossi" dell'informazione.

CAPITOLO PRIMO

L'USO DELLA REPUTAZIONE IN PROSPETTIVA SOCIO-ECONOMICA

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali sulla reputazione a partire dagli studi sociologici - 2. *Segue*: Una breve introduzione agli studi sul capitale sociale: il rapporto tra fiducia e reputazione - 3. I mercati della fiducia: la reputazione come norma economica - 4. *Segue*: La reputazione: da norma economica a norma sociale - 5. Introduzione al *private ordering*: il ruolo del meccanismo reputazionale - 6. *Segue*: Elementi essenziali del *private ordering* e regolazione statale - 7. Il commercio dei diamanti di New York - 8. *Segue*: Il *Diamond Dealers Club* - 9. Disciplina antitrust e meccanismi reputazionali: brevi cenni sulla normativa antitrust statunitense - 10. *Segue*: Note conclusive. I meccanismi reputazionali del *Diamond Dealers Club* nel confronto con il diritto antitrust.

1. Considerazioni generali sulla reputazione a partire dagli studi sociologici

Parlare di reputazione implica in primo luogo l'elaborazione di considerazioni sul ruolo che essa assume nell'ordine sociale. Non esiste una teoria generale in grado di descrivere la reputazione. Il termine è di per sé vago al punto che molti studiosi hanno tentato di descriverne la natura. Il giurista Richard A. Posner nel suo elogio al noto giudice Cardozo⁹ ha dedicato spazio al concetto generale di reputazione, accertando che la sua complessa natura ha portato all'impossibilità di riscontrare un'univocità nell'espressione e per tale ragione l'ha definita nel suo senso più comune, attinente all'essere "*widely regarded in a good light*" e, dunque, riguardante l'avere una considerazione positiva di un soggetto. In questa accezione, la reputazione è sostanzialmente equivalente al concetto di fama, una "risorsa scarsa" a disposizione di pochi, relativa e valutabile. Se la reputazione è associata alla fama e alla visibilità secondo la teoria elaborata da Posner, sorge anche la necessità di misurarla in quanto essa non è qualcosa che si possiede intrinsecamente, ma la sua costruzione è un graduale percorso di accumulazione di atteggiamenti propositivi e

⁹ Il riferimento va a R. A. Posner, *Cardozo. A Study in Reputation*, Chicago, 1990, p. 58 ss.

di una buona considerazione nei confronti di un determinato soggetto con il ruolo di *reputee*, vale a dire colui la cui reputazione è valutata. Sulla base dell'accostamento tra reputazione e fama, Posner ha ritenuto che il miglior esempio in termini descrittivi della teoria della reputazione sia rappresentato dalla sfera accademica, in cui assume importanza il numero di citazioni al fine di misurare la qualità e l'intrinseco merito del lavoro di un soggetto; è questo che influenza l'opinione dei consociati riguardo la credibilità della costruzione di una figura di rilevanza scientifica. La reputazione - e più in particolare la fama - funge da indice di qualità prevalente e significativo. Analogamente, ciò avviene nell'ambito giudiziale in cui la citazione dei giudici nelle sentenze porta a conferire spessore professionale nel diritto. Se in tale visione la reputazione è intesa nella mera accezione di fama - come immagine di un soggetto agli occhi degli altri - essa ha però il difetto di non riuscire a cogliere le innumerevoli sfaccettature del concetto sottoposto ad analisi. Infatti considerare la reputazione solo da questo punto di vista potrebbe provocare delle distorsioni nella sua accezione non permettendo di analizzarlo a pieno.

Per questa ragione occorre sviscerare la nozione a partire dalla sua derivazione linguistica per poi tentare di dare conto di come tale tema sia stato trattato in diversi ambiti scientifici: dapprima negli studi sociologici ed economici e successivamente in quelli giuridici, in cui la reputazione è da sempre stata intesa in stretta correlazione con l'onore¹⁰ e connessa *tout court* alla personalità umana, vale a dire quella particolare attitudine ad essere titolare di diritti e doveri giuridici¹¹, costituendo pertanto l'oggetto di tutela sulla base dei rimedi presenti nei differenti ordinamenti in cui è di volta in volta inserita.

Il tema però - almeno ad una prima analisi - deve necessariamente essere affrontato indagando profili differenti da quelli evidenziati nel contesto giuridico. Ed invero partendo da una mera nozione linguistica, essa deriva dal verbo latino *pūtare* che indica letteralmente "valutare, stimare, considerare", mentre il suffisso *re-*

¹⁰ Più generalmente sul concetto di onore si veda tra tutti: De Sanctis Ricciardone, *voce Onore* (parte I, disciplina privatistica), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXIV, Roma, 1991, pp. 1-15; E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974.

¹¹ Sul punto A. De Cupis, *I diritti della personalità*, Padova, 1982. In particolare l'autore ritiene che la personalità «non superi l'essenza di una semplice qualità giuridica» e che precisamente l'attitudine indichi «valore giuridico virtuale, potenziale» per cui la stessa coincida con il termine di capacità giuridica.

denota l'elemento della ripetizione, insito nei caratteri costitutivi del concetto di reputazione: la dimensione in cui si inserisce è dunque fondamentalmente sociale.

In ambito sociologico per reputazione si intende «un potente sistema a retroazione del sé, che delinea la nostra identità sociale»¹², essa integra un valore relazionale inerente la sua funzione di misuratore sull'accettazione o sul rifiuto dell'individuo da parte della società o del gruppo a cui appartiene. Si tratta, quindi, di una componente oggettiva dell'identità sociale, perché strettamente dipendente dal giudizio altrui dato sulla base delle azioni passate per cui il soggetto valutato si è contraddistinto; si compone, quindi, di azioni che creano delle aspettative sull'affidabilità o sulla non affidabilità, stabilendone anche la sua credibilità futura¹³.

Sul punto, il critico letterario Marcel Proust riteneva che nella costruzione nella reputazione centrale fosse la percezione dell'altro sulla persona valutata¹⁴.

Ogni interazione sociale – sia che essa avvenga nel mondo fisico, sia che essa si svolga nel mondo virtuale – porta con sé una rilevante dimensione valutativa di giudizio reciproco tra coloro che sono parte di quell'interazione¹⁵ e di conseguenza conduce alla «la stabilizzazione temporale delle aspettative di una pluralità di agenti, relative a certe qualità (positive o negative) di specifici individui, gruppi e istituzioni»¹⁶. Il tutto comporta un'inevitabile connessione con i concetti di fiducia –

¹² Così G. Origgi, *La reputazione. Chi dice che cosa di chi*, Milano, 2016, p. 3 ss. Nell'ambito sociologico, l'a. discute ampiamente di reputazione sotto diversi punti di vista. In particolare, la tematica è affrontata più diffusamente in relazione a come nasce la reputazione nell'essere umano, intesa come coscienza di sé legata allo stadio in cui il bambino riconosce se stesso nella propria immagine riflessa. Ciò indica la precocità della rilevanza dell'aspetto sociale nella cognizione. A partire da tali premesse, il discorso è declinato nel senso di analizzare diversi aspetti in cui interviene la reputazione legata non soltanto all'immagine identitaria dei soggetti, ma che si inserisce in particolare modo nel panorama dell'informazione quale fonte di influenza – positiva o negativa – nei giudizi e nelle azioni umane. In questo assetto così variegato, è importante studiare i meccanismi attraverso cui si forma la reputazione, le modalità del suo funzionamento, soprattutto se si fa riferimento all'ambito delle nuove realtà digitali, quali l'e-commerce.

¹³ G. Origgi, *Designing Wisdom through the Web. Reputation and the Passion for Ranking*, in H. Landemore – J. Elster (eds.), *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms*, Cambridge, 2012, p. 42 ss.

¹⁴ «Ces réputations là, même varies, sont faites avec les idées des autres». M. Proust, *À la recherche du temps perdu. Du côté de chez Swann*, vol. 1, Paris, 1919, p. 313 ss.

¹⁵ G. Origgi, *A Social Epistemology of Reputation*, in *26 A Journal of Knowledge, Culture and Policy*, (2012), p. 401.

¹⁶ A. Mutti, *Reputazione*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, XLVIII, n. 4/2007, p. 601. Per una panoramica più generale sul fenomeno della reputazione si vedano i seguenti contributi: A. Pizzorno, *Il velo della diversità. Studi su razionalità e riconoscimento*, Milano, 2007, pp. 220 ss.; L. Savadori e R. Rumiati, *Reputation and Efficiency in Social Interaction: An Example of Networks Effects*, in *96 American Journal of Sociology* (1990), pp. 626-654; S. E. Merry, *Rethinking Gossip And Scandal*, in D. Black (ed.), *Toward a General Theory of Social Control*, New York, 1984, p. 271 ss.

implicante la costruzione di una reputazione positiva – e di sfiducia, in questo caso il riferimento ad una reputazione negativa. Da ciò si desume che la reputazione non è semplicemente un'opinione, ma un particolare strumento veicolo di informazione – più nel dettaglio un'informazione valutata – filtrata e successivamente commentata da altri. In questo scenario i mezzi di circolazione della reputazione sono differenti e possono dividersi in *reputazioni informali* e *reputazioni formali*.

Le prime fanno riferimento ad una serie di fenomeni socio-cognitivi che riguardano delle fonti informali di diffusione delle informazioni reputazionali; è questo il caso delle opinioni diffuse tramite le voci, i gossip o ancora i pettegolezzi: si tratta sostanzialmente delle c.d. *cascade informative*, che si realizzano nel momento in cui un gruppo di soggetti accetta un'opinione e l'acquiesce come vera trasmettendola ad altri, ma senza effettivamente verificarne l'autenticità. Questa forma di divulgazione reputazionale comporta rilevanti problematiche concernenti distorsioni informative perché trattasi di un mezzo secondario di passaggio delle opinioni, che non sono tracciate in modo chiaro e ufficiale, ma si contraddistinguono esclusivamente dalla circolazione ripetuta tra una pluralità persone. Ciò provoca un fenomeno molto studiato dalle scienze sociali e denominato *ignoranza pluralistica* che coinvolge più persone inserite all'interno di un gruppo: ciascuna di esse ritiene che le altre abbiano più informazioni su un determinato argomento e per tale ragione crede di doversi conformare ad un certo comportamento o ad una determinata opinione in modo tale da rimanere parte del gruppo stesso. In questo processo di *opinion-building* sussiste, dunque, una discrepanza tra la norma sociale che un individuo ritiene sia vigente e il proprio modo di pensare¹⁷. Un tale fenomeno crea una situazione di uniformazione alle opinioni altrui e costituisce anche uno dei veicoli per la diffusione dell'informazione reputazionale che il più delle volte risulta falsata dal basso livello dei contenuti informativi¹⁸.

Se questo è il panorama in cui si sviluppano le *reputazioni informali*, occorre ora delineare i tratti costitutivi delle *reputazioni formali* o "oggettivate": si tratta di una categoria che comprende strumenti che veicolano la reputazione diversamente

¹⁷ Con riferimento al tema del fenomeno di ignoranza pluralistica gli studi si riferiscono nello specifico all'ambito della psicologia sociale. Si veda per tutti G. Grossi, *L'opinione pubblica: Teoria del campo demoscopico*, Bari, 2004.

¹⁸ G. Origgi, *La reputazione*, cit., p. 44-46.

rispetto alle forme reputazionali descritte in precedenza. In questo caso, infatti, si fa riferimento a sistemi di oggettivazione, quali ad esempio: i voti, le etichette, i sistemi di valutazione e ancora la gerarchizzazione delle informazioni sulla base dell'utilizzo di algoritmi. Si tratta di meccanismi strutturati, in cui la reputazione assume il ruolo di un autorevole sistema di classificazione dell'informazione, interpretata alla stregua di una "grandezza simbolica" che trasmette un segnale relativo alla stabilizzazione o alla destabilizzazione di un giudizio sociale su un individuo¹⁹. In sostanza la reputazione costituisce un elemento essenziale del fenomeno definito - in sociologia - di *intelligenza collettiva*, in cui il sapere altrui può essere un ulteriore mezzo di accesso alla conoscenza e la sua acquisizione è veicolo di valutazione attraverso lo strumento algoritmico che ha permesso un cambiamento nella costruzione delle forme oggetto del sapere e nella sua costruzione. Questo è ancora più vero con l'insorgenza di Internet e della realtà del web in cui l'informazione è socialmente distribuita e controllata con meccanismi che permettono la raccolta e la valutazione dei comportamenti individuali. Esempi di questi meccanismi di diffusione informativa con carattere formale sono i sistemi di filtraggio collaborativo, che analizzano le preferenze degli utenti attraverso lo studio dei comportamenti tenuti all'interno di una comunità digitale. Il sociologo Richard Rogers - nello studiare tali fenomeni - ha ritenuto che nel panorama del digitale le dinamiche che si realizzano possono essere ambivalenti, vale a dire di tipo "volontario" o "non volontario": è questa prima categoria a dominare nella realtà del web, sulla base dei *feedback* informativi rilasciati dagli utenti²⁰.

Sono, quindi, meccanismi di filtraggio collaborativo i sistemi di reputazione che costituiscono un particolare modello algoritmico teso a classificare gli agenti presenti all'interno di un determinato contesto di riferimento e la cui classificazione avviene attraverso la diffusione reciproca di opinioni di coloro che lo popolano, raccogliendo, distribuendo e riunendo i *feedback* relativi al comportamento passato dei partecipanti. È questo il caso delle piattaforme dell'*e-commerce* di *Ebay* o di *Amazon*, in cui si conserva traccia delle interazioni avvenute tra utenti e la cui

¹⁹ Ivi, p. 131.

²⁰ Sul tema si veda più genericamente R. Richard, *Information Politics on the Web*, Boston, 2005.

funzione è quella di gestire le correlazioni tra di essi per diffondere informazioni sulle preferenze altrui sulla base dell'affidabilità degli agenti che vi operano.

I giudizi degli utenti sono riuniti da tali sistemi all'interno di un profilo di ciascun utente, in cui appaiono le valutazioni sia positive che negative di modo che chiunque possa visualizzarle. La reputazione ha, allora, un valore reale e misurabile perché l'informazione reputazionale diventa fondamentale per l'assunzione di una decisione consapevole sull'acquisto di un determinato bene o servizio. In questo contesto il valore della reputazione non è più meramente astratto e insuscettibile di trovare una definizione, anzi si concretizza in qualità di un'informazione sociale che ha un forte impatto anche sulla regolazione di queste piattaforme: lo strumento reputazionale regola la piattaforma attraverso la cooperazione degli utenti. Infatti l'impatto è così rilevante che alla mancata valutazione e, quindi, laddove non vi sia una partecipazione attiva conseguono sanzioni di tipo sociale con diversi livelli di gravità. Nel caso in cui un utente non prenda parte al processo di valutazione potrà ricevere una scarsa valutazione da parte degli altri, oppure nel caso più grave – cioè laddove siano violate le regole operative della piattaforma – si arriverà sino alla completa esclusione dalla comunità. Lo scenario presentato appare piuttosto variegato, è per questa ragione che l'analisi sociologica si è soffermata sugli studi relativi alla reputazione e di conseguenza alle nuove dinamiche che da essa si sviluppano. Le attuali tecniche di filtraggio collaborativo presenti sul web costituiscono un incisivo strumento reputazionale che produce classifiche e gerarchie, oltre che fornire informazioni valutate utili all'acquisizione di maggior consapevolezza nell'implementazione dei meccanismi di fiducia sociale.

Il tema reputazionale assume ancora più rilevanza se calato – muovendosi pur sempre all'interno del panorama meramente sociologico – in quel particolare e specifico settore della sociologia economica²¹, che è stato definito sociologia della

²¹ Gli odierni studi sociologici riguardanti il settore economico hanno indagato l'assetto reputazionale proprio con riferimento alle prime piattaforme di *e-commerce*, previamente descritte. A questo proposito sociologi hanno studiato l'influenza della reputazione nell'ambito di Ebay in cui – a seguito delle transazioni tra privati di beni – la recensione di acquirenti e venditori diventa fondamentale per i successivi scambi effettuati dagli utenti della piattaforma che valutano il bene e al tempo stesso anche la condotta dell'agente economico coinvolto, determinando da un lato il futuro economico dello stesso; dall'altro fornendo un ottimo strumento per ridurre quell'incertezza che caratterizza gli scambi, acuita maggiormente con l'emergere dei fenomeni dell'Internet e del commercio elettronico. G.J. Mailatah, L. Samuelson, *Affective Attachment in Electronic Markets: A*

valutazione: si tratta di un ambito di ricerca in cui si indagano le dinamiche di mercato e che si occupa di capire come si crea e si stabilizza valore al fine di compensare le asimmetrie informative, fondate sull'incertezza qualitativa dei beni venduti e dei soggetti che li immettono sul mercato. Difatti i mercati distribuiscono la conoscenza in modo asimmetrico: la mancanza di alcune informazioni in capo a certi soggetti e la presenza di esse in capo ad altri determina una problematica rilevante, non essendo prevedibile l'agire umano. Anche in questo contesto emerge la nozione di reputazione, lungamente studiata per il suo ruolo fondamentale nell'ambito del mercato. Già Adam Smith riteneva che l'obiettivo di ciascun individuo fosse quello di "essere ritenuto rispettabile da un lato; di essere rispettato dall'altro"²², situazione questa che dipendeva per lo più dalla buona opinione dei vicini e dei pari: senza una condotta tollerabilmente regolare, difficilmente la rispettabilità si sarebbe ottenuta. In questa prospettiva A. Smith osservava come la reputazione fosse effettivamente un fattore oltreché socialmente rilevante, anche economicamente vantaggioso poiché configurava uno strumento volto al coordinamento di attività economiche in uno spazio in cui avvenivano transizioni tra le parti, ma che per sua natura risultava decentrato. La reputazione allora è molto di più di una pura informazione; è un'informazione valutata ed è per questo che gli individui sono così interessati nel mantenere una buona reputazione. Nella *Teoria dei sentimenti morali*, egli sosteneva che fosse la positività di una reputazione a dare dei vantaggi nell'ambito del mercato: qui la reputazione rappresentava l'aspettativa futura su un individuo sulla base delle azioni passate, un segnale in grado di valutare la sua affidabilità.

Proprio sulla base della teoria della reputazione come insieme di segnali presenti sul mercato, George Akerlof ha discusso della questione legata all'incertezza sulla qualità della merce²³ – nell'esemplificativo mercato delle automobili usate che rischia di comportare un'autodistruzione dei meccanismi economici per via di quel disequilibrio informativo che si forma tra consumatore e venditore. Un mercato siffatto necessita, dunque, di garanzie di tipo reputazionale

Sociological Study of eBay, in V. Nee – R. Swedberg (eds.), *The Economic Sociology of Capitalism*, Princeton, 2005.

²² A. Smith, *Teoria dei sentimenti morali*, Milano, 2009, p. 168 ss.

²³ Cfr. G. Akerlof, *The Market for "Lemon"*, cit., p. 490 ss.

per il consumatore, parte debole negli scambi di tipo economico. Tali garanzie, nei mercati, sono costituite da etichette, certificazioni e linee guida. Questi sono tutti dispositivi funzionali per recuperare e per diminuire quel *gap* di conoscenze tra venditore e consumatore non limitandosi più ad essere mera informazione.

Essa assume, invece, i tratti di un mezzo strategico di interazione: una valutazione reiterata nel tempo che permette di segnalare l'affidabilità di un determinato soggetto che opera nel mercato, assurgendo ad elemento essenziale per il suo corretto funzionamento. Diventa centrale, allora, la costruzione e la decostruzione della reputazione come fatto sociale e veicolo di fiducia o di sfiducia.

In tempi più risalenti, la soluzione di Friederich A. Hayek poneva attenzione al valore informativo del prezzo. A questo proposito egli aveva riscontrato che nella dinamica dello scambio uno dei problemi più rilevanti fosse costituito dalla necessità di comprendere il meccanismo della cooperazione tra individui a fronte di una informazione disseminata parzialmente. E proprio per via dell'incompletezza di questa informazione, doveva essere il prezzo a coordinare le azioni dei singoli, le credenze e i loro comportamenti, agendo come riduttore collettivo dell'incertezza e dell'asimmetria informativa²⁴.

La questione, dunque, è legata alla difficoltà di ottenere informazioni sul mercato e per superare questo ostacolo i sociologi ricorrono all'uso della fiducia e della reputazione come componenti cruciali per facilitare le transazioni e ridurre il rischio derivante dalla mancanza di tutte le informazioni necessarie per porre le parti in una situazione di parità. In questo ambito, è la valutazione della reputazione ad assumere centralità attraverso l'utilizzo di dispositivi che riducono – fino a farlo scomparire – il deficit conoscitivo del consumatore su un determinato prodotto, con l'intento di «dissipare l'opacità del mercato»²⁵.

Così l'analisi sociologica ed economica della reputazione si fondono in un ambito di studi dedicato alla sociologia economica che cerca di spiegare gli scambi

²⁴ F. A. (Von) Hayek, *The Use of Knowledge in Society*, in *35 American Law Review* (1945), p. 519: «The peculiar character of the problem of a rational economic order is determined precisely by the fact that the knowledge of the circumstances of which we must make use never exists in concentrated or integrated form, but solely as the dispersed its of incomplete and frequently contradictory knowledge which all the separate individuals possess».

²⁵ G. Origgi, *La reputazione*, cit., p. 67.

tra individui presenti nel mercato tramite il ricorso alle relazioni sociali orientate da criteri di giudizio²⁶.

Tale approccio sociologico allo studio della reputazione nell'ambito del mercato non può essere avulso dal contesto sociale di riferimento: l'azione economica deve essere necessariamente calata all'interno di una realtà sociale più ampia. Perciò in sociologia economica si fa riferimento ai concetti di *embeddedness*²⁷, vale a dire l'idea secondo cui debba sussistere un radicamento delle relazioni economiche tra individui inseriti in delle reti sociali preesistenti al mercato. Ad essere centrale è l'esistenza di un *network* che consente l'evoluzione dei comportamenti cooperativi al fine di scoraggiare l'azzardo morale, in cui la presenza di relazioni sociali permette la produzione di fiducia nella vita economica.

Si tratta di un panorama in cui gli attori economici basano le loro scelte di acquisto sulla qualità delle informazioni reputazionali di controparte. In questo scenario l'economia e, di conseguenza, gli attori che operano nel mercato non sono più atomizzati rispetto alla sfera sociale: ne deriva un rifiuto della nota teoria della scelta razionale incentrata sull'analisi delle strategie di azione umana, scarsamente influenzata dal funzionamento delle istituzioni o da dimensioni extra-economiche.

²⁶ L. Karpik, *L'économie des singularités*, Parigi, 2007. Lucien Karpik, sociologo dell'economia francese, incentra il suo lavoro nel concetto delle c.d. singolarità. Si tratta, in particolare, di beni sempre più numerosi, il cui valore di mercato non è meramente quantitativo, bensì qualitativo: così i prodotti presenti in un mercato hanno effettivo valore solo se giudicati positivamente o negativamente dal resto della comunità. Sono, dunque, valutazione e giudizio a creare un peso differente nell'ambito degli scambi di mercato, non l'elemento puramente legato alla quantità del prodotto scambiato.

²⁷ Tale concetto è usato per la prima volta dal sociologo Mark Granovetter che afferma nei suoi scritti la dimensione relazionale della vita economica, in sostanza un concetto che «sottolinea il ruolo delle relazioni personali o concrete delle strutture (*o network*) di tali relazioni nel generare fiducia [...] sono le relazioni sociali più che le strutture istituzionali o la moralità generalizzata le principali responsabili di fiducia nella vita economica». Egli, dunque, afferma così che l'azione economica è *encastré* all'interno di reti di rapporti interpersonali. Questo concetto è ripreso anche negli studi di Karl Polanyi, che lo orienta in una direzione del tutto differente. Egli infatti ha ritenuto che il mercato dovesse essere disancorato dal contesto sociale circostante, producendo di fatto un'eccezione storica del fenomeno di economia *disembedded*. Si tratta, dunque, di una scomposizione del termine, da cui consegue una l'indeterminatezza del concetto di *encastrement*. All'approccio di Granovetter, che dimostra come i fattori economici siano sostenuti da reti di rapporti interpersonali, è possibile aggiungere le analisi in base alle quali i fattori economici sarebbero incorporati all'interno della cultura (Weber), della società globale (Polanyi), dello Stato e della politica (scuola della *regulation*), oppure dell'economia stessa (Scuola delle Convenzioni). J. Laville, *Embeddedness e nuova sociologia economica: da Granovetter a Polanyi e Mauss*, in *Sociologia del lavoro*, vol. 93, 1998, p. 105. Per una ricostruzione più approfondita del tema si vedano: M. Magatti, *Sociologia economica e teoria sociale, in Stato e Mercato*, n. 51, 1997, p. 458 ss.; M. Granovetter, *Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness*, in *91 American Journal of Sociology* (1985), p. 481 ss.; K. Polanyi, *La grande trasformazione*, Torino, 1974.

Al contrario secondo Friederich Von Hayek la società e il conseguente valore sociale dello scambio rappresentano un limite al pieno sviluppo del mercato: il mercato deve configurarsi come ordine sociale spontaneo prodotto dal mercato stesso, un «ordine globale superiore ad ogni altra forma istituzionale, giuridica o sociale»²⁸.

Dunque nell'ottica assunta dalla nuova sociologia economica, l'azione economica altro non è che un'azione sociale; allo stesso modo, quindi, il mercato deve configurarsi come una costruzione sociale.

L'idea di *embeddedness* può presentare due categorie: l'una relazionale e l'altra strutturale. La prima riguarda la forte influenza – diretta o indiretta – sugli attori economici da parte di altri attori commerciali, vale a dire i *partners* con cui interagiscono. In questo contesto è la fiducia la base per costruire relazioni commerciali solide e concrete. Solo attraverso la fiducia è possibile sviluppare delle complesse reti di scambio, in cui l'interazione sociale tra le parti coinvolte ricopre un ruolo decisivo²⁹. Questo porta alla seconda categoria vale a dire l'*embeddedness* di tipo strutturale, quella maggiormente studiata dal sociologo Mark Granovetter le cui ricerche sviluppano l'indagine sul tema della *network analysis*³⁰, declinata dalle scienze sociali all'ambito del mercato. In questo contesto Granovetter studia le modalità di acquisizione delle informazioni nell'azione economica: qui agiscono le *embaddedness* – che per l'appunto rappresentano quel radicamento delle attività economiche nella società – in cui il soggetto che fornisce l'informazione economica non è controparte di uno scambio, ma un terzo parte di un determinato *network* di appartenenza e gli attori economici si affidano alle informazioni da lui fornite³¹.

²⁸ A. Simone, *Neoliberalismo, giustizia sociale e crisi della fiducia nelle società contemporanee. Note su un'asimmetria*, in L. D'Alessandro – A. Montanari (a cura di), *Diseguaglianze crisi della fiducia. Diritto, politica e democrazia nella società contemporanea*, Milano, 2018, p. 270.

²⁹ Cfr. M. Magatti, *Sociologia economica*, cit., pp. 463-466.

³⁰ La scuola di pensiero della *network analysis* – studiata in antropologia e in psicologia – parte dalla ricerca delle dinamiche relazionali interpersonali. La teoria delle reti sociali vede la società come una rete di relazioni estese e strutturate, un insieme di nodi (o membri del sistema sociale) e di legami che indicano le loro interconnessioni. Lo scopo è quello di descrivere dei modelli stabili di relazioni tra le parti del sistema sociale. Una teoria che si rifà allo studio della “geometria del sociale” di Simmel, vale a dire l'analisi della forma pura nelle relazioni a prescindere dai loro contenuti e l'influenza delle relazioni di gruppo sull'individuo. Così F. Piselli, *Reti sociali e comunicative*, in F. Piselli (a cura di), *Reti. L'analisi di network nelle scienze sociali*, Roma, 2001, p. IX ss.

³¹ W. Przepiorka, *Reputation in Offline and Online Markets: Solutions to Trust Problems in Social and Economic Exchange*, in *16 Economic Sociology* (2014), p. 5 ss.

Il mercato si presta naturalmente all'applicazione di queste tecniche, infatti nonostante la complessità degli scambi economici, la rete relazionale ha una funzione fondamentale perché comporta la modifica stessa dell'azione economica.

Secondo questa teoria l'agire economico è inevitabilmente inserito in uno scenario composto da rapporti sociali che ne plasmano la logica di strutturazione³²: È tale nuova strutturazione che porta alla centralità di temi che l'economia classica e neoclassica non hanno mai preso in considerazione, tra cui il ruolo svolto dalla fiducia nell'azione economica, o ancora, la natura dei legami che vincolano in modo reciproco i soggetti operanti su un dato mercato³³. La costruzione sociale del mercato consente, in sostanza, di rivisitare le rigide teorie che lo inquadravano in una mera «somma di comportamenti atomistici di tipo concorrenziale sulla base di una supposta natura economica dell'uomo»³⁴: al contrario la sfera economica deve intendersi come un prodotto di azioni e strutture relazionali inserite e influenzate dalla rete sociale.

Se il mercato è una costruzione sociale, allora la complessità nella regolazione delle interazioni degli attori operanti al suo interno comporta la necessità di predisporre segnali reputazionali che favoriscano la fondazione di pilastri normativi dell'azione sociale nei contesti di mercato per veicolare la fiducia.

2. Segue: Una breve introduzione agli studi sul capitale sociale: il rapporto tra fiducia e reputazione

Nella rivalutazione della dimensione sociale delle relazioni economiche, assume rilevanza il riferimento al capitale sociale. La nozione è introdotta dal sociologo statunitense Lyda Hanifan nel primo Novecento: egli definì il capitale sociale come «elementi tangibili che contano più di ogni altra cosa nella vita quotidiana delle persone: la buona volontà, l'amicizia, la partecipazione e rapporti

³² Così M. Magatti, *Sociologia economica*, cit., p. 469.

³³ Cfr. M. Granovetter, *Economic Action*, cit., p. 483 ss.

³⁴ M. Magatti, *Sociologia economica*, cit., p. 471.

sociali tra coloro che costituiscono un gruppo sociale [...]»³⁵, tendenzialmente limitato all'ambito delle relazioni interpersonali tra gli individui appartenenti ad una stessa comunità e teso al migliore funzionamento della comunità stessa. Negli anni Settanta il termine è ripreso dagli studi di Pierre Bourdieu per spiegare i benefici derivanti dalla valorizzazione del capitale sociale. Quest'ultimo è inteso come «l'insieme delle risorse attuali o potenziali legate al possesso di una rete sostenibile di relazioni più o meno istituzionalizzate di riconoscimento e di inter-riconoscimento». In questo contesto si confronta il rapporto con il capitale economico e il capitale culturale dell'individuo. Il capitale economico, infatti, è stimato solo in modo oggettivo ed isolato dal contesto; quello sociale invece non ha una dimensione oggettiva, ma dipende dal rapporto con gli altri soggetti all'interno della comunità³⁶. Questo tema diventa allora centrale nelle ricerche di sociologia economica perché permette di calare il contesto sociale all'interno dell'azione economica, consentendo il coordinamento degli attori nel mercato. Nella dimensione economica la centralità del capitale sociale è stata poi ripresa da James Coleman e utilizzata in termini funzionali: una struttura che permette di colmare il divario tra società ed economia e che consente di inserire l'azione di mercato in un'ottica differente³⁷.

Sono forme di capitale sociale anche la fiducia e la reputazione, strettamente interconnesse tra di loro. Infatti «la reputazione è una questione di fiducia»³⁸, capace di influenzare le scelte degli attori economici nel tentativo di eliminare il dislivello informativo naturalmente presente tra le parti. Un esempio di ciò è fornito da J. Coleman nell'analisi del mercato dei Diamanti di New York – di cui si parlerà approfonditamente nel proseguo – gestito integralmente da comunità ebraiche ortodosse. In questo caso la reputazione costituisce una particolare forma di capitale

³⁵ L. Hanifan, *The Rural School Community Centre*, in *67 Annals of the American Academy of Political and Social Sciences* (1916), p. 130.

³⁶ P. Bourdieu, *Le capital social. Note provisoires*, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 31, 1980, p. 3 ss.

³⁷ Sul tema si fa riferimento in particolar modo a J. Field, *Social Capital*, London, 2008; P. Dasgupta, *Economic Progress and the Idea of Social Capital*, P. Dasgupta – I. Serageldin (eds.), *Social Capital: A Multifaceted Perspective*, Washington, 2000; A. Portes, *Social Capital: Its Origins and Applications in Modern Sociology*, E. L. Lesser (ed.), *Knowledge and Social Capital: Foundations and Applications*, Boston, 2000; J. Coleman, *Foundations of Social Theory*, Cambridge, 1990.

³⁸ Cfr. E. Dagnino, *Una questione di fiducia: la reputazione ai tempi delle piattaforme online tra diritto alla privacy e prospettive di mercato*, in *Diritto delle relazioni industriali: rivista della associazione lavoro e ricerche*, n. 1/2017, p. 248 ss.

sociale che permette di migliorare e gestire lo scambio di beni, mediante strutture riconosciute come propriamente formali.

La reputazione è considerata una norma sociale che consente di regolare le interazioni tra gli attori economici, essa è declinata in termini di affidabilità e di credibilità di un individuo sulla base di un'informazione trasmessa attraverso dei segnali che provengono da attori che hanno in comune il radicamento all'interno di una determinata comunità di appartenenza. Un meccanismo informazionale così strutturato costituisce un'importante e robusta fonte dal punto di vista socio-economico poiché permette il monitoraggio e la regolazione sociale di natura – almeno inizialmente – informale, derivandone da ciò la riduzione del rischio di comportamenti opportunistici da parte degli attori operanti in un dato mercato e consentendo, dunque, un'auto-regolazione del loro comportamento.

Il tutto conduce a implementare quella che il sociologo Robert Putman ha rinominato con l'accezione di "fiducia sociale", veicolata dalla reputazione³⁹. Questo legame è ancora più evidente se si considera la reputazione come vettore capace di produrre un controllo sociale: infatti essa costituisce uno strumento capace di «rafforzare la componente "razionale" e strategica della cooperazione, incapsulando la fiducia e diffondendola attraverso un regime di incentivi-sanzioni che incatena gli attori lungo solidi esiti cooperativi»⁴⁰. Il segnale reputazionale veicolato dalle valutazioni dei terzi – circolante all'interno di un sistema di individui e inteso in una prospettiva di controllo sociale – ha importanti conseguenze dal punto di vista della regolazione perché la reputazione diventa funzionale all'ordine sociale, promuovendo la cooperazione tra gli attori interagenti in uno stesso mercato e incentivandone il loro coordinamento. In questo senso, dunque, la reputazione rappresenta una norma sociale: se lo strumento reputazionale permette la cooperazione attraverso una "presunzione di affidabilità" nei confronti di un soggetto, nel momento in cui questa affidabilità viene meno per via di un comportamento deviante si incorrerà in una sanzione che avrà per l'appunto natura sociale.

³⁹ R. D. Putman, *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*, Simon & Schuster, New York, 2000, pp. 134-147.

⁴⁰ R. Boero, G. Bravo, M. Castellani, F. Lagana, F. Squazzoni, *La reputazione come vettore di fiducia nei sistemi socioeconomici: alcuni risultati sperimentali*, in *Stato e Mercato*, n. 2/2009, p. 267.

In tal modo si coglie il particolare rapporto che esiste tra reputazione e fiducia, legato più propriamente all'elargizione di "segnali" che consentono di distinguere in modo più chiaro la presenza o meno di tale affidabilità.

L'impiego di meccanismi di reputazione per implementare la fiducia è stato centrale anche in alcune esperienze di storia economica per lo studio degli assetti di peculiari mercati che hanno utilizzato lo strumento reputazionale in diversi modi. Dapprima quale mera norma economica, è questo il caso dell'analisi relativa alla coalizione medievale dei mercanti magrebini. Successivamente, invece, si è ricorso alla reputazione nell'ottica di controllo sociale e, quindi, nella prospettiva socio-economica appena descritta. In tutti questi contesti, diventa centrale la disamina degli approcci sviluppati nella regolazione di tali mercati.

3. I mercati della fiducia: la reputazione come norma economica

Il primo significativo esempio sul particolare uso della reputazione come strumento in grado di superare la problematica delle asimmetrie informative è stato fornito dall'esperienza economica in tempi risalenti. Durante l'XI secolo d.C., il bacino del Mediterraneo vedeva una sempre maggiore espansione dei commerci e in questo nuovo scenario i commercianti che dovevano compiere gli scambi incaricavano degli agenti di portare a termine gli affari più lontani. La problematica più frequente nei contesti rudimentali dei mercati medievali era costituita non solo dalla presenza di un'asimmetria data dall'incertezza delle necessarie informazioni sulla bontà della merce scambiata e sulla correttezza della controparte che il più delle volte non era conosciuta, ma anche dalla impossibilità di avere contezza sull'affidabilità degli agenti che viaggiavano al posto dei commercianti stessi per la conclusione degli affari posti in essere, con la conseguenza che il comportamento dell'agente potesse tradursi di fatto in *moral hazard*⁴¹: in questi casi non era remota la possibilità che tali soggetti ingannassero gli stessi mercanti da cui avevano ottenuto

⁴¹ Il concetto di *moral hazard* è traducibile nella situazione in cui una delle due parti pone in essere un comportamento che non è in alcun modo osservabile e controllabile dall'altra, al punto che essa potrebbe agire in modo imprudente, rischioso o inadeguato ad uno scopo e quindi in modo inefficiente. G. Smorto, *Reputazione*, cit., p. 203.

un incarico, fuggendo con il capitale affidatogli o falsificando le operazioni svolte nei territori più distanti⁴².

Le questioni conseguenti a tali comportamenti non erano di facile risoluzione ed è in questo contesto che emerge il complicato rapporto dell'epoca con il diritto.

Il sistema esistente era infatti insufficiente – e inefficiente – per rimediare a tali situazioni. Ciò avveniva principalmente per via della mancanza di garanzie nell'effettività del sistema dei diritti: adire la giurisdizione comune, fondata su regole e su *iter* ben precisi, diventava difficile – e spesso privo di qualsivoglia ristoro per il soggetto leso dalla condotta dell'agente in malafede – a causa della farraginosità della macchina giudiziaria come mezzo per la risoluzione delle controversie tra le parti.

In un panorama in cui il commercio era dipinto come libero, privato, competitivo e a fronte di una situazione di tendenziale incertezza e complessità del mercato ma anche dei sistemi legali allora esistenti⁴³, nacque una coalizione conosciuta più notoriamente come coalizione dei “commercianti magrebini” e costituita per lo più da mercanti ebrei provenienti dalla Persia e stabilitisi in Tunisia. Si trattava di commercianti di classe borghese medio-alta, accomunati dalle stesse origini culturali che pertanto costituivano un ristretto gruppo all'interno della comunità ebraica, contraddistinto da un forte senso di identità e solidarietà tra i suoi stessi membri, ma che non arrivava al punto di escludere completamente il resto del gruppo sociale di appartenenza. Infatti le sanzioni sociali imposte nei confronti di uno dei membri erano condivise e rese pubbliche facendo appello all'intera comunità

⁴² A questi casi fa riferimento Avner Greif nel dettagliato resoconto sul commercio medievale. A. Greif, *Reputation and Coalition in Medieval Trade: Evidence on Maghribi Traders*, in 49 *The Journal of Economic History* (1989), p. 858.

⁴³ L'opera di A. Greif, già previamente citata, presenta un'accurata esposizione che descrive uno stralcio di storia economica, arrivando anche alla descrizione delle lacune del sistema giurisdizionale dei diritti nel periodo di riferimento. In particolare, le informazioni relative allo stato dell'arte dei commerci nel bacino del Mediterraneo nell'XI secolo erano contenute nei c.d. *geniza documents*. Il termine *geniza* descrive un luogo, un deposito in cui gli ebrei custodivano gli scritti che ritenevano potessero contenere il nome di Dio. Dall'IX secolo d.C., questo deposito era presente in una sinagoga a Fustat e da uno dei suoi volumi è stato possibile ricostruire attentamente il percorso dei commerci di quel periodo: il commercio internazionale era caratterizzato da grande incertezza rispetto alla durata delle spedizioni dei bene scambiati, le condizioni di arrivo degli stessi e il prezzo a cui essi erano venduti. Al tutto si aggiungeva un alto rischio di danneggiamento dei beni, perché il più delle volte non erano correttamente protetti durante il viaggio e la difficoltà della natura della comunicazione legata naturalmente alle rudimentali tecnologie dello scambio dell'epoca provocava di fatto un'assoluta lentezza nella conclusione degli affari. A. Greif, *Reputation and Coalitions*, cit., pp. 859-861.

ebraica a cui si erano uniti nel periodo in cui era avvenuto il loro spostamento dalla Persia verso la Tunisia.

Questa breve premessa sull'assetto del gruppo di mercanti preso in considerazione è utile per comprendere il passaggio successivo alla riflessione sinora svolta: l'interesse nei confronti di una così risalente e ristretta cerchia di soggetti – a cui ci si potrebbe riferire con il termine di *close-knit group* – si deve in particolar modo alla centralità che in questo contesto assumeva la reputazione e l'uso che ne veniva fatto. L'espressione è, dunque, traducibile nel linguaggio comune come “gruppo omogeneo”, indicando in sostanza un particolare *network* ristretto di individui in cui il potere è ampiamente suddiviso e l'informazione sul controllo sociale è facilmente distribuita solo tra i membri⁴⁴.

Ed invero nell'ambito di un mercato in cui la cooperazione avveniva per lo più a lungo termine, era fondamentale munirsi di strumenti più efficaci rispetto al ricorso alla via esclusiva del diritto⁴⁵, basato sulla formazione di contratti tesi a regolare i rapporti economici intercorrenti tra individui. Il tutto si doveva in particolar modo al sistema implementato in quel periodo storico: esso non forniva un congruo scenario per gestire in modo adeguato i rapporti intercorrenti tra mercanti e i propri agenti inviati oltreoceano. La farraginosità del sistema giurisdizionale – ancora rudimentale – comportava un'impossibilità per le corti di verificare le richieste di risarcimento di coloro che erano stati lesi da una cattiva condotta del proprio agente nello svolgimento dell'incarico conferito per via del mancato adempimento di tutte le condizioni dello scambio o per via della fuga dell'agente con i beni trasportati. In questi casi emergeva la lentezza delle corti per la risoluzione di controversie, sia nel caso in cui le parti interessate si trovassero nella stessa città, ma ciò ancora di più era acuito nel momento in cui la controparte si fosse

⁴⁴ Espressione ripresa anche da L. J. Strahilevitz, *Social Norms from Close-Knit Groups to Loose Knit Group*, in *70 University of Chicago Law Review* (2003), p. 359. Altri autori hanno descritto similmente questo termine, ritenendo che un gruppo possa considerarsi tale nel caso in cui gli individui siano parte di «una rete i cui membri hanno delle credibili e reciproche prospettive su ciò che concerne l'applicazione di potere l'uno nei confronti dell'altro e una buona scorta di informazioni su eventi interni passati e presenti». R. C. Ellickson, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge, 1991, pp. 180-181.

⁴⁵ Sul punto infatti si riscontrava che: «Many, if not most, of the business associations mentioned in the geniza were conducted without relying upon the legal system. Many business association were not based upon legal contract». A. Greif, *Reputation and Coalition*, cit., p. 864.

data alla latitanza o fosse comunque irreperibile vista la lontananza da un territorio all'altro.

Ecco perché in questo panorama frammentato, all'interno della coalizione dei commercianti magrebini erano utilizzati dei meccanismi reputazionali che costituivano delle sanzioni informali, spesso preferite rispetto al ricorso agli strumenti legali esecutivi e sanzionatori classici forniti dal contesto giuridico di riferimento. Il loro funzionamento era molto elementare: nell'ambito cooperativo di rapporti a lungo termine, la reputazione dell'agente era l'elemento fondamentale per essere considerato onesto e affidabile dall'intera comunità di appartenenza, tanto da garantirgli non solo la continuità dell'attività all'interno della coalizione, ma anche una serie di vantaggi economici dovuti all'elargizione di un premio aggiuntivo nel caso di mancato rispetto degli incarichi conferiti. Con queste premesse sullo sfondo, appare chiaro come i rapporti contrattuali con gli agenti non fossero gestiti tramite una formalizzazione degli accordi tipica del diritto ma da contratti impliciti, in cui la relazione di fiducia tra gli individui aveva una vincolatività e un'influenza maggiore rispetto a qualsiasi altro strumento giuridico.

La mancanza di tale relazione di fiducia – dovuta alla condotta negativa dell'agente che avesse ingannato un commerciante durante lo scambio o fuggito con i beni – provocava l'attuazione di *sanzioni informali reputazionali* da parte di tutto il resto della coalizione: in questi casi, infatti, le conseguenze non riguardavano solo il breve termine e, quindi, la mera perdita di quei premi dati per la buona condotta dell'agente; ciò causava, inevitabilmente, un deterioramento dei rapporti con l'intera comunità dei commercianti, mettendo a rischio la propria posizione nei confronti degli altri membri⁴⁶, con la conseguente esclusione del soggetto inaffidabile dalla comunità.

In questo senso, il meccanismo reputazionale permetteva di valutare la condotta passata dell'agente e verosimilmente di prevederne anche a quella futura, potendo contare sulla credibilità che si era concretizzata fino a quel momento.

Il ruolo della fiducia e della reputazione assumeva evidentemente un valore centrale nella costruzione di determinate dinamiche, al punto che si è parlato in

⁴⁶ Così A. Greif, *Reputation and Coalitions*, cit., p. 868: «Since an agent who considers cheating a specific merchant risks his relations with all the coalition members, the agent's lifetime expected is rather than robust with the respect to the length of his association with a specific merchant».

letteratura di *self-enforcing reputation*⁴⁷, vale a dire la reputazione come strumento informale di sanzione, capace di avere un'influenza più effettiva rispetto al mero ricorso alle corti giurisdizionali e in grado, dunque, di svolgere una funzione coercitiva nei confronti dei soggetti coinvolti in particolari tipi di mercati ed economie. Del resto, nonostante l'esistenza e l'accessibilità alla giustizia locale, la coalizione dei commercianti magrebini preferiva di gran lunga garantire un rapporto contrattuale tramite mezzi di sanzione differenti da quelli canonicamente predisposti, ma ugualmente – se non addirittura in maggior misura – vincolanti: le sanzioni basate sulla reputazione⁴⁸ in questo scenario avevano una forte influenza, al punto che il più delle volte la sanzione non risultava necessaria poiché il meccanismo reputazionale operava *ex ante*. Il timore delle conseguenze sulla propria reputazione costituiva un incentivo per gli agenti a tenere una condotta corretta nelle relazioni intrattenute con i commercianti nella coalizione.

Qui il termine “incentivo” non è usato a sproposito, anzi nelle riflessioni di A. Greif⁴⁹ – che si è occupato approfonditamente del tema – tale concetto emerge spesso in un ragionamento tipicamente economico: «[...] il reclutamento degli agenti da parte dei commercianti avveniva all'interno della coalizione stessa e per via della comune appartenenza che segnalava la possibilità di fidarsi»⁵⁰. Un affidamento in cui il meccanismo di reputazione giocava un ruolo fondamentale in funzione di *norma economica* per il raggiungimento di un benessere in capo all'agente e frutto di un calcolo puramente razionale senza che vi fosse un affidamento a nome etiche, religiose o sociali, ma con esclusivo riferimento all'ottenimento di un vantaggio puramente economico⁵¹. Una prospettiva così netta sul ruolo della reputazione appare estremamente restrittiva, soprattutto se si tiene da conto che l'analisi della

⁴⁷ J. Edwards, S. Ogilvie, *Contract enforcement, institution, and social capital: the Maghribi traders reappraised*, in 65 *The Economic History Review* (2012), p. 436.

⁴⁸ Ivi, p. 439 ss.

⁴⁹ Ampia è la letteratura in cui A. Greif ha affrontato i temi relativi agli scambi commerciali che avvenivano nell'epoca medievale. Tra i suoi contributi più rilevanti, senza alcuna pretesa di completezza, si fa riferimento a: A. Greif, *The Maghribi Traders: a Reappraisal*, cit., pp. 445-469., Id., *Reputation and Coalition*, cit.; Id., *Contract Enforceability and Economic Institutions in Early Trade: The Maghribi Traders' Coalition*, in 83 *The American Economic Review* (1993), pp. 526-548; Id., *Institution and International Trade: Lessons from the Commercial Revolution*, in 82 *The American Economic Review* (1992), pp. 128-133.

⁵⁰ G. Smorto, *Reputazione*, cit., p. 200.

⁵¹ Ibidem.

reputazione in ambito sociologico ed economico – precedentemente esaminata – l’ha considerata invece come elemento inserito inevitabilmente in un contesto sociale di riferimento.

La ricostruzione sulla coalizione dei mercanti magrebini indagata da A. Greif – negli stessi anni in cui si sviluppano i primi filoni di studio di sociologia economica della valutazione – rischia, quindi, di proporre una rilettura delle risalenti strutture di mercato medievale, ponendo la reputazione in ottica meramente economica come una qualunque moneta di scambio, riducendola ad una “merce generalizzata”.

La questione, invece, deve necessariamente intrecciarsi con un differente ambito di ricerca, vale a dire quello legato agli studi sugli strumenti di controllo sociale. Quando vi sia un’impossibilità del diritto di cogliere in modo idoneo le esigenze di cooperazione a lungo termine in una comunità o in un mercato, allora diventa centrale l’analisi di tale filone di studi, nel tentativo di mettere ordine in un contesto caratterizzato da una tendenziale incertezza e complessità.

La trasmissione di informazioni sui giudizi e sulle esperienze avute con un determinato soggetto hanno da sempre avuto il ruolo di equilibrare l’inviolabile presenza delle asimmetrie informative in settori in cui il diritto non riusciva a porre un ordine. Nello scenario reinterpretato da A. Greif, dunque, il ricorso alla creazione di fiducia mediante lo strumento reputazionale non pare riflettere un sistema di controllo sociale per internalizzare delle norme di comportamento, al contrario si tende alla costruzione di una relazione tra condotta passata e futura in un’ottica meramente legata ad un calcolo razionale-economico volto al perseguimento e al raggiungimento di determinati incentivi di natura esclusivamente economica.

4. Segue: La reputazione: da norma economica a norma sociale

Alla luce di questa prima disamina, la teorizzazione sui mercati della fiducia deve ora essere elaborata affrontando un differente punto di vista. Se è pur vero che la riflessione sulla coalizione dei commercianti magrebini ha portato ad una prima e più rudimentale eviscerazione dei meccanismi reputazionali, è anche vero che nel contesto appena visto l’azione della reputazione è stata considerata solo in relazione a una visione economica fatta unicamente di incentivi e disincentivi; pertanto il

meccanismo reputazionale e la conseguente creazione di fiducia hanno assunto unicamente il ruolo di mera norma economica.

Questo punto di vista deve essere complicato da una diversa – o, meglio, più evoluta – lettura del fenomeno all'interno di comunità in cui sono presenti ancora una volta legami di cooperazione ripetuti e a lungo termine tra gli individui che ne fanno parte. A questo proposito è emerso che nelle comunità omogenee sinora citate⁵² - e accomunate da elementi condivisi - c'è un interesse più rilevante nella valorizzazione dell'effettività delle norme sociali rispetto all'uso di rigide norme giuridiche⁵³, perché capaci di essere internalizzate con la stessa – o addirittura maggiore – forza da coloro a cui si rivolgono.

Un esempio in cui si compie una rilevante analisi sulla regolazione extragiuridica è dato dalla realtà presente nella contea di *Shasta county*⁵⁴, in cui le controversie tra individui erano risolte facendo riferimento a norme informali, che sono andate sviluppandosi parallelamente all'intervento statale centralizzato.

Shasta county è una contea californiana, la cui analisi deriva da uno studio compiuto dal giurista R.C. Ellickson negli anni Novanta del Novecento relativamente alla gestione delle relazioni tra *ranchers* vicini. Nelle relazioni commerciali intercorrenti tra i *ranchers* del luogo nascevano molte controversie: si trattava, in particolare, di quelle relative allo sconfinamento degli animali allevati in ciascun *ranch*. In questi casi, era formalmente applicabile la tradizionale disciplina relativa alla responsabilità del proprietario dell'animale, norme queste tipiche e derivate dal *common law* inglese⁵⁵, ma di fatto il loro utilizzo era sistematicamente

⁵² Il riferimento va nuovamente all'analisi elaborata da R. C. Ellickson, *Order without Law*, cit., p. 187 ss.; L. J. Strahilevitz, *Social Norms*, cit., p. 359 ss.

⁵³ Con riferimento al ruolo di regole informali tese a governare le relazioni umane e nell'ottica di studiare la differenza tra norma sociale e norma giuridica per verificare se la norma sociale possa effettivamente prevedere un meccanismo strutturale più efficiente rispetto all'apparato costituito dalla legge formale, si vedano; D. Black, *The Behaviour of Law*, Emerald, 2010; J. P. Gibbs, *Norms: The problem of definition and Classification*, in *70 American Journal of Sociology* 586 (1965), p. 587 ss.

⁵⁴ La dettagliata analisi delle dinamiche di Shasta County riguarda nello specifico quei gruppi compatti definiti *close o knit group*, i cui membri accettavano di gran lunga un tipo di controllo informale rispetto a quello formalmente previsto. R. C. Ellickson, *Order without Law*, cit., p. 186 ss.

⁵⁵ A livello esemplificativo un principio giuridico generale derivato dal *common law* inglese prevedeva la responsabilità oggettiva del proprietario di un allevamento di bestiame nel caso di danneggiamento causato dagli animali stessi a fronte dello sconfinamento nella proprietà del vicino, anche laddove vi fosse mancanza di negligenza nella custodia del bestiame. In una risalente sentenza del 1866, il giudice Blackburn riteneva che: «[...] the law as to them seems to be perfectly settled from early time; the owner must keep them [the cattle] at his peril, or he will be answerable for the natural consequences of their escape; that is with regard to tame beasts, for the grass they eat and trample

eluso a favore di norme sociali informali tese a regolare le dispute, le cui soluzioni non necessariamente coincidevano con quelle che sarebbero state fornite dalle ferree disposizioni giuridiche.

Il tutto deve però essere analizzato alla luce dell'interazione esistente tra norme sociali informali e norme giuridiche, in particolare in un sistema in cui centrale è sempre stata la cooperazione di individui che operano per la creazione di mutui vantaggi. In alcune situazioni gli individui sarebbero in grado di cooperare senza il bisogno di apparati governamentali; ad essere enfatizzata sarebbe, dunque, la non necessità del concreto esercizio dei diritti quale conseguenza dall'intervento statale; mentre in altre tale intervento è stato considerato imprescindibile per il raggiungimento di un ordine sociale.

A tal proposito si scontrano due teorie relative all'interconnessione tra forme di controllo sociale di tipo informale e quelle presenti nei sistemi legali.

La prima teoria fa riferimento alla *legal-centralist tradition*⁵⁶, formula utilizzata per descrivere la centralità dello Stato da cui promanano regole e che ne assicura il loro rispetto. In questo contesto rilevanza centrale assume il diritto, inteso come insieme di "regole emanate da burocrati specializzati in attività di controllo sociale"⁵⁷, usato per delineare il controllo sociale da parte di "un'organizzazione gerarchica dotata di legittima autorità in grado di infliggere sanzioni a soggetti – geograficamente inseriti sotto la sua giurisdizione – che non necessariamente si siano sottoposti, in modo volontario, alla stessa"⁵⁸.

upon, though not for the grass they eat and trample upon, though not for any injury to the person of others [...] but if the owner knows that the beast has a vicious propensity to attack man, he will be answerable for that too». Orientandosi in questo senso, nel 1915 in uno *statute* californiano – *Estray Act* – la legislazione adottata era per lo più strettamente legato alla responsabilità per il danno eventualmente causato dallo sconfinamento. La giurisprudenza californiana ha costantemente affermato che il diritto statutario di impadronirsi di estensioni di terreni non recintati portava con sé il diritto a richiedere i danni in caso di sua violazione ai sensi dell tradizionali leggi di *common law* sulla responsabilità oggettiva. R. C. Ellickson, *Order without Law*, cit., pp. 42-43.

⁵⁶ In questo senso O. E. Williamson, *Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange*, in *73 The American Economic Review* (1983), pp. 519-520: «The "legal centralism" tradition [...] maintains that disputes require 'access' to a forum external to the original social setting of the dispute... [and that] remedies will be provided as prescribed in some body of authoritative learning and dispensed by experts who operate under the auspices of the state».

⁵⁷ A. T. Kronman, *Max Weber*, Palo Alto, 1983; M. Weber, *Max Weber on Law in Economy and Society*, M. Rheinstein (ed.), Cambridge, 1954, p. 6.

⁵⁸ In questo senso F. I. Michelman, *States' Rights and States' Roles: Permutations of 'Sovereignty' in National Leagues of Cities v. Users* in *86 Yale Law Journal* (1977), p. 1166 ss.

Da un punto di vista sociologico-giuridico, il diritto rappresenta propriamente l'idea di ordine legittimato, nel senso che «un ordine potrà definirsi *diritto* se sia esternamente garantito dalla probabilità che la coercizione – sia essa fisica o psicologica – posta in essere da un insieme di soggetti preposto a questo scopo»⁵⁹. A questo proposito Max Weber metteva in evidenza tre elementi principali distintivi del diritto – inteso nel senso previamente indicato – rispetto ad altre forme, quali ad esempio gli *usi* e le *convenzioni*⁶⁰: anzitutto con riguardo al diritto – inteso nell'accezione di *legge* – occorre evidenziare che il comando giuridico proviene dall'esterno, sotto forma di un'azione o della minaccia di un'azione da parte di soggetti a ciò predisposti e a prescindere dal fatto che un individuo voglia obbedirvi o lo faccia solo per abitudine; in secondo luogo le azioni esterne o le minacce di tali azioni verosimilmente coinvolgono una coercizione e l'uso della forza; ultimo elemento riguarda l'autorità del diritto che si riscontra in quei soggetti che svolgono il ruolo di dare forma e permettere la sua applicazione, è lo Stato che ha tale funzione e rappresenta quell'entità i cui individui sono parte di un'organizzazione che possiede un'autorità politica⁶¹.

Queste peculiarità tipiche dell'ordine giuridico permettono di distinguerlo da *usi* e *convenzioni*, che promanano anche in assenza di un'organizzazione “specializzata” dotata di poteri coercitivi al rispetto di determinate regole. In questo senso il diritto orienta e conduce un controllo sociale del governo e lo strumento per indirizzare gli individui è la *norma giuridica*.

La “teoria imperativa del diritto”⁶² ha delineato una particolarità, vale a dire il fatto che la *norma giuridica* costituisca un “imperativo” sostenuto da una sanzione,

⁵⁹ M. Weber, *Max Weber on Law*, cit., p. 5 ss.

⁶⁰ Con riferimento al termine *uso* si indica tipicamente un'attività uniforme a cui gli individui si conformano per il solo fatto di esservi “abituati” e persistono nel seguire quel determinato comportamento secondo un'imitazione irriflessa. In particolare, gli *usi* sono *customary rules* che possono avere lunga durata a cui solitamente ci si obbliga “without thinking” e, quindi, in modo irriflesso e automatico. Diverso è il caso della *convenzione* che, invece, è usata per intendere una condotta seguita senza che vi sia stato alcun tipo di coercizione fisica o psicologica, non direttamente applicabile nei confronti di soggetti facenti parte del contesto dell'attore a meno che non vi sia una loro approvazione o disapprovazione della stessa. In questo caso la *convenzione* è una regola di condotta – assunta, ad esempio, per contratto – che implica l'appello al senso del dovere del soggetto che la approva. M. Weber, *Max Weber on Law*, cit., p. 20. Sul punto si veda anche S. Vago, *Law and Society*, New York, 2012, p. 9 ss.

⁶¹ M. Weber, *Max Weber on Law*, cit., p. 27 ss.

⁶² Il riferimento in questo caso va a R. D. Cooter, *Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence, and Internalization*, in *79 Oregon Law Review* (2000), p. 5. Nelle prime forme di

intesa come sanzione legale, vale a dire quella derivante dalla forza e coercizione dello Stato. Questa teoria trova tipicamente le sue basi nel pensiero Hobbesiano, secondo cui una società senza alcun tipo di regolazione da parte di un Sovrano – il Leviatano che incarna un’immagine di una visione politica e giuridica razionalistica del mondo – sarebbe altrimenti immersa nel caos. E a tal proposito emblematico è il pensiero di Hobbes che si incentra sull’elaborazione di un ordine sociale improntato sulla presenza di un ben definito sistema giuridico centralizzato sul fronte dell’applicazione delle leggi⁶³.

Senza un tale sistema il risultato finale sarebbe quello di giungere ad una situazione di “anarchia”, intesa nel senso della mancanza di un governo centrale che comporterebbe uno stato di disordine, compensabile invece solo da una visione legicentrica. La teoria incentrata sulla *legal-centralist tradition* ha dunque ad oggetto un controllo sociale esercitato da un intervento statale, unica entità in grado di risolvere i disordini e di realizzare l’effettivo esercizio dei diritti nei rapporti instaurati tra privati, attraverso un’azione prescrittiva. In questo scenario, lo Stato costituisce la sola fonte di ordine sociale, capace di generare e di dare effettività ai diritti per il tramite della *legge*, a sua volta sostenuta dall’elargizione di una sanzione giuridica nel caso di sua violazione. L’estremizzazione di questa teoria negava qualsivoglia possibilità di individuare forme di controllo sociale diverse da quelle dello Stato, unico detentore egli strumenti necessari per esercitare tale controllo⁶⁴, vale a dire la *norma giuridica* e la corrispondente sanzione nel caso di sua inosservanza.

giurisprudenza inglese, la teoria positivista riconosceva la legge come il “comando di un sovrano”, in cui il termine di sovrano era utilizzato per descrivere – più in particolare – quel soggetto a cui era dovuta obbedienza e colui che compiva il processo di creazione delle leggi. Sul punto e più in generale si veda J. Raz, *Il concetto di sistema giuridico: un'introduzione alla teoria del sistema giuridico*, Bologna, 1977.

⁶³ «To this war of every man against every man, this also is consequent [...]. The notion of Right and Wrong, Justice and Injustice have no place. Where there is no common Power, there is no Law; where no Law, no Injustice [...]. It is consequent also the same condition, that there be no Property, no Dominion, no Mine, no Thine distinct; but only that to be every mans that he can get: and for so long, as he can keep it». T. Hobbes, *Leviathan*, Oxford, 1909, p. 90.

⁶⁴ A tal proposito esemplificativo il pensiero di Max Weber che avallava il monopolio dello Stato nell’uso della forza per il rispetto della fonte prima formale del diritto, la legge: «The modern state is a compulsory association which organizes domination. It has been successful in seeking to monopolize the legitimate use of physical force as a means of domination within a territory to the extent to which the state permits it». M. Weber, *From Max Weber: Essays in Sociology*, H. H. Gerth – C. Wright Mills (eds.), New York, 2009, pp. 82-83.

Le dinamiche presenti nella contea di *Shasta* si pongono in una prospettiva antitetica rispetto alla suesposta teoria della *legal-centralist tradition*: in questo contesto chiaro è il rifiuto dell'utilizzo di un modello imperativo di diritto e delle *norme giuridiche*, per dare invece centralità e importanza al contesto sociale di appartenenza. Qui fondamentale appare il ricorso alle *norme sociali*, termine con cui si fa riferimento a un insieme di regole non promulgate da fonti giuridiche provenienti da organi statati – ad esempio il potere legislativo o il potere giudiziario – ma che nonostante ciò sono regolarmente rispettate da tutti i consociati⁶⁵, assumendo una natura altrettanto vincolante.

L'effettività delle *norme sociali* ha poi un impatto maggiore quando esse siano elaborate all'interno di gruppi omogenei, in cui l'obiettivo principale consiste nella "massimizzazione del benessere sociale"⁶⁶ dello stesso, tramite lo sviluppo di comportamenti cooperativi da parte dei suoi membri. Le *norme sociali* acquisiscono, quindi, notevole effettività in queste cerchie ristrette, i cui membri hanno interesse ad abbassare i rischi di un'eventuale esclusione sociale dal contesto di riferimento. L'idea di "massimizzazione del benessere" implicherebbe l'emersione naturale di un ordine anche in assenza di un sistema di diritti, ma il tutto deve essere ridimensionato avendo a mente che una generalizzazione troppo accentuata di tale idea comporterebbe effetti distorsivi: anzitutto, occorre premettere che non tutti i contesti sociali sono caratterizzati da gruppi ristretti di individui accomunati da elementi che valorizzano la cooperazione sociale, senza ulteriore bisogno di regole imposte dall'alto; secondariamente occorre notare che le stesse *norme sociali* che hanno un valore aggiunto per il benessere dei membri di un certo gruppo, possono in realtà comportare uno svantaggio per per coloro che sono estranei al nucleo di riferimento.

⁶⁵ Cfr. R. Posner, *Social Norms and the Law: An Economic Approach*, in *87 The American Economic Review*. (1997), p. 365.

⁶⁶ Termine utilizzato da R. C. Ellickson nell'attenta descrizione della *Theory of Norms*, in cui ritiene vi sia la possibilità di incoraggiare il comportamento informale degli individui di una determinata comunità per porre in essere degli atteggiamenti di cooperazione. R. C. Ellickson, *Order without Law*, cit., p. 167: « [...] Members of a close-knit group develop and maintain norms whose content serves to maximise the aggregate welfare that members obtain in their workday affairs with one other. [...] Members of tight social groups will informally encourage each other to engage in cooperative behaviour».

Dunque, un modello fondato sulla massimizzazione del benessere sociale e sul rispetto di *norme sociali* non può che nascere in contesti peculiari di cui *Shasta county* è ottima rappresentante, infatti i residenti di questa contea incarnano a pieno il modello di gruppo omogeneo, il cui approccio è principalmente basato sulla cooperazione e sul conferimento di centralità ad un controllo di matrice informale.

In questo contesto sociale si privilegia, infatti, il ricorso a norme informali e cooperative non necessariamente giuridiche che svolgono un ruolo fondamentale in particolare nella risoluzione di controversie insorte tra i membri della contea⁶⁷: esse trovavano per l'appunto soluzione non "all'ombra del diritto", bensì "oltre l'ombra del diritto stesso"⁶⁸. Ciò indica non tanto l'assenza del diritto, quanto l'utilizzo di un sistema informale nella gestione di determinati rapporti regolati in modo "spontaneo"⁶⁹. Questo approccio è legato più specificamente alla costruzione di un *private ordering*, intendendo con questa espressione un subsistema in cui vi è comunque una pervasività nella ricerca di ordine senza appellarsi però, come generalmente accade, all'intervento di un'organizzazione centrale che fissa rigide *norme giuridiche*.

Qui sono dunque le *norme sociali* – con il loro carattere per lo più informale – ad assumere effettività anche dal punto di vista delle conseguenze sanzionatorie derivanti dalla loro violazione⁷⁰. Conseguenze che riguardano una peculiare predisposizione delle modalità di esecuzione dei diritti, venendo meno il ricorso agli strumenti canonici che sarebbero, in un'ultima istanza, offerti dal diritto stesso. Un esempio di ciò è rappresentato dalla pervasività del sistema di *self-help*⁷¹, in cui di fatto l'utilizzo di *norme sociali* finisce per costituire una valida alternativa al sistema

⁶⁷ A questo proposito nella dettagliata e peculiare analisi svolta su *Shasta county*, Ellickson specifica che in tale contea era difficile trovare un membro che conoscesse le leggi formali poste a regolazione e gestione dei rapporti tra vicini nel caso di sconfinamento degli animali da pascolo. R. C. Ellickson, *Order without Law*, cit., p. 49: «I found no one in Shasta County – whether an ordinary person or a legal specialist such as an attorney, judge, or insurance adjuster – with a complete working knowledge of the formal rules just described».

⁶⁸ Ivi, p. 52.

⁶⁹ A questo proposito si parla di una emersione spontanea e cooperativa data dalle norme sociali, che permettono il raggiungimento di ordine senza il necessario intervento del diritto. Ivi, p. 123.

⁷⁰ R. D. Cooter, *Three Effects of Social Norms*, cit., p. 21.

⁷¹ Si fa riferimento al meccanismo di *self-help* che deve letteralmente tradursi con il termine di "fai-da-te" posto in essere dai membri della contea di *Shasta* sotto forma di *self-enforcement* delle norme sociali e *self-sanction*. Sul punto R. C. Ellickson, *Order without Law*, cit., p. 143 ss.

giuridico comunque esistente: si tratta, dunque, di porre l'attenzione su strumenti extralegali, i quali acquisiscono un ruolo fondamentale nella regolazione dei rapporti intercorrenti tra i membri di *Shasta county*.

Una forma di *self-help* richiamata nel contesto di riferimento è costituita proprio dalla valutazione della reputazione di ciascun appartenente al gruppo, ciò costituisce uno strumento di controllo sociale che porta a dare importante peso al ruolo che essa svolge nel contesto di riferimento.

Infatti anche qui – come nel caso della coalizione magrebina – la reputazione assume rilevanza centrale, tanto che il sistema della diffusione di *gossip* negativi ha delle conseguenze rimarchevoli, comportando una *sanzione reputazionale* derivata dal mancato rispetto delle *norme* di impronta sociale. Il mantenimento della buona reputazione diventa una misura piuttosto efficace per stabilire ordine nelle cooperazioni future con gli altri membri.

Il sistema così disegnato permette di regolare i rapporti tra soggetti in modo peculiare: l'apporto reputazionale nell'ambito degli strumenti di *self-help* consente di risolvere le controversie *beyond the shadow of the law* – oltre il diritto stesso – consolidando, dunque, elementi e strumenti differenti da quelli legislativi per implementare la necessità di ordine di una comunità.

E questo è ancora più vero se si riflette sulla rarità del ricorso al sistema giurisdizionale a tutela di pretese risarcitorie da parte dei membri della contea, infatti la risoluzione delle controversie eventualmente insorte tra i suoi membri non avviene quasi mai per il tramite di azioni giudiziarie nei confronti dei vicini, perché “essere un buon vicino significa non intraprendere cause legali”⁷², privilegiando, invece, la possibilità di cooperare rispettando informali *norme sociali* imposte dalla comunità e applicando delle forme reciproche di “auto-vincolo” nell'ottica futura del mantenimento di relazioni a lungo termine piuttosto che fare ricorso a pretese formali da far valere nei processi. Ancora una volta la reputazione e il suo mantenimento, il timore di essere valutati dai propri “pari” costituisce un considerevole incentivo per evitare di arrivare al ricorso in giudizio.

⁷² Cfr. R. C. Ellickson, *Order without Law*, cit., p. 60. «Because Shasta County residents tend to settle their trespass disputes beyond the shadow of the law, one might suspect that norms of neighborliness include a norm against the invocation of formal legal rights. [...] Being good neighbors means no lawsuits».

In un contesto come quello appena descritto si dà vita sostanzialmente a delle forme di *private ordering* stabilite dai membri stessi di una comunità, dove le azioni individuali sono coordinate. Così l'uso del meccanismo reputazionale svolge un ruolo di gran lunga più rilevante di quello che potrebbe apparire a prima vista: non rappresenta una mera norma economica – di incentivo o disincentivo di azioni devianti – ma si interseca in modo stringente con le *norme sociali* presenti in quel determinato contesto. Ed invero è stato sostenuto che «le *norme sociali* siano una chiave determinante nei benefici reputazionali delle azioni individuali»⁷³, poiché rappresentano un potente strumento di regolazione del comportamento che non è esente da sanzioni, come contrariamente potrebbe apparire nell'immaginario comune: la sanzione sociale ha un'effettività considerevole, le conseguenze possono essere profonde al punto che le *norme sociali*, anche in misura maggiore delle *norme giuridiche*, arrivino a prescrivere i comportamenti soggettivi⁷⁴.

Il tutto prevede il coinvolgimento delle prime forme di meccanismi reputazionali – tesi a misurare l'affidabilità dei membri di un gruppo – che perfettamente si inseriscono nell'esperienza appena descritta.

Nello scenario preso in considerazione il ricorso allo strumento reputazionale suscita la cooperazione di ciascun soggetto nei confronti dell'altro: inizialmente, dunque, si è parlato della reputazione come *norma meramente economica* volta a incentivare comportamenti onesti nelle relazioni tra individui appartenenti ad uno stesso gruppo – come nel caso della coalizione dei mercanti magrebini – per assicurare la continuazione di una cooperazione futura; lo stesso può dirsi in un certo senso anche nel caso esemplificativo di *Shasta county*, in cui la reputazione assume rilevanza come strumento di *self-enforcement* inserita nella costruzione di un *private ordering* che non richiede interventi statali provenienti dall'attività di corti giurisdizionali o dalla regolazione tramite lo strumento legislativo. Qui emerge, però, una peculiarità che la distingue rispetto all'esperienza medievale: il

⁷³ C. R. Sunstein, *Social Norms and Social Roles*, in 96 *Columbia Law Review* (1996), p. 916: «Social norms are a key determinant in reputational benefit».

⁷⁴ Laddove le norme giuridiche non sono seguite perché, seppure esistenti, le interazioni tra individui vengono gestite diversamente senza necessità di ricorrere a corti o ad altre istituzioni centralizzate che elaborino una serie di formali norme di condotta aventi natura giuridica, un sistema di norme sociali ha un impatto di gran lunga maggiore per garantire la cooperazione nelle relazioni tra individui. Cfr. A. Thierer, C. Koopman, A. Hobson, C. Kuiper, *How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the "Lemons Problem"*, in 70 *U. Miami L. Rev.* (2015), p. 847.

meccanismo reputazionale si inserisce in un *sistema di norme* di tipo *sociale* non più meramente economiche. Tale inserimento comporta un'interazione tra reputazione e *norme sociali* che si completano a vicenda, costituendo elementi fondanti di schemi comportamentali vincolanti e seguiti da un gruppo sociale.

5. Introduzione al *private ordering*: il ruolo del meccanismo reputazionale

Il percorso sinora tracciato ha portato all'introduzione del concetto di *private ordering*, espressione che indica quella pratica tesa alla creazione di sistemi privati di regole con l'obiettivo di organizzare le relazioni economiche e sociali presenti all'interno di determinate comunità con un approccio alternativo rispetto a quello tradizionalmente insito negli ordinamenti giuridici per porre in essere una regolazione sociale al di fuori delle corti pubbliche statali⁷⁵. A partire dalla coalizione dei mercanti magrebini – analizzata nell'ambito di ricostruzioni di storia economica dell'XI secolo d.C. – si è avuto modo di notare che l'assenza di un vero e proprio nucleo statale di riferimento si ripercuoteva anche sul versante giurisdizionale delle corti medievali, i cui meccanismi erano farraginosi e i tempi di risoluzione delle controversie insorte tra mercanti eccessivamente lunghi.

Per questa ragione, la creazione di un ordine spontaneo all'interno delle coalizioni mercantili si estrinsecava attraverso l'elaborazione di un proprio "codice" di leggi – una *lex mercatoria* – che decentrava il potere delle corti di decidere le controversie per riversarlo in meccanismi alternativi di esecuzione dei rapporti commerciali tra mercanti. Qui rilevante era l'uso dell'elemento reputazionale e del suo rapporto con

⁷⁵ Sul punto discute ampiamente A. Katz, *Taking Private Ordering Seriously*, in *144 University of Pennsylvania Law Review* 1745 (1996), p. 1746 ss. Qui l'autore fa particolare riferimento alle teorie elaborate da E. Posner e R. Coater. Quest'ultimo si è occupato largamente del tema della decentralizzazione giuridica, paragonando le norme elaborate da gruppi privati al mercato e le legislazioni pubbliche di matrice statale alla pianificazione economica centrale. Ha ritenuto, dunque, fondamentale l'apporto delle norme rispetto alla tradizionale imposizione della legge da parte di uno Stato centralizzato. Posner, invece, si è dimostrato scettico nei confronti dell'efficienza da tali norme derivate dall'istituzione di un ordine privato. Entrambi gli autori concordano nel ritenere che la comparazione tra ordini privati e pubblici dipenda principalmente da questioni legate agli incentivi, informazioni ed esternalità che non sempre interventi delle istituzioni pubbliche hanno la capacità di risolvere a pieno. A questo proposito, allora, dovrebbe essere lo Stato a correggere i fallimenti di quello che potrebbe definirsi il "mercato delle norme".

il concetto di fiducia: uno strumento utilizzato per superare le incertezze derivate dalle asimmetrie informative presenti nel mercato.

Nelle ricostruzioni di storia economica condotte da A. Greif, il riferimento alla reputazione avveniva secondo canoni economici legati al concetto dell'efficienza. Questa lettura portava alla costruzione di meccanismi reputazionali che facendo affidamento sui comportamenti passati degli individui influenzavano – in ottica positiva o negativa, a seconda del livello di affidabilità che gli si conferiva – le esperienze e le relazioni di scambio future. Questa letteratura fa riferimento agli incentivi e ai disincentivi derivanti dall'avere una buona o una cattiva reputazione, usata squisitamente come *norma economica* di regolazione dei rapporti tra mercanti⁷⁶. Non era in alcun modo pensabile contestualizzare tali meccanismi in collegamento con norme etiche o morali, poiché essi costituivano soltanto un mezzo per raccogliere informazioni riguardo la condotta passata di un individuo con la prospettiva di effettuare un calcolo razionale-economico volto al perseguimento di profitti ed incentivi. Diverso è invece l'approccio al *private ordering* nell'analisi condotta da R. C. Ellickson: in questo caso le riflessioni inerenti alla formazione di un ordine privato spontaneo si spostano verso un interesse più prettamente giuridico al fine di esplorare l'interazione tra regole giuridiche formali e regole sostanziali con pari vincolatività.

L'esempio emblematico è rappresentato da *Shasta County*⁷⁷, in cui una comunità di *ranchers* utilizzava strumenti di controllo sociale ben diversi da quelli imposti tradizionalmente dal diritto, vale a dire un insieme di *norme sociali* sviluppate anche senza un apparato giuridico centralizzato. L'elaborazione di tale "teoria delle norme" ha portato all'interessante studio relativo alla risoluzione delle controversie insorgenti all'interno di un gruppo/comunità. È in questo contesto che si inserisce perfettamente il riferimento al rapporto tra reputazione e fiducia, infatti il ruolo della reputazione diventa centrale per il buon funzionamento di quelle *norme informali* che assumono valenza "dietro l'ombra della legge"⁷⁸.

⁷⁶ Più in particolare si rimanda alle teorie elaborate da A. Greif, *Reputation and Coalitions*, cit., p. 869 ss.

⁷⁷ Si ha riguardo alla nota ricostruzione sulle teorie di controllo sociale effettuata da R. C. Ellickson e già più volte citata: R. C. Ellickson, *Order without Law*, cit. pp. 123-156.

⁷⁸ Nel dettaglio, si fa riferimento all'espressione *behind the shadow of the law* utilizzata da R. C. Ellickson per indicare quella particolare situazione in cui il diritto, seppur esistente e quindi

L'elemento reputazionale si arricchisce di una nuova luce perché lungi dall'essere semplice mezzo per assecondare freddi ed economici calcoli legati al binomio incentivi-profitto, si inserisce in una più ampia dimensione sociale, il cui modello è fondato sulla "massimizzazione del benessere" attraverso un controllo informale della società basato sulla cooperazione volontaria dei membri appartenenti al gruppo.

Questi esempi pongono l'utilizzo della reputazione al centro delle tendenze di *private ordering*. In questo ambito di indagine avviene una comparazione tra gli sviluppi dei sistemi privati ed extralegali di regolazione rispetto alla tradizionale applicazione della legge statale che prevede il ricorso a corti giurisdizionali pubbliche nella risoluzione di controversie. Gli spazi di azione dei sistemi di *private ordering* sono i più vari e presentano caratteristiche peculiari, perché danno vita a dei regimi *self-enforcing* capaci di ordinare la società anche mediante forme alternative al diritto.

Si possono individuare due diverse categorie di sistemi di *private ordering*. La prima include i modelli in cui l'esecuzione contrattuale nelle modalità previste da uno Stato centralizzato, con il coadiuvo delle corti, sia indisponibile o difficilmente raggiungibile. È questo il caso dell'esperienza di storia economica già esposta, riguardante quelle primordiali forme di commercio tra i mercanti magrebini.

Questi *network* commerciali hanno, dunque, fatto ricorso a modalità di *self-enforcement* a causa dell'impossibilità di indirizzarsi verso più affidabili forme di regolazione, anche e in considerazione dell'assenza di mercati sofisticati in cui corti specializzate a ciò preposte fossero in grado di rispettare i diritti acquisiti nel rapporto contrattuale instauratosi. Perciò queste società pre-giuridiche si affidavano a relazioni contrattuali basate su meccanismi reputazionali al fine di assicurare una corretta e duratura continuazione dei rapporti, successivamente soppiantati dall'emersione di forme di ordine pubblico e dall'azione delle moderne corti⁷⁹.

Il discorso va però complicato alla luce della seconda categoria di meccanismi sanzionatori prevalentemente basati sulla reputazione perché in questo caso non è

applicabile, sia di fatto "sorvolato" nella contea di Shasta per via lasciare spazio ad altre forme di regolazione. Ivi, p. 52 ss.

⁷⁹ Cfr. B. D. Richman, *Firms, Courts and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering*, in *104 Columbia Law Review* (2004), p. 2336 ss.

possibile giustificare la tendenza verso il *private ordering* facendo esclusivo riferimento alla pregiuridicità di tali modelli.

Infatti questa seconda categoria riguarda particolari comunità e segmenti di mercati che deliberatamente declinano la possibilità di affidare le controversie a corti statali in cui sarebbero applicabili i tipici rimedi giurisdizionali derivanti dal mondo giuridico. Innumerevoli sono i sistemi così organizzati, ad esempio la Contea di *Shasta* descritta puntualmente da R. C. Ellickson⁸⁰, il *Diamond Dealers Club* di New York⁸¹, l'*America's Shippers Association*⁸² o, ancora, il settore dedicato allo scambio all'ingrosso di pesce e alla manifattura di abiti di New York⁸³.

La presenza di queste due categorie crea evidentemente una complessità nella comprensione del fenomeno sopra descritto: se è vero che la nascita dei primi sistemi di *private ordering* è derivata dalla difficoltà di adire ad affidabili corti giurisdizionali nel periodo medievale, per via della loro assenza o della loro non convincente vincolatività; lo stesso non può dirsi per il secondo caso in cui siano prediletti degli strumenti di cooperazione volontaria per amministrare determinati settori di mercato, piuttosto che quelli giuridici offerti dallo Stato.

⁸⁰R. C. Ellickson, *Order without Law*, cit., pp. 15- 65.

⁸¹ Di questo specifico mercato si riferirà in seguito per via delle peculiari caratteristiche che presenta. La sua attenta analisi è stata condotta dalla studiosa Lisa Bernstein le cui ricerche hanno rivolto interesse proprio all'organizzazione dei sistemi di *private ordering*. Sul punto si veda L. Bernstein, *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, in *21 The Journal of Legal Studies* (1992), p. 116 ss. In questi contesti è lo scambio di informazioni sulle condotte degli individui presenti in una determinata comunità a sviluppare la fiducia necessaria per la continuazione dei rapporti futuri e la creazione di giudici privati è designata alla promozione di un sistema più effettivo dei diritti in capo ai suoi membri e in cui i meccanismi di reputazione funzionano come strumenti predisposti a tale scopo: «the system of private judges is designed to promote private resolution of disputes and otherwise to transmit just enough information to the right people in the right circumstances to enable the reputation mechanism to function effectively for enforcement». Sul punto O. E. Williamson, *Economic Institutions: Spontaneous and Intentional Governance*, in *7 Journal of Law, Economics & Organization* (1991), p. 167.

⁸² Si tratta di un'associazione che gestisce e governa gli scambi tra i produttori di cotone. Tale industria ha completamente escluso il sistema legale dalle interazioni tra i suoi membri, sostituendo l'intervento pubblico con più antiche e complesse forme di diritto commerciale privato, attualizzandole poi alla luce delle esigenze derivanti dai commerci di cui si occupa. L. Bernstein, *Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Throughout Rules, Norms, and Institutions*, in *99 Michigan Law Review* (2001), pp. 1724-1790.

⁸³ Relativamente a questi casi discutono J. McMillan e C. Woodruff, *Private Order Under Dysfunctional Public Order*, in *98 Michigan Law Review* (2000), p. 2433 ss. Gli imprenditori di determinati settori come quelli appena descritti necessitano di avere una certa sicurezza riguardo ai contratti da loro conclusi e ciò spesso avviene con modalità alternative e con meccanismi diversi da quelli comunemente conosciuti nel diritto. Per questa ragione spesso si collega l'assetto di *private ordering* ad una logica commerciale che ristabilisce i disequilibri del mercato dando più effettività rispetto ai tradizionali approcci giuridici.

La persistenza di tali sistemi non può essere giustificata alla luce delle affermazioni di chi ritiene che l'insorgenza odierna di tali approcci dipenda dall'assoluta natura "disfunzionale" delle corti statali pubbliche⁸⁴. A tal proposito si è parlato del contrasto tra il diritto e l'approccio contrattualistico relazionale: il primo riguarda - in senso positivistico - la produzione regole formali a cui corrispondono altrettante sanzioni formali predisposte per la violazione dei vincoli contrattuali; il secondo fa riferimento alla cooperazione volontaria nelle relazioni contrattuali per assicurare anche le contrattazioni future. Se il sistema legale di riferimento funziona perfettamente non sarà necessario il ricorso a forme alternative di regolazione, infatti il suo funzionamento sarà effettivo quanto quello garantito con l'approccio dato dalla regolazione privata. Viceversa non è sempre vero che l'emanazione di buone leggi risolva lacune o problematiche presenti nei sistemi giuridici anche laddove l'ordinamento sia evoluto, basti pensare ai casi in cui i costi di appello alla giustizia superino di gran lunga i costi che si avrebbero nell'utilizzo dell'approccio di regolazione privata. Nei paesi i cui sistemi legali funzionano in modo corretto, il *private ordering* sarà tutt'al più uno strumento di supplemento del diritto per mitigare i costi dell'applicazione pedissequa del modello legislativo.

Nei paesi i cui sistemi sono "disfunzionali", il *private ordering* andrebbe a sostituire totalmente il diritto. Chiaramente l'assunto per cui il ricorso ad un ordine di tipo privato si abbia solo nel caso in cui l'intervento pubblico dello Stato sia disfunzionale è troppo forzato. Ed invero la sua emersione o la sua dissoluzione dipendono da molte variabili legate ai punti di forza e ai limiti di tale tendenza, elementi presenti tanto nei sistemi privati di regolazione alternativi al diritto, quanto in quei sistemi che si fondano esclusivamente su di esso⁸⁵.

6. Segue: Elementi essenziali del *private ordering* e regolazione statale

Nel confronto tra *private ordering* e regolazione statale, occorre delineare alcune differenze essenziali. L'intervento pubblico dello Stato si applica a tutte le

⁸⁴ J. McMillan, C. Woodruff, *Private Order*, cit., pp. 2424-2425.

⁸⁵ B. D. Richman, *Firms, Court and Reputation Mechanisms*, cit., p. 2337.

controversie che intervengono tra gli individui di una società e ciò avviene attraverso un corpo di leggi che ha a disposizione il supporto della coercizione statale e delle corti giurisdizionali, al fine di garantire il rispetto dei vincoli assunti e dell'osservazione delle decisioni in sede rimediale.

D'altra parte, invece, il sistema di *private ordering* richiede la cooperazione tra i membri di una società: qui sono gli stessi membri che si assoggettano volontariamente all'ottemperanza di *norme sociali* poste per lo svolgimento di determinati rapporti contrattuali e ciò avviene perché la minaccia delle sanzioni extragiuridiche che ne derivano è superiore rispetto alla tendenza di trasgressione delle norme. Si tratta di norme e procedure specializzate in funzione del settore di mercato considerato; esse provvedono a garantire efficacemente la sicurezza nella buona esecuzione degli scambi in quanto i membri partecipanti si impegnano ad aderire a tali *norme* e si vincolano alle decisioni assunte dagli arbitri privati inerentemente le controversie poste in essere⁸⁶. Non necessariamente tutti questi sistemi presentano degli appositi organi predisposti a ricoprire la funzione di arbitri privati. Ed invero ciò dipende dalla distinzione tra l'insorgenza di *ordini privati spontanei* e *ordini privati organizzati*.

Nei primi, l'ordine e il controllo da parte di organi a ciò predisposti nasce spontaneamente e un esempio di ciò è fornito da *Shasta County*, in cui sono i confinanti di ciascun *ranch* a creare delle "reti sociali" di condivisione di *gossip* e di informazioni per indurre comportamenti coordinati tra i membri appartenenti ad una comunità.

In questo contesto di comunità ristretta, il *gossip* fa da predecessore ai più sofisticati meccanismi reputazionali nei sistemi di *private ordering organizzati*,

⁸⁶ Tornando agli esempi del mercato dei diamanti di New York e di quello del cotone di Memphis, esistono degli appositi "giudici" privati, basti pensare al *Memphis Cotton Exchange* e al *New York Diamond Dealers Club*. Nel particolare mercato dei diamanti di New York il sistema di arbitrato si compone di due organi con due diverse funzioni che mantengono la segretezza dei procedimenti di cui sono investiti. Questi organi hanno un'esclusività nel decidere questioni controverse al punto tale che pochissime sono le cause che arrivano alle corti statali a seguito delle loro statuizioni. Nonostante sia possibile adire in ultima istanza le corti statali, di fatto ciò è precluso ai membri per via del rischio di assumere la cattiva reputazione di membro "litigioso" e non cooperativo all'interno delle comunità considerate, o addirittura ciò può comportare l'espulsione dall'associazione e, conseguentemente, dall'attività di scambio. Sostanzialmente, dunque, seppur gli statuti non vietino il ricorso ai classici rimedi giurisdizionali, difficile diventa ricorrervi di fatto. Infatti il potere di *enforcement* sembra esclusivamente derivare dalla minaccia di sanzioni private che non hanno necessariamente ricadute giuridiche. L. Bernstein, *Opting Out of The Legal System*, cit., p. 125 ss.; Id., *Private Commercial Law in the Cotton Industry*, cit., p. 1736 ss.

costruisce infatti una mappa sociale per delineare la reputazione altrui, utilizzata a sua volta come strumento di controllo e di affidabilità⁸⁷.

Nei secondi – quelli *organizzati* – è invece presente un organo centrale che raccoglie e dissemina informazioni reputazionali per determinare successivamente l'entità di eventuali illeciti e le conseguenze delle condotte poste in essere dai suoi membri: è questo il caso di mercati più complessi già previamente accennati – quale il *Diamond Dealers Club* e il *Memphis Cotton Exchange* – in cui è necessaria la presenza di un'organizzazione maggiormente strutturata per il corretto funzionamento del commercio che avviene al loro interno⁸⁸.

Siano esse spontanee od organizzate, le forme di *private ordering* hanno comunque una peculiarità in comune, consistente nell'impiego di meccanismi extragiuridici per indurre l'ottemperanza delle *norme sociali*⁸⁹. Tra di essi una sottocategoria importante è rappresentata dalla reputazione⁹⁰, strumento che permette di dare effettività alle relazioni contrattuali costituite tra i membri di una comunità⁹¹.

La differente struttura della regolazione privata riguarda anche altri elementi fondamentali, tra cui si possono annoverare: i costi amministrativi, la sua efficacia ed effettività e la disponibilità nell'accesso ad un tale sistema.

⁸⁷ Con riferimento ad un'analisi dettagliata del *gossip* come forma di controllo sociale, discute ampiamente S. E. Merry, *Rethinking gossip and Scandal*, cit., pp. 289-295.

⁸⁸ B. D. Richman, *Firms, Courts and Reputation Mechanisms*, cit., p. 2339 ss.

⁸⁹ Cfr. L. J. Strahilevitz, *Social Norms*, cit., p. 365 ss.

⁹⁰ In alcuni contesti, però, la reputazione non opera da sola. Se si pensa ad esempio ai mercati illegali, uno strumento di supporto e di obbedienza alle regole – extralegali – è costituito dall'uso della violenza, la quale sostiene il meccanismo reputazionale. Qui, tali elementi non sono semplicemente forme alternative o marginali rispetto all'imposizione di un corpo di leggi, ma hanno anche funzione effettivamente regolatoria per esercitare il controllo sociale. Si pensi ad esempio al vasto mercato dell'edilizia olandese che per anni è stato dominato da cartelli. La natura illegale di un siffatto mercato ha evidentemente reso impossibile regolare o risolvere controversie, insorte a seguito dell'attività edile svolta, attraverso i mezzi legalmente predisposti. Il meccanismo reputazionale può essere, allora, implementato anche dall'uso della violenza fisica o psicologica per porre in essere la coercizione nei comportamenti individuali. J. Van Erp, *Reputational Sanctions in Private and Public*, in *5 Erasmus Law Review* (2008), p. 152 ss.

⁹¹ Anche in altri contesti non necessariamente illegali, la letteratura relativa al *private ordering* ha fatto riferimento alla violenza come forma di supporto del *self-help*. Ciò è avvenuto ad esempio nella contea di Shasta in cui il ricorso alla violenza, anche organizzata ha rappresentato un incentivo per porre ordine e controllo sociale. Nel XIX secolo questa pratica era infatti più che normale, ad esempio lasciare il bestiame pascolare liberamente creava la preoccupazione dell'esercizio della violenza da parte dei vicini sugli animali stessi, al fine di risolvere la situazione di sconfinamento, evitando così eventuali denunce di reato. R. C. Ellickson, *Order without Law*, cit., pp. 58-59.

In primo luogo le parti coinvolte nei sistemi di *private ordering* sono attori di determinati settori di mercato che ripetutamente pongono in essere delle relazioni contrattuali e in quanto membri di una determinata comunità. Per tale ragione, essi hanno una certa familiarità con il ricorso a strumenti arbitrari interni e organizzati rispetto ai rimedi esterni alla propria struttura di appartenenza.

I giudici privati a cui si fa riferimento fanno parte della comunità stessa e possiedono competenze peculiari e conoscenze specializzate relative alle operazioni commerciali che avvengono in quel preciso settore di mercato. Competenze che consentono loro di accertare nel dettaglio i fatti e le posizioni sostenute da ciascuna parte con il risultato di confezionare “giudizi su misura” per la risoluzione di una determinata controversia individuale⁹², assicurando delle statuizioni più appropriate rispetto ai casi concreti di cui sono investite. A questo proposito è consuetudinario per i settori che adottano il *private ordering* liquidare in capo alle parti lese anche i profitti andati perduti a causa della relazione contrattuale posta in essere.

Al contrario questa capacità nelle corti statali è di gran lunga meno scontata: i giudici hanno molte più esitazioni a inserire tra le voci di danno anche quei profitti perduti, perché ciò implicherebbe fare delle speculazioni che andrebbero oltre le competenze dei giudici stessi⁹³, con la conseguenza che la parte lesa dalla violazione ottenga un risarcimento minore rispetto a quello che avrebbe effettivamente ricevuto in considerazione di tutte le circostanze dell’inadempimento di controparte. Una delle caratteristiche dei mercati che adottano il *private ordering* consiste, dunque, nell’agire più rapidamente rispetto all’intervento delle corti statali spesso sovraccariche di istanze, con la conseguenza di giungere a risultati più precisi e prevedibili rispetto alle esigenze del caso concreto, abbassando anche i costi amministrativi delle decisioni.

In secondo luogo un altro fondamentale connotato è costituito dall’efficacia e dall’effettività dei sistemi di *private ordering*. Ciò può essere spiegato confrontando tale sistema con la tradizionale regolazione giuridica.

⁹² In questo caso fondamentale è segnalare il ruolo dei pannelli arbitrari: essi hanno la funzione di educare i membri con riguardo al contenuto di regole e i profili procedurali di business practices appropriate nello svolgimento dei commerci. L. Bernstein, *The Questionable Empirical Basis of Article 2’s Incorporation Strategy: A Preliminary Study*, in 66 *Chicago Law Review* (1999), pp. 773-774.

⁹³ B. D. Richman, *Firms, Courts and Reputation Mechanisms*, cit., p. 2341.

Il diritto possiede degli strumenti coercitivi per il suo rispetto, ad esempio nel caso di disposizioni di legge vincolanti, esse devono essere rispettate dagli individui per evitare le conseguenze derivanti dalla loro violazione; ciò rientra nel classico schema riassumibile con la formula *precetto giuridico-sanzione*.

Più in particolare la sfida della concreta tutela dei diritti è sostenuta anche per il tramite dell'attività giurisdizionale: nell'ambito dell'adempimento contrattuale sono le corti pubbliche a implementare le proprie sentenze su casi concreti mediante potenti strumenti affinché le parti si conformino ad esse. Ciò però non è vero per tutti gli accordi contrattuali. Ci sono infatti tipologie particolari in cui l'azione delle corti pubbliche sarebbe pressoché inefficiente e inadeguata. È il caso del mercato dei diamanti a cui si è già accennato: qui le corti pubbliche non avrebbero efficacia tale da riuscire a dare forza agli acquisti di credito sui diamanti.

Questo è dovuto al tipo di bene scambiato in questo mercato: i diamanti per loro stessa natura sono facilmente trasferibili, occultabili e valutabili universalmente. Tutte caratteristiche che rendono evidentemente inadatte e incapaci le corti e il tradizionale ricorso al diritto di sanzionare efficacemente i commercianti che – posta in essere una relazione contrattuale con una controparte – si sottraggono dall'adempimento dei propri obblighi, rifiutando il pagamento o addirittura fuggendo con il bene scambiato⁹⁴. Le attività di acquisto e di vendita dei diamanti basate sul credito comportano la necessità del supporto di un sistema su cui poter ragionevolmente fare affidamento⁹⁵.

⁹⁴ La limitata effettività nelle corti giurisdizionali gioca un ruolo critico e fondamentale nel favorire l'appello verso tendenze di regolazione privata che esclude il riferimento alla legge imposta dallo Stato. Sul punto, con una dettagliata analisi, discute B.D. Richman, *How Community Institutions Create Economic Advantages: Jewish Diamond Merchants in New York*, in *31 Law & Social Inquiry* (2006).

⁹⁵ Quello del mercato dei diamanti non è però l'unico ad avere queste caratteristiche. Un altro esempio è costituito dal settore di mercato del pesce. Il bene oggetto di scambio è chiaramente peculiare, infatti una volta pescato perde freschezza immediatamente e inoltre le forniture non sempre sono prevedibili con certezza. Per questa ragione i commercianti non possono pianificare contratti di vendita a lungo termine, perché è necessario vendere immediatamente i prodotti ottenuti dall'attività della pesca e il tutto avviene spesso senza alcun tipo di pagamento sicuro. I limitati tempi del settore comportano che sia utilizzata la vendita a credito. L'alto costo necessario per dare esecuzione alle relazioni contrattuali rende inefficace l'appello alle corti pubbliche, precludendone l'*enforcement ex post*. J. Mc Millan, C. Woodruff, *Private Order*, cit., pp. 2437 ss. Allo stesso modo anche il mercato del cotone soffre della stessa problematicità e anche in questo caso l'intervento statale non consente una regolazione effettivamente consona alle inadeguatezze del sistema pubblico. Per una dettagliata analisi sulla comparazione tra sistemi pubblici e sistemi di regolazione privata, si veda L. Bernstein, *Private Commercial Law in the Cotton Industry*, cit., p. 1739 ss.

E laddove il diritto – con tutti gli strumenti di cui si avvale – non sia in grado di trovare soluzioni, emerge l'esigenza di ricorrere a strumenti di effettiva tutela di tipo privato che costituiscono uno dei vantaggi nei sistemi di *private ordering*. Essi poggiano principalmente sulla creazione di meccanismi basati quasi esclusivamente sulla reputazione⁹⁶, con il fine ultimo di trovare un equilibrio in vista della carenza e inadeguatezza offerta dalla regolazione pubblica.

Nella risoluzione di controversie di questo genere, il mero richiamo ad un più generale diritto dei contratti limiterebbe le corti statali a pronunciarsi – rispetto ad una lesione subita da una parte – con delle sentenze rimediale tese solamente ad eguagliare i danni compiuti dalla controparte, confermando così la scarsità della forza di coercizione al corretto comportamento contrattuale. In questo contesto, il meccanismo reputazionale non opera solo come *norma economica* di efficienza e di mera adesione per ragioni di profitto alle obbligazioni contrattuali assunte – come le ricostruzioni di storia economica hanno manifestato nell'*excursus* dedicato alle comunità di mercanti medievali⁹⁷ – anzi la coercizione regolatoria data dall'assetto reputazionale deriva anche da altri interessi rientranti in un più generale controllo della rete commerciale degli scambi. Questi interessi hanno a che fare con interessi etici, morali, sociali quali il mantenimento dell'onore della comunità o la partecipazione agli eventi che scandiscono i momenti più importanti all'interno della comunità stessa⁹⁸.

Il tutto riguarda, allora, la dimensione sociale: negli assetti di *private ordering*, il mancato ossequio delle norme extragiuridiche poste come strumenti di regolazione di una comunità che agisce “all'ombra del diritto”, comporta anche l'esclusione dal gruppo: ad esempio la reputazione di un membro contrassegnata da mancati

⁹⁶ Il mercato del cotone, infatti, è dominato da meccanismi reputazionali che comportano di conseguenza delle sanzioni che non hanno origine legale. La reputazione economica degli individui in questi settori diventa fondamentale soprattutto nel momento in cui sia impossibile verificare materialmente lo stato dei prodotti. L'instabilità dei prezzi del cotone nel breve termine, il volume del bene, il fatto che molti accordi non siano immediatamente confermati per iscritto, ma al più solo dopo giorni dalla loro realizzazione, rendono tutti i soggetti coinvolti nelle transazioni economiche interessati alla valutazione della reputazione di coloro con cui contrattano, verificandone le condotte passate al fine di crearne di future. Ivi, pp. 1746-1747.

⁹⁷ A. Greif, *Reputation and Coalitions*, cit., p. 878 ss. Nella stessa chiave ricostruttiva in collegamento al rapporto intercorrente tra fiducia e reputazione si è posto G. Smorto, *Reputazione*, cit., p. 199 ss.

⁹⁸ Ciò va in tendenziale contrasto con l'analisi di Greif che discute il ruolo della reputazione solo in chiave di “incentivo” all'adempimento dei rapporti contrattuali.

pagamenti o da consegne di beni di scarsa qualità interferirà con lo *status* sociale di quel soggetto e conseguentemente anche della sua famiglia all'interno della comunità⁹⁹.

In questo senso, dunque, è chiaro che – come già appare nell'analisi condotta da Ellickson – la reputazione si inserisce in una dimensione molto più ampia di quella meramente economica: essa, infatti, è strumento di controllo e di regolazione teso a indurre determinati comportamenti sociali che spesso l'azione delle corti pubbliche non riesce a raggiungere. L'adozione del mezzo reputazionale è stato da sempre preferibile all'interno di questo tipo di comunità omogenee, perché spinge gli individui che ne fanno parte – per lo più accomunati tra di loro da origini etniche o religiose – ad una volontaria cooperatività nell'ottica di costruire o continuare solide relazioni nel futuro. La volontarietà della cooperazione non è posta in essere esclusivamente per conseguire interessi economici, ma anche in una prospettiva di conformità sociale al fine di evitare le sanzioni reputazionali derivanti dalla mancata osservanza delle norme della comunità¹⁰⁰. Per questo si rileva un particolare rapporto tra *norme sociali* e meccanismi di reputazione consistente nella loro funzione di modelli comportamentali da seguire e che si collocano una dimensione prettamente *sociale*.

Il terzo connotato distintivo dei sistemi di *private ordering* riguarda la disponibilità di accedervi. Ed invero si tratta di un aspetto problematico, perché ne

⁹⁹ Per esempio nel *Diamond Dealers Club* la *membership* è fondamentale per le instaurazioni di legami sociali e reputazionali solidi che assumono decisiva rilevanza anche nelle relazioni contrattuali successive. Quindi i rapporti di regolazione privata sono fortemente influenzati non solo da meri aspetti economici, ma anche da una più ampia cornice contestuale di riferimento. B. D. Richman, *How Community Institutions*, cit., p. 394 ss.

¹⁰⁰ Con particolare riferimento all'accezione di norma, gran parte della letteratura economica e filosofica definisce le norme come obbligazioni ad impegnarsi a tenere un determinato comportamento soggetto alla minaccia di una sanzione conseguente, differendosi dalla legge per il fatto che nella norma la sanzione che ne deriva è di tipo extralegale, ma non per questo meno vincolante. In particolare questa definizione di norma, a livello strutturale, mostra la forma della stessa e gli elementi che la compongono: 1) la natura della norma (ovvero il suo essere un'obbligazione); 2) l'atto della norma (consistente nel dover fare qualcosa); 3) le condizioni in cui ciò avviene (vale a dire le circostanze a cui il suo rispetto è condizionato); 4) la sanzione che ne deriva nel caso in cui non sia seguita (la "penalità" per la non conformità alla stessa). Dalle norme non derivano conseguenze giuridiche ed invero si parla di *nonlegal sanctions* proprio per via della loro extragiuridicità. Ciò comporta che la loro vincolatività risieda nella capacità di essere internalizzata dalla comunità a cui fanno capo. R. D. Cooter, *Structural Adjudication and the New Law Merchant: A Model of Decentralized Law*, in *International 14 Review of Law and Economics* (1994), p. 228 ss.

costituisce un limite: i sistemi che adottano il *private ordering* sono, infatti, raggiungibili solo da chi vi aderisce.

Di conseguenza, anche i meccanismi di reputazione – che operano al suo interno – svolgono la loro azione di controllo e di regolazione solo nei confronti di coloro che hanno un effettivo interesse al mantenimento di una buona reputazione, a coloro che fanno parte di quel ristretto gruppo¹⁰¹.

Nel caso delle tendenze di *private ordering* la sua operatività è destinata solo a coloro che nel lungo termine vogliono assicurarsi e garantirsi la continuità – anche futura – delle relazioni commerciali. Queste considerazioni conducono naturalmente a restringere il campo dei destinatari e, di conseguenza, all’innalzamento di considerevoli barriere d’entrata¹⁰²: difatti solo coloro che costruiscono relazioni tese a durare nel tempo hanno interesse a cooperare volontariamente, mentre i nuovi entrati – che ancora non hanno avuto modo di costruire una solida e buona reputazione – non sono in grado di impegnarsi in modo convincente per mantenere le obbligazioni contrattuali che intendono assumersi¹⁰³. Per questa ragione alcuni particolari tipi di mercati basati in modo quasi esclusivo sulla reputazione assoggettano i propri iscritti a un rigoroso processo di integrazione per lo più preparatorio e teso all’acquisizione di quell’elemento centrale in tali settori, vale a dire la fiducia. È in questo modo che essi saranno in grado di entrare indipendentemente nelle relazioni contrattuali già instaurate tra gli altri membri¹⁰⁴.

¹⁰¹ B. D. Richman, *Firms, Court, and Reputations Mechanisms*, cit., p. 2346.

¹⁰² Si parla di “barriere di entrata” con riferimento ai limiti imposti dalla minaccia di concorrenti migliori rispetto a quelli già presenti in un determinato mercato. Infatti, coloro che hanno potenzialmente la possibilità di entrare in un settore sono in grado di introdurre nuove tecnologie tese ad abbassare i costi – e di conseguenza i prezzi – o migliorare la qualità di un prodotto. Porre, invece, delle restrizioni a questo accesso comporta un’elevazione dei prezzi e anche la soppressione di miglioramenti di qualità. Sul punto, più diffusamente, discute R. Preston, McAfee et al., *What Is a Barrier to Entry?*, in *94 American Economic Review* (2004), pp. 461- 465.

¹⁰³ Infatti corollario base delle relazioni continuative nel tempo riguarda un’esclusione della possibilità di contrarre con individui che si trovino al di fuori di questi rapporti già instaurati. In questo scenario anche un commerciante onesto che però deve ancora dimostrare di essere affidabile non sarà in grado di intrattenere rapporti contrattuali. J. McMillan, C. Christopher, *Private Order*, cit., p. 2454 ss.

¹⁰⁴ In questo senso tale è la procedura usata nel mercato del cotone e in quello dei diamanti, in cui le barriere e i limiti posti all’accesso nelle associazioni predisposte allo scambio di quei beni sono stringenti e rigorosi. Nel mercato del cotone, il cui *network* è circondato prevalentemente dal *gossip* e dalla valutazione delle informazioni legate alla reputazione, le richieste per l’ammissione all’associazione e agli scambi richiede che i nuovi iscritti siano in un certo senso “sponsorizzati” dai membri già presenti. È richiesto infatti che essi siano finanziati da almeno tre membri che godano già di un buono *status* all’interno dell’associazione stessa o da almeno cinque membri se siano in quel business da meno di un anno. L. Bernstein, *Private Commercial Law in the Cotton Industry*, cit., pp. 1765-1766. Un simile meccanismo è utilizzato nel mercato dei diamanti, in cui addirittura quasi tutti i nuovi

La rigidità di accesso finora esposta non è però relegata solo a questo primo momento. L'elemento centrale nei mercati dominati dalle tendenze di *private ordering* è costituito in particolar modo dalla fiducia, necessaria per tutta la durata delle relazioni di scambio. Si tratta di contesti tendenzialmente non flessibili da questo punto di vista: laddove un commerciante non sia più ritenuto affidabile, perché abbia mancato dei pagamenti o abbia fornito beni di scarsa qualità, dovrà affrontare non poche resistenze per essere riammesso all'attività commerciale, ma anche sociale della comunità¹⁰⁵.

Qui la maggior parte degli scambi avvengono all'interno di comunità chiuse verso l'esterno. Esse sono composte quasi esclusivamente da commercianti collegati tra di loro da un canale informazionale, i quali collettivamente negano l'accesso di concorrenti non desiderati ponendo anche in essere dei comportamenti integranti sistematici e coordinati rifiuti di contrarre nei confronti di coloro che non godono di una buona reputazione.

La descrizione di questi fenomeni può essere al meglio spiegata avendo come esempio paradigmatico l'attività svolta dal *Diamonds Dealers Club* di New York¹⁰⁶ di cui si discuterà più approfonditamente nel proseguo e che ha posto diverse riflessioni riguardo al rapporto tra *private ordering* e legislazione statale relativa alla disciplina statunitense dell'*antitrust*¹⁰⁷.

membri sono inseriti nel commercio di diamanti grazie ai parenti più stretti che già vi fanno parte. B. D. Richman, *How Community Institutions*, cit., p. 392 ss.

¹⁰⁵ Ci sono poi dei settori - come il commercio del pesce - in cui l'entrata di nuovi commercianti non è sottoposto a rigidi requisiti di accesso e in cui la prova del rapporto di fiducia si dimostra con altri mezzi. In questo tipo di *open network* è però assunto un ulteriore costo: esso consiste, in particolar modo, nell'esporsi all'operato di soggetti definiti dalla letteratura anglosassone "*cheaters*", cioè coloro che commettono truffe in capo agli altri membri senza poi subire alcuna concreta conseguente sanzione. Per affrontare questa problematica a complemento del *private ordering* si fa ricorso all'impiego dell'azione delle corti pubbliche, anche se verosimilmente il costo per l'accesso alle procedure di corti pubbliche eccederà rispetto al potenziale ristoro del danno subito. J. McMillan, C. Woodruff, *Private Order*, cit., p. 2436 ss.

¹⁰⁶ Sul punto L. Bernstein, *Opting out of the Legal system*, cit., p. 117 ss.; B. D. Richman, *How Community Institutions*, cit., p. 395 ss.

¹⁰⁷ Descrive questa particolare questione B. D. Richman, *The Antitrust of Reputation Mechanisms: Institutional Economics and Concerted Refusals to Deal*, in 95 *Virginia Law Review* (2009), p. 325 ss. In questo contributo l'a. analizza il mercato dei diamanti e, più nel dettaglio, il tema dei rifiuti coordinati di trattare che i membri dell'associazione pongono in essere perché basati in modo preponderante sull'uso dello strumento reputazionale. In particolare l'analisi si focalizza sul ruolo dei meccanismi di reputazione e conseguentemente sulla legittimità o sulla illegittimità di queste pratiche che appaiono contrasto con la disciplina antitrust.

I sistemi di *private ordering* godono, dunque, di una serie di caratteristiche che gli ordinamenti giuridici e i relativi strumenti posti a disposizione – in particolare legislazione e corti statali – non possiedono. Il tutto conduce ad un’inadeguatezza nella gestione di determinati rapporti insorgenti in particolari settori di mercato, in cui la relazione contrattuale non necessita una mera regolazione formale ma per lo più sostanziale: non sempre, infatti, i mezzi tradizionalmente predisposti dal diritto sarebbero in grado di garantire l’effettività dei diritti fatti valere.

Gli esempi di *private ordering* esposti dalla letteratura giuridica ed economica sono stati innumerevoli e hanno teso all’analisi settoriale di quei mercati in cui si è fatto ricorso a queste tendenze alternative o complementari al diritto stesso, spiegando così come alcuni di essi abbiano rifiutato volontariamente il ricorso giurisdizionale nonostante il sistema legale di riferimento siano molto evoluti.

In questi contesti, al contrario, i meccanismi incentrati sulla reputazione sono strumenti forti ed effettivi per esercitare controllo sociale, al punto da rendere le sanzioni prettamente legali del tutto ridondanti rispetto alla sanzione extralegale che deriva dal mancato rispetto di quell’assetto di *norme sociali* di cui la reputazione costituisce elemento portante.

I corollari principali per l’operare di questi meccanismi sono costituiti dagli alti livelli di fiducia, dalla vicinanza relazionale delle parti che tali sistemi uniscono e dallo stringente effetto di vincolatività che producono anche senza la necessità della presenza di tradizionali strumenti di coercizione offerti dallo stato: si tratta in sostanza di una regolazione di tipo reputazionale a sostituzione di quella giuridica¹⁰⁸.

7. Il commercio dei diamanti di New York

Finora si è spesso fatto cenno al paradigmatico mercato dei diamanti di New York per spiegare alcuni tratti generali relativi all’analisi delle tendenze di *private ordering*, poiché costituisce un caso di studio che rappresenta al meglio questo tipo di assetto.

¹⁰⁸ J. Van Erp, *Reputational sanctions*, cit., p. 161.

Interessante qui è il funzionamento dei meccanismi reputazionali che operano al suo interno. Tale settore del mercato ha rifiutato in modo sistematico l'applicazione di legislazioni statali e di conseguenza l'intervento pervasivo delle corti pubbliche nello svolgimento delle proprie attività di scambio a risoluzione delle controversie insorte tra i commercianti che fanno parte di questo particolare *network* di affari. Si tratta di un mercato in cui fondamentale è dunque il ruolo di associazioni di categoria dislocate in innumerevoli aree geografiche e operanti in *network* settoriali in cui ciascuna associazione ha un proprio centro, gestisce la propria Borsa e il proprio commercio di diamanti. In questo contesto ancora oggi è preponderante il lascito delle prime forme tradizionali di *private ordering*¹⁰⁹, evolute sulla base dei bisogni del mercato di riferimento e dell'innovazione tecnologica.

Lo strumento privilegiato per porre ordine e controllo sociale rispetto alle relazioni contrattuali per lo scambio del bene "diamante" è la reputazione. Essa costituisce un efficace meccanismo teso a governare i rapporti di scambio e, contemporaneamente, indurre dei comportamenti socialmente cooperativi¹¹⁰.

8. Segue: Il Diamond Dealers Club

I diamanti sono beni peculiari: facilmente trasferibili e non virtualmente tracciabili; per tale ragione pochi sarebbero gli ostacoli per celarli spostandoli da un luogo all'altro ed evitare le conseguenze giuridiche derivanti dal loro furto, per poi essere rivenduti ad altri compratori nei mercati neri.

Anche gli strumenti legali più evoluti non sarebbero in grado di disciplinare adeguatamente tali situazioni: ed invero l'apposizione di ipoteche o altri mezzi per assicurare beni come garanzia non prevengono in modo affidabile ed effettivo il furto di diamanti. Come previamente accennato, il settore di mercato considerato è vasto e comprende un ampio *network* di Borse dislocate in diverse aree geografiche.

¹⁰⁹ Si fa riferimento ai mercati magrebini descritti da A. Greif nelle sue dettagliate ricostruzioni storiografiche ed economiche della prima categoria di *private ordering* il cui ricorso era dovuto dall'assenza o dal malfunzionamento degli assetti giurisdizionali. Diverso è il caso del mercato dei diamanti, in cui il *private ordering* assume il ruolo di un mezzo di controllo sociale non in assenza del diritto, ma in alternativa ad esso. Ivi, p. 2335 ss.

¹¹⁰ B. D. Richman, *The Antitrust of Reputation*, cit., p. 330.

Ciascuna di esse è costituita da un “sistema nervoso centrale”¹¹¹: la più antica Borsa dei diamanti è quella di New York rappresentata dal *Diamond Dealers Club* (DDC), ampio e importante centro di scambio che organizza la maggior parte del traffico commerciale di diamanti negli Stati Uniti¹¹².

Si tratta di un’associazione volontaria, organizzata secondo statuti e regole tassative per tutti i suoi membri, i quali hanno un ruolo di intermediari tra i produttori che ricercano le pietre e i commercianti che li convertono in beni di gioielleria.

Nel momento dell’ammissione all’associazione ciascun membro accetta le regole statutarie, le quali sono rilevanti al punto che il mancato rispetto delle stesse può provocare – sulla base dell’entità dell’inadempimento – diverse conseguenze tra cui l’esclusione dall’associazione stessa. Le disposizioni del DDC regolano l’attività commerciale dei suoi membri, in particolare le modalità di gestire ed eseguire gli scambi dei beni intervenuti tra i commercianti, stabiliscono anche delle coordinate generali per le attività di scambio che avvengono al di fuori di New York ma che coinvolgono i suoi membri.

Si è accennato precedentemente alle barriere di entrata costituenti uno dei corollari dei sistemi di *private ordering* che poggiano quasi esclusivamente su meccanismi di reputazione. A questo proposito, nel DDC le condizioni di accesso sono stringenti e l’entrata è sottoposta a notevoli limitazioni: in primo luogo il commerciante che voglia entrare a far parte dell’associazione deve avere un’esperienza nel mercato dei diamanti da almeno due anni; in secondo luogo deve rispettare tutte le richieste di informazioni che gli sono avanzate dal consiglio

¹¹¹ «The diamond industry’s central nervous system – the mechanisms that enables the industry’s use of reputation and support exchange – lies in its network of diamond bourses scattered throughout the world’s diamond centers». B. D. Richman, *The Antitrust of Reputation*, cit., p. 331.

¹¹² L. Bernstein, *Opting Out of the Legal System*, cit., p. 119. In questo saggio è condotta un’interessante e dettagliata analisi sul ruolo fondante del DDC. I suoi membri sono in particolare possessori di diamanti più in vista in questo mercato, commercianti all’ingrosso e ancora *brokers* del settore. Un’associazione che crea grandi vantaggi perché permette un accesso privilegiato ad una costante fornitura di questi beni. Nonostante in linea generale sia possibile commerciare diamanti nel “mercato aperto” senza necessariamente far parte di questa associazione, di fatto la partecipazione ad essa crea notevoli vantaggi che altrimenti i commercianti non sarebbero in grado di ottenere. Infatti è significativo il dato statistico relativo al fatto che almeno l’80% di diamanti grezzi che arriva nel territorio statunitense è gestito dal DDC, passando attraverso i suoi membri. Allo stesso modo almeno il 20-50% degli scambi effettuati da o per conto di rivenditori stranieri o al di fuori di New York sono conclusi e fanno capo alle disposizioni imposte dall’associazione. Questi elementi mostrano la rilevanza del DDC nel territorio.

arbitrale; in terzo luogo è necessario consentire all'affissione della propria fotografia all'interno dell'associazione in modo che gli altri membri possano avere l'opportunità di indicare le ragioni che accompagnano l'approvazione o la disapprovazione del suo accesso. Una delle più importanti condizioni di accesso è, però, rappresentata dalla sottoscrizione di un accordo in cui il nuovo socio dichiara la propria volontà di sottoporre le controversie – eventualmente insorgenti a seguito del commercio di diamanti – ad un sistema di arbitrato presente all'interno dell'associazione¹¹³.

Tale sistema è particolare perché nel risolvere le controversie non si attiene alle normative presenti nello Stato di New York, relative al diritto dei contratti sul risarcimento del danno; diversamente esse sono risolte sulla base di usi e consuetudini commerciali, alcune delle quali sono fissate nello statuto di riferimento dell'associazione mentre altre sono generalmente conosciute e quindi accettate¹¹⁴. Esso è primariamente azionato per garantire il benessere dei membri. Nonostante ciò anche i non membri che incorrono in delle controversie con i membri possono fare richiesta affinché la questione sia esaminata dal consiglio arbitrale per due ordini di motivi: il primo è relativo alla situazione in cui il non socio sappia di essere inadempiente nei confronti del socio e non siano riusciti a raggiungere un accordo per risolvere la questione, in questo caso il ricorso all'arbitrato interno al DDC sarà preferibile per via di una valutazione derivante da una parte terza neutrale, riducendo inoltre al minimo i costi reputazionali per la violazione della relazione contrattuale dato che le decisioni emesse dal DDC sono riservate quando i costi del

¹¹³ A questo riguardo due sono gli organismi di risoluzione delle controversie: il *Floor Committee* e il *Board of Arbitrators*. Entrambi sono composti da membri dell'associazione ed eletti ogni due anni. Il primo ha un ruolo centrale e precede il ricorso al procedimento arbitrale vero e proprio. Infatti esso deve verificare che i fatti lamentati da uno dei membri siano effettivamente esistenti e dunque recuperare il materiale per effettuare tale controllo. Pertanto ha l'autorità di sospendere un membro dal commercio fino a venti giorni in aggiunta all'imposizione di una multa. Ciò avviene quando il socio non riesca a soddisfare le proprie obbligazioni nei confronti di un altro membro e nessuna questione materiale di fatto coinvolta o ancora quando un membro causi delle turbative. Il secondo subentra quando un membro del DDC abbia delle pretese relative al commercio dei diamanti e i fatti lamentati siano ritenuti quantomeno esistenti. In questo caso il membro leso ha il diritto di presentare un reclamo diretto al *Board of Arbitrators* che deciderà in ultima istanza sul caso di cui è stato investito. L. Bernstein, *Opting Out of the Legal System*, cit., p. 120.

¹¹⁴ Tre sono le categorie in cui può ricadere una controversia: 1) quelle che non presentano un rimedio prescritto esplicitamente nelle regole dello scambio; 2) quelle senza rimedi espliciti, ma che sono abbastanza comuni da essere risolte uniformemente secondo le consuetudini generalmente conosciute; 3) quelle controversie complesse che gli arbitri possono declinare oppure decidere in conformità alla misura del danno che nessuna delle parti può preventivamente conoscere. Ivi, p. 126.

procedimento siano pagati nel breve periodo; il secondo riguarda invece il caso in cui il soggetto che non sia socio ritenga di avere ragione sulla questione controversa e, pertanto, adire il sistema arbitrale gli consentirebbe di risolverla più velocemente e con costi procedurali di gran lunga minori, assoggettando il membro dell'associazione all'elargizione di un risarcimento immediato.

Questa apertura verso commercianti che non facciano parte dell'associazione è significativa, perché allarga le maglie dell'applicazione del *private ordering* a soggetti esterni al gruppo di appartenenza di cui si è parlato precedentemente¹¹⁵.

Se è vero che i soci del *Diamonds Dealer Club* sono obbligati¹¹⁶ a deferire le eventuali contese insorgenti dalle relazioni contrattuali al sistema di arbitrato, questo vale solo quando l'altra parte sia costituita da un altro membro dell'associazione. Diverso è il caso in cui una delle due parti sia un non socio, allora il membro interessato potrà legittimamente decidere di non sottoporre la questione al *Board of Arbitrators*, anche se in realtà la risoluzione della controversia presso il sistema di arbitrato è quella preferibile per via degli eccessivi costi che causerebbe il ricorso giurisdizionale presso corti pubbliche.

Una significativa parte dei traffici commerciali dei diamanti all'interno del *Diamonds Dealers Club* è gestita da legami reputazionali e poggia, infatti, sulla più ampia dimensione sociale caratterizzata dal rapporto tra fiducia e reputazione.

Il valore del legame reputazionale è centrale nel settore di mercato dei diamanti, poichè esso costituisce un vincolo che condiziona a tutti gli effetti i suoi membri e che assicura la continuazione degli scambi futuri. A questo proposito, la reputazione incide in misura preponderante sia nei rapporti esterni tra membri del DDC e i commercianti che non appartengono alla borsa, sia in quelli interni tra i membri.

Nel primo caso sono rilevanti i legami reputazionali perché rappresentano quello strumento in grado di dare esecuzione ai contratti posti in essere e al tempo

¹¹⁵ Il riferimento va alle riflessioni svolte su *Shasta County*, che limitava l'emersione delle norme per incentivarne il controllo sociale e massimizzarne così il benessere ad un determinato gruppo ristretto. R. C. Ellickson, *Order without Law*, cit., p. 177 ss.

¹¹⁶ L'obbligo di cui si tratta nasce nel momento di adesione all'associazione. Una volta che il nuovo socio abbia soddisfatto tutti i requisiti d'accesso, dovrà sottoscrivere un accordo in cui dichiara anche di aderire al meccanismo arbitrale interno prima di ricorrere alle corti pubbliche. L. Bernstein, *Opting Out of the Legal System*, cit., pp. 124-127.

stesso agiscono in funzione preventiva rispetto al rischio di un inadempimento che potrebbe compromettere le relazioni future. Nel secondo caso invece, l'uso della reputazione è strettamente collegato alle decisioni prese dal sistema arbitrale, le quali sono rispettate proprio per evitare l'operare della sanzione reputazionale.

Dunque tali meccanismi diventano essenziali per affermare la capacità della Borsa di rendere effettivo e assicurare l'adempimento delle obbligazioni contrattuali e degli eventuali giudizi che li riguardano¹¹⁷.

Qui il funzionamento dei legami reputazionali si intreccia profondamente con l'assetto sociale in cui si inseriscono: il mercato dei diamanti della Borsa di New York si basa, infatti, su sistemi di "gratifiche e punizioni"¹¹⁸ che consentono di assicurare una solida esecuzione delle relazioni contrattuali anche al di fuori dell'ambito giuridico¹¹⁹ degli ordinamenti a cui appartiene. All'inizio, dunque, si fa riferimento ad un *network* di istituzioni familiari, solo successivamente arricchite da meccanismi arbitrali più complessi e a tutti gli effetti formali, la cui regolazione avviene per lo più tramite *norme sociali*. Tali norme sono caratterizzate dall'implementazione di meccanismi di reputazione coordinati che permettono di valutare l'affidabilità tra commercianti del settore. Qui ciascuno di essi contratta solo con chi abbia costruito e mantenuto nelle precedenti relazioni contrattuali una sana e forte reputazione, al punto che laddove un membro del DDC sia stato giudicato all'interno del sistema arbitrale, mediante una pronuncia a suo sfavore che mina indirettamente la sua credibilità, sarà difficile che nel futuro sia coinvolto nelle relazioni commerciali con gli altri attori inseriti nello stesso circuito.

¹¹⁷ Ivi, p. 139: «In considering the theory of reputation bonds, it is important to keep in mind that the club's ability to enforce its arbitration judgements, whether through fines, suspension, or expulsion, depends on its ability to harness the force of a reputation bond and that the DDC can only enforce its judgements if noncompliance results in forfeiture of a type of reputation bond that is recognized and given value by market forces».

¹¹⁸ Così B.D. Richman, *The Antitrust of Reputation*, cit., p. 335.

¹¹⁹ A questo proposito si è parlato della maggiore azione compiuta dalle tendenze di *private ordering* che agiscono "dietro l'ombra del diritto". Sul punto ampiamente disquisisce R. C. Ellickson, *Order without Law*, cit., pp. 52-64. La scelta dell'utilizzo di strumenti extralegali si incentra sulla possibilità di ridurre i costi che sarebbero sostenuti per il tramite del ricorso al diritto. Infatti il paradigma contrattuale favorito in determinati contesti - come quelli del mercato dei diamanti - è rappresentato da forme extralegali, che permettono al settore di ottenere gli stessi risultati, se non migliori, a quelli che si otterrebbero con la coercizione data dalle regole giuridiche perché sono le informazioni reputazionali a creare un circuito tale per cui l'acquisizione di fiducia sia utile per la conclusione transazioni future. L. Bernstein, *Opting Out of the Legal System*, cit., p. 133 ss.

Del resto il collegamento tra reputazione e legami sociali è tipico di un settore di mercato in cui centrale è la cooperazione tra soggetti appartenenti ad un gruppo etnicamente omogeneo¹²⁰: nel caso di specie i membri del DDC fanno parte – in misura predominante – di istituzioni sociali di origine ebraica¹²¹ e per questo condividono le stesse tradizioni e radici culturali. Questa appartenenza comune contraddistingue un gruppo in cui le *norme sociali*, etiche e morali si intersecano fino a diventare un tutt'uno.

Da ciò ne consegue una decisiva influenza sui meccanismi reputazionali, perché il rispetto delle norme utilizzate per il graduale evolvere delle relazioni sociali ha una profonda incisione sull'assetto del commercio e dello scambio dei beni: infatti la reputazione di un buon commerciante prende forma quando egli si sottoponga al rispetto del più ampio ordine sociale di appartenenza non semplicemente nell'ottica meramente economica di incentivi e disincentivi, ma anche morale ed etica di adempimento agli obblighi assunti per il mantenimento del proprio *status* sociale.

Le *norme* imposte dalla comunità – sociali e religiose – aiutano quindi il filtraggio delle comunicazioni per aumentare l'accuratezza dell'attività commerciale svolta da DDC.

Ed è dunque questo insieme di meccanismi, consistente nella commistione tra le *norme sociali* e l'affidamento su una solida reputazione, ad avere consentito la costruzione e il rafforzamento di regole proprie ed extragiuridiche operanti al di fuori delle normative imposte dallo Stato e dei suoi strumenti di coercizione. Il

¹²⁰ B.D. Richman, *How Community Institutions*, cit., p. 384 ss.

¹²¹ Storicamente, sin dall'età medievale, gli ebrei sono stati coinvolti nel commercio dei diamanti. Inizialmente tale coinvolgimento era stato casuale, essi infatti vivevano in alcune delle città più famose per il commercio di diamanti. In due di queste – Amsterdam e Antwerp – era permesso loro gestire in maniera abbastanza libera tali scambi. Nel tempo, tale attività si arricchì sempre di più fino ad assumere predominanza maggiore nel XX secolo quando entrarono nel commercio di questo mercato espandendosi anche verso la Borsa di New York, pervadendo anche il commercio delle pietre preziose. Tale influenza preponderante deve però essere ridimensionata nella modernità o quantomeno essa non deve più essere letta alla luce delle rigide e fisse leggi ebraiche. Bisogna, infatti, porre in evidenza che importanti erano le differenze tra queste ultime e il moderno assetto della Borsa dei diamanti di New York. Una tra le più rilevanti diversità consiste nel fatto che le norme ebraiche vietavano in assoluto il ricorso volontario a qualsiasi altra corte pubblica o privata che non appartenesse ad una giurisdizione ebraica quando ad essere oggetto di giudizio fosse una disputa intervenuta con un altro membro della comunità ebraica. Ciò comportava una forte "ridicolizzazione" ed esclusione di quel soggetto dalla comunità stessa. Questa ferrea regola non è pensabile in una società moderna, seppur gestita da tendenze di controllo sociale di *private ordering* alternative al ricorso al diritto. L. Bernstein, *Opting Out of the Legal System*, cit. p. 140 ss. Per un'accurata analisi e ricostruzione del quadro storico di riferimento della comunità ebraica - senza presunzione di completezza - si fa riferimento a D. B. Richman, *How Community Institutions*, cit., p. 390 ss.

sistema su cui si basa la Borsa dei diamanti di New York è emerso per la promozione delle informazioni reputazionali che assumono valore di mercato con un fine preciso, vale a dire quello di prevenire gli inadempimenti delle relazioni contrattuali instaurate e di consolidare la cooperazione a lungo termine tra le parti senza il supporto del diritto.

In questo quadro variegato si inserisce il sistema di arbitrato del *Diamond Dealers Club*, il cui ruolo è “puramente informazionale”¹²² e il potere che ricopre nella risoluzione di controversie dipende esclusivamente dal grado di diffusione delle informazioni reputazionali relative alle condotte passate dei commercianti, influenzando in tal modo anche quelle future. Il continuato uso della reputazione come strumento vincolante per dare effettività ai rapporti contrattuali – per il tramite di questo sistema arbitrale – ricorda altri tipi di organizzazioni più risalenti basate anch’esse su giudizi privati: un esempio è quello delle Fiere di Champagne del XVI secolo in cui il modello di commercio era basato sulla *lex mercatoria* e la vincolatività dell’esecuzione contrattuale era riservata ad un sistema privato di meccanismi reputazionali che garantivano commerci trasparenti avendo la capacità di pubblicizzare i nomi dei soggetti che si sottraevano dagli obblighi assunti¹²³. Il funzionamento di entrambi questi due sistemi ispirati al *private ordering* incontra però profili peculiari che li rendono differenti. Pur prediligendo entrambi il mezzo reputazionale, è da distinguere l’uso che ne è stato fatto: nel caso delle Fiere di Champagne le sanzioni reputazionali erano applicate generalmente a tutti i commercianti e rimosse solo nel momento in cui fosse effettivamente possibile il ricorso a strumenti di matrice statale per garantire la tutela dei diritti violati da condotte scorrette. Quest’esempio mostra naturalmente gli strumenti reputazionali

¹²² B. D. Richman, *The Antitrust of Reputation*, cit., p. 336.

¹²³ Il tema delle Fiere di Champagne non può essere approfondito in questa sede perché comprende importanti riflessioni anche nell’ambito dell’analisi economica in un’ottica di costi e benefici. Più in generale, però, il sistema dei giudici privati usato per dare esecuzione alle emergenti relazioni di diritto commerciale era incoraggiato attraverso la correttezza del comportamento di ciascun commerciante, l’imposizione di sanzioni nei confronti di coloro che non vi si attenevano, la circolazione di informazioni sul comportamento passato, la raccolta di prove nei confronti dei soggetti inadempienti e infine attraverso il pagamento di ciascun giudizio nei loro confronti. P. R. Milgrom, D. C. North, B. R. Weingast, *The Role of Institutions in the Revival of Trade: The Law Merchant, Private Judges, and the Champagne Fairs*, in *2 Economics and Politics* (1990), p. 3 ss.

come alternativi a quelli statali solo perché non agevolmente disponibile il ricorso ai tipici mezzi di matrice giuridica¹²⁴.

Diverso è il caso del mercato dei diamanti che – imperniato su un sistema di “ricompensa e punizione” – non predilige lo strumento reputazionale sulla base dell’assenza di una cornice giuridica e giurisdizionale di riferimento; al contrario il ricorso a questo strumento avviene in maniera volontaria e consapevole al fine di eludere i meccanismi giuridici inefficaci. Alla disseminazione di informazioni che compie il sistema arbitrale a cui i membri del DDC si sottopongono al momento della loro adesione all’associazione, si unisce anche la necessità di incentivare la cooperazione tra di essi, nello svolgimento delle attività commerciali.

Parole chiave del mercato di diamanti sono fiducia e reputazione: il ricorso a questi elementi consente il continuato svolgimento dei commerci e questi peculiari meccanismi – che operano tanto *ex ante* quanto *ex post* – evidenziano come l’affidamento verso sistemi di *private ordering* differisce in modo molto netto dalle convenzionali forme di risoluzione delle controversie presso arbitri terzi previsto dal *Federal Arbitration Act*¹²⁵.

Più generalmente nel diritto commerciale può succedere che le parti acconsentano preventivamente a sottoporsi alle procedure di arbitrato, un metodo di risoluzione delle controversie in cui un soggetto terzo e privato decide con riguardo ad una questione specifica, anziché adire un giudice. Ciò avviene per via del sempre maggior numero di contratti conclusi tra consumatori, aziende e commercianti al fine di ridurre gli elevati costi del ricorso alle sedi giurisdizionali ordinarie.

¹²⁴ In questo contesto si richiama al variegato panorama della giustizia presente nell’epoca medievale di cui discute più dettagliatamente A. Greif, *Reputation and Coalitions*, cit., p. 864.

¹²⁵ *Federal Arbitration Act*, Pub. L. 68-401, 43 Stat. 883, 9 U.S.C. (1925). Si tratta più specificamente di una legge emanata nel 1925 per assicurare la validità e l’esecuzione degli accordi di arbitrato in «ogni transazione marittima o contratto che evidenzi uno scambio commerciale [...]». La Corte Suprema ha infatti riconosciuto il *Federal Arbitration Act* (FAA) come prova di “una politica nazionale che favorisce l’arbitrato”. La sua applicazione, per via dei vari requisiti della legge statale e per via dell’uso di diversi tipi di accordi arbitrali, ha sollevato numerosi questioni giuridiche, al punto da essere stato oggetto di diverse cause dinanzi alla Corte Suprema. La questione relativa al fatto che la FAA preveda una legge statale o una regola giudiziaria per la sua applicazione è oggetto di frequenti contenziosi. In questi casi, la Corte ha regolarmente sostenuto che la FAA sostituisce i requisiti statali che limitano l’applicabilità degli accordi arbitrali obbligatori. Sul punto più dettagliatamente discute un rapporto del *Congressional Research Service* (CRS Report) del 2017. J. O. Shimabukuro, J. A. Staman, *Mandatory Arbitration and the Federal Arbitration Act*, 20 settembre 2017, disponibile al sito <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44960.pdf>.

Il deferimento da parte delle corti alle procedure arbitrali e ai suoi giudizi, non toglie, però, che determinati strumenti giuridici di coercizione statale – ad esempio il sequestro di beni o i diritti di proprietà – rimangano disponibili per far rispettare il giudizio arbitrale. Nonostante ciò, l'origine del *Federal Arbitration Act* rimane comunque legislativa. Si tratta, pertanto, di meccanismi di regolazione statale utili alla deflettività del carico giurisdizionale, perché capaci di recuperare beni quando essi siano identificabili e fissi.

Differenti sono invece le questioni sottostanti al mercato dei diamanti: nel caso di specie sarebbe impossibile utilizzare i classici meccanismi giurisdizionali in maniera efficace, in quanto la stessa natura del bene consente facilmente di aggirare il ricorso alle corti statali. Per questa ragione il peculiare settore di mercato dei diamanti ha sviluppato delle alternative forme per il rispetto dei contratti conclusi, privilegiando per l'appunto il ricorso al *private ordering*.

La scelta di predisporre un sistema arbitrale interno alla Borsa di New York non è relegata ad un mero ragionamento economico-razionale di riduzione dei costi del contenzioso, come invece avviene per la maggior parte dei casi tra quelle parti commerciali che applicando le legislazioni statali ricorrono a strumenti arbitrali. Qui, al contrario, l'abbandono del ricorso alle corti pubbliche è giustificato dall'ineffettività delle azioni giurisdizionali ordinarie.

Dunque, se nella disciplina arbitrale del *Federal Arbitration Act* l'effettività dei diritti delle parti dipende in ultima istanza dall'azione delle corti statali, lo stesso non può in alcun modo dirsi degli strumenti usufruiti nel mercato dei diamanti¹²⁶.

In questo contesto, il ricorso al *private ordering* consente di tratteggiare un assetto di regole proprie del sistema arbitrale – talvolta estranee all'orbita giuridica – controllato da meccanismi reputazionali e, di conseguenza, retto da sanzioni extragiuridiche.

¹²⁶ B. D. Richman, *The Antitrust of Reputation*, cit., p. 339.

9. *Disciplina antitrust e meccanismi reputazionali: brevi cenni sulla normativa antitrust statunitense*

L'assetto di *private ordering* utilizzato dal *Diamond Dealers Club* di New York ha fatto uso dello strumento reputazionale con lo specifico fine di dare supporto alla concreta esecuzione delle relazioni contrattuali tra i suoi membri.

A ciò si aggiunge da un lato la funzione di fornire informazioni tali da ridurre le asimmetrie informative che possono caratterizzare le transazioni economiche; dall'altro la possibilità di diminuire i costi dei contenziosi ricorrendo direttamente a sistemi di sanzioni non legali e strettamente collegati alla reputazione¹²⁷.

Il caso del *Diamond Dealers Club* permette di analizzare l'interconnessione tra la disciplina *antitrust* e i meccanismi reputazionali. Come già detto in precedenza, la peculiarità della Borsa dei diamanti di New York consiste nel fatto che le relazioni contrattuali assumono effettività basandosi quasi esclusivamente sull'uso della reputazione e sulle sanzioni da esso derivanti. Queste sanzioni sono organizzate secondo dei rifiuti coordinati di contrarre con i commercianti che abbiano dimostrato essere inaffidabili nello svolgimento dell'attività di scambio.

L'uso della reputazione in questo mercato mostra chiaramente la tensione costante tra le tendenze di *private ordering* e quelle derivanti dalla regolazione statale sul diritto di concorrenza. Infatti le pratiche poste in essere nell'associazione che funzionano come "punizioni" per l'inadempimento delle relazioni contrattuali tra i suoi membri, potrebbero violare – in linea di principio – le fondamenta del diritto alla concorrenza statunitense. A questo proposito occorre dapprima tratteggiare gli elementi essenziali che caratterizzano la normativa *antitrust* presente nel panorama statunitense.

Il presupposto alla base di questa disciplina è costituito dal principio di libera concorrenza negli scambi e nella produzione di beni. Le norme che vietano le restrizioni al libero commercio affondano le proprie radici nei principi di *common law* inglese e solo successivamente sono state assimilate nel territorio statunitense con specifiche discipline volte alla sua tutela per evitare le tendenze monopolistiche.

¹²⁷ Sul punto questo particolare tema è affrontato da R. J. Gilson, R. H. Mnookin, *Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict Between Lawyers in Litigation*, in *94 Columbia Law Review* (1994), p. 510 ss.

Generalmente il criterio che ha retto la normativa concorrenziale statunitense si basava sul criterio dell'*illiceità*, contrapposto a quello del *controllo*.

Quest'ultimo faceva riferimento alla predisposizione di discipline volte a garantire il libero scambio, ma che legittimavano cartelli e intese tra imprese laddove non risultassero restrittive della concorrenza; esse, dunque, dovevano essere controllate e svolte in armonia con gli interessi superiori dell'ordinamento di riferimento. In questo primo scenario le restrizioni alla concorrenza non erano dannose *a priori* perché tenute sotto il controllo delle normative degli Stati nazionali¹²⁸.

Diversa è invece la situazione esistente negli Stati Uniti sul finire dell'Ottocento. Qui infatti esisteva già un "mercato comune", pertanto l'obiettivo principale era quello di vietare – dapprima a livello statale e successivamente a livello federale – i comportamenti di quelle imprese che ponessero in essere pratiche restrittive della concorrenza, escludendo di fatto la possibilità ad altre imprese di svolgere attività commerciali sul mercato.

Negli Stati Uniti, dunque, le formazioni monopolistiche dirette o indirette ad interferire con la libertà di scambio, di produzione o distribuzione di beni erano già considerate dannose *a priori* ed è per questa ragione che il principio alla base delle prime normative *antitrust* è stato quello dell'*illiceità*. Nell'ottica di tutela degli

¹²⁸ Questo principio fa riferimento agli anni precedenti alla formazione di un "mercato comune". Nei periodi di maggiore industrializzazione – a partire dal 1870 circa – il territorio europeo non conosceva alcuna forma di mercato comune, era infatti ripartito in vari Stati nazionali tra loro sovrani. Sostanzialmente confinanti erano tre delle quattro maggiori potenze economiche mondiali: Francia, Germania e Gran Bretagna. Gli Stati – in quanto sovrani – potevano modificare i flussi commerciali in modo discrezionale. In considerazione della medesima visione "imperialistica", tutti avevano l'interesse alla crescita economica con l'obiettivo di controllare i nuovi sbocchi per il commercio delle "proprie imprese" anche a discapito delle imprese degli altri Stati. In questo contesto sorgeva il fenomeno dei cartelli industriali. Rispetto agli altri Stati, ad esempio, in Germania vista la rapidità di sviluppo economico e di industrializzazione, si registrò un fenomeno di "cartellizzazione" piuttosto rilevante. La riforma doganale del 1879 diede il primo impulso ed in seguito tale tendenza si fece sempre più manifesta. La creazione di cartelli industriali nell'Impero germanico era già costante all'inizio degli anni Settanta dell'Ottocento, anche se la costituzione di cartelli è documentata sin dagli anni Venti. Nonostante ciò, qui non era presente alcuna normativa né di controllo dei cartelli, né normative *antitrust*. Ed invero la prima normativa di controllo dei cartelli risale al 1923, mentre le prime disposizioni in materia di *antitrust* risalgono al 1957. Nel periodo successivo alla Seconda Guerra Mondiale alcuni Stati europei, tra cui ad esempio Francia, Gran Bretagna e Svizzera, ritenevano che le formazioni monopolistiche presenti nei mercati non fossero di per sé dannose se controllate e non in contrasto con i principi fondanti i propri ordinamenti. In altri paesi invece – è questo il caso di Austria, Italia, Paesi Bassi e Svezia – era predisposta una forma speciale di pubblicità allo scopo di mantenere sotto controllo le formazioni monopolistiche. Più in generale per un approfondimento sul diritto della concorrenza e il cammino di integrazione europea F. L. Pace, *Diritto europeo della concorrenza. Divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, Padova, 2007, p. 6 ss.

interessi consumeristici, delle esigenze di sviluppo tecnologico e in ossequio al principio di libera concorrenza, le discipline di riferimento dichiaravano illecita qualsiasi forma di intesa, accordo tra imprese volto a limitare la concorrenza. Si è parlato, allora, di *per se condemnation theory*, espressione che indica quel principio di creazione giudiziale secondo cui ogni pratica manifestamente contraria alla disciplina concorrenziale è di per sé illecita, pertanto non richiede la considerazione di circostanze ulteriori tese a giustificarla. La dichiarazione di illecità della stessa avviene già per il solo fatto di essere stata posta in essere. Alla luce dei principi giuridici che reggono il sistema statunitense in tema di *antitrust*, diverse sono state le misure adottate in questo ambito e più in particolare tre sono gli *statutes* di carattere federale che hanno avuto maggior rilevanza normativa: lo *Sherman Act*¹²⁹, il *Clayton Act*¹³⁰ e il *Federal Trade Commission Act*¹³¹.

Il primo di questi tre importanti pilastri è lo *Sherman Act*, piuttosto risalente ma che enuncia principi fondanti della disciplina relativa alla concorrenza. Esso fu emanato durante un periodo di ristrutturazione del sistema economico statunitense come reazione politica alle profonde problematiche socio-economiche della fine del XIX secolo. Il momento storico era particolare perché segnato dall'emersione di imprese nel settore dell'industria pesante, di trasporti ferroviari, di comunicazione ed energia; ad essi si sono uniti rilevanti fattori macroeconomici riguardanti il progressivo ampliamento dei mercati, il raggiungimento delle maggiori economie di scala. Pertanto il tentativo fu inizialmente teso a porre in essere iniziative legate ad una più generale riduzione dei prezzi. Solo in secondo momento, invece, le imprese iniziarono a raggiungere degli accordi di fissazione dei prezzi che aveva livelli piuttosto elevati così da mantenere alti i margini di profitto¹³².

¹²⁹ *Sherman Act*, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. (1890).

¹³⁰ *Clayton Act*, Pub.L. 63-212, 38 Stat. 730, 15 U.S.C. (1914).

¹³¹ Il *Federal Trade Commission Act* del 1914 è una normativa federale adottata al fine di fornire una serie di strumenti legali per contrastare le pratiche ingiuste, anti competitive e ingannevoli che possono verificarsi sul mercato. Al suo interno lo *statute* prevede la formazione della *Federal Trade Commission* (FTC), un'autorità indipendente dal governo federale degli Stati Uniti con particolari compiti di prevenzione delle pratiche scorrette o ingannevoli. Impedisce, inoltre, la formazione di accordi contrari alla legge antitrust e delle pratiche scorrette. Pur non avendo autorità punitiva nei confronti dei soggetti che pongono in essere le suddette violazioni, ha un ruolo fondamentale nel monitorare la conformità alle leggi commerciali nel mercato e in virtù di ciò conduce indagini legali, emette ordini di cessazione o cancellazione, convoca audizioni pubbliche, presenta cause civili nei tribunali distrettuali degli Stati Uniti e assicura che gli ordini dei tribunali vengano seguiti.

¹³² F. Ghezzi, G. Olivieri, *Diritto antitrust*, Torino, 2013, p. 5 ss.

Il tutto creava degli abusi di potere da parte delle imprese, perché gli accordi provocavano rischiosi danni in capo a commercianti e agricoltori che erano al tempo stesso acquirenti di materie prime e venditori di prodotti finiti.

Non a caso, in questo scenario variegato, fu approvato lo *Sherman Act*, una *statute* federale che entrò in vigore al fine di «proteggere il commercio dalle illegittime limitazioni alla concorrenza e dai monopoli»¹³³. Esso si è posto quale strumento per rafforzare quei principi derivanti dall'ambito di *common law* inglese¹³⁴.

L'*Act* ha, dunque, scopi specifici: anzitutto la tutela del commercio dalle limitazioni illegittime alla concorrenza e alla costituzione di monopoli; in secondo luogo l'emanazione di regole per il mantenimento della libertà di concorrenza necessarie in quanto si trattava di un principio fondamentale dell'assetto economico e sociale del sistema statunitense, vale a dire un sistema economico aperto e volto ad affermare la libertà di impresa e la libertà di accesso al mercato per tutti gli operatori in esso presenti.

Gli accordi e le pratiche vietate dallo *Sherman Act* riguardano più in particolare «ciascun contratto, combinazione nella forma di *trust* o cospirazione, che limita il commercio fra i vari stati, o con nazioni straniere, è per mezzo della presente legge dichiarato illegale»¹³⁵. La violazione delle norme *antitrust* costituisce un grave disvalore, tanto da essere punito con sanzioni di natura penale e di natura civile.

¹³³ *Sherman Act*, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. (1890). Queste le intenzioni indicate espressamente indicate dal titolo dell'*Act*.

¹³⁴ A questo proposito una delle teorie inglesi più importanti riprese nello *Sherman Act* riguarda quella dei c.d. *contracts in restraint of trade*. È letteralmente traducibile con l'espressione "contratti restrittivi del commercio" e si riferiva originariamente a tutti quegli accordi o pattuizioni in virtù dei quali una parte si obbligava a non esercitare, per il futuro, una determinata professione, industria o commercio. Essi erano definiti *ancillary contracts* perché stipulati in collegamento ad un contratto principale valido, definito più specificamente "*larger lawful transaction*". Successivamente, lo sviluppo di queste pattuizioni è arrivato sino al punto che i contratti restrittivi del commercio fossero stipulati senza essere subordinati ad alcun tipo di contratto principale e che dunque avevano quale unico scopo quello di restringere e limitare la concorrenza. Questi ultimi sono stati ritenuti – nell'ambito delle teorie di *common law* – "irragionevoli per sé", nel senso che avendo come unico fine quello di limitare la libera concorrenza per ottenere profitti di determinate imprese sul mercato a discapito di altre, avrebbero dovuto considerarsi invalidi in ogni caso. G. Bernini, *Breve analisi storica e comparativistica della legislazione antitrust degli Stati Uniti d'America*, in *Il diritto dell'economia*, n. 9/1958, p. 6 ss.

¹³⁵ *Sherman Act*, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. (1890), section 1: «Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal».

Da un lato un'azione penale corrispondente alla *Government Criminal Action*, di cui ha giurisdizione lo Stato Federale¹³⁶; dall'altro la *Government Civil Action* da parte dello Stato Federale, con cui si domanda al *Department of Justice* una sentenza per prevenire e reprimere violazioni future della legge. Infine la possibilità di esperire un'azione privata volta al conseguimento dei danni subiti dalle condotte lesive della concorrenza. Essa può essere azionata da chi sia stato danneggiato dalla pratica in violazione delle disposizioni della normativa.

La seconda normativa presa in considerazione è il *Clayton Act*, uno *statute* del 1914 emanato al fine di consolidare ed esplicitare le basi giuridiche poste dalle disposizioni dello *Sherman Act*. Infatti nonostante quest'ultimo sanzionasse pesantemente intese, cartelli e tentativi di monopoli nel mercato, mancava una disciplina relativa ai processi di concentrazione posti in essere tra più imprese concorrenti.

Questa lacuna portò a rilevanti fenomeni di abuso di potere nel mercato da parte di molte imprese e queste pratiche cercarono di essere contrastate proprio tramite il *Clayton Act* con il compito di integrare le leggi già esistenti sulla contrarietà alle restrizioni illegali e ai monopoli. La sostanza dei divieti presenti nello *Sherman Act* rimase invariata nella nuova normativa, poiché per l'appunto lo scopo ispiratore era quello di proibire quelle attività commerciali e concorrenziali che il Congresso non riteneva coperte dalla normativa vigente.

Evidente dal punto di vista formale è che questo *statute* integrativo del sistema *antitrust* delineato a fine Ottocento presentasse un criterio di legalità decisamente più rigido: in particolare riguardava la valutazione delle conseguenze potenziali derivanti dalle pratiche illecite, nel senso che la violazione era integrata anche nel caso in cui l'effetto «potesse essere quello di diminuire sostanzialmente la concorrenza o tendere a creare un monopolio in qualsiasi linea di commercio»¹³⁷. Il testo prevedeva, poi, delle estensioni dei divieti di porre in essere determinate pratiche ed attività, tra queste si può far riferimento a discriminazioni nei prezzi,

¹³⁶ Si tratta di un'azione esperita dal *Department of Justice* che prevede, nel caso di restrizione illecita del commercio e di monopolio, una pena definitiva non eccedente i tre anni e una pena pecuniaria nell'ammontare di \$ 10.000.000 nel caso in cui si tratti di un'impresa e di \$ 350.000 nel caso in cui si tratti di persona fisica (section 1 e 2).

¹³⁷ *Clayton Act*, Pub.L. 63-212, 38 Stat. 730, 15 U.S.C (1914), section 7, § 18: « [...] The effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly».

conclusione di contratti vessatori e con clausola di esclusiva, partecipazioni azionarie reciproche, amministrazioni collegate¹³⁸.

Per quel che concerne, invece, le sanzioni del *Clayton Act*, esse non hanno quasi mai natura penale e ciò ha costituito un punto di diversità fondamentale rispetto allo *Sherman Act*, con la conseguenza che la normativa non si presenta nel suo complesso come un *criminal statute*.

Infine il *Federal Trade Commission Act* – individuato come parte integrante del blocco di normative destinate alla tutela della libera concorrenza – è stato adottato con l’obiettivo di completare la disciplina *antitrust*. Di particolare interesse è la *Section 5* della legge che dichiara illegali tutti «gli sleali metodi di concorrenza in commercio»¹³⁹. La scelta della più generica espressione “sleali metodi di concorrenza” anziché la più usuale “concorrenza sleale” è dovuta al fatto che all’epoca – nella tradizione di *common law* – la concorrenza sleale era riconosciuta solo con riguardo ad un ristretto gruppo di pratiche. Alla luce di ciò e in considerazione della creazione della *Federal Trade Commission* (FTC) si voleva evitare che la sua giurisdizione fosse delimitata da rigide espressioni linguistiche che racchiudevano elenchi tassativi di pratiche relative ad una tradizione non più in linea con il continuo mutamento della realtà economica che suggeriva schemi e metodi concorrenziali innovativi¹⁴⁰. A questo proposito, invece, il riferimento a “metodi sleali di concorrenza” permetteva un più ampio raggio di azione alla appena nata Autorità indipendente, avente il ruolo di regolare e prevenire le pratiche *antitrust* in funzione antimonopolistica.

I divieti previsti dal *Federal Trade Commission Act* non hanno comportato comunque una sovrapposizione con le disposizioni dello *Sherman Act*, perché essi sono più rigorosi e si applicano a quegli atti che provocano tendenze illecite alla concorrenza, anche senza che le parti coinvolte abbiano effettivamente raggiunto quello scopo. Sullo sfondo del *Federal Trade Commission Act* è dunque presente la

¹³⁸ Sul punto e per un approfondimento su questi temi si rimanda a G. Bernini, *Breve analisi storica e comparativistica*, cit., pp. 13-16.

¹³⁹ *Federal Trade Commission Act*, 15 U.S.C., section 5: «a) Declaration of unlawfulness; power to prohibit unfair practices; inapplicability to foreign trade: 1) Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful [...]».

¹⁴⁰ Cfr. G. Bernini, *Breve analisi storica e comparativistica*, cit, p. 18.

necessità di prevenzione di tutti quei metodi attraverso i quali possano essere compiute pratiche restrittive e che diminuiscano gli *standard* che regolano la concorrenza economica. Per questa ragione, in questo contesto legislativo, è stato istituito un organo amministrativo e indipendente con funzioni di vigilanza sulla applicazione delle leggi *antitrust*: la FTC è responsabile dell'applicazione legislativa in materia *antitrust*¹⁴¹.

In primo luogo ha potere di ausilio nella definizione di questioni di diritto tramite i propri componenti che per la loro esperienza e competenza forniscono un apporto fondamentale nella risoluzione delle controversie instauratesi avanti agli organi giurisdizionali. In secondo luogo ha un esplicito potere di procedere, ai sensi alla *Section 5* del *Federal Trade Act*, nei confronti di coloro che abbiano adottato «metodi di concorrenza sleale». Inoltre, la *Federal Trade Commission* è indirettamente autorizzata ad imporre il rispetto degli obblighi civili scaturenti dall'applicazione dello *Sherman Act*. Si tratta di una facoltà che deriva in modo indiretto dalla formulazione generica della *Section 5*: laddove una condotta sia ritenuta posta in essere in violazione dei divieti previsti dallo *Sherman Act*, la FTC godrà della «giurisdizione per decidere se il comportamento considerato possa effettivamente rientrare in un metodo di concorrenza sleale». In questo contesto, quindi, lo *Sherman Act* costituisce un'autorevole guida per ciò che debba essere inteso quale metodo di concorrenza sleale¹⁴².

I brevi cenni alla normativa *antitrust* presente nell'ordinamento statunitense permettono, pertanto, di comprendere la *ratio* giuridica di un sistema così strutturato, non rivolto esclusivamente al rafforzamento dell'efficienza nel mercato o all'affermazione di un benessere economico generale. Esso deve essere letto anche

¹⁴¹ La *Federal Trade Commission* è costituita da 5 membri ed è basata sul principio «pluralistico», secondo il quale non più di tre Commissari possono rappresentare la stessa parte politica. Ciò implica che una parte politica possa avere la maggioranza, anche alcuni commissari possono rassegnare le dimissioni prima della scadenza del mandato. Quando si parla di indipendenza della FTC si fa riferimento alla sua indipendenza dal Presidente degli Stati Uniti. Questo si deve, da un lato, alla sua composizione pluralistica; dall'altro al mandato settennale dei Commissari. Il Commissario capo dell'Agenzia – scelto dal Presidente degli Stati Uniti tra i cinque Commissari componenti dell'organo – è incaricato delle sue funzioni gestionali e amministrative, tra cui il potere di nominare i funzionari responsabili delle due principali divisioni di enforcement della FTC: il *Bureau of Competition* e il *Bureau of Consumer Protection*. Più approfonditamente sul punto M. Marquis, *La Federal Trade Commission e la Section 5 del Federal Trade Commission Act. Aspetti istituzionali e penombre giurisdizionali*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, n. 3/2010, p. 388 ss.

¹⁴² Ivi, p. 390 ss.

in chiave di garanzia dell'indipendenza della comunità, non solo dagli abusi del potere privato ma anche dal potere politico, preservando le libertà fondamentali di accesso al mercato a tutti gli individui in esso operanti.

Poste le basi della cornice legislativa sul diritto della concorrenza, occorre definirne il rapporto e l'interconnessione con i sistemi di *private ordering* per valutare se, in questo particolare contesto, sia possibile considerare le condotte del *Diamond Dealers Club* – basate sui meccanismi reputazionali – come pratiche restrittive del principio di libera concorrenza.

10. Segue: Note conclusive. I meccanismi reputazionali del Diamond Dealers Club nel confronto con il diritto antitrust

A completamento del percorso dedicato all'analisi sull'uso della reputazione a livello socio-economico, è il caso ora di indagare quale collegamento sussista tra l'assetto del Club dei diamanti di New York e il diritto antitrust, al fine di verificare quale sia il grado di incidenza di quest'ultimo sul sistema di *private ordering* elaborato in tale settore.

Dapprima è necessario sottolineare le caratteristiche che distinguono il peculiare sistema introdotto nel commercio dei diamanti: si tratta, infatti, di un apparato definito – dalla dottrina che si è occupata del tema – come *stateless commerce* un termine che ha ricevuto una considerevole attenzione accademica.

Parlare di “*statelessness*” significa riferirsi a sistemi di *private ordering* basati su elementi organizzativi formali o informali¹⁴³, che sono in grado di porre in essere

¹⁴³ Gli strumenti utilizzati dai sistemi di *private ordering* possono essere, infatti, di natura formale o informale. Un esempio di meccanismi informali di coercizione è evidente nella disamina di *Shasta County* condotta già all'inizio degli anni '90 da R. C. Ellickson, in cui ad essere documentato era un assetto cooperativo della comunità di *Shasta* basato sull'osservanza di mere norme sociali, più che giuridiche. E la loro osservanza costituiva una valida alternativa alle norme giuridiche sostanziali sul diritto di proprietà. Per gli appartenenti a quella comunità erano fortemente inclini alla cooperazione senza la minaccia del diritto, al punto che quell'assetto era contrassegnato dall'espressione *order without law*, poiché si affidava a meccanismi coercitivi cooperativi del tutto avulsi dalla dinamica giuridica e interamente basati su un sistema di “incentivi e punizioni” extra-legali. In questo contesto però la reputazione costituiva uno strumento informale di coercizione: una norma sociale in grado di vincolare gli individui. In un'ottica ancora più evoluta l'approccio di *statelessness* è al meglio descritto dal DDC Club e dall'assetto relazionale tra i suoi membri e le istituzioni formali in esso emergenti per la risoluzione delle controversie. B. D. Richman, *Stateless Commerce*, cit., pp. 7-13.

una coercizione nei confronti dei suoi membri. Un tale assetto si pone però “oltre il diritto”, poiché esso deve essere inteso come un modello di *governance* alternativo al rigido intervento statale nell’organizzazione delle relazioni di mercato.

Il *Diamond Dealer Club* di New York è un esempio emblematico di questo peculiare modello e costituisce un’importante evoluzione rispetto ad altri sistemi basati sul *private ordering*: infatti, nelle pagine precedenti si è detto dell’uso della reputazione come strumento informale e spontaneo di regolazione delle relazioni individuali; è questo il caso della già citata *Shasta County*¹⁴⁴. Nel caso di specie, invece, il sistema alternativo a quello statale è formalizzato da una serie di istituzioni interne al commercio dei diamanti che permettono di inaugurare sistema di natura privata più efficiente, affidabile e preciso rispetto agli strumenti giuridici forniti dallo Stato, un esempio classico è il ricorso alle corti pubbliche statali.

Su queste basi è possibile ammettere che, nel tempo, l’industria dei diamanti ha convalidato una forma di *stateless commerce* tutt’ora esistente.

Un sistema, dunque, incentrato principalmente sull’uso di meccanismi di reputazione come strumento di attuazione delle relazioni contrattuali tra i suoi membri, da cui conseguono delle vere e proprie sanzioni reputazionali che in questo contesto assumono i tratti di formali mezzi di garanzia degli scambi e della cooperazione tra gli appartenenti alla cerchia del *network* dei diamanti. Il ricorso all’insieme di sanzioni reputazionali, conseguenti alle violazioni delle norme presenti nell’assetto oggetto di analisi, ha rappresentato quindi un mezzo evidentemente preferibile e alternativo rispetto alle sanzioni giuridiche. Il tutto assistito da un tendenziale rifiuto dell’intervento di corti statali nelle controversie insorte all’interno del *network*¹⁴⁵.

La costruzione di una buona reputazione – come accennato in precedenza – costituisce l’elemento portante per la corretta continuazione degli scambi cooperativi e per il mantenimento di solide relazioni non solo tra i membri, ma anche con i soggetti esterni. Da ciò ne deriva che nell’eventualità di “cattive condotte, la reputazione e la fiducia sono facilmente erodibili; pertanto la migliore soluzione individuata per la risoluzione di tale situazione di incertezza è consistita

¹⁴⁴ Sul punto si fa specifico riferimento a R. C. Ellickson, *Order without Law*, cit., pp. 207-239.

¹⁴⁵ Sul punto B. D. Richman, *Stateless Commerce*, cit., pp. 84-85.

nell'applicazione di sanzioni reputazionali da parte del consiglio arbitrale che si occupa delle controversie nascenti nel DDC. Sanzioni queste ultime che si concretizzano nell'impedire ai membri di contrarre in futuro con i soggetti ritenuti reiteratamente inaffidabili.

In sostanza, in questo specifico ambito, i meccanismi di reputazione costituiscono un tentativo coordinato del sistema di *private ordering* di punire i comportamenti "devianti" mediante delle forme alternative di sanzione: qui non si ricorre, infatti, ai rimedi tradizionali - ad esempio il risarcimento *ex post* del danno subito - offerti dalle corti statali, ma si fa affidamento a strumenti rimediali che hanno un effettivo e più alto grado di deterrenza nei confronti di comportamenti individuali futuri. Il timore della sanzione reputazionale spinge coloro i quali interagiscono con quei gruppi a non porre in essere condotte che avrebbero la conseguenza di decretare l'esclusione dal *network* di riferimento¹⁴⁶.

Il funzionamento del sistema di *private ordering* istituito nel mercato dei diamanti ha favorito, nel corso del tempo, molteplici dubbi sulla natura delle sanzioni ivi inflitte.

A tal riguardo, seppure la centralità della reputazione sposti l'attenzione dall'ambito giuridico a quello più prettamente extragiuridico, occorre sottolineare che i rifiuti di contrarre con i commercianti che hanno costruito nel tempo una "cattiva" reputazione, sono stati ritenuti equivalenti ad una forma di boicottaggio collettivo¹⁴⁷.

¹⁴⁶ B. D. Richman, *The Antitrust of Reputation Mechanisms*, cit., p. 340 ss.

¹⁴⁷ Con riferimento al termine boicottaggio, esso può definirsi in senso generale come quel comportamento diretto o indiretto, teso ad ostacolare le relazioni economico-sociali altrui mediante l'esclusione di un soggetto - il cui ruolo è passivo - da determinati rapporti. La peculiarità del boicottaggio consiste nella versatilità della sua applicazione a diversi aspetti del discorso giuridico, che costituiscono molteplici sfaccettature del fenomeno. Ciò interviene nello specifico in peculiari rapporti sociali: quelli di lavoro, tra Stati, tra imprenditori, gruppi politici e così via. Nel caso di specie, il riferimento deve avere a riguardo le forme di boicottaggio economico in ambito commerciale, vale a dire quelle forme di esclusione esercitate da un commerciante nei confronti di un altro con l'obiettivo di ostacolare i rapporti contrattuali e di conseguenza alterare il gioco della concorrenza. In questo contesto si individuano le forme di boicottaggio collettivo che vedono nel panorama statunitense la loro origine. In questo contesto. Infatti, la componente collettiva è fondamentale e segna la linea di demarcazione tra condotte lecite e illecite. Il *concerted refusal to deal* è una fattispecie di per sé illecita per il solo fatto che l'azione di boicottaggio, in questa circostanza, sia di fatto organizzata - per l'appunto *concerted* - da una pluralità soggetti. Ed è proprio questo l'elemento che determina la presunzione di illiceità nella condotta di esclusione di un soggetto da determinati rapporti contrattuali. In questo caso l'esclusione ha una rilevanza *per se*, nel senso che l'interferenza nel rapporto altrui non potrebbe dirsi ragionevolmente lecita nonostante sia risultante da un accordo. Ciò deriva da un'esigenza di tutela che deve essere più rafforzata rispetto al caso in cui a porre in essere queste

Alla luce del diritto antitrust, tali sanzioni integrerebbero una violazione delle disposizioni dello *Sherman Act*¹⁴⁸, nella parte in cui stabilisce un divieto di porre in essere “contratti, combinazioni o associazione a delinquere” che in qualche misura limitino la libera concorrenza¹⁴⁹; così come sono considerati a tutti gli effetti *contra legem* e, pertanto punibili, le condotte di “ogni individuo che monopolizzi o tenti di monopolizzare o cospirare” con altri soggetti al fine ultimo alterare gli equilibri della leale concorrenza nell’ambito del mercato¹⁵⁰.

In questa prospettiva il divieto *per se* di porre in essere tali accordi a danno del principio di libera concorrenza è stato confermato anche dalla Corte Suprema federale alla fine degli anni Cinquanta, in una sentenza in cui si dichiarava che «i boicottaggi collettivi, o i rifiuti di contrarre coordinati con altri concorrenti sono stati a lungo considerati rientranti nella categoria delle restrizioni vietate»¹⁵¹.

limitazioni contrattuali sia un singolo. Chi indipendentemente decide di porre in essere un rifiuto di trattare con un altro non può di per sé essere ritenuto responsabile di una condotta illecita e ciò perché il potere di mercato di un solo soggetto è naturalmente inferiore e meno incidente nella libertà contrattuale di chi lo subisce. Diverso è il caso di *concerted refusal* in cui la minaccia alla libertà di trattare per la parte a cui il rifiuto coordinato si indirizza, è di fatto fortemente ridotta; senza considerare inoltre che la dimostrazione di un avvenuto rifiuto di contrarre organizzato tra più soggetti è di gran lunga più facilmente accertabile rispetto a quello posto in essere da un singolo. Insomma si tratta di un’iniziativa che per sua stessa natura provvede ad una considerevole e maggiore pressione su colui che ne è colpito, perché posta in essere nell’ambito della *conspiracy*, vale a dire nel concorso tra più soggetti. Così G. Sena, *Il boicottaggio. Un aspetto della disciplina della concorrenza*, Milano, 1966, pp. 6- 10, 70- 74. Per una più dettagliata analisi sul rifiuto di contrarre P. Marchetti, *Boicottaggio e rifiuto di contrarre*, Padova, 1969.

¹⁴⁸ 15 U.S.C. (1890), §§ 1- 7.

¹⁴⁹ 15 U.S.C. (1890), § 1: «Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal [...]».

¹⁵⁰ 15 U.S.C. (1890), § 2: «Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 [...] ».

¹⁵¹ «Group boycotts, or concerted refusals to deal with other traders, have long been held to be in the forbidden category of restraints». Così *Klor's v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 U.S. 207 (1959). Sul punto, occorre sottolineare che la *per se Rule*, fa riferimento al generale principio elaborato nell’ambito del diritto antitrust, secondo cui qualsiasi pratica restrittiva del libero scambio concorrenziale è considerata sempre intrinsecamente anticoncorrenziale e dannosa per il mercato, senza necessità di compiere indagini più dettagliate in relazione al suo effetto sul mercato o sull’esistenza di una giustificazione oggettiva per la sua realizzazione. In questo contesto l’attore, che la faccia valere, non è tenuto a dimostrare l’irragionevolezza del comportamento anticoncorrenziale o gli effetti negativi sull’equilibrio di mercato, basti a questi fini l’effettiva attuazione della stessa. Sul tema si veda D. F. Turner, *The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal*, in *75 Harvard Law Review* (1962), pp. 655- 706. Da questo profilo si distingue, poi, l’approccio definito *Rule of Reason*, secondo cui una pratica presumibilmente restrittiva della concorrenza non deve di per sé essere ritenuta illecita, ma è dapprima necessario sottoporla ad un test di ragionevolezza, al fine di vagliarne l’attuale pregiudizio sul mercato. Un test che richiede, dunque, una completa indagine relativa a diversi punti: in primo luogo la definizione del mercato geografico

In particolare, i rifiuti di contrarre coordinati predisposti dal *network* del *Diamond Dealers Club* integrerebbero dunque i requisiti per aversi una violazione della *section 1* dello *Sherman Act*.

Rispetto a tale orientamento, diverso è il parere della dottrina che ha analizzato più nel dettaglio queste condotte: nell'ottica di implementare lo *stateless commerce* realizzato dall'approccio del *private ordering*, i meccanismi reputazionali diventano centrali, poiché consentono un solido scambio informativo necessario nel contesto di riferimento. Del che ne consegue che necessarie e adeguate risultano anche le sanzioni derivanti dalla violazione di fiducia riposta sulle relazioni contrattuali intervenute tra i commerciali membri e non del *network* dei diamanti.

Alla luce di ciò, la giustificazione fornita per l'utilizzo di queste condotte coordinate di esclusione di determinati individui risiede nel fatto che lo Statuto dell'associazione dei commercianti dei diamanti non proibisce in alcuna misura ai suoi membri di entrare in contatto o di addivenire a relazioni contrattuali con coloro che in passato si siano sottratti alle obbligazioni contratte.

La pratica è semplicemente imposta dalla necessità di coerenza del sistema elaborato e dal rispetto delle "regole" ivi implementate¹⁵². In tale prospettiva, la *per se rule* – tipicamente applicata nel caso in cui siano posti in essere rifiuti collettivi di contrarre – è da considerarsi troppo rigida per il caso di specie analizzato: gli strumenti reputazionali utilizzati mostrano, infatti, una maggiore adeguatezza a rispondere ai bisogni del sistema in cui si inseriscono, rimediando a quelle inefficienze che contraddistinguono l'azione delle corti statali nel peculiare mercato di riferimento.

di riferimento e del prodotto rilevante su cui la restrizione è posta; in secondo luogo, si dovrà dar conto del "potere di mercato del convenuto" nell'ambito avuto a riguardo; infine, l'esistenza di effetti concretamente anticoncorrenziali e pertanto dannosi. Terminata tale analisi, spetterà al convenuto – che sarà gravato dell'onere probatorio – dimostrare l'esistenza di una oggettiva giustificazione a supporto della pratica tenuta. Per una più ampia e dettagliata descrizione delle dinamiche del diritto antitrust sul punto si veda per tutti e senza alcuna pretesa di completezza: A. Christiansen, W. Kerber, *Competition Policy with Optimally Differentiated Rules instead of "Per Se Rules vs Rule of Reason"* in 2 *Journal of Competition Law & Economics* (2006), pp. 215-244. R. A. Posner, *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, in 48 *The University of Chicago Law Review* (1981), pp. 6- 26; R. H. Bork, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, in 74 *The Yale Law Journal* (1965), pp. 775- 847.

¹⁵² Sul punto si fa specifico riferimento alle riflessioni di B.D. Richman, *The Antitrust of Reputation Mechanisms*, cit., p. 343 ss.

Pertanto – in questo particolare contesto – la lettura del diritto antitrust dovrebbe avvenire alla luce delle teorie di economia istituzionale e, più nel dettaglio, seguendo la riflessione del filone di studi dedicati all’*Economia dei costi di transazione* (TCE)¹⁵³, che si occupa di favorire l’efficienza istituzionale suggerendo ragionevoli alternative per ovviare all’inidoneità delle corti statali nell’esecuzione di determinati rapporti contrattuali. E nel caso di specie – in considerazione della natura intrinseca del mercato dei diamanti – è evidente che l’approccio appena esposto ben potrebbe porre rimedio al “fallimento” degli strumenti *ex post* forniti dallo Stato.

Ne è un chiaro esempio quello dei rifiuti coordinati di contrarre: nel settore di mercato a cui l’analisi si è rivolta fino a questo punto, essi rappresentano degli strumenti decisamente più adeguati per superare i limiti strutturali del ricorso alle corti statali, lente e farraginose¹⁵⁴, le quali non sempre sono in grado di tutelare adeguatamente gli interessi economici del *network* dei diamanti.

Ciò costituisce l’obiettivo a cui i meccanismi reputazionali e le relative sanzioni coordinate derivanti dal loro utilizzo, aspirano. I rifiuti coordinati di contrarre rappresenterebbero, allora, elementi favorevoli alla concorrenza nel mercato: è alla luce di queste premesse che – secondo la dottrina ivi considerata – occorrerebbe valutare la legittimità di questi accordi nel confronto con il diritto antitrust.

Da un lato, lo *Sherman Act* ha posto un divieto di comportamenti e condotte anticoncorrenziali, tenute all’unico fine di alterare l’equilibrio del corretto sviluppo

¹⁵³ La *Transaction Cost Economics* è una branca dell’Economia istituzionale, inaugurata dalle riflessioni dell’economista O. E. Williamson a partire dalla teoria dell’impresa di R. Coase. Centrale in questo filone di studi vi è l’analisi dell’organizzazione economica, con l’obiettivo di minimizzare i costi di transazione in alcuni contesti caratterizzati in misura prevalente dall’incompletezza di contratti, di investimenti specifici o ancora dall’opportunismo e razionalità umana limitata. In questo scenario il problema più rilevante è costituito dall’inefficienza degli strumenti contrattuali, poiché l’incompletezza di questi ultimi deriva dapprima dall’impossibilità per le parti di verificarne l’affidabilità reciproca delle stesse; poi, dall’incertezza della loro esecuzione nel caso dell’insorgere di controversie tra i contraenti. Tale incertezza è solitamente ascrivibile all’attuale difficoltà di ottenere un’effettiva esecuzione dei contratti, per via del limitato scambio informativo esistente tra le parti o anche per la difficoltà di trasmettere correttamente queste necessarie informazioni all’esterno. In tali casi, allora, il ricorso al sistema legale e giurisdizionale per l’adempimento del contratto diventa molto gravoso ed è in relazione a ciò che la TCE cerca di vagliare possibili alternative al fine di assicurare la corretta esecuzione degli scambi nell’ottica di efficienza: uno degli strumenti privilegiati è, per l’appunto, costituito dai meccanismi di reputazione. O. E. Williamson, *The Mechanisms of Governance*, New York, 1996.

¹⁵⁴ Questo l’orientamento fortemente sostenuto da B. D. Richman, *Statless Commerce*, cit., p. 93: «Properly understanding the efficiencies and legalities of the diamond industry therefore offers another chapter to the influence of institutional economics on antitrust policy. Institutional economics explains why the diamond industry’s coordinated boycott are superior to state-sponsored courts and other governance mechanisms».

del mercato. Alla luce di ciò, le forme di boicottaggio collettivo – come noto – sono state ritenute illegittime in considerazione della *per se rule*. Dall'altro, però, l'interpretazione giurisprudenziale ha delineato nel tempo un mutamento di paradigma riguardo la rigida applicazione della *per se rule*; ed invero si è ammesso che essa si applichi solo in certi casi di boicottaggio, vale a dire solo laddove la condotta illegittima non sia giustificata in misura rilevante da effetti favorevoli al gioco concorrenziale¹⁵⁵. Sembra indubbio, *a contrario*, che laddove sussistano delle ragionevoli e necessarie giustificazioni promotrici della concorrenza, la legittimità di tali accordi – solitamente vietati *ab origine* – debba essere valutata su altre basi, fino anche a consentire tali forme di boicottaggio collettivo, laddove esse non provochino una considerevole restrizione degli scambi commerciali¹⁵⁶. Ciò non significa che tali condotte risultino sempre legittime, ma quantomeno esse devono essere giudicate applicando la *rule of reason*, con la quale è possibile verificare se accordi di questo tipo siano permissibili, al fine di non escluderne *a priori* la legittimità, diversamente da quanto avverrebbe con la rigida applicazione della *per se rule*.

Alla stregua di questi ragionamenti la dottrina – sul punto – ha dunque ritenuto non solo che i rifiuti coordinati esperiti nel sistema di *private ordering* del mercato dei diamanti debbano essere valutati sulla base della *rule of reason*, ma anche che queste forme di boicottaggio collettivo fungano da veri e propri deterrenti rispetto alla violazione degli obblighi contrattuali, non sempre rispettati dai commercianti meno affidabili.

Nell'ottica di favorire il corretto svolgimento del gioco concorrenziale essi forniscono, quindi, dei solidi rimedi *ex ante* per evitare delle conseguenze pregiudizievoli che interverrebbero qualora non sussistesse la sanzione reputazionale di esclusione dai traffici commerciali. Lo stesso risultato, invece, non potrebbe ragionevolmente essere garantito dall'intervento delle corti pubbliche su queste specifiche controversie, risultando il ricorso giurisdizionale privo di concreta efficacia¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Sul punto si è espressa la sentenza *NYXEN Corp. v. Discon Inc.*, 525 U.S. 128 (1998): « [...] the *per se rule* is applicable to certain group boycott cases. It would apply only if no “pro-competitive justification were to be found [...] ».

¹⁵⁶ B. D. Richman, *The Antitrust of Reputation Mechanisms*, cit., pp. 342- 343.

¹⁵⁷ Ivi, p. 375.

L'approccio appena illustrato consente di comprendere il rapporto sussistente tra il diritto antitrust e l'uso della reputazione nel sistema di *private ordering* del mercato dei diamanti, ma l'analisi relativa alla centralità di tali meccanismi di reputazione presenta luci ed ombre.

I benefici dell'approccio di economia istituzionale rispetto al tema oggetto di studio sono appena stati delineati.

Per quel concerne i punti critici di queste forme organizzative occorre sottolineare, d'altra parte, che affidarsi a tali modalità di risoluzione delle controversie ha consentito un utilizzo alle volte abusivo del boicottaggio da parte dei *leader* del *Diamond Dealers Club*, per scopi non propriamente economici e all'unico fine di ottenere dei trattamenti preferenziali o per meri interessi personali. Questi atteggiamenti tenuti nell'ambito del DDC sono stati intercettati dal diritto antitrust mediante l'esperimento di specifiche azioni legali, dimostrando di fatto i limiti dello *stateless commerce* basato quasi esclusivamente sullo scambio di informazioni reputazionali. Tra i casi emblematici relativi al rapporto tra le forme di boicottaggio collettivo e il sistematico tentativo di eludere il ricorso al diritto statale, occorre segnalarne uno in particolare che costituisce un ottimo esempio sul tema.

Si tratta della sentenza *United States v. Diamond Center Inc*¹⁵⁸. La vicenda ha inizio nel 1942, quando a seguito delle barbarie perpetrate nei confronti dell'intera comunità ebrea, il *Diamond Dealers Club* di New York emanò una risoluzione interna che ne proibiva l'ammissione ai commercianti associati ad organizzazioni naziste o con le quali condividessero interessi imprenditoriali. Qualche anno dopo - nel 1949 - terminata la Seconda guerra mondiale all'esito del bilancio deleterio dell'Olocausto, il Consiglio di amministrazione del DDC approvò una nuova risoluzione, in cui era "condannata" ogni azione dei suoi membri che, direttamente o indirettamente, si concretizzasse nella conclusione di contratti con i commercianti di diamanti residenti in Germania. La risoluzione, insomma, imponeva un vero e proprio *refusal to deal*, la cui violazione comportava una nota di demerito per il commerciante che intraprendeva trattative contrattuali con soggetti appartenenti all'industria dei diamanti tedesca. La conseguenza più temuta a livello reputazionale era certamente rappresentata dall'affissione nella bacheca principale

¹⁵⁸ U.S. District Court New York (S.D.N.Y August 26, 1953).

dell'Associazione dei nominativi di quei membri agenti in violazione di suddetta risoluzione: ciò poteva comportare, a sua volta, la loro esclusione dalla cerchia di affari per un determinato periodo di tempo, erodendo così la "reputazione imprenditoriale" degli stessi. Erano queste le basi su cui si faceva leva per l'implementazione e il rispetto delle decisioni del Consiglio d'amministrazione. L'emanazione della risoluzione relative ai rifiuti coordinati di contrarre nei confronti dei commercianti di diamanti tedeschi non è però passata inosservata al *Department of Justice's Antitrust Division*, che il 23 giugno del 1952 presentava un'istanza di reclamo alla Corte Distrettuale di New York¹⁵⁹ per le condotte illecite in violazione della *section 1* dello *Sherman Act* poste in essere dal *Diamond Dealers Club*.

Nell'istanza, l'*Antitrust Division* riteneva i comportamenti tenuti dall'Associazione dovessero considerarsi illegittimi, poiché avallavano atti di "combination and conspiracy" al fine di "restringere e impedire l'importazione e l'esportazione dei diamanti dalla e per la Germania"¹⁶⁰, sottolineando inoltre le conseguenze negative - di cui già si è detto - per quei membri che agivano in violazione della risoluzione¹⁶¹. La difesa del DDC fu inizialmente protesa al tentativo di giustificare le proprie condotte, poiché considerate idonee "forme di salvaguardia" per esprimere l'indignazione dell'intera Associazione e di tutti i suoi membri rispetto agli orrori dell'Olocausto; evento quest'ultimo che aveva leso le basi morali fondanti la comunità ebraica - da cui il *Diamond Dealers Club* prende origine e che è rappresentativa di una considerevole parte dei suoi membri - mediante gli atti criminali nazisti.

Nonostante i valori etici e morali sottostanti a questa difesa, essa era supportata da ragioni non prettamente economiche, non in grado, pertanto, di giustificare il danno attuale che le forme di boicottaggio collettivo arrecavano al principio della libera concorrenza. Su queste basi, l'*Antitrust Division* decise di continuare l'azione nei confronti del DDC, il quale si trovò infine costretto ad accettare un

¹⁵⁹ *U.S. v. Diamond Dealers Club*, Civil Action No. 76.-343 Complaint (S.Y.D.N. June 23, 1952).

¹⁶⁰ *Ivi*, § 11.

¹⁶¹ « [...] each defendant shall take steps to expel from its membership or otherwise discipline any dealer violating the terms of agreement [...]. Membership in either club is essential to the business of dealing in diamonds since all trading is done in the meeting rooms... Suspension or expulsion from the association which are members of the World Federation». *Ivi*, § 10, § 12.

patteggiamento, impegnandosi a cooperare e ad adeguarsi alle disposizioni del diritto antitrust.

Infatti successivamente nel 1955, in sede di pronuncia definitiva sul caso, la Corte distrettuale di New York ingiunse con sentenza¹⁶² il *Diamond Dealers Club* dal tenere una serie di condotte: dapprima quelle condotte restrittive o impeditive dell'importazione di diamanti negli Stati Uniti o la loro esportazione al di fuori del Paese; in secondo luogo l'associazione non poteva in alcuna misura limitare, ostacolare o impedire a qualsiasi membro di partecipare al libero e illimitato scambio commerciale dei diamanti con qualsiasi altro commerciante; in terzo luogo era imposto un divieto di atti che costringessero o esortassero i membri a porre in essere dei massivi rifiuti di contrarre con altri per il solo fatto di una determinata appartenenza geografica; infine era strettamente vietato imporre multe o sanzioni espulsive per i membri che avessero agito in contravvenzione della risoluzione oggetto di valutazione da parte dell'antitrust. Da ultimo, ma non meno rilevante, la sentenza stabiliva la necessità per l'Associazione di abolire qualsivoglia strumento di controllo o di sorveglianza elaborato al fine di limitare l'importazione o l'esportazione dei beni¹⁶³.

La vicenda appena descritta è significativa, poiché chiarisce i rapporti di forza tra il funzionamento del *private ordering* e l'intrusione da parte dell'azione del diritto antitrust all'interno di questi meccanismi: è chiaro che il caso di specie non legittima le forme di boicottaggio collettivo basate su mere giustificazioni morali, etiche o religiose¹⁶⁴; infatti – come già anticipato – l'eventuale legittimità di tali accordi deve essere valutata solo sulla base di elementi che consentano di verificare l'effettivo risvolto propositivo al miglioramento e allo sviluppo del mercato, sempre alla luce del principio della libera concorrenza.

¹⁶² *United States v. Diamond Dealers Club, Inc.*, U.S. District Court New York (S.D.N.Y. February 28, 1955).

¹⁶³ Così D. J. Montpelier, *Diamonds are Forever? Implications of United States Antitrust Statutes on International Trade and the De Beers Diamonds Cartel*, in 24 *Cal. West. International Law Journal* (1994), p. 303.

¹⁶⁴ Sul punto, infatti, il giudice si mostra del tutto indifferente alle motivazioni che muovevano l'Associazione, sottolineando che: «In this country we try to forget the past and to forgive. You cannot permit a cancerous growth to commence and grow in this country which will revive and revivify and continue the ancient feuds and hatreds which these people have in their hearts quite justly and which they brought with them from abroad when they first came to our shores». *United States v. Diamond Dealers Club, Inc.*, cit., § 10.

Qui è invece evidente il tentativo di abusare degli strumenti di *private ordering*, al preposto fine di perseguire interessi privati, poiché questi rifiuti coordinati di contrarre altro non costituiscono che accordi puramente restrittivi, produttivi di considerevoli pregiudizi alla libera concorrenza e pertanto in nessuna misura permissibili, a prescindere dal fatto che lo scrutinio per verificarne la legittimità avvenga sulla base della *rule of reason* o della *per se rule*. Insomma, in questo contesto, il tentativo di sottrarsi all'intervento statale costituisce una minaccia che non può in alcun modo essere avallata e che determina l'interferenza e l'affermazione del diritto antitrust sulle peculiari, oltreché singolari, politiche e procedure – spesso alternative e sostitutive di quelle statali – implementate dal *network* del *Diamond Dealers Club*.

CAPITOLO 2

REPUTAZIONE E DIRITTO.

I SISTEMI REPUTAZIONALI TRA GIURISPRUDENZA E DOTTRINA: UN'ANALISI RAGIONATA DEL PANORAMA ITALIANO E STATUNITENSE

SOMMARIO: 1. Definizione dei sistemi reputazionali e individuazione dei problemi derivanti dal loro utilizzo - 2. False recensioni online: tra tutela della reputazione economica e libertà di espressione - 3. *Segue*: il caso di Tripadvisor. Recensioni al vaglio delle Corti italiane - 4. Controllo sulle recensioni online: quale responsabilità per le piattaforme? - 5. *Segue*: una recente sentenza made in Usa: *Dawn L. Hassel v. Bird* - 6. La falsa recensione come pratica commerciale scorretta? Il provvedimento dell'AGCM e la sanzione amministrativa a Tripadvisor - 7. *Segue*: il diverso orientamento del Tar Lazio sul caso Tripadvisor - 8. L'emersione del fenomeno di *astroturfing*: ipotesi di *unfair deceptive practice*? - 9. *Segue*: Ancora sulle *unfair deceptive practices*: quali rimedi in capo all'imprenditore. Un caso emblematico della giurisprudenza statunitense.

1. Definizione dei sistemi reputazionali e individuazione dei problemi derivanti dal loro utilizzo

Affrontate le tendenze socio-economiche in cui si declina il fenomeno reputazionale, occorre ora dar conto di come questo tema si intersechi a doppio filo con il mondo giuridico.

L'analisi in questo capitolo sarà condotta attraverso una puntuale disamina di alcuni tra i più rilevanti casi giurisprudenziali sul tema, con l'obiettivo di raccogliere gli orientamenti assunti dalle corti nazionali italiane e statunitensi relativamente alla crescente problematica delle false recensioni presenti nei c.d. sistemi reputazionali

L'espressione designa delle strutture informative che aggregano e distribuiscono informazioni sulla reputazione di un professionista operante sul

mercato, con la specifica finalità di valutarne l'affidabilità e creare fiducia entro un certo sistema di riferimento¹⁶⁵.

Di sistemi reputazionali si occupa anche G. Smorto¹⁶⁶ che, riprendendo le definizioni espresse dalla dottrina economica statunitense, ricostruisce tali meccanismi definendoli in qualità di mezzi di autoregolazione del mercato. Essi sono elaborati al fine di ridurre alcune problematiche sorte con l'emersione di Internet, quali ad esempio la distanza geografica che spesso conduce all'impossibilità di avere un reale confronto con la controparte; ciò avviene in particolar modo nell'ambito del commercio elettronico e dell'economia collaborativa.

In quest'ottica i sistemi reputazionali possono essere di due tipi: *diretti* o *indiretti*. I primi sono quelli in cui il passaggio informativo avviene in modo diretto da chi produce informazione a chi la richiede. È questo il caso delle lettere di raccomandazione o di referenze; i secondi – certamente più frequenti – sono rappresentati dai casi in cui vi sia un terzo, che fa da intermediario tra chi fornisce una notizia e chi la ricerca. In quest'ultima situazione, il sistema può essere attuato direttamente dagli attori economici che si trovino d'accordo tra di loro; per esempio nel caso di associazioni di categoria o consorzi di qualità i quali stabiliscono prescrizioni e standard per coloro che fanno parte di quel determinato gruppo e ciò è dovuto in particolare a quel forte senso di appartenenza che contraddistingue i suoi membri. Il panorama digitale offre, poi, delle piattaforme online che presentano degli spazi in cui sono inseriti degli strumenti di *peer-reviewing*, basati essenzialmente sul giudizio dell'utente. È questo il caso di Ebay, Amazon, ma anche Tripadvisor, Yelp, Airbnb, Avvo. Non devono essere però trascurate le piattaforme che forniscono servizi *on demand* e che attengono più strettamente al diritto del lavoro, come avviene ad esempio con Uber o Foodora¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Cfr. E. Goldman, *The Regulation of Reputatoin Information*, B. Szoka- A. Marcus (eds.), in *The Next Digital Decade on the Future of the Internet*, Washington D.C., 2010, p. 294.

¹⁶⁶ In questo contesto, l'a. elabora un parallelismo delle problematiche che già si ponevano ai mercanti del bacino del Mediterraneo nell'XI secolo d.C., quando in assenza di sistemi di tutela effettivi per l'attuazione *ex post* dei diritti, si realizzavano delle forme *ex ante* per instaurare un clima di fiducia nei mercati: ciò avveniva per l'appunto con l'uso della reputazione, come strumento che consentiva ai mercanti di tenere un atteggiamento corretto nei confronti delle controparti evitando le conseguenze negative che sarebbero derivate da azioni capaci di demolire la propria reputazione. Lo stesso in qualche misura avviene nello scenario di Internet, in cui la valutazione reputazionale assume valore fondante le scelte individuali. G. Smorto, *Reputazione*, cit., p. 199 ss.

¹⁶⁷ Ivi, p. 206-207.

Sono sempre di più i professionisti che scelgono di iscriversi alle piattaforme online appena citate per guadagnare visibilità e vendere prodotti e/o servizi sul mercato. In questo contesto gli utenti- consumatori possono esprimere un giudizio condividendo l'esperienza vissuta con l'operatore economico.

Un'interazione diretta che nasce per favorire la fiducia nel mercato e assume dei profili giuridici rilevanti nel momento in cui il fenomeno da fisiologico - vale a dire la benefica elargizione di utili informazioni sulla reputazione altrui nel mercato - degenera in senso patologico, a causa della sempre più crescente presenza di false recensioni.

Da ciò derivano severe conseguenze: anzitutto nei confronti dell'attività degli operatori economici e, in secondo luogo, nei confronti degli utenti-consumatori, i quali il più delle volte sono vittime di un'informazione deviata e non corrispondente alla realtà.

Il profilo che certamente più interessa in questa sede - e che per tale ragione si affronterà in misura più ampia - riguarda gli strumenti a tutela di operatori economici e professionisti che vedono la loro reputazione economica inevitabilmente lesa a seguito di queste condotte. L'assenza di un'effettiva governabilità di Internet comporta anche particolari questioni relative all'anonimato degli utenti nella Rete¹⁶⁸.

Non sempre è possibile identificare con certezza gli autori personalmente responsabili di tali recensioni. In questi casi l'unico rimedio per i soggetti lesi è quello di rivalersi sulla piattaforma in cui la recensione è stata pubblicata.

Non meno foriero dell'insorgenza di questioni giuridiche appare il profilo legato al versante consumeristico in cui, almeno nel panorama statunitense, sembra essere presente una maggiore attenzione al fenomeno, anche dal punto di vista più spiccatamente istituzionale.

¹⁶⁸ Sul tema riguardante il rapporto tra anonimato e diritto la letteratura è sconfinata, pertanto senza pretesa di completezza, tra i più si annoverano: M. Manetti, *Libertà di pensiero e anonimato in rete*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica (II)*, n. 2/2014, p. 139 ss.; G. Resta, *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica (II)*, pp. 171-205; G. Finocchiaro, voce *Anonimato*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sezione civile (V aggiornamento), Torino, 2010, 12 ss.; B. Cunegatti, *L'autore anonimo su internet*, in G. Finocchiaro (a cura di), *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano, XLVIII, Padova, 2008; J. Grijpink, C. Prins, *Digital Anonymity on the Internet. New Rules for Anonymous Electronic Transactions? An Exploration of the Private Law Implications of Digital Anonymity*, in *17 Computer Law & Security Report* (2001), p. 379 ss.

Entrambi gli aspetti appena citati presentano l'emersione di molteplici controversie – alcune delle quali ancora pendenti o di recente statuizione – e investono sia le corti italiane che quelle d'oltreoceano. Pertanto, a questi fini, si tenterà di analizzare le differenti tendenze giurisprudenziali per valutare gli orientamenti seguiti sul tema, che di fatto si mostrano di volta in volta disomogenei e altalenanti sulla base dei casi concreti da cui la controversia ha origine.

2. False recensioni online: tra tutela della reputazione economica e libertà di espressione

Uno dei primi casi emblematici oggetto di analisi è rappresentato da una decisione italiana del Tribunale di Rimini del 2013¹⁶⁹. La vicenda vede protagonista il titolare di una struttura alberghiera – l'hotel Major – che citava in giudizio il sito web Holidaycheck A. G.

Sul sito online erano state postate delle recensioni negative oltreché fuorvianti e non veritiere, pregiudizievoli della reputazione economica dell'hotel¹⁷⁰.

La parte attrice chiedeva, pertanto, il risarcimento del danno ingiusto subito, perché il portale aveva omesso di esercitare il controllo sul contenuto delle recensioni

¹⁶⁹ Trib. Rimini, 7 maggio 2013, n. 712, con nota a sentenza di A. Salerno, *Rating nei servizi commerciali e responsabilità*, in *Diritto dell'informazione dell'informatica*, n. 3/2014, p. 389 ss.

¹⁷⁰ La riflessione sulla reputazione economica è risalente. L'espressione è entrata in auge negli anni Settanta del Novecento quando la Corte di Cassazione aveva riconosciuto che anche la reputazione economica dovesse essere adeguatamente tutelata in ambito civilistico. Si trattava, in particolare, di uno specifico bene giuridico da tutelare quando la reputazione veniva «lesa dalla diffusione di notizie idonee a comportare la perdita di fiducia di cui gode l'imprenditore nel settore economico di riferimento». Così Cass. Civ. 13 ottobre 1972, n. 3045, con nota a sentenza di A. Amato, *Sulla tutela della reputazione economica dell'imprenditore*, in *Giustizia civile*, I, XXIII, 1973, p. 827. In questo primo contesto, però, la Corte pur riconoscendone la tutela, vi si riferisce semplicemente come mera esplicazione del diritto alla reputazione personale in particolare settore, corrispondente all'ambito economico. La prima definizione concreta, più precisa e scissa dall'aspetto più prettamente personale si trova, invece, negli anni Ottanta in cui la reputazione economica è descritta come «la considerazione o la rappresentazione che il pubblico ha della capacità del soggetto di conseguire risultati positivi soprattutto in termini di bontà dei prodotti o dei servizi di guadagno (o di profitto)». Definizione introdotta da P. Auteri, *La tutela della reputazione economica*, in G. Alpa – M. Bessone – L. Boneschi – G. Caiazza (a cura di), *Informazione e diritti della persona*, Jovene, Napoli, 1983, p. 94. Questa definizione era collegata all'interesse soggettivo a non vedere diminuito il proprio volume di affari per via della divulgazione di informazioni negative sui prodotti che incide profondamente anche sulla libertà di iniziativa economica privata. A ciò fa riferimento G. Resta, *Circolazione delle informazioni e responsabilità civile del Warentest*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica (II)*, 1998, p. 291.

degli utenti che – a detta di parte attrice – era doveroso¹⁷¹. La decisione del Tribunale prende le mosse dalla ricostruzione del fondamento normativo in materia di illeciti commessi dal gestore di un sito web per poi valutare l'applicazione analogica delle regole relative alla legge sulla stampa, escludendo da ultimo tale possibilità¹⁷². Considerata la natura anonima della recensione, la valutazione va infatti operata sull'esistenza di un'eventuale responsabilità dell'*internet service provider*: è infatti chiaro che la responsabilità per danni derivante dalla falsità di una recensione che leda la reputazione economica di un imprenditore sul mercato, vada in primo luogo ascritta all'autore della stessa¹⁷³. Tuttavia – come nel caso di specie – laddove non sia

¹⁷¹ In questo senso la domanda era giustificata dal ricorrente come segue: «[...] poiché con la sua condotta di filtraggio e valutazione dei contraenti che riceve, deve, prima di pubblicarli sul sito internet, valutare se gli stessi sono veritieri e non diffamanti, altrimenti diviene corresponsabile del commento stesso». Trib. Rimini, cit. p. 382. In questo senso la parte attrice qualificava come illecito il comportamento del sito in questione e nella decisione il Tribunale richiama puntualmente la disciplina inerente il decreto di attuazione della direttiva europea sul commercio elettronico – d. lgs 9 aprile 2003, n. 70 – che disciplina agli articoli 14, 15 e 16 la trasmissione, memorizzazione e conservazione delle informazioni fornite da un destinatario del servizio e delineando di fatto la responsabilità del *provider* in relazione a successivi comportamenti alla tenuta di tali informazioni o alla verifica della loro natura. È poi l'art. 17 del decreto di attuazione che pone un generale principio di esclusione di un obbligo di sorveglianza in capo al c.d. *internet service provider* relativamente alle informazioni che trasmette o memorizza, essendo egli tenuto soltanto ad informare l'autorità giudiziaria o amministrativa. Ivi, p. 383 ss.

¹⁷² Il riferimento è più nel dettaglio alla legge 8 febbraio 1948, n. 47/1948. In questo contesto il Tribunale ritiene non praticabile una tale interpretazione analogica della disciplina applicabile alla carta stampata per via di una impossibilità fattuale nel controllo di tutti i dati e delle informazioni che vengono inserite in un server, ma anche per via della puntuale definizione che l'art. 1 della legge suddetta dà del termine "stampa" e "stampato", che assumono piena rilevanza a livello penalistico e civilistico così come tale è la responsabilità prevista per l'editore. A questo proposito il Tribunale richiamava l'ordinanza n. 337 del 2011, in cui la Corte Costituzionale aveva ritenuto non ammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11 della legge n. 47/1948. Tale questione era posta con riferimento all'art. 3 Cost. c. 1 per il fatto che la legge escludendo la responsabilità civile ivi prevista, sia in capo al proprietario che all'editore del sito web – sul quale vengono diffusi giornali telematici – avrebbe accordato una tutela ingiustificatamente più ampia a coloro che subivano delle offese derivanti da reati commessi con il mezzo della carta stampata rispetto alla tutela prevista per quelle condotte tenute attraverso il giornale telematico. L'esclusione era giustificata sulla base del fatto che l'accoglimento della questione proposta non avrebbe di fatto condotto alla pronuncia di condanna al risarcimento del danno, in quanto i soggetti la cui condotta dovrebbe essere considerata illecita – proprietario ed editore del sito web – non sarebbero compresi "nella previsione di detta norma nel momento in cui la stessa condotta fu realizzata".

¹⁷³ Sulla questione relativa ai caratteri di riconoscimento del risarcimento del danno extracontrattuale da parte dell'autore della recensione, si veda L. Vizzoni, *Recensioni non genuine su tripadvisor: quali responsabilità?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 2/2018, pp. 710 -711. A questo riguardo, l'autore potrà essere chiamato a rispondere dei danni prodotti dalla recensione secondo le regole previste dal generale principio di diritto comune della responsabilità extracontrattuale *ex art.* 2043 c.c., derivandone da ciò anche la necessità di dimostrare l'elemento soggettivo del carattere offensivo o non veritiero della recensione, tale da integrare l'aspetto della colpa o del dolo dell'autore danneggiante. Il punto più problematico risiede però nella prova inerente la sussistenza del danno e della sua conseguente quantificazione dei profili patrimoniali e non patrimoniali, riguardanti in particolare il discredito commerciale subito dall'operatore economico danneggiato. Relativamente all'aspetto della prova relativa all'esistenza del danno non patrimoniale e alla sua quantificazione

possibile verificare l'identità dell'utente e, quindi, ascrivere a tale soggetto le conseguenze per la lesione da lui provocata, il Tribunale ha analizzato lo spazio per riconoscere l'eventuale responsabilità direttamente in capo all'*internet service provider*. Questa ipotesi è stata indicata utilizzando l'espressione "responsabilità di secondo grado" rispetto a quella dell'utente-autore della recensione.

Nell'effettuare la valutazione il giudice non si è riferito esclusivamente al richiamo della puntuale disciplina prevista dal d. lgs n. 70/2003 relativa alla trasmissione, memorizzazione e conservazione delle informazioni fornite da un destinatario del servizio, ha avuto anche riguardo del contenuto dei giudizi espressi dagli utenti, così da verificare l'effettiva sussistenza dell'illecito e, di conseguenza, la possibilità di individuare i margini di responsabilità in capo alla piattaforma. Per ciò che concerne la responsabilità dell'*internet service provider* si presuppone che essa sia derivante dalle dichiarazioni del soggetto terzo, che in questo caso non è individuabile.

Ai fini di addebitare la responsabilità all'*internet service provider*, primariamente è necessario che esso abbia consapevolezza dei commenti sospetti e, conseguentemente, che non si sia attivato né per verificare la liceità o l'illiceità dei contenuti, né per la loro rimozione¹⁷⁴. In relazione a questo punto, nella decisione il Tribunale ha ritenuto che non potesse dirsi acquisita la consapevolezza dell'illecito altrui per il solo fatto che parte attrice avesse in qualche modo diffidato il sito dal continuare a "pubblicizzare" l'albergo e denunciato le recensioni presenti sul portale

consistente nelle conseguenze pregiudizievoli sulla reputazione del soggetto leso si veda F. Azzari, *Il danno non patrimoniale da lesione dell'onore e della reputazione*, in E. Navarretta (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, pp. 265 ss.

¹⁷⁴ Il quadro normativo della disciplina del d. lgs 70/2003 disciplinante taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, precisa in via preliminare che con l'espressione "servizi della società dell'informazione" si fa particolare riferimento a quelle attività economiche svolte *online* e "ogni altro servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi". Oltre alla distinzione tra i servizi esercitati da parte sito, l'art. 16 è il riferimento rilevante nel contesto di riferimento in quanto stabilisce che «il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a. non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è lecita e, per quanto attiene le azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b. non appena sia a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o disabilitarne l'accesso». Sulla puntuale descrizione della disciplina R. Gelli, *False recensioni su Tripadvisor: accolta l'azione inibitoria promossa dal ristoratore diffamato*, in *Il Corriere giuridico*, n. 1/2016, p. 81 ss.

per il loro contenuto diffamatorio e non corrispondente a verità¹⁷⁵. Secondo il giudice tali “diffide” – mandate tramite email – non avrebbero potuto ragionevolmente integrare i requisiti essenziali per riconoscere in capo al sito un obbligo di rimozione delle recensioni negative e presuntivamente non veritiere, poiché non esisteva alcun rapporto contrattuale tra le parti in giudizio, né tantomeno un diritto di privativa teso a fondare una prerogativa sulle informazioni da esso pubblicate.

La considerazione della natura “secondaria” della responsabilità in capo alla piattaforma convenuta è stata poi valutata in rapporto al contenuto dei giudizi espressi dall’utente che – nonostante l’anonimato dell’autore – per essere ritenuti illeciti avrebbero dovuto presentare un effettivo carattere denigratorio; solo laddove questo elemento si fosse verificato, la responsabilità sarebbe stato possibile sostenere l’effettiva responsabilità del *provider*.

Ciò perché l’attività svolta dal sito Holidaycheck è stata considerata dal Tribunale un’attività annoverabile tra quelle dei c.d. *content providers*, vale a dire non limitata esclusivamente alla messa a disposizione di uno spazio autogestito dagli utenti, ma il cui contenuto è predisposto e gestito direttamente dal sito, come chiaramente indicato nelle condizioni del servizio¹⁷⁶. Rispetto alla verifica delle recensioni indicate come denigratorie¹⁷⁷, è stato poi ritenuto che tali recensioni dovessero inquadrarsi sulla base dei limiti previsti per l’esercizio del diritto di critica di cui all’art. 21, c.1 della Costituzione¹⁷⁸, definiti dall’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

I presupposti per il legittimo esercizio del diritto sono stati individuati – negli anni Ottanta – da una risalente sentenza della Cassazione¹⁷⁹ e riguardano in primo

¹⁷⁵ Così Trib. Rimini, cit., p. 383.

¹⁷⁶ Qui si legge infatti che «le condizioni riguardanti il mondo dei viaggi e delle vacanze vengono messe a disposizione degli stessi utenti. HolidayCheck raccoglie, controlla e pubblica queste informazioni». Così Trib. Rimini, cit., p. 385.

¹⁷⁷ La sentenza riporta i giudizi e le valutazioni relative al servizio, in cui questo era ritenuto del tutto assente, come ad esempio: “servizio praticamente non presente, ambiente non cordiale, il personale non parla tedesco né inglese (...) atmosfera non cordiale”; “il personale è molto scortese e non servizievole. La direzione dell’hotel per lo più ignora i reclami (...) personale dell’Hotel completamente incompetente”; ancora le recensioni riguardavano le attrezzature e dotazioni presenti nell’albergo o la cucina.

¹⁷⁸ L’art. 21, c. 1, Cost. prevede che «tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione».

¹⁷⁹ Il riferimento va a Cass. civ., I sez., 18 ottobre 1984, n. 5259, la quale è stata definita la c.d. sentenza decalogo relativa ai presupposti sul diritto di critica. Sul tema dell’esercizio del diritto di

luogo l'interesse sociale al racconto, che può riferirsi anche a una sola categoria di cittadini e non necessariamente alla totalità di essi.

Nel caso oggetto di analisi questo primo presupposto sembra indiscutibilmente sussistente per via della finalità del servizio offerto dai siti online.

HolidayCheck, ad esempio, offre ad una cerchia indeterminata di utenti – potenziali turisti – delle utili informazioni per effettuare una scelta consapevole di destinazione delle proprie vacanze. Gli altri requisiti che occorre rispettare nel corretto uso del diritto di critica riguardano, invece, la verità oggettiva del racconto nella forma di corrispondenza tra narrazione e fatti realmente accaduti; ancora la correttezza formale e sostanziale dell'esposizione dei fatti, intesa nel senso di rispettare il limite della c.d. continenza. Questi stessi presupposti sono riconosciuti nella sentenza da parte del giudice di merito: per ciò che concerne la corrispondenza alla verità, questa deve essere qui declinata nella forma di "fedeltà nel resoconto delle proprie impressioni e sensazioni"¹⁸⁰, perché le recensioni contestate dall'hotel come lesive della propria reputazione economica rappresentano delle "valutazioni personali, come tali (ontologicamente) opinabili, cui non è possibile – evidentemente – predicare in via automatica i canoni di verità/falsità"¹⁸¹.

Così interpretato, il presupposto della verità sembra essere pienamente integrato dalle recensioni postate sul sito, non emergendo in alcuna misura altri elementi in grado di far ritenere la presenza in esse di malafede o di caratteri non veritieri.

Alla stessa stregua, appare sussistente anche il terzo limite relativo alla correttezza formale e sostanziale del linguaggio, il quale seppur «colorito e perentorio, non appare mai veramente (e gratuitamente) offensivo nei confronti della gestione dell'albergo, o ispirato da malevolenza; non vi sono termini volgari, né le critiche trascendono rispetto all'oggetto tipico»¹⁸², consistente nelle caratteristiche dei servizi alberghieri.

critica A. Pace-F. Petrangeli, *Cronaca e critica (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2001, p. 304 ss.; M. Pelissero, *Diritto di critica e verità dei fatti*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1992, p. 1228 ss.

¹⁸⁰ Così Trib. Rimini, cit., p. 387.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² Trib. Rimini, cit., p. 388. A questo proposito il giudice del merito aggiunge riprendendo una sentenza della Cassazione Civile (Cass. civ., III sez., 16 maggio 2008, n. 12420) che «il diritto di critica può essere esercitato utilizzando espressioni di qualsiasi tipo anche lesive della reputazione altrui, purché siano strumentalmente collegate alla manifestazione di un dissenso ragionato dall'opinione o

È alla luce di questi elementi giustificativi che il Tribunale rigetta le domande proposte dall'albergo Major, non riconoscendo alcun risarcimento del danno in suo favore ed escludendo la responsabilità della piattaforma convenuta. A riprova dell'opinabilità e soggettività delle recensioni, il giudice ha sottolineato anche la presenza di una serie di recensioni positive in favore dell'attività alberghiera; pertanto non sarebbe stato possibile stabilire con certezza gli indici di verità o di falsità delle recensioni, le quali comunque rispettavano i limiti di contenenza che ne escludevano di fatto il loro carattere illecito.

La decisione è interessante – a prescindere dall'esito della vicenda – per via del ragionamento effettuato dal Tribunale: esso è stato incentrato in maniera preponderante sull'esercizio di un particolare aspetto della libertà di manifestazione del pensiero, vale a dire il diritto di critica dell'utente nel panorama di Internet.

In questo contesto le argomentazioni esposte non danno conto delle norme tipiche della critica commerciale, in cui la tutela della reputazione economica è rafforzata alla luce dell'applicazione della disciplina speciale in materia di concorrenza sleale prevista dal comma 1 dell'art. 2598 n. 2 c.c.¹⁸³. In quest'ultimo caso, infatti, il soggetto a cui sono rivolte le valutazioni critiche svolge un'attività imprenditoriale per fini di lucro, derivandone quindi «una maggiore intensità nell'accertamento del requisito di essenzialità delle informazioni divulgate nell'esercizio del diritto di critica, cui deve corrispondere un effettivo ed attuale interesse per i destinatari delle medesime informazioni a conoscere il giudizio critico sull'attività economica e sui servizi offerti»¹⁸⁴. Tale intensità di tutela è affermata nella disciplina speciale dell'art. 2598 n. 2, nota per essere sottoposta a due specifici presupposti: l'uno di tipo oggettivo, consistente nel compimento di atti sulla diffusione di notizie che comportino la denigrazione del prodotto e incidenti sul profilo squisitamente patrimoniale; l'altro soggettivo, consistente nel fatto che l'atto sleale sia posto in essere da un soggetto operante in rapporto di concorrenza.

dal comportamento preso di mira e non si risolvano in un'aggressione gratuita e distruttiva dell'onore e della reputazione del soggetto interessato».

¹⁸³ L'art. 2598, c.1, n. 2 c.c. recita come segue: «[...] compie atti di concorrenza sleale chiunque: [...] 2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti o sulle attività di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a determinare discredito, o si appropria di pregi dei prodotti dell'impresa concorrente».

¹⁸⁴ Così A. Salerno, *Rating nei servizi commerciali*, cit., p. 392.

La sua peculiarità riguarda primariamente la possibilità per l'imprenditore danneggiato dall'atto di concorrenza sleale di ottenere ristoro delle proprie ragioni per il pregiudizio subito senza dover dimostrare la colpa del soggetto danneggiante - essendo la stessa presunta - secondo quanto disposto dall'art. 2600 c. 3 c.c.¹⁸⁵. Pertanto si è liberati da tale condizione, prevista invece dall'art. 2043 c.c. Secondariamente ai fini della sanzione di cui all'art. 2599 c.c.¹⁸⁶, il danno non necessariamente deve essersi prodotto in concreto ma può avere anche natura meramente potenziale¹⁸⁷. Il caso di specie non riguarda però l'ipotesi di critica commerciale derivante da soggetti concorrenti e per tale ragione risulta non applicabile la disciplina rafforzata dell'art. 2598 c.c.

Il giudizio espresso sull'attività economica dell'albergo Major deriva dall'utente che ha usufruito di un servizio; per tale ragione il Tribunale ha orientato la sua pronuncia non tanto richiamando la disciplina speciale, bensì facendo riferimento al bilanciamento tra il diritto di critica e il diritto alla reputazione. In questo scenario, quindi, l'analisi ripropone i criteri di bilanciamento individuati dalla giurisprudenza costante sul diritto di critica, ma riadattati, da un lato alla qualità non professionale dell'utente; dall'altro al carattere soggettivo della valutazione¹⁸⁸.

La novità rappresentata dalla presenza di recensioni *online* e l'assenza di una disciplina puntuale hanno condotto il Tribunale - anche in virtù delle esigue controversie sul tema - ad orientarsi declinando i tradizionali presupposti e limiti del diritto critica ad una diversa fattispecie che riguarda un fenomeno *online* in cui le insidie per la reputazione economica sono maggiori, considerata l'impossibilità di controllare Internet e l'identità degli individui che operano in esso. In questo contesto lo spazio di tutela civile o penale della reputazione dell'attività economica avrà luogo solo laddove sia dimostrato dapprima il mancato rispetto dei limiti contenitivi del diritto di critica riguardanti l'esposizione in forma "civile" dei fatti e

¹⁸⁵ L'art. 2600, c. 3 c.c. dispone testualmente: «Accertati gli atti di concorrenza sleale, la colpa si presume».

¹⁸⁶ L'art. 2599 c.c. prevede: «la sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e dà opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti».

¹⁸⁷ Così A. Fusaro, *Informazioni economiche e "reputazione d'impresa" nell'orizzonte dell'illecito civile*, Torino, 2010, p. 53.

¹⁸⁸ A. Salerno, *Rating nei servizi commerciali*, cit., p. 399.

della loro valutazione. L'esposizione dei fatti, quindi, non deve essere eccedente rispetto allo scopo informativo da conseguire¹⁸⁹.

La soluzione adottata dal giudice del merito si pone in linea con una vicenda avvenuta nel 2012 negli Stati Uniti. Qui, dapprima la Corte distrettuale del Tennessee¹⁹⁰ e, successivamente, la Corte d'appello del Sesto Circuito¹⁹¹ si sono pronunciate relativamente alla pubblicazione di recensioni degli utenti sull'esperienza da loro vissuta in una struttura alberghiera. Vista la similarità dei ragionamenti elaborati dalle Corti, le due sentenze saranno analizzate unitariamente: il giudice estensore K. N. Moore della Corte d'appello del Sesto Circuito ha, infatti, confermato la decisione della Corte inferiore seguendone lo stesso percorso argomentativo. Il proprietario *Grand Resort Hotel & Convention Center* avanzava una richiesta di risarcimento danni per *defamation*¹⁹² e per *injurious*

¹⁸⁹ Cfr. Cass. civ., I sez., 18 ottobre 1984, n. 5259.

¹⁹⁰ *Seaton v. Tripadvisor LLC*, No. 3:11-CV-549, 2012 WL 3637394 (E.D. Tenn., Aug. 2012).

¹⁹¹ *Seaton v. Tripadvisor*, No. 12-6122, 728 F.3d 592 (6th Cir., Aug. 2013).

¹⁹² Nel panorama statunitense di *common law* non è presente una disciplina normativa unitaria sulla *law of torts* e ciò perché questo particolare settore del diritto è lasciato primariamente alla giurisdizione nazionale delle singole realtà statali. È per lo più possibile stabilire dei principi generali, contenuti nei *Restatement of the Law of Torts*, in cui è descritto in linea generale il trattamento per il caso di dichiarazioni diffamatorie che ledano la reputazione personale o economica. Questi principi di portata generale devono poi essere temperati con le singole discipline statali sul punto, che alle volte possono risultare in contraddizione con i principi generalmente accettati. Una generale definizione di *defamation* è indicata nel *Restatement of Torts*: «a communication is defamatory if it tends to harm the reputation of another as to lower him in the estimation of the community or to deter third persons from associating or dealing with him». R. M. Kunstadt, *The Protection of Personal and Commercial Reputation: a study of the law in Western Europe and United States*, Weinheim, 1980, p. 72 ss. Quando si parla di reputazione economica nell'ambito di *common law* si fa ricorso a due differenti figure di *torts*. La prima riguarda la *defamation* e si riferisce in particolare alla situazione in cui ad essere lesa sia la reputazione economica dell'impresa, ma anche l'imprenditore persona-fisica e le sue qualità professionali; in sostanza le modalità di esercizio dell'attività da parte dell'imprenditore stesso. Questa presenta due categorie: la prima è costituita dal *libel*, che ricorre nel momento in cui la diffamazione è attuata in forma scritta o comunque in una forma tale da rimanere permanente; la seconda definita *slander* ricorre nel caso in cui la diffamazione avvenga in forma orale o in quelle forme a carattere transitorio. La distinzione riguarda per lo più il differente onere della prova. Nella prima forma di *defamation* – il *libel* – non si richiede al danneggiato di fornire una prova specifica di danno, perché esso è considerato *per se* e quindi già pacificamente riconosciuto; diversamente nella seconda categoria dello *slander* occorre, invece, la prova di uno *special damage*, intendendosi con questa espressione la prova dei danni concretamente prodotti dallo *slander*, non essendo sufficiente dimostrare i fatti alla base dell'offesa ricevuta. Nonostante questa netta divisione tra le due categorie di *torts*, ci sono alcuni casi in cui l'azione di *libel* possa essere azionata solo laddove sia provato uno *special damage*. È questo il caso del c.d. *libel per quod*, in cui la dichiarazione diffamatoria scritta assume rilevanza giuridica solo quando sia data prova di fatti estrinseci e ciò perché in tal modo diventa effettivamente apparente. R. M. Kunstadt, *The Protection of Personal and Commercial Reputation*, cit., pp. 74-75. D'altra parte, invece, ci sono casi in cui lo *slander* valga *per se* e non debba essere provato lo *special damage*: questo rileva in particolare nell'ambito del diritto penale ed è costituita da quella fattispecie in cui un soggetto sia accusato di aver commesso un reato che comporti una pena detentiva, oppure il caso in cui si sostenga che una dichiarazione diffamatoria riguardi lo stato di salute di un soggetto ritenuto affetto da una

*falsehood*¹⁹³ nei confronti del portale online Tripadvisor. Il portale consente agli utenti di pubblicare recensioni o rispondere a sondaggi al fine di fornire utili consigli di viaggio; è in questo contesto che Tripadvisor crea e pubblica anche delle liste e delle classifiche riguardanti hotel, ristoranti o altre attività economiche. La vicenda della controversia in esame si pone all'interno di questa cornice: nel 2011 Tripadvisor aveva pubblicato nel proprio sito la classifica degli "America's Dirtiest Hotels", il cui primo posto era occupato dall'hotel del sig. Kenneth M. Seaton, creata a seguito della rielaborazione delle valutazioni postate dagli utenti sul portale.

Nella domanda attorea il sig. K. M. Seaton lamentava la lesione della propria reputazione economica per via dell'elaborazione della classifica tramite recensioni non veritiere¹⁹⁴, richiedendo pertanto il riconoscimento del danno subito, oltreché una sanzione punitiva nei confronti di Tripadvisor¹⁹⁵. Entrambe le Corti –

malattia contagiosa o infettiva. A. Fusaro, *Informazioni economiche*, cit., pp. 118-119. Proprio in virtù delle contaminazioni tra la disciplina del *libel* e dello *slander*, questa netta distinzione è stata molto criticata al punto che nell'ambito del *common law* alcuni paesi statunitensi ne hanno abolito la differenziazione: ciò è avvenuto ad esempio in New Mexico, Florida, Washington e in Virginia. Sul punto R. E. Brown, *Defamation Law. A Primer*, Canada, 2003. Più in generale con riferimento alle critiche sulla distinzione tra *libel* e *slander* W. Prosser, *Libel Per Quod*, in *46 Virginia. Law Review* (1960), p. 840 ss.

¹⁹³ Parte attrice in data 31 marzo 2012 decideva di avanzare delle modifiche all'atto di citazione precedente, proponendo una differente configurazione nella domanda, in particolare si trattava di *tortious interference* e *trade libel/injurious falsehood*. Il *tort* di *injurious falsehood* fa riferimento al caso di informazioni false o inesatte relative a beni, prodotto o all'attività economica. Esso riguarda il caso in cui l'atto teso a ledere la reputazione abbia ad oggetto unicamente i prodotti dell'impresa senza comportare discredito in capo alla persona fisica dell'imprenditore o del modo di esercizio e gestione della propria attività. In ogni caso sia il *tort* di *defamation* che quello di *injurious falsehood* o *disparagement of goods* hanno ad oggetto un'informazione falsa comunicata ad una persona terza. L'*injurious falsehood* è un *tort* che tutela quel particolare interesse dell'imprenditore "nella reputazione dei beni e servizi (della sua attività)". Riguarda, dunque, i casi di ingerenza nelle relazioni economiche dell'imprenditore ed è indicato con espressioni, quali *trade libel*, *commercial disparagement*. Tutte ipotesi che comportano una perdita di affari per l'imprenditore, in quanto l'informazione falsa o inesatta colpisce la sua attività economica, più che il suo ruolo imprenditoriale. Per esercitare l'azione occorre che sia data prova che il danneggiante abbia comunicato a terzi notizie false su beni o servizi offerti dall'imprenditore attraverso la c.d. *malice* e, quindi, con intenzionalità e consapevolezza della falsità della notizia o comunque con totale incuranza riguardo la verità o la falsità della stessa, cagionando di fatto conseguenze dannose di carattere patrimoniale all'imprenditore. È inoltre rilevante che in tutti i casi di *injurious falsehood* è necessario fornire prova dello *special damage*, prova che invece non è richiesta nel *libel* e nello *slander per se* nei casi di *defamation*. A. Fusaro, *Informazioni economiche*, cit., pp. 116-130. Più approfonditamente disquisisce sulla definizione di *torts* e sulla differenza delle figure presenti negli ordinamenti di *common law* J. Fleming, *The Law of Torts*, Sydney, 1992.

¹⁹⁴ L'atto di citazione dell'attore ammetteva infatti: «Defendant defamed the Plaintiffs business with unsubstantiated rumors and grossly used distorted ratings and misleading statements to be used by consumers», *Seaton v. Tripadvisor LLC*, No. 3:11-CV-549, 2012 WL 3637394 (E.D. Tenn., Aug. 2012), p. 2.

¹⁹⁵ «Plaintiff claims that TripAdvisor consequently damaged and destroyed Grand Resort's excellent reputation, goodwill, confidence, and business advantage and caused great damages,

distrettuale e d'Appello – hanno argomentato le loro decisioni a partire dalla configurazione del *tort* di *defamation*, su cui la domanda attorea si basava in maniera preminente. Secondo la Corte, il sig. Seaton non aveva introdotto una domanda di risarcimento plausibile e questo perché la classifica degli *America's Dirtiest Hotels* non possedeva gli estremi per essere considerata diffamatoria.

Per riconoscere un caso di diffamazione in Tennessee è necessaria la presenza di alcuni elementi che devono essere provati dall'attore: anzitutto la pubblicazione di una dichiarazione; in secondo luogo la consapevolezza che quell'affermazione sia falsa e diffamante nei confronti del soggetto a cui è rivolta o che vi sia un'imprudente inaccuratezza rispetto alla veridicità o falsità della dichiarazione¹⁹⁶. Introdotti tali elementi, entrambe le Corti affermavano l'assenza di responsabilità del portale Tripadvisor, sulla base del I Emendamento della Costituzione statunitense.

Il I Emendamento costituisce il naturale contrappeso rispetto al diritto alla reputazione, tutelato per mezzo delle azioni di diffamazione a livello di ciascuna giurisdizione statale. In questo senso non deve ritenersi, però, che la *Supreme Court* e le Corti dello Stato del Tennessee riconoscano garanzia costituzionale – ai sensi del I Emendamento della Costituzione statunitense e ai sensi dell'art. 1, sezione 19 della Costituzione del Tennessee¹⁹⁷ – indistintamente ad ogni tipo di opinione o manifestazione del pensiero; infatti il perimetro di tale garanzia deve essere delineato puntualmente: una richiesta di risarcimento danni per diffamazione deve essere supportata da rappresentazioni oggettive dei fatti, integranti concretamente dei caratteri di illiceità¹⁹⁸, o essere basato su informazioni erranee.

Su queste basi i giudici – primariamente nella sentenza della Corte distrettuale e successivamente anche in quella della Corte d'appello del Sesto Circuito – hanno ritenuto che la classifica stilata da Tripadvisor, e rielaborata sulla base delle

economic and otherwise, to Plaintiff and Grand Resort. Plaintiff prays for five-million dollars in compensatory damages and five-million dollars in punitive damages». Ibidem.

¹⁹⁶ Questi sono gli elementi del *tort of defamation* così come espressi nel *Supreme Court of Tennessee* nel precedente *Sullivan v. Baptist Mem'l Hosp.* 995 S.W. 2d 569 (1999). *Seaton v. Tripadvisor LLC*, No. 12-6122, 728 F.3d 592 (6th Cir., Aug. 2013), p. 5.

¹⁹⁷ Con riguardo a ciò, la Corte Suprema del Tennessee ha sostenuto che la tutela della libertà di espressione e della stampa dell'art. 19 della Costituzione statale sia "sostanzialmente maggiore" di quella del I Emendamento perché si tratta di un diritto chiaro e certo che non abbisogna di alcuna interpretazione, costruzione o chiarificazione. Questo principio è affermato nella sentenza *Press Inc. v. Verran*, 596 S. W. 2d 435, 442 (Tenn. 1978).

¹⁹⁸ Nelle sentenze ci si riferisce più specificamente all'espressione "*assertion of facts*". *Seaton v. Tripadvisor LLC*, No. 12-6122, 728 F.3d 592 (6th Cir., Aug. 2013), p. 6.

recensioni degli utenti, non costituisse una rappresentazione oggettivamente diffamatoria, principalmente perché l'uso del termine "*dirtiest*" si ricollega ad una "iperbole retorica".

Proprio l'utilizzo di questo termine pare negare l'impressione per cui Tripadvisor stesse riportando dei meri fatti oggettivi. Il termine, infatti, rappresenta di per sé una iperbole, poiché il superlativo di un aggettivo trasmette intrinsecamente un giudizio meramente soggettivo¹⁹⁹.

In questo senso si è ritenuto che nessun lettore – nemmeno quello più disattento – sarebbe stato indotto a pensare che l'hotel di proprietà di parte attrice fosse oggettivamente la struttura più sporca degli Stati Uniti. Questo assunto trova la sua naturale giustificazione nelle argomentazioni di una sentenza della *Supreme Court*²⁰⁰, in cui si statuiva che «le affermazioni che non possono essere ragionevolmente interpretate come dichiarazioni di fatti concreti su un individuo, perché espresse in un 'linguaggio vago, figurato o iperbolico' e il cui contenuto e tenore delle dichiarazioni 'neghino l'impressione che l'autore sia seriamente intenzionato nel mantenere delle dichiarazioni su fatti veri' riguardanti il querelante, non sono manifestamente (*e oggettivamente*) false e, come tali non possono costituire una base giuridica per l'azione di diffamazione»²⁰¹.

Dunque, la tutela alla libertà di manifestazione del pensiero prevista dal I Emendamento della Costituzione ostacola ogni rivendicazione basata su affermazioni che siano pura espressione di un'idea o di un'opinione personale.

¹⁹⁹ «'Dirtiest' is a loose, hyperbolic term because it is the superlative of adjective that conveys an inherently subjective concept». Ibidem.

²⁰⁰ Il riferimento è alla sentenza *Milkovich v. Lorain Journal Co.*, 497 U.S. 1 (1990), in cui la Corte decise relativamente ad un caso di diffamazione sollevato da un privato cittadino. Un coach di wrestling di una scuola superiore dell'Ohio, riteneva di essere stato leso nella sua reputazione personale da un articolo pubblicato dalla redazione del *Lorain Journal*, in relazione al coinvolgimento del suo team in una rissa, durante lo svolgimento di una partita. Il giornalista aveva pubblicato un articolo secondo cui il coach avrebbe mentito nella testimonianza rilasciata davanti ad un giudice della *county court* durante il procedimento per verificare l'episodio. La domanda di accertamento della diffamazione e la conseguente richiesta di risarcimento del danno furono dichiarate non azionabile nell'*Opinion of the Court*, per via del fatto che l'articolo del giornalista rappresentava una mera espressione della sua opinione e non una dichiarazione oggettiva dei fatti, pertanto non risultava concretamente lesiva dell'altrui reputazione; pertanto si riteneva tutelata dal I Emendamento della Costituzione.

²⁰¹ *Milkovich v. Lorain Journal Co.*, 497 U.S. 1 (1990), par. 21: «Statements that cannot reasonably [be] interpreted as stating actual facts about an individual' because they are expressed in 'loose, figurative or hyperbolic language,' and/or the content and tenor of the statements 'negate the impression that the author seriously is maintaining an assertion of actual fact' about the plaintiff are not provably false and, as such, will not provide a legal basis for defamation».

A sostegno di quest'ultimo punto, nella pagina web in cui appariva la classifica, Tripadvisor inseriva una precisa dicitura "l'hotel più sporco del 2011, secondo quanto sostenuto dai viaggiatori"; questo avvalorerebbe maggiormente la conclusione secondo la quale il *rating* di Tripadvisor dipenda esclusivamente da un punto di vista soggettivo degli utenti recensori e non invece da fatti oggettivamente verificabili: solo quest'ultima prova potrebbe giustificare una domanda risarcitoria per la sussistenza del *tort of defamation*.

Il sig. Seaton sosteneva, inoltre, che l'utilizzo del *rating system* presente sul portale di Tripadvisor fosse di fatto viziato e inconsistente perché distorsivo della realtà delle cose. A questo proposito la Corte d'appello chiariva che – come sostenuto in uno dei suoi precedenti²⁰² - il peso dato a fattori del tutto soggettivi non può costituire la prova della falsità delle dichiarazioni, con la conseguenza di escludere la legittimità dell'azione di diffamazione.

Sulla base di questi argomenti non è possibile ammettere che il sistema di *rating* comunichi ad altri utenti fatti oggettivamente falsi, in quanto la natura delle recensioni degli utenti è intrinsecamente soggettiva e pertanto tutelata costituzionalmente tanto a livello statale, quanto federale. Un altro aspetto concerne la modifica della domanda attorea nel senso di vedersi riconosciuta la legittimità dell'azione di *trade libel/injurious falsehood*.

Qui la Corte d'appello – facendo seguito a quanto ammesso anche dalla Corte distrettuale del Tennessee – ha ritenuto che il *tort* oggetto della domanda possa essere riconosciuto nell'ambito di *common law* solo laddove vi sia una prova della falsità nell'esposizione dei fatti relativi all'attività economica del soggetto querelante e nel caso in cui ciò abbia conseguenze dannose per l'attività stessa. Allo stesso modo la presunta illecita interferenza nei rapporti economici dell'attività imprenditoriale – simile alla domanda di *trade libel/injurious falsehood* – può essere sostenuta solo qualora vi sia «una condotta impropria, che potendo includere la diffamazione, risulti danneggiare i rapporti di business di quell'attività»²⁰³: ne consegue, da un lato, che il sig. Seaton non possa legittimamente provare la falsità dei fatti soggettivi

²⁰² *Compuware Corp. V. Moody's Investors Services Inc.*, 499 F. 3d (6th Cir. 2007).

²⁰³ Cfr. *Seaton v. Tripadvisor LLC*, No. 12-6122, 728 F.3d 592 (6th Cir. Aug. 2013), p. 9: «Tortious interference with business relationships, under Tennessee law, is a similar claim [to trade libel/injurious falsehood] in the sense that it requires improper conduct, which could include defamation, resulting in damages to business relationships».

presentati da Tripadvisor tramite l'elaborazione della classifica oggetto di controversia, in quanto essa costituisce un'opinione protetta a livello costituzionale; dall'altro anche il preteso danno dei rapporti commerciali lesi dalla pubblicazione della classifica non può essere dimostrato in mancanza della prova della diffamazione. La Corte d'appello, con queste motivazioni, ha dunque confermato il percorso argomentativo seguito in primo grado dalla Corte distrettuale.

Le sentenze appena analizzate suggeriscono alcune considerazioni finali, prima fra tutte quella per cui – pur mutando il contesto giuridico di riferimento – la questione è risolta alla luce del riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero e alla libertà di affermare, anche criticamente, la propria opinione: questo perché – nel caso di specie, ma allo stesso modo nella sentenza italiana del Tribunale di Rimini – la classifica stilata, così come le singole recensioni, non hanno altra valenza se non quella di costituire «mere valutazioni derivanti da opinioni personali e come tali inadeguate a costituire una realtà oggettiva»²⁰⁴.

Da ciò deriva la seconda considerazione: nelle argomentazioni delle decisioni statunitensi a rilevare è il profilo legato esclusivamente all'avvedutezza e al buon senso dell'utente-consumatore del servizio online, il quale è ritenuto in grado di discernere mere considerazioni personali da effettive e oggettive statuizioni di fatto. Le giustificazioni fornite hanno quale conseguenza implicita la mancanza di responsabilità di Tripadvisor, ma ciò non concerne i profili sulla responsabilità dell'*internet service provider*. Il tema non è in alcun modo affrontato dalle Corti d'oltreoceano lasciando, dunque, molte questioni aperte relativamente al ruolo delle piattaforme online sul monitoraggio delle recensioni degli utenti²⁰⁵. Tutto il ragionamento è invece incentrato sul concetto di “media avvedutezza” dell'utente-consumatore che consulta il portale e sull'uso che Tripadvisor fa delle recensioni per stilare le sue classifiche e fornire in questo modo utili consigli di viaggio. Esse, in qualità di giudizi dati dagli utenti sulle loro esperienze, non possono che

²⁰⁴ A. Klun, R. Spagnesi, *Recensioni su Tripadvisor. Profili normativi e giurisprudenziali*, Milano, 2018, p. 98.

²⁰⁵ M. A. Flores, *The Top Ten Opinion: Potential Liability and Potential Immunity*, in *30 Communications Lawyer* (2014), p. 22 ss.

rappresentare dati inverificabili²⁰⁶ e, pertanto, non sono capaci di provocare effettivamente un pregiudizio sulla reputazione economica di un imprenditore, non essendo integrati gli estremi necessari previsti nel *common law* per addivenire a questa conclusione.

3. Segue: Il caso di Tripadvisor. Recensioni al vaglio delle Corti italiane

Un diverso orientamento su questi temi è assunto dal Tribunale di Venezia nel 2015²⁰⁷. Il caso riguardava una recensione con oggetto la valutazione di uno storico ristorante veneziano apparsa su Tripadvisor da parte di un utente, i cui dati non erano identificabili in virtù della registrazione alla piattaforma tramite l'inserimento di un nickname²⁰⁸. Il commento appariva anonimo, non essendo possibile risalire all'autore che lo aveva pubblicato. Ancora una volta la questione è gravitata attorno all'identificazione della responsabilità in capo all'intermediario di dati e informazioni, Tripadvisor. Infatti il proprietario del noto ristorante veneziano *Do Forni*, a seguito della pubblicazione di una recensione ritenuta falsa e negativa della propria reputazione, presentava un'istanza cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. per la rimozione della recensione.

Alla base giustificativa dell'ordinanza non si pone però direttamente il bilanciamento tra libertà di espressione e reputazione²⁰⁹ - come avvenuto

²⁰⁶ Cfr. E. V. Gerhards, *Your Store Is Gross – How Recent Cases, the FTC, and the State Consumer Protection Law Can Impact a Franchise System's Response to Negative, Defamatory, or Fake Reviews*, in *34 Franchise Law Journal* (2015), pp. 506-507.

²⁰⁷ Il riferimento va all'ordinanza del Tribunale Civile di Venezia, sez. III, 24 ottobre 2015, con nota a sentenza di R. Gelli, *False recensioni su Tripadvisor*, cit., pp. 79-91.

²⁰⁸ Per scrivere una recensione su Tripadvisor l'utente deve previamente risultare iscritto al portale: questo meccanismo prevede la registrazione di un *account* personale, nonché l'accettazione delle condizioni e dei termini previsti nel servizio e recanti la dicitura "Accordo". I dati inseriti per l'iscrizione non sono in alcun modo verificati da Tripadvisor stesso, anzi è garantito l'anonimato dei recensori ed è l'utente che, conscio del suo ruolo, deve assicurare la veridicità, l'accuratezza, l'attualità e la completezza delle informazioni inserite nel portale. Cfr. <https://tripadvisor.mediaroom.com/IT-terms-of-use>.

²⁰⁹ L'illiceità sulla condotta dell'utente è connotata da una certa complessità e ciò è ancora più vero quando la recensione è anonima. L'anonimato è stato ritenuto infatti un elemento essenziale e una prerogativa del mondo dell'Internet e, pertanto, una forma di incentivazione della libera manifestazione del pensiero. Il tutto ha però creato importanti questioni sul versante dei soggetti chiamati a rispondere delle conseguenze derivanti dal fenomeno delle recensioni. A tal proposito, L. Vizzoni, *Recensioni non genuine su Tripadvisor*, cit., p. 68 ss.; G. Resta, *Anonimato, responsabilità e identificazione*, cit., p. 184 ss.

precedentemente nelle due pronunce analizzate – ma si incentra in modo quasi esclusivo sul ruolo svolto da Tripadvisor, piattaforma online nei cui confronti la vittima avrebbe potuto un rimedio risarcitorio. A tal proposito occorre segnalare che l’ordinanza oggetto d’analisi non si occupa nello specifico del profilo del risarcimento del danno in capo all’intermediario, ipotesi che però ben poteva essere configurabile successivamente²¹⁰.

Antefatto stragiudiziale – ed elemento rilevante nell’argomentazione del giudice – è costituito dalla previa richiesta di eliminazione del commento da parte del ristoratore direttamente a Tripadvisor che inizialmente accorda tale richiesta, ma che poi ripropone la recensione con un contenuto dello stesso tenore.

Occorre, quindi, partire dagli elementi inerenti il merito e il relativo contenuto della recensione: a detta del Tribunale di Venezia, quest’ultima presenta elementi di ridondanza²¹¹ che inducono a sospettare della veridicità dell’esperienza negativa vissuta e, pertanto, si è ritenuto che non si tratti di una recensione redatta da un cliente sporadico, ma tuttalpiù da un soggetto che in modo consueto e abituale si trovava a frequentare il ristorante. Il tenore della recensione implica pesanti giudizi negativi sulla professionalità del personale del ristorante: per esempio l’intenzionalità nella cattiva erogazione di un servizio in modo da convincere la clientela a elargire delle mance o, ancora, il mancato rispetto delle basilari norme igieniche. Questi sono tutti elementi che convincono il giudice dell’assenza di spontaneità e addirittura della non veridicità della recensione; il commento fa presumere un ritorno ciclico presso la struttura e ciò appare insolito, perché è insolito che un “vero viaggiatore” vi possa effettivamente fare ritorno, una volta constatate queste prassi così negative (la maleducazione dei camerieri, il non rispetto delle

²¹⁰ Nel caso di specie tale evenienza non si è verificata successivamente alla pronuncia dell’ordinanza perché, con la rimozione della recensione lesiva, la causa anziché continuare fino alla pronuncia di una sentenza relativa al profilo del risarcimento danni in capo a Tripadvisor, è stata arrestata: i legali del colosso di Internet hanno infatti chiesto un accordo al ristoratore, che si è visto rimborsate le spese legali del procedimento avanti il Tribunale veneziano, ma senza alcunché a titolo di risarcimento del danno per la lesione della reputazione.

²¹¹ Il commento in oggetto aveva questa portata: «Sporchi, cari e maleducati, specie il proprietario. Solo se i camerieri vi conoscono e sanno che riceveranno una buona mancia allora eviteranno di lasciare i vostri piatti a freddarsi sulla mensola della cucina e di farvi attendere ore per mangiare. Ho trovato persino uno scarafaggio nella pasta che poi mi è stata “per sbaglio” anche addebitata in conto. Stessa cosa successa anche ad un mio amico. Da evitare assolutamente, è la faccia più brutta che Venezia possa offrire, ho saputo – tardi – che i veneziani lo disertano sempre», Trib. Venezia, cit.

norme igieniche). Di qui la conclusione per cui la recensione non abbia in alcun modo i tratti di genuinità tipici dell'esperienza di un mero viaggiatore insoddisfatto.

L'accoglimento della domanda inibitoria da parte del giudice veneziano gravita intorno al ruolo svolto dal fornitore di servizi nella società dell'informazione Tripadvisor. Il portale afferma infatti l'affidabilità e la veridicità delle recensioni pubblicate, che pur essendo espressione delle opinioni personali degli utenti, costituiscono comunque una "fonte qualificata di informazione"²¹², poiché formulate da "veri viaggiatori" che condividono la propria esperienza. Proprio su queste basi, il giudice ritiene che Tripadvisor si auto-attribuisca – anche se in maniera implicita – un'attività di controllo sull'autenticità delle recensioni pubblicate: l'utilizzo dell'aggettivo "vero" fa ritenere che Tripadvisor debba essere in qualche misura informato circa la provenienza delle opinioni postate.

Tale controllo deve essere imposto anche dalla metodologia di pubblicazione usata dal portale, la quale garantisce sostanzialmente anche l'anonimato del recensore²¹³: ciò implica una collaborazione di Tripadvisor con i propri recensori, che non solo preserva il loro anonimato ma è anche il fautore di una serie di classifiche basate sulla rielaborazione dei giudizi forniti dagli utenti che condividono la propria esperienza di viaggio, decretando di fatto un ruolo attivo nello svolgimento della sua attività. Infatti, è ripresa la disciplina del d.lgs n. 70/2003 su taluni aspetti giuridici della società dell'informazione: nell'ordinamento vige il principio di esonero della responsabilità dell'*internet service provider* in quanto non soggetto ad un obbligo di sorveglianza rispetto ai contenuti che tramite esso sono veicolati e da ciò ne deriva che – eccetto i casi di conoscenza di un contenuto illecito – il fornitore del servizio non risponda del danno cagionato dalle informazioni inserite in rete da utenti terzi, ciò perché esso non è tenuto a conoscere le informazioni trasmesse e memorizzate. Criterio questo che risponde ad una scelta di politica legislativa mutuata dal panorama statunitense in cui questo approccio ha avuto storicamente origine e che ha lo scopo primario di promuovere la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione e quindi di consentire il naturale sviluppo della Rete²¹⁴.

²¹² Ibidem

²¹³ Ibidem.

²¹⁴ La disciplina dell'esclusione di responsabilità dell'intermediario di servizi *online* i cui contenuti sono creati da utenti anonimi trova le proprie radici nel *Digital Millenium Copyright Act* e nel *Communications Decency Act*. Il primo prevede una sezione apposita – *Sect. 512 DMCA* – in cui è esclusa

Lo sviluppo di sfere di immunità in capo ai *service provider* è seguito anche dalla giurisprudenza, in particolare qualora esso non abbia un ruolo attivo: questo ragionamento vale anche nei casi di illeciti commessi nell'ambito dei sistemi di *rating*, di cui Tripadvisor rappresenta l'esempio più emblematico.

Se questo è il principio generale, l'ordinanza del Tribunale di Venezia scardina questo assunto tendenzialmente riconosciuto, ritenendo che nel caso di specie non può applicarsi la disciplina prevista dall'art. 17 del d.lgs n. 70/2003²¹⁵, che esonera il *provider* dalla responsabilità dal mancato controllo delle informazioni presenti nel portale e potenzialmente lesive di posizioni soggettive. Qui, infatti, non è possibile ammettere questo esonero: Tripadvisor non opera come mero intermediario di dati e informazioni, ma agisce in qualità di vero e proprio erogatore di un servizio integrato e come soggetto che – viste le informazioni date dai recensori e considerata la rielaborazione delle stesse – offre degli affidabili consigli forniti di “veri viaggiatori”. Chiaro è per il Tribunale che la piattaforma ha in realtà contezza dei

la responsabilità degli intermediari che realizzano attività di *storage* di materiali coperti dal diritto d'autore e nel caso in cui questi abbiano un ruolo passivo conformandosi alle procedure di “*notice and takedown*” previste. Il secondo, invece, ammette una forma di esonero alla *Section 230 CDA*, in cui è previsto che nessun *provider* o *user* debba essere trattato in qualità di *publisher* o quale portatore di informazioni fornite da terze parti. Questo principio era stato elaborato in occasione della storica sentenza *Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Services Co.*, 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. 1995), in cui si affermava invece una tale responsabilità. Ed è per questo che in risposta all'apposizione di stringenti vincoli posti in capo alla rete si elaborava un sistema teso ad affermare le libertà che originariamente le sono proprie. Sul punto, G. Resta, *Anonimato, responsabilità e identificazione*, cit., p. 185. Più in generale sul tema, si vedano *ex multis*: S McDonald, *Defamation in the Internet Age: Why Roommates.com Isn't Enough to Change the Rules of Anonymous Gossip Websites*, in *69 Florida Law Review* (2010), p. 660 ss.; R. Petruso, *La responsabilità civile degli e-providers nella prospettiva comparatistica*, in *Europa e diritto privato*, 2011, p. 1108 ss.; G. M. Riccio, *La responsabilità degli internet service providers nel d.lgs 70/2003*, in *Danno e responsabilità*, vol. 12, 2003, p. 1158 ss.; Id., *Diritto all'anonimato e responsabilità civile del provider*, in L. Nivarra – V. Ricciuto (a cura di), *Internet e il diritto dei privati. Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, Torino, 2002, p. 25 ss.

²¹⁵ L'art. 17 del d.lgs n. 70/2003 prevede un'assenza dell'obbligo generale di sorveglianza: «1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. 2. Fatte salve le disposizioni di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore è comunque tenuto: ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione; a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite. 3. Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente».

contenuti ivi pubblicati, al punto che siano le stesse condizioni del servizio a prevedere che Tripadvisor si riservi il diritto di cancellare – senza alcun avviso e a suo giudizio insindacabile – quei messaggi ritenuti offensivi e di svolgere gli adeguati accertamenti o, ancora, le eventuali azioni legali contro gli utenti responsabili di tali violazioni; è per sua stessa ammissione che esiste un obbligo di sorveglianza, poiché assicura l'esistenza di un apposito *team* che controlla le recensioni per verificare che queste siano adatte a tutti, associate alla struttura corretta e infine conformi ai regolamenti²¹⁶.

Questa ordinanza elabora argomenti rilevanti, in particolare in dottrina si è fatto riferimento alla categoria del c.d. *hosting provider* attivo, vale a dire colui – che nel particolare assetto dei sistemi di *rating* – svolge un ruolo propulsivo dei giudizi degli utenti: ciò avviene quando l'intermediario metta a disposizione griglie valutative predefinite per valutare i servizi offerti da un professionista²¹⁷, o ancora il caso in cui si proceda all'aggregazione ed elaborazione di liste e classifiche sulla base dei giudizi e valutazioni degli utenti²¹⁸. Si tratta, dunque, di una categoria più "evoluta"²¹⁹, che trova comunque una base giuridica nel considerando 42 della direttiva 2000/31/CE, recepita dal d. lgs n. 70/2003²²⁰. Qui è previsto che la deroga alla responsabilità si abbia solo laddove l'attività del prestatore di un servizio nella società dell'informazione sia di tipo meramente tecnico e automatico. Ciò implica la mancanza di conoscenza delle informazioni oltreché di controllo delle stesse, solo questo è il caso rappresentativo dell'assenza di responsabilità dell'*internet service provider*. Non è però il caso di Tripadvisor, che pare avere piena contezza di queste informazioni: il *provider* attivo viene dunque escluso dalla disciplina normativa

²¹⁶ Termini consultabili al sito <https://www.tripadvisor.it/TripAdvisorInsights/w3688>.

²¹⁷ Si pensi al sistema di *Bubble rating*, vale a dire al sistema di valutazione tramite l'indicazione di pallini o stelle indicati dagli utenti da 1 a 5, che corrisponde al gradimento del servizio usufruito, unitamente al sistema della recensione testuale. A. Klun – R. Spagnesi, *Recensioni su tripadvisor*, cit. p.16 ss.

²¹⁸ G. Resta, *Anonimato, responsabilità, identificazione*, cit., p. 189.

²¹⁹ Questo il termine utilizzato nel commento all'ordinanza da R. Gelli, *False recensioni su Tripadvisor*, cit., p. 90.

²²⁰ Il considerando 42 precisa che: «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 automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate».

speciale e di favore prevista dal d. lgs n. 70/2003, rientrando nuovamente nel campo di applicazione della generale regola dell'art. 2043 c.c. relativa alla responsabilità extracontrattuale²²¹.

Su Tripadvisor sussiste – sulla base di quanto stabilito dall'art. 2043 c.c. – un obbligo a prevenire, vagliando le recensioni postate dagli utenti che siano apertamente diffamatorie: ad esempio perché sono usati dei termini oggettivamente incivili o dichiarazioni che appaiano non elaborate da utenti che hanno effettivamente vissuto quelle esperienze di viaggio. E questo obbligo di prevenzione deve essere inteso come primario, anche rispetto a quello risarcitorio per la lesione di un diritto. È in questo scenario che si pone l'ordinanza che accoglie la richiesta di

²²¹ Ibidem. In questo contesto R. Gelli richiama una particolare sentenza del Tribunale di Milano, 12 aprile 2010, n. 1972 relativa alla definizione dell'*hosting provider attivo*: «l'*hosting provider attivo* o il *content provider* che dir si voglia avrà certamente un livello di obblighi più elevato di quello di un semplice *host provider* o *service provider* o *access provider*: lo rende inevitabile il suo divenire dominus dei dati che per il solo fatto di essere organizzati e quindi selezionati e quindi appresi non sono più il flusso indistinti che non si conosce e che non si ha l'obbligo di conoscere». Nel 2012, il Tribunale di Firenze con ordinanza ha, invece, rigettato la richiesta di cancellazione di informazioni ritenute diffamatorie ai danni di un professionista, giustificando il provvedimento come segue: «ritenuto infatti che gli stessi artt. 14, 15 e 16 d. lgs n. 70 del 2003 regolano la responsabilità dell'*access provider*, che esercita una attività di mero trasporto delle informazioni (c.d. *mere conduit*), del *caching providing*, che è quella di memorizzazione temporanea delle medesime e dell'*hosting provider*, la cui attività di memorizzazione di informazioni, a seconda quindi della funzione svolta; ritenuto che ai sensi dell'art. 17 d. lgs n. 70 del 2003, nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14,15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite; ritenuto infatti che ai sensi del comma 3 di tale norma il prestatore è civilmente responsabile del contenuto dei servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non abbia prontamente agito per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informare l'autorità competente [...]». Ancora una sentenza milanese (App. Milano, Sez. spec., in materia di imprese, 7 gennaio 2015) ha previsto che la responsabilità dell'*hosting provider* non implica un'attività preventiva, ma sorge a posteriori in caso di inottemperanza alla richiesta di rimozione dei contenuti illeciti. È chiaro pertanto che in ambito nazionale la giurisprudenza ha orientamenti contrastanti, ma che protendono in alcuni casi nell'affermare l'esenzione dell'*internet service provider* dagli obblighi di verifica sui contenuti inseriti dai propri utenti. In alcuni casi invece è stato sancito il superamento della figura statica del prestatore di servizi, in questo senso l'ordinanza del Tribunale di Torino, 23 giugno 2014: «l'evoluzione della rete informatica mondiale sembra avere del tutto superato, nei fatti la figura del prestatore di servizi delineata dalla direttiva 2000/31/CE. Questa figura si caratterizzava per la sua totale estraneità alle informazioni memorizzate, sia a livello di gestione dei contenuti, che a livello di regolamentazione contrattuale con i destinatari dei servizi. La situazione attuale vede, invece, l'intermediario offrire numerosi servizi che si estendono ben oltre la predisposizione del processo tecnico [...]. La "nuova" figura di prestatore di servizi non è affatto passiva e neutra rispetto all'organizzazione e alla gestione dei contenuti; al contrario, trae da questa organizzazione il proprio sostegno economico. Il contemperamento fra le esigenze della comunicazione e quelle della tutela dei diritti altrui viene delineando una figura di *hosting provider* tutt'altro che "inerte" o "passiva"; si tratta al contrario di un soggetto che deve attivarsi, appena avuta notizia dell'illecito, per rimuovere le informazioni [...] e che è tenuto a quella diligenza che è ragionevole attendersi da lui per "individuare e prevenire" alcuni tipi di attività illecite». A. Klun, R. Spagnesi, *Recensioni su Tripadvisor*, cit., pp. 102- 107, 158.

rimozione della recensione considerata a tutti gli effetti falsa dal Tribunale veneziano, perché mancante del particolare requisito di spontaneità e genuinità e che incentra la giustificazione di tale provvedimento alla luce del ruolo attivo svolto da Tripadvisor.

A testimonianza delle conclusioni discordanti fornite dalla giurisprudenza italiana si pone una sentenza del 2016 del Tribunale di Grosseto²²². Un anno dopo l'ordinanza veneziana, Tripadvisor torna al centro del dibattito giurisprudenziale con un caso che si conclude in maniera diametralmente opposta rispetto alla decisione precedente.

Il caso ha comunque dei tratti simili a quello veneziano: in questo contesto è stato un albergatore fiorentino ad adire il giudice a causa dell'inserimento di una recensione fortemente negativa e non veritiera nei confronti della sua attività commerciale. Nell'impossibilità di riscontrare l'autore responsabile della recensione²²³, il ristoratore ha convenuto in giudizio la piattaforma, richiedendo il riconoscimento della sua corresponsabilità per i danni sofferti dalla pubblicazione della recensione e chiedendo un risarcimento pari alla somma di € 5.400,00.

Il fatto oggetto del presente caso appare, dunque, molto simile a quello precedente. Nonostante ciò, il Tribunale di Grosseto emana una sentenza totalmente contrastante rispetto all'ordinanza veneziana. Alla base del ragionamento del giudice si pone il principio generale relativo alla tendenziale irresponsabilità della piattaforma online: Tripadvisor è considerato infatti un *hosting provider passivo* e pertanto esonerato dagli obblighi di verifica e controllo preventivi sui contenuti delle recensioni postate dagli utenti. Le argomentazioni sono nuovamente incentrate sul ruolo di Tripadvisor come *internet service provider* attivo o passivo e a questo proposito è richiamata la disciplina prevista dall'art. 16 del d.lgs n. 70/2003.

²²² Trib. Grosseto, sentenza n. 46/2016.

²²³ La questione dell'anonimato della recensione ha dei risvolti pratici molto rilevanti dal punto di vista delle conseguenze risarcitorie per via della complessità nella ricostruzione dei profili di responsabilità. La mancanza di qualsivoglia meccanismo di autenticazione consente l'iscrizione libera alle piattaforme digitali come Tripadvisor: da ciò deriva la difficoltà nell'individuazione del soggetto responsabile. Difficoltà che molto spesso si tramuta nell'attuale impossibilità di identificazione, come in un caso in cui il GIP del Tribunale di Milano che, stante l'anonimato dell'autore di una recensione su Tripadvisor, ha dovuto archiviare le indagini relative alla pubblicazione di alcune recensioni apparse sulla piattaforma e considerate diffamatorie ai danni di un ristorante milanese. P. Palmieri, *Tripadvisor e la responsabilità degli internet service providers*, in *Cyberlaws*, 29 ottobre 2018, consultabile al sito: <https://www.cyberlaws.it/2018/tripadvisor-e-la-responsabilita-degli-internet-service-provider/>.

In virtù del disposto normativo si afferma la mancata responsabilità della piattaforma posto che «essa si limita ad offrire ospitalità sui propri server a informazioni fornite dal pubblico, con conseguente esonero di responsabilità, salvo il caso in cui, venuta a conoscenza della commissione di un fatto illecito su espressa comunicazione delle autorità competenti, non si attivi per rimuovere le informazioni illecite»²²⁴. Premesse queste basi ricorre il portato dell'art. 17 del decreto legislativo – questa volta ritenuto correttamente applicabile al caso – che ne sancisce l'esenzione dall'obbligo di sorveglianza sulle recensioni, sottolineando inoltre che «l'*hosting provider*, a differenza di quanto avviene per il *content provider* [...] si pone in posizione neutra rispetto al contenuto delle informazioni inserite dagli utenti, né tale neutralità viene meno per il fatto che la società convenuta, ove informata del potenziale contenuto illecito di alcuni dei contenuti riversati nello spazio offerto agli utenti, con modalità qualificate possa attivarsi per disporre la cancellazione, atteso che tale attività è di carattere demolitivo e non costruttivo ed esclude l'obbligo di controllo preventivo e/o successivo autonomo», assume peraltro che «Tripadvisor non aveva alcun obbligo di rimozione, in assenza di una decisione dell'autorità giudiziaria (unica competente a farlo) accertante la natura diffamatoria dello stesso»²²⁵. Il portale è quindi qualificato come mero intermediario tra chi pubblica la recensione e chi la consulta; il tutto avvalorato – secondo il giudice – anche dalle stesse condizioni del servizio che attribuiscono la responsabilità dei contenuti unicamente all'utente che li inserisce, imponendo pertanto il rispetto delle regole generali fissate dallo stesso Tripadvisor.

Queste ultime battute si pongono esattamente all'antitesi della soluzione offerta dal Tribunale di Venezia, secondo cui Tripadvisor è erogatore di un servizio integrato, considerato il fatto che sia munito di quei filtri diretti a bloccare i contenuti inopportuni e denigratori come previsto dalla *policy* dello stesso portale. Contrariamente il Tribunale di Grosseto ritiene che questi siano sistemi di monitoraggio con base esclusivamente volontaria e che, dunque, siano incapaci di “selezionare i contenuti da pubblicare nella piattaforma, anche sulla base di un controllo di veridicità e di continenza”; sostanzialmente tali sistemi non consentono

²²⁴ Così Trib. Grosseto, cit.

²²⁵ Ibidem.

di intervenire in modo preventivo e attivo sul contenuto delle recensioni. Si riafferma così la neutralità della natura di Tripadvisor che, in qualità di mero intermediario, è impossibilitato al controllo delle recensioni di milioni di utenti e non competente nell'attività di rimozione dei commenti contestati a meno che non vi sia un provvedimento di cancellazione da parte dell'autorità giudiziaria, unica ad avere competenza nell'accertamento di contenuti diffamatori e lesivi dell'altrui reputazione, anche di quel profilo più peculiare rappresentato dalla reputazione economica²²⁶.

4. Controllo sulle recensioni online: quale responsabilità per le piattaforme?

A completamento della serie di casi giurisprudenziali sinora presentati, è ancora una volta significativa l'esperienza statunitense: nel caso di *Seaton v. Tripadvisor LLC* la questione era incentrata sull'impossibilità di riscontrare la responsabilità della piattaforma sulla base del fatto che la recensione non presentasse quegli elementi necessari per poterla ritenere falsa o effettivamente lesiva della reputazione economica dell'attore.

In questa sede, però, non è presente alcun riferimento al ruolo svolto dal portale sul controllo delle recensioni; diverso è il caso delle ultime due sentenze esaminate nel contesto italiano le cui argomentazioni sono state imperniate proprio su queste basi.

È dunque il caso di elaborare alcune considerazioni relative alla parte della giurisprudenza statunitense che ha focalizzato il suo intervento sul ruolo svolto dai servizi di valutazione della reputazione online rientranti di diritto nella più ampia categoria dei c.d. *internet service providers*.

Rilevante a questi fini è la controversia *Kimzey v. Yelp*²²⁷ decisa dalla *Court of Appeals, Ninth Circuit* il 12 settembre 2016. Douglas L. Kimzey, un fabbro gestore della propria attività imprenditoriale – la *Redmond Mobile Locksmith* – agiva in

²²⁶ A. Klun, R. Spagnesi, *Recensioni su Tripadvisor*, cit., pp. 170-173.

²²⁷ *Kimzey v. Yelp! Inc*, No. 14-35487 (9th Cir. Sept. 2016).

giudizio contro il portale Yelp²²⁸ stante la pubblicazione di due recensioni molto negative e ritenute false. Egli affermava, quindi, l'integrazione del *tort* di *malicious libel* e di *libel per se*, presentando una domanda di risarcimento del danno per la lesione della propria reputazione professionale: asseriva, da un lato, la presenza di recensioni false e negative – con *rating* di una sola stella su cinque – i cui autori rimanevano anonimi perché contrassegnati unicamente da un nickname che mascherava la loro identità; dall'altro, riteneva che fosse la stessa piattaforma online ad essere responsabile delle recensioni riproposte anche in un altro sito con lo stesso contenuto. Sulla base di ciò, il ricorrente riteneva che le recensioni fossero manipolate e ri-pubblicizzate da Yelp, causando seri danni in capo alla sua attività e ledendone, dunque, la reputazione economica.

L'analisi della sentenza assume interesse perché la Corte – a differenza del caso *Seaton v. Tripadvisor* – incentra il proprio ragionamento sul *Communications Decency Act (CDA)*, focalizzandosi in particolare sulla *section 230*²²⁹, che statuisce un principio

²²⁸ Yelp – al pari di altre piattaforme online quali Tripadvisor o Avvo – è un portale che mette a disposizione un spazio per gli utenti che vogliono leggere o scrivere recensioni su imprese locali, ristoranti alberghi e altri servizi. In particolare in questi termini è stato definito in un'altra controversia dalla *Court of Appeals, Ninth Circuit*: «It provides an online directory that allows registered users to post reviews and rank businesses on a scale of one to five stars and, it's based on these user rankings, assigns businesses an overall 'star' rating». *Levitt v. Yelp! Inc.*, 765 F.3d 1123, 1126 (9th Cir. 2014).

²²⁹ *Communications Decency Act*, 47 U.S.C. § 230 (1996) disciplina i casi di immunità dell'*internet service provider*, prevedendo che «No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider [...]. No cause of action may be brought and no liability may be imposed under any State or local law that is inconsistent with this section». L'approvazione del *Communications Decency Act* nel 1996 aveva l'obiettivo primario di indirizzare l'attenzione verso i problemi concernenti la rete e in particolare la volontà di porre dei limiti all'assoluta libertà presente in questo contesto, che spesso potevano procurare lesioni ai diritti soggettivi. Prima dell'entrata in vigore di questo atto le corti statunitensi tendevano ad equiparare la figura dell'intermediario a quella dell'editore di un giornale o i distributori. Questa disciplina non era però adeguata nel panorama di Internet, in considerazione del fatto che mentre l'editore ha tendenzialmente la possibilità di esercitare un ampio controllo sui contenuti finali pubblicati dal proprio giornale e il distributore – come ad esempio una libreria – ha il mero ruolo di distribuzione del bene e la sua responsabilità è sempre stata legata alla conoscenza dell'informazione o alla negligenza nell'uscita della notizia; totalmente diverso era il ruolo dell'*internet service provider* si poneva la cui natura non era equiparabile alle prime due categorie. I primi casi concreti sulla responsabilità dell'intermediario sono risolti dalle Corti statali equiparando la figura a quella del distributore, la cui responsabilità dipendeva dal fatto che conosceva o, aveva ragione di conoscere, le dichiarazioni considerate diffamatorie nei confronti del soggetto leso nella sua reputazione. In questo senso si orienta *Cubby v. Compuserve*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991). Nel 1995 la *Supreme Court* dello Stato di New York raggiunse tutt'altra soluzione nella decisione di *Stratton Oakmont v. Prodigy Service Co.*, caso in cui nel forum del sito *Prodigy Service* era stata pubblicata la notizia della commissione di atti fraudolenti da parte della Banca *Stratton Oakmont*. La Banca agiva quindi in giudizio e la corte di New York decideva il caso ponendo in capo al sito la stessa responsabilità che sarebbe spettata ad un editore in accoglimento della domanda di diffamazione fatta da parte attrice, sostanzialmente paragonando le due categorie. Questa soluzione fu molto critica state l'evidente impossibilità per il sito di controllare uno ad uno i messaggi postati da tutti i due milioni di

generale di tutela da responsabilità per il *provider* o per l'*user* di un servizio online nel caso in cui l'informazione presente sia stata fornita da una parte terza: l'immunità da responsabilità sorge quando l'*internet service provider* non possa essere ricondotto alla figura del c.d. *content provider*, vale a dire colui che deve ritenersi responsabile, in tutto o in parte, per la creazione o lo sviluppo di un determinato contenuto informativo potenzialmente lesivo. Nel caso di specie, quindi, l'attore riteneva che il contenuto del messaggio diffamatorio postato dall'utente fosse stato in un secondo momento ripubblicato nuovamente da Yelp ai fini di promozione pubblicitaria sul motore di ricerca di Google.

Il sig. Kimzey asseriva che vi fosse stato un vero e proprio "processo creativo" da parte di Yelp, individuato nel sistema di *star rating* proposto dal sito: l'elemento centrale di produzione dei contenuti corrispondeva ad una forma di "sviluppo e creazione" attraverso "la progettazione dell'immagine delle stelle e la creazione del colore" nella promozione del sistema valutativo.

La Corte newyorchese si è occupata, quindi, di due questioni sollevate dal sig. Kimzey. La prima era relativa alla creazione della recensione da parte di Yelp, effettuata semplicemente copiando quel contenuto già postato sul sito. A sostegno di ciò Kimzey aveva portato le testimonianze di diversi imprenditori che asserivano tale attività di creazione di recensioni negative e la manipolazione delle valutazioni degli utenti al fine di incentivare gli imprenditori ad acquistare spazi pubblicitari tramite altre funzioni offerte da Yelp stesso. La seconda questione era invece basata sulla convinzione che Yelp avrebbe trasformato la falsa recensione postata da un utente anonimo in una propria pubblicità e promozione nel motore di ricerca Google.

In entrambe queste questioni, la Corte newyorchese riprende diversi riferimenti alla *section 230* del *Communications Decency Act*.

Riguardo alla prima la Corte ha ritenuto impossibile ammettere una qualsivoglia esclusione dell'immunità prevista per l'*internet service provider*, infatti parte attrice non aveva specificamente indicato che Yelp dovesse considerarsi a tutti gli effetti autore del contenuto lesivo della propria reputazione economica postato

iscritti ad esso. Questo caso fu lo spartiacque per l'elaborazione del *Communications Decency Act* che si proponeva primariamente di preservare il c.d. *free market of ideas* esistente in Internet e mantenerlo competitivo. P. Ehrlich, *Communications Decency Act 230*, in *17 Berkely Technology Law Journal* (2002), p. 402 ss.

sotto un nome di fantasia coperto da nickname, ma affermava solamente che la piattaforma avesse in qualche modo adottato quei contenuti per trasformarli successivamente in proprie promozioni pubblicitarie. L'esclusione dell'immunità non sarebbe stata ipotizzabile in questo caso, perché le accuse di fabbricazioni delle dichiarazioni lesive addotte dalla parte non erano considerata plausibili; inoltre esse erano insufficienti ai fini di stabilire e riconoscere la responsabilità dell'*internet service provider*. Con ciò, non si intendeva estendere l'immunità prevista dal *Communications Decency Act* a qualsiasi circostanza, ma questa per essere esclusa abbisognava di una concreta prova del fatto che il sito avesse creato contenuti sotto l'identità di terzi²³⁰. Sulla seconda questione relativa alla progettazione dello *star rating* intesa come attività di creazione da parte di Yelp e in modo da considerarlo autore a tutti gli effetti del contenuto lesivo, la Corte ha ritenuto che le accuse del sig. Kimzey a Yelp estendevano in maniera eccessiva la nozione di "*information content provider*".

Se il *content provider* è chi "sviluppa e crea" un contenuto e dunque chi ne è a tutti gli effetti responsabile, nel caso di specie le azioni presuntivamente creative di Yelp non integravano tutti gli elementi interpretativi necessari – basandosi su alcuni dei suoi precedenti più significativi²³¹ – per ritenere che si trattasse di azioni di "creazione e sviluppo" di un'informazione. Il sistema di *rating* ivi presente non è stato, infatti, ritenuto in alcun modo capace di incentivare la portata diffamatoria di una recensione già di per sé negativa e, presumibilmente non veritiera. Un sistema di tal tipo basato su informazioni fornite da soggetti terzi – per lo più non identificabili perché anonimi – altro non sarebbe che uno "strumento neutrale" e, pertanto, non potrebbe definirsi alla stregua di un creatore o sviluppatore di contenuti²³². Per ciò detto non è possibile considerare Yelp responsabile per la

²³⁰ *Kimzey v. Yelp!*, No. 14-35487 (9th Cir. Sept. 2016).

²³¹ A questo proposito è richiamato il caso *Carafano v. Metroplash.com, Inc.*, 339 F.3d 1119 (9th Cir. Aug. 2003), in cui si riconosceva che un sito online potrebbe essere considerato "sviluppatore" solo laddove incoraggiasse gli utenti a inserire contenuti illegali. Allo stesso modo in un altro precedente della Corte *Batzel v. Smith*, si concludeva che lo "sviluppo di informazioni" richiede "qualcosa di più sostanziale rispetto alla mera revisione di materiale per la pubblicazione". *Batzel v. Smith*, 333 F. 3d 1018 (9th Cir. 2003)

²³² A sostegno di questo argomento la Corte fa riferimento ad un caso citato nel precedente *Carafano v. Metroplash.com, Inc.*: il riferimento era al caso *Gentry v. Ebay Inc.*, deciso nel 2002 dalla Corte d'Appello della California, in cui si esaminava il *rating system* di Ebay che riportava i *feedback* degli *users* attraverso l'uso di un sistema a stelle e codici di colori in base al punteggio ottenuto; tale strumento di *rating* risultava a tutti gli effetti protetto dalla sezione 230 del *Communications Decency*

ripubblicazione di recensioni non veritiere o diffamatorie, la cui creazione è chiaramente da imputarsi ad utenti terzi.

5. Segue: Una recente sentenza made in Usa: Dawn L. Hassel v. Bird

La rassegna giurisprudenziale sinora svolta ha esplorato una serie di controversie in cui l'autore responsabile della recensione sia anonimo e, per questo, non identificabile. In questi casi, unica imputabile a eventuale titolo di responsabilità pare essere la piattaforma in cui le recensioni sono state postate.

È ora il caso di proporre alcuni esempi – seppur più rari – in cui il reale autore della recensione sia chiaramente identificato. Anche in questo caso le controversie analizzate atterranno al panorama italiano e statunitense.

La prima questione significativa deriva da una decisione di merito del Tribunale di Genova²³³, interessante perché riprende in parte i ragionamenti seguiti dalla sentenza del Tribunale di Rimini, già esaminata nelle pagine precedenti.

La questione riguardava la pubblicazione – sulla pagina online del sito AV Magazine – di due recensioni non veritiere riguardanti la società GRU A.R. Elettronica S.n.c.: essa lamentava di aver subito una condotta di discredito commerciale²³⁴, con pesanti ricadute sulla reputazione economica di impresa e per

Act in quanto costituiva semplicemente una rappresentazione grafica della quantità di informazioni ricevute dagli utenti.

²³³ Trib. Genova, sez. civ. VI, 25 marzo 2013.

²³⁴ In questo contesto il bene giuridico strettamente interconnesso alla reputazione è l'informazione che nel caso di specie corrisponde – secondo parte attrice – ad un tipo di informazione inesatta e falsata, traducibile quindi in una lesione della sfera di inviolabilità altrui. La caratteristica dell'informazione falsata – che in questa particolare questione rappresentava anche dei tratti denigratori – ha assunto la qualità di un bene essenziale all'interno dell'impresa, poiché supera la mera sfera di incidenza relativa alla reputazione individuale – legata al mero “buon nome” dell'imprenditore – per assumere una preponderante rilevanza economica. Tipicamente, la fattispecie che contraddistingue il discredito commerciale è individuata nella disposizione dell'art. 2598 n.2 c.c., relativa al divieto di ogni forma denigratoria sulla qualità dei prodotti a danno dei propri concorrenti, con l'obiettivo di tutelare il principio del c.d. “consumatore sovrano”, nel senso di consentire al consumatore la formazione di un proprio giudizio su un prodotto. Questo divieto ha comportato, però, alcuni effetti negativi e correlati alla promozione autoreferenziale dei prodotti e servizi senza consentire un effettivo confronto delle offerte di mercato. Per tale ragione la giurisprudenza aveva iniziato a riconoscere il c.d. diritto alla critica commerciale tra concorrenti, purché non si trattasse di una mera invettiva volta a screditare l'attività economica altrui: doveva, invero, trattarsi di una valutazione motivata e fondata su apposita documentazione a giustificazione delle ragioni concorrenziali. Con la direttiva 2005/29/CE è stata modificata la disciplina della pubblicità ingannevole ed è stato introdotto il concetto di pubblicità comparativa da intendersi come “qualsiasi

la quale ad essere chiamata in causa era la controparte, al fine di ottenere un risarcimento dei danni non precisamente quantificato nella domanda attorea.

La recensione postata presentava pesanti giudizi riguardo la qualità prestata dall'impresa - addetta alla riparazione di prodotti elettronici - nell'attività di assistenza del cliente; giudizi che erano integralmente contestati da parte attrice e contrassegnati come non veritieri. Le argomentazioni del Tribunale sono incentrate - così come avvenuto nella sentenza riminese - sul diritto di critica, valutando se nel caso di specie i limiti per il suo legittimo esercizio fossero stati correttamente rispettati. L'estensione del diritto di critica è strettamente interconnessa con il tema delle recensioni lasciate online e ciò avviene, perché il fenomeno della non genuinità dei *feedback* è sempre più dilagante. Questo fenomeno si verifica sia in accezione negativa, mediante il discredito di determinate attività imprenditoriali, sia nel senso opposto, vale a dire nel caso in cui la recensione presenti elementi "immeritabilmente elogiativi"²³⁵. Entrambe le situazioni presentano delle distorsioni: la prima prevede la sussistenza di una lesione della reputazione economica dell'imprenditore; la seconda, invece, causa una rappresentazione non veritiera della realtà relativa alla

pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente". La pubblicità comparativa è un altro caso che può comportare una denigrazione dei prodotti e fornire un giudizio negativo che lede la reputazione, ma solo quando si caratterizzi per il fatto di essere stata posta in essere in violazione dei doveri di correttezza professionale e con l'unico obiettivo di screditare l'attività economica altrui con informazioni non veritiere. La pubblicità comparativa non deve risultare ingannevole e rispettare i requisiti di liceità, così come previsti dalle disposizioni dettate dalla disciplina dell'art. 4 del d. lgs n. 145/2007. Diverso è poi il caso in cui la critica avvenga da un soggetto che pur essendo nell'esercizio di un'attività professionale non si configuri in qualità di concorrente diretto, per esempio è il caso in cui l'attività di riferimento svolga una funzione informativa a favore dei consumatori per una valutazione trasparente dei beni o servizi presenti sul mercato. In questo contesto l'esempio più emblematico è rappresentato dalle pubblicità comparative - elaborate ad esempio da istituti di ricerca o associazioni di consumatori - i cui risultati possono essere pubblicati, ma solo entro certi limiti: inizialmente vi era un orientamento per lo più restrittivo che richiedeva un onere di diligenza gravoso per l'autore della prova comparativa consistente nella verifica dell'esattezza dei risultati riscontrati. Questo onere era molto gravoso, poiché richiedeva delle conoscenze tecnico-scientifiche in capo all'autore non sempre raggiungibile. Tale rigidità è stata pertanto rivista nel senso di intendere il requisito della veridicità in misura meno stringente: non doveva infatti avere ad oggetto i risultati della comparazione - che intrinsecamente possono presentare dei caratteri di opinabilità - quanto piuttosto la correttezza nel procedimento di acquisizione degli stessi e della correttezza dei dati assunti a fondamento delle comparazioni. L'ipotesi più attinente al caso di specie è invece rappresentata dalla situazione in cui il discredito derivi da un soggetto - in particolare l'utente - che non sia concorrente e che non abbia non sia una figura professionale. In questo caso la disciplina di riferimento ricade nell'ambito dell'esercizio del diritto di critica di cui all'art. 21 Cost. da controbilanciare con il diritto alla tutela della propria reputazione commerciale. Sul punto A. Salerno, *Rating nei servizi commerciali*, cit., p. 393 ss.

²³⁵ Così Trib. Genova, cit.

bontà di beni o servizi presenti sul mercato a discapito della genuinità di informazioni fornite ai consumatori.

Di questi due versanti, il Tribunale affronta solo il primo relativo alla falsità delle recensioni negative – potenzialmente pregiudizievoli per chi le riceve – sulla base dell'estensione del diritto di critica. Sulla base degli argomenti seguiti dalla giudice riminese nella controversia precedentemente analizzata, vengono ripresi i requisiti del corretto esercizio del diritto di critica²³⁶. Nel caso di specie la veridicità dell'informazione non deve essere interpretata in misura così stringente come previsto per il diritto di cronaca, perché l'entità e la correttezza della critica va valutata sulla base di elementi che non possono che essere soggettivi rispetto all'esternazione di fatti vissuti in prima persona del recensore: questo è un carattere intrinseco del diritto di critica per cui la corrispondenza alla condizione della "verità" assume dei tratti diversi da quello di cronaca. Non necessariamente il riferimento deve essere fatto ad una verità assoluta ma può anche essere costituita da una verità c.d. "ragionevolmente putativa". In questo senso la verità è, quindi, declinata nella forma di mera fedeltà alle proprie impressioni nel resoconto di un'esperienza vissuta.

Su questi presupposti, si deve ritenere che le opinioni veicolate online saranno rispettose dei limiti previsti per il diritto di critica laddove queste siano tese ad esprimere valutazioni personali. Queste ultime per loro stessa natura risultano opinabili e non suscettibili con certezza della piena corrispondenza alla verità assoluta o a falsità delle stesse. È su queste basi che il Tribunale ha ritenuto che la valutazione sull'attività imprenditoriale da parte del recensore sia avvenuta seguendo la correttezza nell'uso dei termini – e, quindi, effettivamente rispettato il parametro della continenza richiesto dalla prassi giurisprudenziale – nonostante la negatività del giudizio, comunque rientrante nella legittimità del diritto di critica. Relativamente al pregiudizio della reputazione economica rilevato da parte attrice, il giudice si limita a segnalare che la presenza di un solo giudizio negativo – anche se espresso in termini forti, seppur coerenti con i limiti suddetti – non può essere

²³⁶ Il diritto di critica è correttamente esercitato quando l'argomento sia di pubblico interesse e sussista il requisito della pertinenza; quando siano rispettati i limiti dell'obiettività e della correttezza, consistente nella continenza e la veridicità dell'informazione. Questi sono principi stabiliti nella c.d. sentenza decalogo della Suprema Corte del 1984, successivamente ribaditi anche in una sentenza della Cassazione nel 2011. Cass. civ, sez. III. 6 aprile 2011, n. 7847.

l'unico elemento giustificativo del riconoscimento di un effettivo pregiudizio a chi sia stato soggetto alla valutazione.

Questa sentenza si pone, quindi, in continuità con alcuni degli orientamenti già presentati nell'ambito giurisprudenziale italiano, ma si discosta nettamente dall'ordinanza del Tribunale di Venezia del 2015, che per la prima volta ha fornito l'effettivo rimedio della rimozione del commento lesivo e non genuino in capo alla parte lesa pur trattandosi di un solo giudizio negativo - reiterato - e non di una pluralità di essi.

Soluzioni pressoché simili in termini di mancato riconoscimento di un'effettiva tutela della reputazione economica - anche se con argomenti tendenzialmente differenti per la diversità delle questioni di merito e delle domande attoree - si delineano negli Stati Uniti. Anche in questo panorama sono presenti dei casi in cui è stato possibile identificare il reale autore delle recensioni postate online con risultati sostanzialmente conformi ai casi giurisprudenziali italiani visti in precedenza.

Due sono le controversie più interessanti che presentano sfumature differenti: nella prima la questione riguarda unicamente le parti del recensito e del recensore e al centro si pone - così come in *Seaton v. Tripadvisor* - il classico dibattito tra libertà di manifestazione del proprio pensiero del I Emendamento e *law of defamation*; nella seconda, invece, è presente una peculiarità, data dal fatto che la controversia è inizialmente stata instaurata nei confronti dell'autore della recensione, ma nella soluzione la Corte analizza nel dettaglio il ruolo della piattaforma in cui la recensione è stata postata, con esiti non del tutto favorevoli alla parte che ha subito un pregiudizio dalla recensione falsa.

Il primo caso analizzato è *Dietz Development LLC and Dietz v. Perez*²³⁷: la ditta di costruzioni *Dietz Development LLC* aveva fornito de servizi di ristrutturazione nell'abitazione della signora Jane Perez, la quale successivamente a tali lavori non aveva adempiuto interamente la propria obbligazione di pagamento nei confronti della ditta. Il sig. Dietz - a proprio nome - aveva intentato una causa contro la signora al fine di ottenere quanto dovuto. La questione si era però conclusa in modo negativo per il sig. Dietz, che non aveva presentato un documento necessario per la continuazione della causa. Pertanto, la richiesta di giudizio sommario avanzata da

²³⁷ *Dietz Development LLC and Dietz v. Perez*, No. CL 2012- 16249.

Jane Perez era stata accolta. A seguito di ciò, la signora postava una recensione screditante²³⁸ sul sito Angielist.com, indicando il lavoro della ditta come non professionale e lamentando una serie di danni all'appartamento ristrutturato; accusava infine la *Dietz Development LLC* per il furto di alcuni gioielli presenti nella casa. Lo stesso post appariva anche sul portale Yelp poco dopo. Sulla base di questi sviluppi, la *Dietz Development LLC* adiva in giudizio, asserendo un ingente danno alla reputazione economica della propria attività con conseguente sviamento di clientela a causa delle recensioni false postate dalla convenuta; richiedeva dunque un risarcimento danni quantificato nella misura di 750 mila dollari.

Il giudice della *Circuit Court of Virginia, Fairfax County* - accolte in parte le ragioni della ricorrente - emetteva un provvedimento inibitorio nei confronti della convenuta, con un'ordinanza che le imponeva la rimozione della recensione nella parte in cui accusava l'impresa di furto, impedendole la pubblicazione di altre recensioni di simile portata e consentiva alla causa di continuare per l'accertamento delle ragioni risarcitorie vantate dall'imprenditore. Il tutto era deciso esclusivamente sulla base del dubbio relativo alla veridicità delle affermazioni della convenuta in merito al lavoro svolto dall'impresa²³⁹.

Tale provvedimento fu pertanto contestato da Jane Perez per contrarietà al *right to free speech* del I Emendamento. In questo scenario sono molte le critiche legate a provvedimenti inibitori di questo tipo che si pongono in contrasto con le libertà ammesse dalla Costituzione.

In questo senso si è orientata la *Virginia Supreme Court* che in sede di revisione ha accolto e supportato le ragioni giuridiche addotte dalla convenuta, sostanzialmente annullando il provvedimento ordinato dal giudice di grado inferiore.

²³⁸ «My home was damaged; the "work" had to be re-done; and Dietz tried to sue me for "monies due" for his "work." I won the case in summary judgment (meaning that his case had no merit). Despite his claims, Dietz was/is not licensed to perform work in the state of VA. Further, he invoiced me for work not even performed, and he sued me for work not even performed. Last week (over 6 months later) he just showed up at my door and "wanted to talk to me." I said that I "didn't want to talk to him," closed the door, and called the police. (The police said that his reason was that he had a "lien on my house;" however his supposed "lien" was made null and void the day that I won the case according to the court.) This is after filing my first ever police report when I found my jewelry missing and Dietz was the only one with a key. Bottom line do not put yourself through this nightmare of a contractor». *Dietz Development LLC and Dietz v. Perez*, No. CL 2012- 16249.

²³⁹ Il giudice della *County Court* ammetteva infatti: «The damage to him is far greater than the damage to her in furthering that particular story». *Ibidem*

Le ragioni di tale decisione vanno ascritte all'accoglimento della *petition of review* presentata dai legali di Jane Perez: anzitutto si riteneva errato il provvedimento di primo grado per via del fatto che è la stessa giurisprudenza costante della *Supreme Court* ad impedire l'emissione di provvedimenti inibitori a tutela della reputazione economica, laddove non sia stata accertata l'effettiva sussistenza di *defamation* in capo al presunto responsabile; infatti «i vincoli preventivi posti sulla parola e sulle pubblicazioni sono le più serie e meno tollerabili violazioni commesse contro il diritto tutelato da I Emendamento»²⁴⁰. L'ordinanza di una Corte che proibisce la pubblicazione di una recensione *online* – attraverso provvedimenti inibitori seppur temporanei – costituisce quindi un vincolo preventivo²⁴¹ e ciò rappresenta una minaccia ai diritti fondamentali perché comporta “grandi rischi di censura”. Un provvedimento di tal tipo – restrittivo della libertà di espressione – sarebbe giustificato solo se vi fosse «la compromissione di un interesse fondamentale pari grado o superiore rispetto al I Emendamento della Costituzione»²⁴². Integrebbene questa fattispecie il caso di una grave minaccia nei confronti di un interesse governativo o di un diritto costituzionalmente garantito laddove non possa essere tutelato con misure meno intrusive, principio questo statuito anche nel precedente della *Supreme Court*, *Nebraska Press Ass'n*²⁴³. Assecondando le ragioni della signora Perez, la *Supreme Court of Virginia* ha ritenuto nel caso di specie che il controinteresse in gioco era rappresentato dalla reputazione economica dell'impresa presente sul mercato presuntivamente lesa dalla recensione postata²⁴⁴.

I provvedimenti inibitori contro la commissione di illeciti diffamatori possono essere emanati dalle corti, ma solo a seguito un di processo definito, in cui le

²⁴⁰ Così è ripreso il precedente *Nebraska Press Association v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976): «[P]rior restraints on speech and publication are the most serious and the least tolerable infringement on First Amendment rights».

²⁴¹ *Alexander v. United States*, 509 U.S. 544, 550 (1993): «Temporary restraining orders and permanent injunctions – i.e., court orders that actually forbid speech activities».

²⁴² Questo principio è statuito e ripreso da una sentenza della Corte d'appello del Sesto Circuito, *Protector & Gamble Co. V. Bankers Trust Co.*, 78 F3d 219 (6th Cir. 1996).

²⁴³ 427 U.S. 539.

²⁴⁴ A tal proposito nel caso *Organization for a Better Austin v. Keefe*, 402 U.S. 415 (1971), la *Supreme Court* aveva annullato la decisione di una corte inferiore che vietava temporaneamente – e prima dell'accertamento dei fatti – l'invio di volantini che accusavano un agente immobiliare di tenere la condotta definita di *blockbusting*, consistente nella pratica non poco frequente di svalutare le case di un quartiere facendo leva sui pregiudizi razziali. L'uso del potere ingiuntivo da parte della corte non poteva essere legittimamente giustificato.

affermazioni siano state riconosciute come false e lesive della reputazione altrui: addurre la mera tutela dell'interesse alla reputazione economica non è, quindi, una base sufficiente per l'emissione di un provvedimento preventivo teso ad impedire la ripetizione della condotta illecita²⁴⁵.

Inoltre, in prima istanza la corte non ha accertato la falsità o la verità delle asserzioni della parte convenuta, non essendovi prova certa relativamente ai requisiti della falsità o di *actual malice*, necessari per ammettere l'esistenza del *tort of defamation*; prova quest'ultima che spetta alla parte attrice e che nel caso di specie non trova riscontro su basi giuridiche certe.

La *Supreme Court of Virginia* ha dunque risolto la questione accogliendo la *petition for review* della signora Perez e, conseguentemente, annullato il provvedimento della corte di grado inferiore: sulla base dei ragionamenti suesposti, il provvedimento preliminare non era giustificabile dal punto di vista giuridico, in relazione ai principi riconosciuti in *common law*. Infatti se al termine del giudizio di merito fosse stata accertata la falsità della recensione e, quindi, affermata l'esistenza di diffamazione, la parte avrebbe avuto ristoro degli eventuali danni subiti, unitamente alla possibilità di giovare di un rimedio giuridico senza dover ricorrere ad azioni di altro genere, quali la richiesta di un provvedimento inibitorio erroneo perché contrario alla libertà riconosciuta dal I Emendamento della Costituzione. Anche in questo caso la giurisprudenza si è orientata nel senso di tutelare uno dei principi cardini della tradizione statunitense vale a dire quello relativo *free speech*: il dibattito tra la sua tutela e la salvaguardia della reputazione economica è aperto e aggravato dall'ambito di riferimento, quello di Internet e dei sistemi di reputazione, in cui non sempre è possibile individuare degli strumenti efficaci di tutela contro le distorsioni create dalle recensioni online²⁴⁶.

²⁴⁵ In una sentenza della Corte d'appello del Quarto Circuito ha statuito che è necessario distinguere tra i provvedimenti inibitori preliminari e permanenti: i provvedimenti inibitori preliminari sono i più pericolosi per la libera manifestazione del pensiero e per questo anche i meno tollerati nella giurisprudenza costante, infatti solo una volta terminato un giudizio e divenuto definitivo può pienamente operare una sanzione giuridica. Proprio per la natura insita nei provvedimenti inibitori preliminari è possibile ritenere che essi - avendo un effetto sanzionatorio immediato e irreversibile - mal si conciliano con il *right of free speech*, minandone le sue basi costitutive. Cfr. *Nebraska Press Ass'n v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976).

²⁴⁶ A. Cheung, W. Schulz, *Reputation Protection on Online Rating Sites*, in 21 *Stanford Technology Law Review* (2018), p. 325; E. V. Gerhards, *Your Store Is Gross - How Recent Cases, the FTC, and the State Consumer Protection Law*, cit., p. 513.

Il secondo esempio giurisprudenziale di rilievo è rappresentato dalla sentenza *Dawn L. Hassel v. Bird*²⁴⁷, decisa nel 2016 dalla *Court of Appeals of California* e recentemente annullata dalla *Supreme Court of California*²⁴⁸. Il fatto è il seguente: nel 2012 la signora Ava Bird aveva contattato lo studio legale Hassel Law Group per rappresentarla riguardo una causa di lesioni personali. Successivamente – a causa di alcune difficoltà relative alle richieste avanzate dalla cliente e vista l’insoddisfazione della stessa nei confronti dell’attività svolta dallo studio – l’avvocato Dawn Hassel notificò alla signora Bird la decisione del ritiro della procura tramite email.

Qualche mese dopo, nel gennaio 2013, la pagina Yelp dello studio legale presentava una recensione postata dalla cliente insoddisfatta dalla prestazione svolta dallo studio²⁴⁹.

Il suo contenuto – a detta di parte attrice – era negativo e screditante; il tutto contraddistinto dall’assegnazione all’attività professione del *rating* di una sola stella²⁵⁰. Inizialmente l’avvocato provò a risolvere la questione privatamente con la signora Bird senza però ottenere il risultato sperato, anzi con la conseguenza di vedere postata una nuova recensione altrettanto screditante²⁵¹. Pertanto lo studio legale decideva di adire in giudizio la *Superior Court* di San Francisco, intentando

²⁴⁷ *Dawn L. Hassel et al. v. Bird*, 247 Cal. App. 4th 1336 (June 2016).

²⁴⁸ *Dawn L. Hassel et al. v. Bird*, 5 Cal. 5th 522 (July 2018).

²⁴⁹ Nel dettaglio, la signora Bird usava il nickname “Birdzeye”, indicando però tutti dati relativi alla propria persona e residenza e pertanto identificabile.

²⁵⁰ Recensione che riportava questo commento: «Well, here is another business that doesn't even deserve one star. Basically, dawn hassell made a bad situation much worse for me. She told me she could help with my personal injury case from falling through a floor, then reneged on the case because her mom had a broken leg, or something like that, and that the insurance company was too much for her to handle. and all of this after i met with her office (not her personally, she was nowhere to be found) signed paperwork to ‘hire’ them and gained confidence in her office (due mostly to yelp reviews) so, in all fairness, I have to share my experience so others can be forewarned. She will probably not do anything for you, except make your situation worse. in fact, after signing all the paperwork with her office, like a broken record, they repeated ‘DO NOT TALK TO THE INSURANCE COMPANY’ over and over and over. and over and over. so I honored that and did not speak to them. But the hassell law group didn't ever speak with the insurance company either, neglecting their said responsibilities and not living up to their own legal contract! Nor did they bother to communicate with me, the client or the insurance company AT ALL. then, she dropped the case because of her mother and seeming lack of work ethic. (a good attorney won't do this, in fact, they aren't supposed to) to save your case, STEER CLEAR OF THIS LAW FIRM! and research around to find a law firm with a proven track record of success, a good work ethic, competence and long term client satisfaction. there are many in the bay area and with some diligent smart interviewing, you can find a competent attorney, but this won't be one of them». *Dawn L. Hassel et al. v. Bird*, 5 Cal. 5th 522 (July 2018).

²⁵¹ «Did not like the fact that they charged me their client to make COPIES, send out FAXES, POSTAGE, AND FOR MAKING PHONE CALLS about my case!!! Isn't that your job. That's just ridiculous!!! They Deducted all those expenses out of my settlement». *Ibidem*.

una causa contro la signora Ava Bird. La parte attrice asseriva che la signora avesse postato due recensioni – contrassegnate da due nickname differenti – diffamatorie e false, intenzionate a porre in cattiva luce lo studio screditandolo nell'arena digitale di Internet con il conseguente decremento delle attività precedentemente svolte dagli utenti su Yelp e con un considerevole calo della media del *rating*. Le domande attoree riguardavano il riconoscimento di *general, special e punitive damages*²⁵² patiti dallo studio legale per il fatto che a seguito della recensione l'attività aveva subito un notevole pregiudizio e, da ultimo, chiedeva l'emissione di un provvedimento che impedisse alla convenuta di continuare a diffamare lo studio, rimuovendo inoltre le recensioni diffamatorie postate sulla piattaforma di Yelp.

La controversia era quindi instaurata contro la signora Bird, effettiva autrice delle recensioni, mentre a nessun titolo era chiamata a rispondere la piattaforma digitale.

Nel gennaio 2014 fu emessa in prima istanza la sentenza della *Superior Court, San Francisco County* che costituiva una vittoria per parte attrice: la sentenza – emessa in contumacia per via della mancata costituzione di parte convenuta – si pronunciava favorevole alle richieste risarcitorie dello studio legale²⁵³, ordinando la rimozione di tutte le recensioni pubblicate sul portale Yelp e diffidandola dalla ripubblicazione delle stesse su altri siti web. Nel contempo il giudice stabiliva anche in capo a Yelp – seppur non costituente parte della controversia – di rimuovere le recensioni pubblicate sui propri portali.

Il portale Yelp, ricevuta la diffida sull'ordine di rimozione agiva in giudizio per l'annullamento della decisione, asserendo la violazione del *due process right*²⁵⁴ in

²⁵² Si è già detto in relazione agli *special* e ai *punitive damages*: lo *special damage* riguarda il risarcimento del danno patrimoniale valutabile secondo i criteri di lucro cessante e danno emergente; il *punitive damage* si rivolge, invece, al risarcimento dovuto per via della particolare gravità nella responsabilità del convenuto, in ottica per l'appunto punitiva. Relativamente al *general o presumptive damage* si fa, invece, riferimento al risarcimento per danni generici o presunti. V. Zeno Zencovich, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985, pp. 278 ss.

²⁵³ In particolare si riconosceva il risarcimento dei danni ammontante a circa 557 mila dollari, somma che includeva *general e special damages*: «Plaintiffs requested Default Judgment is Granted against Defendant AVA BIRD. Judgment in favor of Plaintiffs is entered in the total amount of \$557,918.85. This amount includes judgment in the amount of \$ 54,000.00 for past special damages, \$3,918.85 for past case costs, \$500,000.00 for general damages». Così *Dawn L. Hassel et al. v Bird*, 2014 WL 12577619 (Cal. Super, Jan. 2014).

²⁵⁴ Il concetto di *due process* è formulato sia nel V che nel XIV Emendamento della Costituzione e prevede che “nessuna persona possa essere privata della vita, della libertà o della proprietà senza un *due process of law*”. Il termine “giusto processo”, comunemente usato per tradurre quest'espressione,

quanto il giudice eccedeva la domanda formulata dal parte attrice. La teoria elaborata da Yelp si basava dapprima sul fatto che la corte non poteva imporre alla piattaforma l'esecuzione dell'ordine di rimozione: Yelp, infatti, non figurava quale parte nella causa oggetto del giudizio, la quale era stata instaurata solo nei confronti di Ava Bird. In secondo luogo, la piattaforma non aveva ricevuto alcuna notifica preventiva sulla controversia, venendo così meno la possibilità di elaborare una difesa propria durante un'udienza previa rispetto all'emissione della sentenza. Tale provvedimento ledeva, quindi, il suo diritto protetto dal I Emendamento della Costituzione e di conseguenza la tutela prevista dalla *section 230* del *Communications Decency Act*. Sulla mozione di Yelp si pronunciava la *Superior Court* di *San Francisco County*²⁵⁵ - in persona del giudice E. H. Goldsmith - in senso sfavorevole alla domanda proposta dal portale online.

La motivazione del diniego si articolava su diversi argomenti: il primo relativo al punto dell'applicazione dei provvedimenti ingiunti alle parti estranee alla causa, richiamando a sostegno due pronunce della *Supreme Court of California*, in cui si ammetteva la possibilità di estendere i provvedimenti di una sentenza anche alle "non-parti" della causa come pratica comunemente usata dalle corti²⁵⁶; il secondo riguardava il convincimento della corte basato sul fatto che Yelp avesse agito in

non è del tutto idoneo ad esemplificare questa nozione. Difatti essa può essere declinata in due diversi sensi: il primo puramente processuale o formale attinente alla necessità di garantire che il processo a cui è sottoposto un individuo avvenga in conformità delle procedure di legge. In questo senso allora il *due process* può essere accostato al "giusto processo" perché coincidente con il concetto di *fair trial*, che prevede garanzie processuali e dei diritti delle persone; il secondo senso ha a che fare con l'aspetto sostanziale, si parla allora di *substantive due process*, riferito alla ragionevolezza della legge e alla tutela di taluni diritti, che pur non essendo espressamente tutelati dalla Costituzione, risultano comunque dei diritti fondamentali e come tali devono essere tutelati e garantiti. L. Stroppiana, *Stati Uniti*, Bologna, 2013. In questo contesto l'accezione riguarda il suo aspetto procedurale, vale a dire la garanzia fornita a ciascun consociato ad avere un processo "fair" dal punto di vista delle regole processuali, indicando quindi che la libertà, la vita e la proprietà di chiunque non debbano essere lese senza essere assistite da garanzie formali, tra cui il tradizionale diritto al contraddittorio - oltretutto alla giuria nei casi in cui ne sia richiesta la presenza. U Mattei - E. Ariano, *Il modello di common law*, Torino, 2018, pp. 127-129. Yelp riteneva infatti che l'ordine di rimozione dovesse essere ritenuto illegittimo alla luce del fatto che la corte non gli avesse concesso un'udienza prima della sua emissione.

²⁵⁵ *Dawn L. Hassel et al. v. Bird*, 2014 WL 12577620 (Cal. Super., Sept. 2014).

²⁵⁶ Il riferimento va a *Ross v. Superior Court* (1977) 19 Cal. 3d 899 e a *Berger v. Superior Court* (1917) 175 Cal. 719: « [...] It has been a common practice to make the injunction run also to classes of persons through whom the enjoined person may act, such as agents, servants, employees, aiders, abettors, etc., though not parties to the action, and this practice has always been upheld by the courts, and any of such parties violating its terms with notice thereof are held guilty of contempt for disobedience of the judgment [...] The whole effect of this is simply to make the injunction effectual against all through whom the enjoined party may act, and to prevent the prohibited action by persons acting in concert with or in support of the claim of the enjoined party, who are in fact his aiders and abettors».

qualità di parte attiva nel favorire e aiutare la convenuta nella sua condotta. Questa attività coadiuvante appare certa dal punto di vista del giudice, in quanto almeno una delle recensioni postate da Ava Bird è risultata in evidenza nella piattaforma, segnalata come *“Recommended Review”*. Ciò dava concretamente risalto alla recensione negativa e diffamatoria piuttosto che a quelle positive sull’attività svolta dallo studio legale. Altro elemento che contraddistingue il supporto di Yelp alla posizione della convenuta concerne la presentazione di una mozione in cui la piattaforma sostiene che parte attrice non abbia effettivamente dimostrato l’identità della signora Bird. Yelp – a detta del giudice – sembra agire non tanto nel proprio ed esclusivo interesse, quanto piuttosto favorevolmente alla convenuta, richiamando delle parti del giudizio in cui la piattaforma non era in alcuna misura chiamata a rispondere, perché pertinenti solo alla signora Bird.

Nella successiva sentenza della *Court of Appeals of California*²⁵⁷, la decisione di primo grado è stata sostanzialmente confermata, con il rigetto degli argomenti addotti da Yelp sull’impossibilità di estendere il provvedimento di rimozione anche ad una parte estranea alla causa, perché l’ordine di rimozione non poneva in alcun modo una minaccia in capo al *right to free speech* di Yelp²⁵⁸. In questo contesto, la Corte ha richiamato un proprio precedente in cui statuiva il principio per cui «un’ingiunzione emessa a seguito di un giudizio in cui si è accertato che il convenuto abbia diffamato parte attrice non costituisce un vincolo preventivo e non viola il I Emendamento» e ciò perché ci sono degli specifici casi in cui le opinioni non sono tutelate dal *right to free speech*, trattandosi di affermazioni oggettivamente riconducibili a ledere la reputazione e che quindi giustificano determinati provvedimenti per porre fine alla diffamazione²⁵⁹. La Corte si esprimeva anche in merito alla contestazione di Yelp per cui l’ordine di rimozione nei suoi confronti costituiva una chiara violazione della *section 230* del *Communications Decency Act*. A

²⁵⁷ *Dawn L. Hassel et al. v. Bird*, 247 Cal. App. 4th 1336 (June 2016).

²⁵⁸ «It appears to us that the removal order does not treat Yelp as a publisher of Bird's speech, but rather as the administrator of the forum that Bird utilized to publish her defamatory reviews [...]. An injunction issued following a trial that determined that the defendant defamed the plaintiff that does no more than prohibit the defendant from repeating the defamation, is not a prior restraint and does not offend the First Amendment». Ibidem.

²⁵⁹ *Balboa Island Village Inn Inc. v. Lemen*, 40 Cal.4th 1141 (2007): « an injunction issued following a trial that determined that the defendant defamed the plaintiff that does no more than prohibit the defendant from repeating the defamation, is not a prior restraint and does not offend the First Amendment [...] ».

questo proposito, tra i suoi scopi finali vi è, anzitutto, quello di evitare l'esposizione dei minori alla visione di materiali illeciti presenti nello scenario di Internet; secondariamente quello di promuovere gli interessi del commercio elettronico e garantire la tutela del I Emendamento nell'ambito di Internet²⁶⁰. In ossequio a questo secondo obiettivo la *section 230* del CDA è stata comunemente interpretata dalla giurisprudenza costante nel senso di garantire l'immunità "dei fornitori di servizi della società dell'informazione contro la responsabilità derivante da contenuti creati da terzi", impedendo la possibilità di agire a titolo di responsabilità nei confronti della piattaforma digitale come se avesse realizzato la condotta lesiva. Ebbene nel caso di specie, il giudice di prima istanza non ha inteso esporre il portale a nessuna responsabilità, in virtù del fatto che unico soggetto effettivamente responsabile doveva ritenersi la convenuta, Ava Bird. L'ordine di rimozione imposto a Yelp non equivale ad affermare un titolo di responsabilità in capo alla piattaforma. Il violare tale ordine potrebbe però condurre il portale ad un tipo differente di responsabilità, vale a dire quella derivante dalla fattispecie di "oltraggio alla corte", sussistente anche quando «una parte sia estranea ad una controversia, ma soggetta ad un ordine ingiuntivo di cui sia a conoscenza e ne violi i termini»²⁶¹: si tratta di una responsabilità di natura penale e non civile, anche laddove l'ordine violato derivi da un procedimento civile e ciò nulla ha a che vedere con il riferimento di Yelp alla *section 230* del *Communications Decency Act*.

Nel luglio 2018 è intervenuta sulla questione la *Supreme Court of California*, la quale si è in parte discostata dalla soluzione fornita dalle corti inferiori, con una maggioranza di 4 a 3.

Il ragionamento elaborato dalla Corte nella redazione della sua *opinion* ha lasciato intatta la sentenza di prima istanza che riconosceva la responsabilità dell'autrice della recensione e il riconoscimento del risarcimento danni in capo alla parte lesa; si è invece incentrata unicamente sull'analisi interpretativa della *section 230* del *Communications Decency Act*. Tali argomenti non sono andati esenti dalle critiche di due dei giudici che nelle loro *dissenting opinion* hanno rilevato una serie di vizi e contraddizioni della decisione di maggioranza.

²⁶⁰ Sul punto è richiamata la sentenza federale *Batzel v. Smith*, 333 F. 3d 1018 (9th Cir.2003).

²⁶¹ Cfr. *People v. Conrad*, 55 Cal. App. 4th (1997).

Anche se parte attrice non ha chiamato in causa Yelp a titolo di responsabilità, la richiesta di rimozione e il conseguente accoglimento della stessa da parte delle corti di grado inferiore inducono a ritenere che la piattaforma abbia assunto un ruolo attivo nella pubblicazione delle recensioni postate. In questo senso l'interpretazione delle corti inferiori sembra contraria al portato normativo della *section 230*, secondo cui "no provider shall be treated as publisher or speaker of information provided by another information content provider". A questo proposito la Corte richiama la già analizzata sentenza *Kimzey v. Yelp!*²⁶², in cui i giudici avevano respinto il tentativo dell'attore di affermare il ruolo "creativo" dell'*internet service provider*.

Nell'ottica proposta dallo studio legale Hassel, la richiesta di un provvedimento di rimozione della recensione altro non è che il divieto per Yelp di riproporre le recensioni la cui responsabilità è già stata individuata in capo al reale autore delle stesse, ma – secondo la maggioranza – la rimozione imposta alla piattaforma comporta, invece, un onere decisamente gravoso da sopportate per un mero intermediario che non svolge null'altra funzione se non quella di "ospitare" delle recensioni, i cui contenuti sono redatti *in toto* da soggetti terzi e dalla quale non è possibile pretendere un controllo preventivo. Anche se l'esecuzione dell'ordine di rimozione risulta un'operazione di fatto meccanica, questa sostanzialmente andrebbe ad interferire con lo svolgimento dell'attività della piattaforma: confermare le statuizioni delle corti inferiori avrebbe quindi un impatto decisamente intrusivo, con il rischio di generare ulteriori controversie contro le piattaforme digitali in totale violazione del *Communications Decency Act*; mentre ai sensi della *section 230* del *CDA* è possibile esperire tali azioni nei confronti dei reali autori delle recensioni, diversa è la posizione peculiare della piattaforma tutelata dall'immunità che si estende fino al punto di comprendere ordini ingiuntivi nei confronti dei meri intermediari digitali²⁶³.

Su queste basi la *Suprema Court* ha annullato le precedenti pronunce della *Court of Appeals* e della *Superior Court* nella parte concernente l'ordine di rimozione in capo

²⁶² *Kimzey v. Yelp! Inc.*, 836 F. 3d 1263 (9th Cir. 2016).

²⁶³ *Dawn L. Hassel et al. v. Bird*, 5 Cal. 5th 522 (July 2018): «Yet Congress has declined to amend section 230 to authorize injunctive relief against mere republishers, even as it has limited immunity in other ways».

a Yelp, pienamente legittimato ad avvalersi dell'immunità garantita dalla *section 230* del *Communications Decency Act*.

Alla luce delle argomentazioni fornite dalla maggioranza assumono interesse di analisi anche le *dissenting opinion* dei giudici J. Liu e J. Cuéllar, che seguono un simile schema di sviluppo e per questo affrontate congiuntamente. Dapprima i giudici hanno elaborato delle considerazioni generali sulle problematiche da cui deriva la questione controversa: il fenomeno della falsità delle recensioni online è in espansione e ciò provoca rilevanti conseguenze nell'ambito delle attività economiche; nel caso di specie lo studio legale Hassel adiva in giudizio per ottenere un rimedio alla situazione pregiudizievole che le recensioni non veritiere avevano provocato alla propria attività. Il riconoscimento del risarcimento danni e l'ordine di rimozione delle recensioni hanno rappresentato – dal punto di vista del giudice di prima istanza – la soluzione giuridica migliore per riportare ad equilibrio il diritto lesa, quello inerente la reputazione economica. Nonostante ciò dopo quattro anni la recensione fortemente screditante risultava ancora presente sul sito web, in quanto il reale autore si rifiutava di ottemperare alla sentenza emessa in contumacia e, allo stesso modo, la piattaforma di Yelp aveva rivendicato la propria estraneità all'obbligazione di attenersi all'ordine di rimozione emesso da giudice. La decisione presa dalla Corte, quindi, mette a rischio i soggetti lesi dagli illeciti commessi online e di fatto rende impossibile esperire efficacemente dei rimedi giuridici alla situazione pregiudizievole.

Il tutto è collegato essenzialmente al più ampio tema della diffusione delle informazioni tramite Internet, potenzialmente in grado di amplificare il fenomeno della diffamazione con un effetto non solo negativo, ma talvolta anche permanente, consistente nella persistenza di danni reputazionali che non sempre ottengono una protezione giuridica soddisfacente. Il caso di specie ne è un esempio, in quanto la sentenza di primo grado rimane confermata nella parte che si indirizza all'autore della recensione, ma di fatto la mancanza di un obbligo in capo alla piattaforma di rimuovere la recensione dimostra una lacuna giuridica di effettiva tutela di un diritto alla reputazione economica.

Sull'obbligo di rimozione imposto a Yelp e annullato dalla *Supreme Court* si incentrano le *dissenting opinion* dei due giudici: dal loro punto di vista è chiaro che il

solo fatto di ordinare a Yelp la rimozione della recensione non lo rende responsabile di avere agito in qualità di *content provider*. La rimozione spetta, invece, al soggetto “responsabile, in tutto o in parte, per la creazione o lo sviluppo delle informazioni” lesive per la controparte²⁶⁴, costituito nel caso specifico dalla convenuta.

Infatti la responsabilità a cui la *section 230* del CDA si riferisce, deve essere interpretata alla stregua di una “obbligazione di tipo finanziario”, vale a dire equivalente alla sola responsabilità di risarcire gli eventuali danni derivanti da una controversia²⁶⁵.

Il senso della protezione fornita dal CDA all'*internet service provider* ha lo scopo di evitare che nei suoi confronti siano presentate domande di accertamento della responsabilità per quei contenuti lesivi di cui la piattaforma non è autrice ed invero il provvedimento di rimozione della recensione non può essere considerato come un elemento caratterizzante la responsabilità dell'*internet service provider* al quale non può essere richiesto alcun risarcimento del danno. Se la disposizione della *section 230* prevede un'immunità da responsabilità per la piattaforma, lo stesso non può dirsi nel caso in cui gravi sul portale un provvedimento ingiuntivo: in questo caso il *provider* che voglia evitare di ottemperarvi non sarà protetto dall'immunità prevista dal portato legislativo²⁶⁶.

Pertanto il richiamo all'immunità da parte di Yelp per evitare di adempiere l'ordine giudiziale risulta quantomeno erroneo, in quanto l'estensione dell'immunità prevista per gli *internet service provider* non arriva fino a comprendere queste fattispecie. Così come affermato dai giudici della *Court of Appeals* nelle loro *dissenting opinion*, il ruolo di Yelp è rilevante per diverse ragioni: dapprima per avere sostenuto e favorito la convenuta, avendo messo in evidenza le recensioni screditanti e avendole segnalate come “recensioni raccomandate”; secondariamente per avere

²⁶⁴ Così *Dawn L. Hassel et al. v. Bird*, 5 Cal. 5th 522 (July 2018), J. Cuéllar *dissenting opinion*: «And Bird, the creator of information posted on Yelp.com, is an “information content provider” as a person “responsible, in whole or in part, for the creation or development of information” provided through the Internet or a website like Yelp».

²⁶⁵ Sul punto si richiama la sentenza *Barrett v. Rosenthal*, 40 Cal. 4th 33 (Cal. Sup. Ct., Nov. 2006) in cui si definiva “*tortious liability*” come “*redressable by action for compensatory unliquidated damages*” e in alcuni casi “*by extracompensatory or punitive damages*”.

²⁶⁶ Sul punto è richiamata la sentenza *Kathleen R. v. City of Livermore*, 87 Cal. App. 4th (2001) in cui per “*liability*” ai sensi della *section 230* del CDA deve intendersi unicamente il riferimento al risarcimento dei danni, alla luce dello *statute* è quindi preclusa qualsiasi altra forma di rimedio giuridico.

sostenuto degli argomenti a favore della convenuta in corso di causa e infine per il rifiuto di cancellazione delle recensioni accertate essere lesive della reputazione dello studio legale.

Ciò dimostra che la relazione di Yelp con i recensori che frequentano il suo portale non è in alcun modo passiva. È dunque evidente la facilitazione nella diffusione della recensione lesiva tramite il canale online dell'*internet service provider*. L'ordine di rimozione deve essere giustificato alla luce di una *common practice* seguita in ambito statunitense, consistente nel rendere un provvedimento ingiuntivo effettivo anche verso tutti coloro che, seppur non siano parti in causa di una controversia, consentano alla parte ingiunta di porre in essere l'azione vietata, anziché di prevenirla²⁶⁷.

Le *dissenting opinion* analizzate sono rilevanti in quanto riaffermano un principio fondamentale: non è possibile per una piattaforma online astenersi dall'osservanza di un provvedimento assunto in sede giudiziale semplicemente richiamando la *section 230* del *Communications Decency Act*, poiché essa non presenta un'immunità assoluta valida per ogni circostanza. Ritenere vero questo assunto, significherebbe dare a tale disposizione del *Communications Decency Act* una lettura riduttiva ed orientata a fornire una "avventata" dichiarazione di indipendenza del cyberspazio²⁶⁸. Tale non era infatti l'obiettivo della *section 230* del CDA, nata nell'intento di incoraggiare, promuovere e sviluppare la competizione nel "libero mercato" di Internet e di favorire al meglio l'utilizzo delle tecnologie massimizzando il controllo

degli utenti sulle informazioni ricevute attraverso il web, e al contempo limitando i contenuti inappropriati che si presentavano nel modo della Rete.

Le sentenze sinora analizzate presentano significativi apporti giurisprudenziali sullo stato dell'arte dei sistemi reputazionali sugli orientamenti prevalenti rispetto al fenomeno delle false recensioni nell'ambito di indagine nazionale e di quello extranazionale: in questi contesti alle volte è privilegiata la libertà manifestazione del pensiero declinata – nel panorama italiano – nel diritto di

²⁶⁷ *Berger v. Superior Court*, 175 Cal. 719 (1917): «making the injunction effectual against all through whom the enjoined party may act, and to prevent the prohibited action».

²⁶⁸ Cfr. E. Goldman, *The California Supreme Court Didn't Ruin Section 230 (Today)*–*Hassell v. Bird*, in *Technology & Marketing Law Blog*, luglio 2018, <https://blog.ericgoldman.org/archives/2018/07/the-california-supreme-court-didnt-ruin-section-230-today-hassell-v-bird.htm>.

critica, mentre in ambito statunitense si fa riferimento alla sacralità della protezione fornita dal I Emendamento della Costituzione; o ancora in altri casi viene in rilievo il profilo della (non) responsabilità dell'*internet service provider* che al suo interno presenta degli spazi in cui si inseriscono i sistemi di reputazione. Ciò che, però, appare chiaro è che gli orientamenti sono attualmente altalenanti e spesso privi di una concreta attenzione al profilo inerente la reputazione economica.

6. La falsa recensione come pratica commerciale scorretta? Il provvedimento dell'AGCM e la sanzione amministrativa a Tripadvisor

Dopo avere esplorato una serie di pronunce che approfondiscono le questioni relative alle forme di responsabilità degli autori delle recensioni e quelle inerenti al ruolo delle piattaforme in cui una recensione è pubblicata, occorre ora affrontare il diverso profilo, vale a dire quello riguardante le pratiche commerciali scorrette²⁶⁹.

²⁶⁹ Nell'ordinamento italiano la nozione di «pratica commerciale scorretta» è stata introdotta dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146, che ha recepito la direttiva 2005/29/CE relativa alle «pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno», volta al riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri e adottata al fine di consentire il corretto funzionamento del mercato interno, uno spazio senza frontiere interne in cui è assicurata la libera circolazione di merci e servizi. La direttiva comunitaria fa riferimento alle pratiche commerciali «sleali», mentre nel decreto legislativo di recepimento si richiama la «scorrettezza» delle pratiche commerciali. Questa scelta si giustifica sulla base del tentativo di evitare qualsivoglia tipo di confusione lessicale e semantica rispetto alla disciplina in tema di concorrenza sleale di cui agli artt. 2598-2601 c.c., che presenta *ratio*, obiettivi di tutela e ambito di applicazione differenti rispetto a quelli previsti dalla direttiva 2005/29/CE. Il d. lgs n. 146 del 2007 ha così modificato e integrato il c.d. Codice del Consumo (d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206). L'art. 18, lett. d) del Codice prevede puntualmente la definizione del concetto di «pratica commerciale» tra professionista e consumatore, intesa come «qualsiasi azione o omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale, ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere dal professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori». Dall'art. 20, comma 2 dello stesso Codice si desume, invece, l'accezione di «scorrettezza» della pratica stessa: è scorretta la pratica commerciale quando questa sia contraria alla diligenza professionale ed idonea a «falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o a quale è diretta o del membro medio del gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori». Qui è presente una definizione «generale» e «residuale» di pratica commerciale ripresa - a livello testuale - dal portato normativo della direttiva di matrice europea. Nella sua interpretazione letterale, questa disposizione deve leggersi nel senso che è «scorretta» la pratica che - non solo sia contraria alla diligenza professionale - ma anche laddove se ne riscontri la «falsità» o, in misura alternativa, laddove abbia la mera attitudine a falsare il comportamento economico del consumatore medio. L'accettazione di una siffatta interpretazione si porrebbe però in palese contrasto con la disciplina che il recepimento mira a regolare: le pratiche commerciali in sé e per sé considerate non possono essere tacciate di scorrettezza e, di conseguenza vietate, false possono essere solo le informazioni e le notizie divulgate nell'ambito di una pratica commerciale. La dottrina, adottando una interpretazione «correttiva», del disposto normativo ha ritenuto che la contrarietà alla diligenza professionale non è il solo elemento

A questo proposito il fenomeno della falsità delle recensioni non è stato affrontato solo da un punto di vista strettamente legato al grado di responsabilità – sia essa civile o penale – degli utenti-recensori o delle piattaforme in cui esse sono inserite. Infatti è necessario analizzare questo versante in una prospettiva differente rispetto a quella finora considerata.

Una buona occasione per completare la ricostruzione giuridica degli aspetti problematici connessi ai sistemi reputazionali è rappresentata dalla disamina del provvedimento n. 25237 dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato²⁷⁰

costitutivo della presunzione di scorrettezza. La pratica commerciale può dirsi scorretta laddove sussista anche il requisito della sua falsità o della sua attitudine a falsare il comportamento economico del consumatore: sono caratteristiche queste che devono ricorrere cumulativamente e non alternativamente. Cfr. G. De Cristofaro, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, in G. De Cristofaro (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Torino, 2008, pp. 143 -145. Il divieto di pratiche commerciali scorrette di cui all’art. 20, comma 1 del Codice del Consumo assume portata centrale all’interno delle disposizioni codicistiche, perché tra i diritti dei consumatori è inserito – all’art. 2 c-bis) – anche quello relativo ad un esercizio di pratiche commerciali secondo buona fede e correttezza, oltreché lealtà. Un diritto che si pone in linea con gli altri fondamentali diritti che concernono l’adeguatezza dell’informazione da fornire al consumatore, alla correttezza nelle pratiche pubblicitarie e alla trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali. La scorrettezza delle pratiche commerciali e il suo conseguente divieto si connette strettamente alla più generale disciplina relativa al divieto degli atti di concorrenza sleale prevista a norma del Codice civile all’art. 2958, interconnessione questa derivante dalla «compresenza di almeno tre tipi di interesse strettamente intrecciati fra di loro: dei concorrenti, dei consumatori e del pubblico in generale». Sul punto si veda E. Bargelli, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art. 18, lett. a)-d) e art. 19, comma 1, c. cons)*, in G. De Cristofaro (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 96. Più in generale sul tema delle pratiche commerciali scorrette dal punto di vista prettamente civilistico – senza alcuna presunzione di completezza – si rimanda ai contributi di M. Astone, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa e diritto privato*, n. 1/2014, p. 3 ss.; E. Labella, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contratto e impresa*, n. 3/2013, p. 669 ss.; S. Simone, *Le istruttorie dell’AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette: profili procedurali*, in *Obbligazioni e contratti*, n. 11/2012, p. 675 ss.; R. Angelini, *Pratiche commerciali «scorrette»: alcune considerazioni di sistema*, in *Obbligazioni e contratti*, n. 5/2011, p. 327 ss.; S. Spada, *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette nella prospettiva remediale*, in *Il diritto industriale*, n. 11/2011, p. 45 ss.; C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e contratti*, n. 6/2010, p. 408 ss.

²⁷⁰ Come noto l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è un’ autorità amministrativa indipendente che svolge la propria attività in piena autonomia rispetto al potere esecutivo. È stata istituita con la legge n. 287 del 10 ottobre 1990 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato). Tra le funzioni dell’Autorità rileva la tutela del consumatore con l’obiettivo di reprimere l’elevata diffusività delle pratiche commerciali scorrette. Relativamente a questo tema, è necessario un intervento rapido per la risoluzione delle questioni problematiche: ciò non potrebbe semplicemente avvenire attraverso il rispetto dei tempi intercorrenti in un giudizio di cognizione, di gran lunga più gravosi per via della necessità di assicurare il rispetto del diritto alla difesa e del contraddittorio. Per questa ragione la materia necessita di una “tutela d’urgenza”, che però non può essere agevolmente assicurata dal ricorso alla giudice di pace, sfornito del potere di emettere pronunce di natura cautelare, che dovrebbero invece essere richieste al tribunale, i cui tempi però – come si è appena accennato – non soddisfano in modo adeguato le esigenze del contesto di riferimento. L’Autorità, quindi, è in grado di assicurare al meglio la tutela dei consumatori che siano condizionati da una pratica commerciale scorretta da cui consegue un potenziale o attuale danno non solo in capo a loro, ma anche la realizzazione di un perturbamento dell’assetto concorrenziale del mercato. In questo contesto,

(di qui in avanti più semplicemente indicata con la sigla AGCM) e risalente al 22 dicembre 2014²⁷¹. Anzitutto occorre segnalare il contesto da cui il provvedimento oggetto di analisi prende le mosse. Il mercato è caratterizzato in larga misura dalla sempre più evidente «commercializzazione della Rete, ossia l'utilizzo di Internet e dello spazio virtuale per la finalità di scambio di beni e servizi» è ciò pone diversi problemi giuridici²⁷², che riguardano in primo luogo la salvaguardia e la tutela dei consumatori dei "mercati virtuali della Rete"²⁷³. In tale panorama, vi è la necessità di non alterare il processo di formazione dell'informazione libera e la consapevolezza del consumatore nell'assunzione delle proprie decisioni di mercato²⁷⁴. Il caso a cui ci si riferisce riguarda una pronuncia dell'AGCM sul tema della diffusione delle false recensioni presenti sul sito internet Tripadvisor, tacciato di avere veicolato informazioni ingannevoli ai danni dei consumatori che consultavano il suo *database*. La vicenda è sorta, dapprima sulla base delle segnalazioni ricevute dall'Unione Nazionale Consumatori, dalla Federazione delle Associazioni Italiane Alberghi e Turismo (meglio conosciuta anche con il nome di "Federalberghi") e dall'Agriturismo "La Vecchia"; successivamente l'AGCM iniziava formalmente un procedimento nei confronti di Tripadvisor LLC e di Tripadvisor Italy S.r.l.²⁷⁵

l'azione di un'autorità amministrativa indipendente è in grado di "giudicare in merito a ricorsi o a promuovere un'adeguata azione giudiziaria", attraverso "mezzi adeguati ed efficaci per combatterle nell'interesse dei consumatori". In relazione al punto, si fa riferimento a A. Ciatti, *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, in G. De Cristofaro (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 382- 405. Sul più generale tema dell'attribuzione di poteri di intervento ad AGCM, si veda fra tutti: L. Rossi Carleo, *L'autorità "Garante" del consumatore e della concorrenza tra regolazione e decisione*, in *Concorrenza e mercato. Rivista annuale di concorrenza*, 2013, pp. 845-854. V. Di Cataldo, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato a vent'anni dalla sua istituzione. Appunti critici*, in *Concorrenza e mercato. Rivista annuale di concorrenza*, 2010, pp. 467- 505.

²⁷¹ Provvedimento PS9345 n. 25237 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, il cui testo è integralmente reperibile nel Bollettino settimanale, anno XXIV, n. 50 al sito: <https://www.agcm.it/dotcmsDOC/bollettini/50-14.pdf>.

²⁷² Cit. E Tosi, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al D.lgs 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 6/2014, p. 1264.

²⁷³ Cfr. B. Blasco, *Falsità della recensione in internet, astroturfing e scorrettezza delle pratiche commerciali*, in *I Contratti*, n. 2/2017, p. 234.

²⁷⁴ *Ibidem*, con particolare riferimento a M. Fusi, *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria*, in *Rivista di diritto industriale*, n. 1/2009, p. 5 ss.

²⁷⁵ Tripadvisor LLC è società di diritto statunitense, mentre Tripadvisor Italy S.r.l. è società facente parte del gruppo "Tripadvisor" e fornitrice di servizi di *marketing* a Tripadvisor Limited UK, società di diritto anglosassone, la quale si occupa prevalentemente dello sviluppo, della promozione e della valorizzazione del *business* di Tripadvisor in Europa, Medio Oriente e Africa. Così è specificato nei par. 1-2 del Provvedimento n. 25237, cit., p. 86.

Sulla base di informazioni raccolte anche d'ufficio. All'esito del provvedimento e analizzati diversi profili di interesse, l'Autorità riscontrava l'esercizio di una pratica commerciale scorretta posta in essere da Tripadvisor in violazione degli artt. 20, 21 e 22 del Codice del Consumo²⁷⁶, con la conseguente irrogazione della sanzione di € 500.000,00, oltreché l'imposizione del divieto di proseguire la diffusione di tali informazioni, con l'obbligo in capo alla parte sanzionata di comunicare le iniziative per ottemperare alla diffida da parte dell'Autorità²⁷⁷.

Dell'analisi puntuale della pronuncia è utile dar conto ai fini di questa ricerca per via delle argomentazioni elaborate da AGCM nel merito della questione: al centro del dibattito vi era l'utilizzazione di "informazioni particolarmente assertive"²⁷⁸ astrattamente idonee per l'accrescimento della fiducia dei consumatori mercato.

L'ingannevolezza della pratica commerciale tenuta dal professionista - Tripadvisor - è contenuta, in particolare, in una serie di affermazioni presenti sul sito che asseriscono l'autenticità e la genuinità delle recensioni²⁷⁹. Di queste, quelle

²⁷⁶ Si è già avuto modo di accennare al contenuto di clausola generale e residuale dell'art. 20 del Codice del Consumo, che prevede un principio di valutazione sostanziale del comportamento vietato, una norma di tipo generale con una struttura "piramidale" attraverso la quale è possibile sanzionare l'emersione di nuovi comportamenti scorretti non rientranti in quelli previsti puntualmente presente nel Codice; si tratta quindi di quella che è stata definita come la fissazione di "parametri di concretizzazione del divieto" di pratiche commerciali scorrette. Questa espressione è riconducibile a G. De Cristofaro, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 5/2008, p. 1079 ss. Se questo è il portato dell'art. 20, il Codice però presenta due macrocategorie di pratiche commerciali scorrette, individuate rispettivamente nelle pratiche ingannevoli - artt. 21 e 22 - e le pratiche aggressive, regolate dai successivi artt. 24 e 25. Gli artt. 21 e 22 richiamati dal provvedimento di AGCM riguardano, quindi, pratiche la cui "scorrettezza" è concretizzabile in azioni svolte nell'ambito della vendita o promozione di beni o servizi (art. 21); ma anche nell'omissione, consistenti nell'inesattezza, incompletezza delle informazioni che possono essere fuorvianti perché presentate in modo oscuro o non presentate affatto. Sul punto cfr. L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e diritto privato*, n. 3/2010, p. 699.

²⁷⁷ Cfr. Provvedimento n. 25237, cit., p. 107.

²⁷⁸ Ivi, p. 87.

²⁷⁹ Più nel dettaglio, si fa riferimento alle seguenti asserzioni presenti sulla pagina di Tripadvisor: «a. "Non importa se preferisci le catene alberghiere o gli hotel di nicchia: su Tripadvisor puoi trovare tante recensioni vere e autentiche, di cui ti puoi fidare. Milioni di viaggiatori hanno pubblicato on-line le proprie opinioni più sincere su hotel, bed & breakfast, pensioni e molto altro"; b. "Vuoi organizzare un viaggio? Passa prima su TripAdvisor. I viaggiatori della community di TripAdvisor hanno scritto milioni di recensioni sulle loro vacanze migliori e peggiori che ti aiuteranno a decidere cosa fare. Nelle nostre guide gratuite puoi trovare i preziosi consigli e le foto dei viaggiatori per guidarti alla scoperta delle più importanti mete di viaggio"; c. "Scarica le nostre guide di viaggio gratuite e scoprirai i consigli dei viaggiatori su attrazioni turistiche, hotel, ristoranti e luoghi di divertimento"; d. "TripAdvisor offre consigli di viaggio affidabili, pubblicati da veri viaggiatori"; e. "Ottieni le recensioni e le opinioni dei viaggiatori sugli hotel delle città più visitate"; f. "[numero]

che maggiormente integrano informazioni decettive, a causa del crescente fenomeno delle false recensioni, sono costituite anzitutto dal punto *a*), secondo cui il *database* di Tripadvisor presenta “tante recensioni *vere ed autentiche*, di cui ci si può fidare” considerato il fatto che “milioni di viaggiatori pubblicano on-line le proprie *opinioni più sincere*”; altra statuizione controversa è quella della lettera *d*), in cui si dichiara che Tripadvisor “offre consigli di viaggio *affidabili pubblicati da veri viaggiatori*”.

In primo luogo ad essere analizzato è il modello imprenditoriale di Tripadvisor e il funzionamento della piattaforma²⁸⁰: con riguardo a quest’ultimo profilo AGCM ha evidenziato la facilità con cui sia possibile – per qualsiasi utente – registrarsi al portale, senza che sia in alcun modo prevista una procedura di verifica o certificazione dell’indirizzo di posta elettronica inserito al fine di attestare l’identità dell’account appena creato. Questo è un elemento centrale nell’analisi dell’Autorità, perché dallo studio del modello di funzionamento del portale emerge una scarsa idoneità ad assicurare un vero e proprio controllo sulle recensioni.

La *policy* di Tripadvisor prevede che per contrastare le recensioni non veritiere l’utente debba dapprima aderire – tramite un meccanismo di *opting-in* – ad una specifica dichiarazione di veridicità della stessa²⁸¹. Successivamente, la recensione è immessa sul sito ma non immediatamente pubblicata, perché essa viene sottoposta a dei controlli da parte della piattaforma che possono essere di tipo automatico o manuale.

Il primo tipo di controllo corrisponde semplicemente ad un mero filtraggio delle recensioni; il secondo invece definito “manuale” fa riferimento ad

persone hanno scritto una recensione su questo hotel”, “Cosa dicono i viaggiatori di [città]”». Ivi, par. 9, p. 88.

²⁸⁰ Con particolare attenzione a questi aspetti, l’AGCM descrive il modello imprenditoriale del sito in cui l’attività commerciale riguarda in primo luogo la vendita di spazi pubblicitari, le cui forme di remunerazione sono basate sugli schemi definiti “*click-based*” o “*display-based*” e quindi relazionati indissolubilmente al volume dei *click* generati dai visitatori sui link pubblicitari, oltre che alla visualizzazione di *banner* collocati sul sito: questi due elementi costituiscono un potente strumento di marketing per gli hotel, consentendone il miglioramento della visibilità e l’incremento delle prenotazioni. TAR Lazio 13 luglio 2015, sentenza n. 9355, in *Diritto dell’Informazione e dell’Informatica (II)*, n. 3/2015, p. 495.

²⁸¹ In relazione al modello di funzionamento, l’AGCM chiarisce anche in che modo si svolga l’attività recensoria da parte dell’utente: in una prima parte egli è chiamato ad assegnare un punteggio complessivo alla struttura entro un *range* che va da un minimo di 1 ad un massimo di 5 pallini; nell’altra, invece, ha la possibilità di descrivere la propria esperienza turistica ed è proprio in questo contesto che possono emergere elementi di non veridicità della recensione. Così Provvedimento n. 25237, cit., par. 36, p. 93.

un'operazione svolta da dipendenti fisici della sezione "*Content Integrity*", i quali decidono se confermare le recensioni attraverso la pubblicazione o, se considerate sospette, decidono di respingerle secondo peculiari parametri fissati dal regolamento del sito stesso²⁸². Nonostante ciò, si tratta di un controllo assai scarso e lacunoso, in considerazione del fatto che il portale presenta una sezione in cui chiarisce l'impossibilità di eseguire meticolosi controlli relativamente ai fatti contenuti nelle recensioni degli utenti e ciò perché l'elevato numero di strutture alberghiere e di ristorazione inserite nella piattaforma rende difficoltoso un controllo a livello tecnico su ciascun commento, al punto tale da riuscire ad impedire che la divulgazione da parte degli utenti di recensioni inventate o che siano frutto di esperienze turistiche non realmente vissute. A questo proposito, nelle rilevazioni d'ufficio svolte da AGCM sono state individuate svariate recensioni considerate false anche in virtù del fatto che molte di queste erano postate su profili di strutture, la cui attività commerciale era però cessata in modo definitivo, nonostante rimanessero ancora attive le pagine afferenti ad esse²⁸³.

È chiaro che in una situazione siffatta la recensione risultava forzatamente non veritiera e di pura fantasia dell'utente: ad essere recensite erano, infatti, attività definitivamente inattive nel mercato, le cui valutazioni erano ormai postume. Ciò si poneva, allora, in netto contrasto con quanto affermato negli *slogan* tacciati di sospetta ingannevolezza: il professionista – come già anticipato – evidenziava che le informazioni diffuse erano "affidabili consigli di viaggio" che a prescindere del fatto

²⁸² Sul punto sono ritenute false quelle recensioni che presentano una «chiara serie di attività sospette in relazione ad una certa, in relazione ad una data struttura»; sono ritenute invece sospette le recensioni che, pur non presentando una diretta evidenza sulla realizzazione di una frode, ma è comunque evidente che gli elementi in essa presenti consentano di ingenerare un rischio idoneo a giustificare la sua rimozione. Ivi, par. 57, p. 97.

²⁸³ Il provvedimento riporta degli esempi indicati da Federalberghi, tra cui: «i) due recensioni rilasciate per l'Hotel Regency di Roma che, sebbene fosse chiuso dal 2007, presentava un profilo ancora attivo sul sito del professionista; ii) una recensione rilasciata per l'Hotel Capo Caccia di Alghero (chiuso dal 2013) mediante un account creato per conto della stessa Federalberghi e riferibile a un personaggio di fantasia; iii) una recensione pubblicata da un giornalista per un ristorante che non esiste e il cui profilo era stato appositamente creato dal medesimo giornalista che ha rilasciato la recensione; iii) il caso di una struttura ricettiva sul cui profilo, nel giro di pochi giorni, sono state pubblicate due recensioni esattamente identiche per titolo, contenuto informativo e punteggio a pallini complessivo (5 pallini), dagli account di due diversi utenti; iv) una recensione, con 1 solo pallino di rating complessivo, pubblicata sul profilo di una struttura alberghiera e riferita ad un periodo durante il quale la stessa risultava chiusa. In questo caso, il gestore del profilo ha anche esercitato la facoltà di replica, ma TripAdvisor non ha mai eliminato la recensione; v) il caso di un albergo chiuso dal 2009 con un profilo ancora attivo sul quale un "recensore super" ha rilasciato una recensione nel 2013». Ivi, par. 72, p. 100.

di avere una valenza positiva o negativa, potessero fornire un variegato panorama informativo, attendibile e genuino oltrech  autentico sulle offerte del mercato turistico²⁸⁴.

In particolare, proprio in relazione alla struttura e al funzionamento della piattaforma si sviluppano le valutazioni conclusive inerenti l'affermazione di una condotta tesa alla diffusione di pratiche commerciali scorrette, integrate concretamente dall'ingannevolezza delle informazioni veicolate ai danni degli utenti-consumatori, la cui decisione finale di mercato   fortemente condizionata dalle false rappresentazioni della realt . In questo contesto, il sistema di controllo di cui si   dotata la piattaforma non   stato ritenuto in grado di vagliare in maniera effettiva la veridicit  e la spontaneit  delle informazioni, non permettendo di «stabilire se esse siano il frutto di una reale esperienza turistica o se si tratti di un'attivit  fraudolenta o sospetta» completamente inventata. Il tutto con la conseguenza di ridurre la possibilit  per l'utente-consumatore di addivenire ad una scelta consapevole.

Ma c'  di pi . Da questa ricostruzione AGCM ha rilevato che, stante la stessa affermazione di impossibilit  per il professionista di "individuare" le recensioni da contenuto falso²⁸⁵, le statuizioni oggetto di analisi sono risultate a tutti gli effetti ingannevoli, per via del lacunoso sistema di controllo di cui Tripadvisor si dota, il quale   intrinsecamente inadatto a compiere valutazioni contenutistiche sui fatti raccontati nelle recensioni degli utenti della piattaforma.

Inoltre si osserva che le stesse risorse umane - predisposte da Tripadvisor nel controllo manuale delle recensioni - sono presenti in numero decisamente limitato; infatti sono solo cinque i dipendenti del "gruppo di investigazione" per l'Europa e di questi solo uno conosce l'italiano. Ulteriore strumento alternativo indicato dal portale al fine di un tentativo di contrasto delle opinioni - sospette di non veridicit  -   poi costituito dalla presenza di un "meccanismo di replica" del proprietario di una struttura che per  non isola la problematica derivante dalla falsit  della recensione, con un duplice risultato: da un lato - in ottica di salvaguardia del consumatore - egli non   comunque posto in condizione di «comprendere il grado

²⁸⁴ Cfr. B. Blasco, *Falsit  della recensione in internet*, cit., p. 235 ss.

²⁸⁵ Provvedimento n. 25237, cit., par. 78, p. 101.

di certezza e di attendibilità delle recensioni pubblicate sul sito»²⁸⁶; dall'altro il proprietario di un'attività commerciale non è esente dal subire un danno alla propria reputazione economica per il solo fatto di avere una sorta di "diritto di replica", il quale ha un valore meramente informativo e non invece una incidenza diretta sul controllo delle recensioni, né tantomeno sulla valutazione finale di una struttura in relazione all'indice di popolarità presente sulla piattaforma²⁸⁷.

Ciò che in questo scenario rileva affrontare più nel dettaglio sono alcuni punti cardine del provvedimento in esame: la nozione di "professionista" e la scorrettezza della pratica intesa come ingannevole in relazione alla figura di consumatore medio.

In relazione alla qualifica di "professionista", nelle proprie argomentazioni difensive²⁸⁸, Tripadvisor ritiene non sussistente la condotta ascritta da AGCM non solo perché il fenomeno oggetto del procedimento è considerato oramai noto ai consumatori, i quali sarebbero in grado di comprendere tali messaggi - infatti i soggetti a cui il sito si rivolge sono tendenzialmente assidui frequentatori del portale - ma anche per via del fatto che Tripadvisor non può considerarsi "professionista", secondo il senso datone all'art. 18, lett. b) del Codice del Consumo e pertanto non potrebbe essere ritenuto responsabile di quelle recensioni non veritiere lasciate sul portale. A questo proposito, ritiene invece di agire in qualità di mero *hosting provider* - nel senso già definito nelle sentenze già analizzate - ai sensi della disciplina stabilita dal d. lgs n. 70/2003.

La nozione di "professionista" riportata dal Codice del Consumo definisce questa figura come «qualsiasi persona fisica o giuridica che [...] agisce nel quadro della sua attività commerciale [...] e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista»²⁸⁹.

²⁸⁶ B. Blanco, *Falsità della recensione in internet*, cit., p. 236.

²⁸⁷ A tal riguardo gli strumenti di classificazione delle strutture sono costituiti da due indici: il primo è rappresentato dal c.d. *Popularity Index Ranking*, che serve a confrontare la "popolarità" e i punteggi di strutture situate nella stessa località. Ciò avviene tramite l'algoritmo che Tripadvisor utilizza come mezzo di calcolo del *ranking*, basato dapprima sulla quantità in relazione al numero di recensioni lasciate sul profilo di una determinata struttura; poi sulla qualità, riguardante il carattere positivo o negativo dei commenti lasciati dagli utenti. La qualità della struttura è determinata sulla base del secondo indice di riferimento per la classificazione nella piattaforma, vale a dire il c.d. *Bubble Ranking*, che rappresenta la media dei punteggi (da un minimo di 1 ad un massimo di 5) lasciata dagli utenti. Cfr. Provvedimento n. 25237, cit., pp. 94-95.

²⁸⁸ Ivi, pp. 101-102.

²⁸⁹ Art. 18, lett. b) c. cons., d.lgs 6 settembre 2005, n. 206. Si segnala, in questa sede, che la pratica commerciale disciplinata dal Codice del Consumo riguarda meramente quelle relazioni intercorrenti tra consumatore e professionisti, poiché l'ambito di applicazione della direttiva recepita tramite il d.

Alla luce di tale definizione, l’Autorità ritiene sufficientemente adeguato il fatto che Tripadvisor svolga – tramite la piattaforma online – un servizio di messa a disposizione di informazioni turistiche per mezzo dell’utilizzo di un *database* che raccoglie strutture ricettive e rileva che, seppur consultabili in modo gratuito da parte dell’utente della Rete, la sua attività è ad ogni modo caratterizzata dalla stipula di accordi finalizzati alla vendita di spazi pubblicitari agli inserzionisti e alla sottoscrizione di contratti per l’attivazione di profili di *business* di ristoratori o di albergatori.

Proprio in virtù del modello di *business* adottato da Tripadvisor non può essere confermata la mera qualifica di *hosting provider*, con la conseguenza di comportare una esclusione di responsabilità rispetto ai contenuti pubblicati nella piattaforma e che renderebbe inapplicabile la disciplina delle pratiche commerciali scorrette per via della mancanza del requisito soggettivo, consistente nell’essere professionista. L’attività di classificazione e sistematizzazione svolta da Tripadvisor è un chiaro segnale del fatto che il portale – lungi dal limitarsi alla “memorizzazione inconferente” delle informazioni – ha, invece, un ruolo decisamente più attivo di quello che avrebbe un mero *hosting provider*²⁹⁰. Sono questi elementi che consentono di inserire pacificamente Tripadvisor all’interno della categoria di “professionista” richiamata dall’art. 18, lett. b) del Codice del Consumo, anche alla luce delle recenti letture giurisprudenziali relative a questa figura a livello europeo²⁹¹.

lgs n. 146/2007 è ristretto alle pratiche commerciali scorrette poste in essere ai danni dei consumatori, nonostante sia poi stato rimesso agli Stati membri la decisione di disciplinare le pratiche che riguardano gli interessi economici dei concorrenti o riguardanti i rapporti tra professionisti. La scelta di tenere al di fuori della regolazione la relazione tra imprenditori è derivata dalla necessità di distinguere nettamente i due rapporti, anche in considerazione del fatto che nell’ordinamento italiano vi sia una disciplina regolatoria della concorrenza sleale tra soggetti concorrenti (art. 2598 c.c.). Sul punto cfr. E. Bargelli, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali*, cit. p. 116 ss. Inoltre rimane priva di tutela quella situazione peculiare in cui a porre in essere una pratica commerciale scorretta sia un soggetto terzo alle dinamiche di mercato (quindi non concorrente), ma comunque dietro pagamento di un professionista. Questo caso, seppur configurante in astratto una pratica commerciale scorretta, è però privo di una meticolosa connotazione giuridica. cfr. L. Vizzoni, *Recensioni non genuine su Tripadvisor*, cit., p. 712.

²⁹⁰ Si pensi ad esempio all’attività della creazione di classifiche da parte di Tripadvisor sulla base della valutazione raggiunta da ciascuna struttura turistica. Aspetto già trattato in relazione all’analisi della sentenza *Kimzey v. Yelp*, No. 14-35487 (9th Cir. Sept. 2016).

²⁹¹ Il riferimento in questo caso va ad una recente sentenza della Corte di Giustizia del 2018 (Corte CGUE, Sentenza del 4 ottobre 2018, *Komisija- Kamenova C-105/17*). Brevemente, il caso riguardava la denuncia da parte di un acquirente che aveva acquistato un orologio da un sito web, mediante un contratto di vendita a distanza senza alcuna indicazione del diritto di recedere dal contratto. Espresa la volontà del consumatore di recedere dal contratto, il venditore – una donna bulgara – si rifiuta di effettuare il rimborso del bene acquistato. A seguito dell’esposto alla

Il secondo snodo concettuale è legato all'accezione di "pratica commerciale scorretta": in considerazione dell'inquadramento di Tripadvisor come professionista, potrebbe astrattamente sussistere "pratica commerciale scorretta" laddove questa sia contraria alla "diligenza professionale" e "falsa o idonea a falsare la concorrenza", elementi questi che devono sussistere cumulativamente e non in misura alternativa²⁹². Il requisito della "diligenza professionale" è stato criticato in dottrina²⁹³, per via del fatto che la valutazione della diligenza deve essere svolta sulla base dell'attività esercitata dal soggetto professionista. In questo senso, è stato ritenuto che la facilità di accesso al sito - contestata da AGCM per la presenza di un sistema di registrazione privo di significative verifiche sull'identità degli utenti - faccia unicamente parte della componente *social* da cui è caratterizzato Tripadvisor²⁹⁴; inoltre il fatto che le recensioni vengano scritte da "semplici viaggiatori" dovrebbe di per sé bastare a chiarire che non sarebbe possibile - in tali condizioni - porre dei parametri assoluti sulla veridicità e affidabilità dei commenti. Queste constatazioni non possono però far venire meno quell'obbligo di diligenza che si pone in capo al professionista per evitare qualsivoglia condotta integrante una pratica scorretta. Infatti, il concetto di diligenza accolto dal Codice del Consumo prevede il riferimento al grado di "competenza specifica e di attenzione" che il

Commissione bulgara per la tutela dei consumatori (c.d. KZP), si accerta una serie di illeciti amministrativi posti in essere dalla venditrice, con la conseguenza di alcune ammende in virtù della legge nazionale sulla tutela dei consumatori che recepisce la normativa comunitaria della direttiva 2005/29/CE. Avverso il provvedimento era proposto ricorso dalla venditrice, attivando così un procedimento che coinvolgeva le Corti nazionali bulgare per dirimere la questione: il Tribunale amministrativo adito, però, decideva di rivolgersi alla Corte di Giustizia per avere chiarimenti sul portato dell'art. 2 lett. b) e d) della direttiva, per chiarire l'interpretazione della nozione di "professionista", oltreché quella di "consumatore". Proprio in relazione alla figura del "professionista", la Corte ha ritenuto che si trattasse di «una nozione funzionale che comporta la necessità di valutare se il rapporto contrattuale o la pratica commerciale si inserisca nell'ambito delle attività che una persona svolge a titolo professionale», secondo quanto già precedentemente stabilito nella sentenza del 17 maggio 2018, *Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen, C-147/16*. Per verificare la qualità di "professionista" non occorre unicamente il perseguimento del fine di lucro, ma essa è desumibile da elementi incentrati in particolar modo sul "quadro dell'attività commerciale" del professionista - ai sensi della definizione data dalla direttiva 2005/29/CE - e che richiede "un approccio caso per caso". Sul punto cfr. A. Aiello, *Nozioni di "professionista" e di "pratiche commerciali" nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *MediaLaws*, n. 1/2019, accessibile al sito: <http://www.medialaws.eu/nozioni-di-professionista-e-di-pratiche-commerciali-nella-giurisprudenza-della-corte-di-justizia-dellunione-europea/>.

²⁹² Cfr. G. De Cristofaro, *La nozione generale di pratica commerciale scorretta*, cit., p. 145.

²⁹³ F. Calisai, *AGCM contro Tripadvisor per una fattispecie di pratiche commerciali scorrette. Si vuole realmente un consumatore così sprovveduto?*, in *Rivista italiana di diritto del turismo*, n. 1/2015, p. 88 ss.

²⁹⁴ *Ibidem*.

consumatore – nei confronti del quale il professionista pone in essere la propria condotta – dovrebbe ragionevolmente attendersi²⁹⁵: una tale interpretazione privilegia una certa concretezza rispetto al requisito della “diligenza professionale” che deve essere parametrato al modello di consumatore a cui la pratica scorretta si rivolge e non invece a un modello astratto di consumatore terzo, neutro ed esterno ad una specifica dinamica di mercato²⁹⁶.

È per questo che la nozione di “diligenza” va valutata in relazione al caso concreto, ma assicurando un determinato livello di attenzione, di cura e di conoscenze che consentano la garanzia degli interessi consumeristici con riguardo all’assunzione di decisioni consapevoli e informati di natura commerciale²⁹⁷.

Nel caso di specie l’impegno di diligenza del professionista corrisponde ad una “responsabilità di impresa rafforzata”²⁹⁸, che gli impone il rispetto di una serie di obblighi informativi nei confronti del consumatore. Il fine ultimo è quello di ridurre il più possibile le situazioni di asimmetria informativa che causano, in via principale, uno svantaggio al soggetto debole e che di riflesso hanno anche importanti ripercussioni – negative – sul funzionamento del mercato²⁹⁹. L’elevazione di standard sulla base dei quali calibrare la diligenza del professionista richiede un’attenzione maggiore nel mondo dei servizi fruibili online, in cui il numero di consumatori raggiunto tramite le pratiche poste in essere è di gran lunga più elevato rispetto al mondo offline. È per questa ragione che qui è richiesto un ampliamento di obblighi professionali da concretizzarsi in informazioni veritiere e comportamenti corretti. Questi ultimi laddove disattesi provocano una “responsabilità da *status*” per violazione del legittimo affidamento del consumatore: in sostanza le «cautele,

²⁹⁵ Art. 18, lett. h) c. cons.: «Ai fini del presente titolo, si intende per: [...] h) “diligenza professionale”: il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista [...]».

²⁹⁶ Cfr. G. De Cristofaro, *La nozione generale di pratica commerciale scorretta*, cit., p. 146 ss.

²⁹⁷ Ivi, p. 151.

²⁹⁸ Cfr. B. Blanco, *Falsità della recensione in internet*, cit., p. 238.

²⁹⁹ La normativa delle pratiche commerciali scorrette ha infatti l’obiettivo di tutela del consumatore, ma anche quello, seppur implicito, di fornire un insieme di regole per agire in un “mercato libero da pressioni e indebito condizionamenti”. S. Tommasi, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell’attività negoziale*, Bari, 2012, p. 72 ss.

informazioni, avvertenze e specificazioni scaturiscono direttamente dalla posizione economico sociale di operatore commerciale di natura professionale»³⁰⁰.

Nel contesto di riferimento non sembra, quindi, che l’Autorità abbia statuito con eccessiva rigidità la questione e mancato di ragionevolezza nella valutazione del parametro di diligenza che il sito doveva attuare³⁰¹.

La contrarietà alla diligenza professionale trova il suo fondamento nella condotta del sito online che, pur essendo – per sua stessa ammissione – consapevole del fenomeno delle false recensioni nel panorama di Internet e delle lacune presentate dal sistema di controllo dei commenti lasciati dagli utenti, non ha adempiuto adeguatamente al proprio obbligo di fornire ai consumatori un chiaro, veritiero ed effettivamente affidabile quadro d’insieme della promozione dei propri servizi, in relazione al peculiare modello di *business* adottato e in considerazione del volubile e camaleontico scenario in cui la propria attività si svolge: quello della Rete³⁰².

Relativamente alla nozione di “scorrettezza” si è già detto che la pratica commerciale posta in essere deve essere anche «falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico [...] del consumatore medio [...]»³⁰³.

Il provvedimento di AGCM nei confronti di Tripadvisor ha sollevato alcuni dubbi riguardo la natura scorretta delle pratiche commerciali poste in essere dal portale. Il dubbio deriva in particolare dal fatto che, nel caso concreto, non ci si trova dinnanzi ad una classica forma di promozione di un prodotto commerciale e

³⁰⁰ Così F. Piraino, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, n. 4/2010, p. 1160.

³⁰¹ Sul punto ha un’opinione differente F. Calisai, *ACGM contro Tripadvisor*, cit., p. 91. L’a. critica la valutazione sulla diligenza effettuata da AGCM, perché eccessivamente rigida rispetto alla fattispecie concreta di riferimento: ritiene, infatti, che la diligenza del professionista vada rapportata all’attività esercitata e, nel caso di specie, Tripadvisor è mero fornitore di informazioni e dati creati da altri soggetti sulla base di valutazioni personali che per la loro intrinseca natura non dovrebbero essere considerati attendibili *in toto* e soprattutto il professionista non dovrebbe essere paragonato alla stregua di altri casi in cui offre prodotti finalizzati a soddisfare concreti bisogni del consumatore. In avallo di queste argomentazioni, l’a. ritiene, inoltre, che non sia in alcun modo ragionevole il totale affidamento del consumatore ai dati presenti sul portale, né tantomeno che questi ultimi debbano considerarsi essenziali nell’orientare le sue decisioni relative alla struttura turistica. Ciò è giustificato dal fatto che Tripadvisor non invita l’utente a recarsi presso una determinata struttura piuttosto che in un’altra, ma offre semplicemente un servizio di consultazione di recensioni che potranno permettere al consumatore di agevolare la scelta, la quale però deriverà da fattori altri e non solo dalla recensione presente sul portale online.

³⁰² Cfr. B. Blasco, *Falsità della recensione in internet*, cit., p. 238.

³⁰³ Art. 20, c. 2 c. cons.

pertanto ambigua risulta anche l'idoneità al condizionamento del comportamento economico del consumatore. Sembra, quindi, mancante un nesso diretto tra il prodotto commercializzato e il consumatore, poiché in questo contesto non avviene alcun tipo di acquisto. Nell'ottica appena esaminata, però, l'espressione "in relazione", presente all'art. 18, lett. d) del Codice del Consumo, è interpretata secondo un'impostazione restrittiva³⁰⁴.

Assumendo un'altra prospettiva è possibile interpretare la "scorrettezza" esaltandone un profilo dinamico che sposta il centro dell'attenzione dalla valutazione del mero atto negoziale – secondo quanto previsto dall'interpretazione più restrittiva – al complesso più ampio dell'attività posta in essere dal professionista³⁰⁵. Ciò comprende, allora, non solo la diretta connessione con la promozione di un determinato prodotto e/o servizio da acquistare, ma anche quelle fasi prodromiche che assumono valore di pratica commerciale laddove siano fuorvianti e inducano ad una scelta differente rispetto a quella che sarebbe stata presa dal consumatore.

In una lettura così intesa è chiaro l'elemento di "scorrettezza" della pratica commerciale – specificato dall'ingannevolezza – presente nel caso Tripadvisor³⁰⁶: essa consiste nella non veridicità della recensione tesa a condizionare il comportamento economico dell'utente-consumatore che si affida a Tripadvisor, quale servizio imparziale, che investe soggetti non necessariamente a conoscenza del fenomeno delle false recensioni e che, pertanto, non sono del tutto in grado di orientare consapevolmente le proprie scelte di consumo.

L'ingannevolezza si sostanzia, allora, nell'idoneità della pratica recensoria di indurre in errore una vasta platea di consumatori in relazione "alla natura e alle

³⁰⁴ Ciò si pone in armonia con l'art. 2 lett. d) della direttiva 2005/29/CE, in cui si richiede la "connessione diretta" della pratica commerciale rispetto all'attività di "promozione, vendita, fornitura di un prodotto al consumatore". F. Calisai, *AGCM contro Tripadvisor*, cit. p. 87- 88. A questo proposito anche la giurisprudenza costante del Consiglio di Stato si è orientata in questo senso, presupponendo una stringente connessione con il prodotto offerto ai consumatori: «[...] La fattispecie si concreta, in particolare, quando il contenuto del messaggio che pubblicizza il prodotto in offerta è idoneo a falsare le ordinarie scelte del consumatore con riguardo alle caratteristiche principali del prodotto nonché riguardo al suo prezzo per come è calcolato, all'omissione di informazioni rilevanti ovvero alla loro presentazione poco chiara o non esaustiva [...]». Così Cons. di Stato, sez. VI, 4 marzo 2013, n. 1259.

³⁰⁵ L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente*, cit., p. 699 ss.

³⁰⁶ Si fa peculiare riferimento a: B. Blasco, *Falsità della recensione in internet*, cit., p. 237 ss; L. Carota, *Diffusione di informazioni in rete e affidamento sulla reputazione digitale di impresa*, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 4/2017, p. 624-638; L. Biffaro, *Unfair Commercial Practices and Online Consumer Reviews: The Italian Tripadvisor Case*, in *Italian Antitrust Review*, n. 1/2015, p. 181 ss.

caratteristiche principali del prodotto". L'alterazione del comportamento economico si delinea in un'oggettiva compromissione dello scenario informativo di mercato: il consumatore «affida le proprie determinazioni economiche ad un sito comparatore basato su giudizi asseritamente veridici, genuini e autentici sulle strutture turistiche ricercate, in presenza di un apparato sistemico di controllo gestito dal professionista inefficace a soddisfare le aspettative formatesi proprio sulla base delle asserzioni pubblicate sul sito»³⁰⁷. Inoltre, non è da sottovalutare il fatto che tutte le recensioni – comprese quelle false e “inventate” – hanno un peso rilevante sia sotto il profilo della valutazione numerica della struttura, definendone il *rating*, sia dal punto di vista della classificazione poiché concorrono a determinare la loro posizione all'interno del sito, vale a dire “l'indice di popolarità”³⁰⁸. Ragioni queste che determinano effettivamente un'alterazione nella scelta finale consumeristica.

Alla luce dell'analisi sinora svolta sul provvedimento di AGCM, è comprensibile che l'Autorità sia giunta alla soluzione di sanzionare l'operato di Tripadvisor, in un'ottica tesa ad assicurare il generale interesse al funzionamento del mercato e giustificata dal fatto che «la Rete non può e non deve essere intesa come una “zona franca” del diritto, poiché essa non è che uno dei luoghi in cui un individuo afferma la propria personalità, e come tale reclama rilievo giuridico»³⁰⁹.

7. Segue: il diverso orientamento del Tar Lazio sul caso Tripadvisor

Avverso il provvedimento di AGCM, Tripadvisor Italy S.r.l. e Tripadvisor LLC propongono ricorso al Tar Lazio, chiedendone l'annullamento previa sospensione dello stesso³¹⁰. Ed invero la sentenza emessa dall'organo giurisdizionale amministrativo – nel luglio 2015 – ha costituito una svolta in negativo rispetto alla soluzione a cui l'Autorità era giunta, poiché ha sancito l'esclusione della natura

³⁰⁷ Così Provvedimento n. 25237, cit., par. 104, p. 106.

³⁰⁸ Sul punto L. Bonaventura, M. Lazzara, *Antitrust versus Tripadvisor: secondo il TAR la recensione “falsa” va bene*, in *Rivista italiana di Diritto del turismo*, p. 149.

³⁰⁹ G. Cassano, *Parere Pro Veritate per conto di Federalberghi*, 29 ottobre 2012, p. 6, accessibile al sito <http://www.federalberghicervia.it/>.

³¹⁰ Tar Lazio, sez. I, 13 luglio 2015, n. 9355, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 3/2015, p. 495.

decettiva e ingannevole delle pratiche tenute da Tripadvisor in relazione al fenomeno delle false recensioni, ritenendo invece fondati i motivi di ricorso adottati dalla piattaforma online.

Una tale svolta richiede, pertanto, di analizzare i punti focali della questione affrontata dal Tar Lazio: dapprima occorre escludere ogni dubbio sulla presenza o meno di una “pratica commerciale”, così come invece avanzato da alcuna dottrina³¹¹; secondariamente il Tar si incentra sulla nozione di “professionista” confermando – in linea con le conclusioni dell’AGCM – l’impossibilità di qualificare Tripadvisor come mero *hosting provider*³¹², perché l’oggetto della sanzione si pone in relazione con la valutazione dell’ingannevolezza dei messaggi veicolati nel sito online sulla veridicità delle recensioni, non invece con il contenuto delle stesse.

I punti focali su cui incentrare l’attenzione, però, riguardano il terzo e il quarto motivo di ricorso proposto da Tripadvisor³¹³ sulle questioni sostanziali oggetto del provvedimento di AGCM e ritenuti fondati dal Collegio.

³¹¹ Sul punto è già stato citato il contributo di F. Calisai, in cui l’a. ha ritenuto, non solo la mancanza di nesso diretto tra prodotto e consumatore, ma anche di quello mediato tra i messaggi pubblicati e la fornitura o vendita di prodotti. Del che ne derivava che le rivendicazioni di Tripadvisor erano da considerarsi meri *slogan*, che al più potevano essere collocati all’interno dell’alveo del comma 3, art. 20 del Codice del Consumo, vale a dire quei casi di pubblicità consentita, poiché costituita da tono particolarmente enfatico e, pertanto, legittima perché consistenti in mere «dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che sono destinate ad essere prese alla lettera». Così F. Calisai, *AGCM contro Tripadvisor*, cit., p. 88.

³¹² Conclusione, invece, a cui invece sono giunti alcuni Tribunali italiani con il fine di affermare l’esclusione di responsabilità per recensioni lesive della reputazione economica e di cui si è avuto modo di discutere in precedenza. Si pensi alla sentenza n. 46/2016 pronunciata dal Tribunale di Grosseto: qui Tripadvisor, coinvolto in una causa civile, era stato definito alla stregua di *hosting provider* passivo, richiamando sul punto la disciplina di esenzione della responsabilità prevista dall’art. 16 del d.lgs 70/2003.

³¹³ In questo contesto, con il terzo motivo di ricorso Tripadvisor faceva valere la carenza dei presupposti fondamentali degli artt. 20-22 del Codice del Consumo, carenza giustificata dal fatto che gli *slogan* ritenuti ingannevoli non contenevano tutti dei riferimenti alla “veridicità e all’affidabilità” delle recensioni, anzi erano solo due dei sei punti contestati a riportare queste espressioni, che inoltre non avevano alcuna funzione di influenza nei confronti dei consumatori, poiché risultava specificato sul sito il fatto che i commenti fossero di per sé riconducibili a mere opinioni di soggetti terzi rispetto a Tripadvisor. Questa circostanza – secondo il portale online – era avallata da una sentenza del Tribunale civile di Roma che già nel 2014 si era espresso sulla questione della responsabilità di Wikipedia, noto sito contenente un’enciclopedia online, formata unicamente da contributi lasciati dagli utenti. In questo contesto, il Tribunale civile aveva escluso ogni responsabilità del sito online, per via dell’impossibilità del controllo dei contenuti (Trib. Roma, 9 luglio 2014). Pertanto, le recensioni di Tripadvisor dovevano intendersi “vere” perché costituenti l’opinione di gente comune. Il quarto motivo di ricorso riguardava il sistema di controllo utilizzato da Tripadvisor. Anche in questo caso la ricorrente riteneva che, pur mancando l’obbligo di controllo a livello contenutistico delle recensioni, il sistema antifrode messo a disposizione della società fosse uno dei migliori presenti sul mercato e pertanto idoneo allo scopo di individuazione di recensioni anomale, che sono rimosse dal sito una volta riscontrata la falsità. Così Tar Lazio, cit., pp. 499-500.

La fondatezza dei motivi addotti da Tripadvisor si basa sul fatto che le pretese di ingannevolezza delle statuizioni – così come individuate dal provvedimento dell’Autorità – non corrispondono ad un carattere “particolarmente assertivo” delle stesse. L’AGCM, infatti, non chiarisce quali elementi portino ad individuare la decettività delle informazioni contenute sul sito, le quali potrebbero tutt’al più avere valenza di informazioni auto-promozionali³¹⁴ di tipo commerciale e per questo pratica ammessa e non sanzionata.

La maggior parte dei restanti punti contestati, invece, può essere semplicemente ricondotta a casi in cui le informazioni hanno un mero carattere soggettivo di opinione dell’utente. Inoltre non pare aversi ingannevolezza nemmeno quando le affermazioni facciano riferimento alle “tante” recensioni vere ed autentiche, perché le recensioni “false” o “inventate” sono solo una minoranza rispetto a quelle effettivamente elaborate e postate da utenti veri viaggiatori; infatti le espressioni usate da Tripadvisor sarebbero da ritenere assertive solo qualora fosse indicato, ad esempio, che “tutte” le recensioni presenti sulla piattaforma siano “vere ed autentiche”. Pertanto non se ne riscontra un carattere di ingannevolezza e ciò anche per il fatto che le informazioni pubblicate altro non sono che “consigli di viaggio”, pertanto non incisivi nel consenso dell’utente-consumatore: essa hanno un mero ruolo “orientativo” non volto, quindi, alla promozione di una struttura turistica rispetto all’altra.

Il carattere mendace delle informazioni turistiche è in qualche misura “scongiurato” anche dalla considerazione del Collegio relativa alla presenza di un controllo sufficiente a garantire un “sistema di controllo concentrato sulle sofisticazioni organizzate a scopo economico”³¹⁵, senza peraltro che l’Autorità abbia indicato *a contrario* lo standard medio di riferimento in relazione al margine di sicurezza che Tripadvisor avrebbe dovuto garantire. Del resto il sito presenta al suo interno delle “istruzioni per l’uso” che l’utente-consumatore può agevolmente consultare e che attestano l’oggettiva impossibilità del portale di controllare ogni singola recensione postata, in considerazione dell’elevato numero di recensioni postate al minuto³¹⁶. L’impossibilità di una completa verifica dettagliata è anche

³¹⁴ Il riferimento va all’art. 20, c. 3 Codice del Consumo.

³¹⁵ Così Tar Lazio, cit., p. 507.

³¹⁶ A. Klun, R. Spagnesi, *Recensioni su Tripadvisor*, cit., p. 139 ss.

giustificata dal compimento di un'operazione di filtraggio: ciò significa che la «corretta modalità di utilizzo delle informazioni» consiste ed è «collegata alla quantità e alla media ponderale» relativa alla lettura complessiva delle recensioni inerenti ad una struttura turistica e non alla lettura una sola, seppur non veridica.

Per avallare di tale conclusione la sentenza del Tar richiama la sua maggioritaria giurisprudenza secondo cui, laddove la segnalazione di ingannevolezza o di scorrettezza derivi da un singolo episodio, essa assume “scarsa significatività” e pertanto non è in grado di assurgere a vera e propria pratica commerciale scorretta, poiché non gode di adeguato rilievo giuridico per integrare il canone di oggettiva ingannevolezza³¹⁷. Questo richiamo, rapportato al caso di specie, indica che laddove ad essere scorretta sia una singola e sporadica recensione non si possa ritenere integrato il carattere scorretto della pratica commerciale³¹⁸.

Infine, a conclusione della disamina della sentenza pronunciata dal Tar Lazio, occorre accennare alla figura di “consumatore medio” che si intende tutelare: ebbene la disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette si riferisce al “consumatore medio”, vale a dire “la persona fisica che agisce al di fuori di un'attività commerciale e che è raggiunto da una determinata pratica commerciale ovvero un gruppo a cui essa si rivolge”³¹⁹; il termine “medio” sta ad indicare un modello di consumatore “normalmente informato e ragionevolmente avveduto”³²⁰, critico e consapevole perché razionale che tiene conto delle caratteristiche del mercato in cui le proprie

³¹⁷ Così statuiva la sentenza richiamata dal Tar Lazio: «[...] Qualora l'episodio che ha dato luogo alla segnalazione sia stato generato da un caso isolato, l'episodio stesso è da considerare di scarsa significatività e, come tale, non riconducibile – perché divenga giuridicamente rilevante – ad una vera e propria “pratica” commerciale dal carattere di oggettiva ingannevolezza [...]». Così Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050. Ma ancora in un'altra sentenza si riconosceva che: «[...] La mancanza di un'accertata, minima serialità non solo esclude che si possa ritenere provato il ricorrere della “pratica” commerciale (nel cui quadro necessariamente si deve iscriverne, per rilevare dal punto di vista sanzionatorio, una pubblicità ingannevole), ma fa anche ragionevolmente ritenere che il messaggio non fosse preordinato alla diffusione presso il pubblico generale al fine di promuovere la vendita del bene [...]». Così Cons. Stato, sez. VI, 21 settembre 2011, n. 5927.

³¹⁸ A. Klun – R. Spagnolesi, *Recensioni su Tripadvisor*, cit., p. 140.

³¹⁹ La nozione di “consumatore medio” è ricavabile in via interpretativa dal combinato disposto dell'art. 18 lett. a) del Codice del Consumo e l'art. 20, c. 2 dello stesso. L'art. 18 lett. a) fa riferimento *sic et simpliciter* alla figura di “consumatore”, cioè soggetto che opera al di fuori di un'attività di tipo commerciale [industriale, artigianale o professionale] e l'art. 20, c. 2 specifica il riferimento al consumatore “medio”, a cui una pratica commerciale si riferisce.

³²⁰ Si tratta di un tipo di riferimento ben diverso dal modello di consumatore “debole e vulnerabile”, sprovveduto sulle conoscenze e informazioni indispensabili per agire con consapevolezza e privo di razionalità. Sul punto lungamente si sofferma G. De Cristofaro, *La nozione generale di pratica commerciale scorretta*, cit., p. 161 ss.

decisioni sono operate, così come confermato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato³²¹ e della Corte di Giustizia³²².

Sulla base di questa definizione di “consumatore medio”, parte di dottrina, evidentemente incline a supportare l’orientamento del Tar sulla questione³²³, ha ritenuto che ciò che emerge dalla decisione dell’AGCM è di fatto un livello di consumatore molto basso e di un utente del tutto sprovveduto, pertanto non in linea con la definizione che la dottrina e la giurisprudenza europea hanno delineato nel corso del tempo.

In tale ottica il Tar ha infatti tentato la promozione di un “utente medio” di Internet che, in considerazione della ormai ventennale diffusione della Rete informatica, dovrebbe conoscere ed essere avveduto rispetto i meccanismi ivi operanti e le insidie presenti nella particolare struttura dei c.d. “siti aperti”, vale a dire quei siti i cui contenuti sono creati direttamente dagli utenti e che contengono opinioni personali degli stessi: in questo contesto l’utente-consumatore della Rete è, dunque, soggetto che sa chiaramente cosa aspettarsi dalla navigazione online, dovendo vagliare i risultati in senso critico.

Del tutto differente l’interpretazione dell’AGCM, secondo la quale – come analizzato nel paragrafo precedente – gli utenti-consumatori non andrebbero considerati consapevoli in modo implicito del fenomeno delle false recensioni, né tantomeno sarebbero sufficientemente esperti da riconoscerle; anzi la diffusione in Rete di strumenti che elargiscono informazioni da parte di un professionista – il sito online – investe un numero di soggetti così considerevole che non è possibile

³²¹ A livello nazionale, il Consiglio di Stato prevede come principio generale che: «Una pratica commerciale è scorretta se risulta idonea ad indurre ad una decisione di carattere commerciale che il consumatore medio, cioè quello normalmente informato e ragionevolmente avveduto avrebbe altrimenti potuto non prendere, tenuto conto delle caratteristiche del mercato in cui opera le proprie scelte, risultando con ciò violato il prioritario onere di diligenza gravante sul professionista [...]». In senso conforme si vedano le sentenze: Cons. Stato, sez. VI, 23 febbraio 2012, n. 1008, confermata da Cons. Stato, sez. VI, 4 marzo 2013, n. 1259.

³²² Sul punto si fa riferimento a sentenze di impronta comunitaria riguardanti temi, tra cui i marchi di impresa, la pubblicità ingannevole e comparativa, la commercializzazione di specifici prodotti. *Ex multis* è possibile citare: sentenza 12 febbraio 2004, *Henkel KGaA*, in causa C-218/01; sentenza 6 maggio 2013, *Libertel Groep BV c. Benelux-Merkenbureau*, in causa C-104/01; sentenza 19 aprile 2007, *De Landtsheer Emmanuel SA c. Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne, Veuve Clicquot Ponsardin SA*, in causa C-381/05; sentenza 8 aprile 2003, *Pippig Augenoptik GmbH & Co KG*, in causa C-44/01; sentenza 24 ottobre 2002, *Linhart c. Biffl*, in causa C-99/01; sentenza 12 gennaio 2000, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co OHG c. Lancaster Group GmbH*, in causa C-220/98.

³²³ Il riferimento va ancora una volta *in primis* al contributo di F. Calisai, *AGCM contro Tripadvisor*, cit. p. 93; ma anche a L. Bonaventura – M. Lazzara, *Antitrust versus Tripadvisor*, cit., p. 152.

presumere una generalizzata conoscenza effettiva del fenomeno distorsivo della falsa recensione. Ed invero, la nozione di “consumatore” non deve essere considerata in senso statico ma dinamico, perché prende in considerazione fattori concernenti il contesto di riferimento tra cui quelli “sociali, culturali ma anche linguistici”. È proprio in relazione a ciò che «non tutti sono in grado di orientare consapevolmente le proprie scelte di consumo dinanzi ad un quadro informativo alterato»³²⁴. L’utente-consumatore che consulta un sito aperto e strutturato come Tripadvisor e che assume una decisione commerciale a seguito una “comparazione ponderale” tra un numero molto ampio di recensioni, non necessariamente compie una scelta consapevole poiché per essere tale occorre che egli abbia la migliore informazione da parte di tutti gli operatori del mercato a cui la decisione attiene.

Nel caso di specie la piattaforma di Tripadvisor altro non è che un riflesso del mercato turistico in cui l’utente-consumatore potrebbe “affacciarsi” nell’assunzione della propria decisione e nonostante si presenti come sito aperto in cui i contenuti sono creati unicamente dagli utenti che condividono la propria esperienza di “veri viaggiatori” finisce per diventare uno spazio governato da “algoritmi forgiati dal proprietario”: in tal modo si rischia di creare un grave danno, vale a dire quello della distorsione dell’opinione dell’utente-consumatore sulla determinazione all’acquisto di un determinato prodotto o alla fruibilità di un certo servizio³²⁵.

L’esito del caso di Tripadvisor sul profilo delle pratiche commerciali scorrette, ha visto – in sede di appello al Tar – una soluzione della questione diametralmente opposta rispetto a quella fornita da AGCM.

Tale diversità di valutazione non ha riguardato l’*iter* argomentativo seguito o la ricostruzione delle figure soggettive coinvolte, quanto piuttosto un giudizio difforme rispetto ai criteri di riferimento del caso concreto: da un lato, l’AGCM ha

³²⁴ L. Carota, *Diffusione di informazioni in rete*, cit., p. 634.

³²⁵ Così B. Bianchi, *Tripadvisor. Sistema troppo chiuso, si falsa il sentiment degli utenti*, 27 luglio 2015, consultabile al sito: <https://www.corrierecomunicazioni.it/digital-economy/tripadvisor-bianchi-sistema-troppo-chiuso-si-falsa-sentiment-degli-utenti/>. Secondo l’a. l’unico modo affinché il consumatore assuma una decisione libera, autonoma e consapevole è essere in grado di riscontrare le recensioni con altre fonti legate alla struttura ricettiva. Aggiunge ancora «Una piattaforma di gradimento che vuole davvero porsi al servizio dell’utente deve elaborare due categorie di risultati: i risultati verticistici e i risultati orizzontali. [...] L’utente medio non ha gli strumenti per cogliere la *web reputation* (analisi incrociata blog, forum, socialnetwork) e si affida agli strumenti “verticistici” delle piattaforme di gradimento (es. Tripadvisor). Sulla scorta di tali strumenti sceglie eseguendo un giudizio ponderale tra tutte le recensioni vagliate.»

effettuato una valutazione basata sul convincimento che lo strumento utilizzato – quello del web – per lo svolgimento di un’attività economica richiede al professionista un livello di diligenza peculiare proprio perché nel contesto operativo di riferimento l’utente medio non è posto nelle condizioni di percepire in modo effettivo la portata del fenomeno delle false recensioni, che causano un’alterazione della capacità di determinazione nelle scelte di consumo; dall’altro la sentenza del Tar mostra una figura di utente-consumatore medio “particolarmente avveduto”, se e segnala l’adeguatezza della diligenza già tenuta dal professionista³²⁶.

Nel definire il parametro di “utente medio” – inteso come quel soggetto adeguatamente consapevole e informato sui prodotti e servizi offerti mercato di riferimento – è possibile scorgere un elemento critico nella giurisprudenza amministrativa, che utilizza questa espressione presumendo che l’utente-consumatore sia già avveduto rispetto ai rischi della Rete e, pertanto, sia capace di autodeterminarsi in particolari settori di mercato³²⁷. La questione non è così lineare, perché il consumatore inserito nel contesto online non necessariamente è in grado di distinguere un determinato tipo di attività, quali ad esempio quelle di *boosting*, di *vandalism*, di *optimization* o di *incentives*³²⁸.

Da ciò ne deriva che il rischio relativo all’assunzione di una decisione presa sulla base di informazioni falsate e alterate, a causa dell’uso inconsapevole della Rete, è sopportato dall’utente-consumatore. Dunque, non rileverà ad alcun fine la motivazione sottostante la scelta compiuta, sia essa il mancato aggiornamento di un’informazione già esatta e completa in origine, sia essa un’informazione del tutto errata e fuorviante, perché inventata. Ne scaturisce anche un’ulteriore conseguenza,

³²⁶ Cfr. L. Carota, *Diffusione di informazioni in rete*, cit., pp. 635-637. Il contributo è incentrato sulla figura dell’utente medio. L’a., a conclusione, dell’analisi svolta sulle pronunce dell’AGCM e del Tar Lazio si domanda se non sia il caso di riformulare e rivedere la nozione di “utente medio” per non appiattirla su quella di “consumatore medio”, determinando invece quella che dovrebbe essere in via presunta la reazione tipica del consumatore medio nella fattispecie, in modo tale da prevedere un diverso tipo di diligenza – anche di maggiore livello – da parte del professionista.

³²⁷ B. Bianchi, *Tripadvisor. Sistema troppo chiuso*, cit.

³²⁸ In relazione alle tipologie attività presenti nel panorama delle piattaforme online, il *boosting* fa riferimento all’inserimento di recensioni false, ma positive su una determinata struttura; il *vandalism* riguarda l’inserimento di recensioni false e negative sulla struttura di un concorrente al fine di danneggiare la reputazione online; l’*optimization* è una pubblicazione sul sito di recensioni fraudolente in maniera sistematica e che avviene solitamente da parte di aziende terze e a fronte di un pagamento; infine si parla di *incentives* quando le recensioni false e positive sono collegate ad una offerta di sconti, riduzioni, buoni e altri incentivi agli utenti. Provvedimento n. 25237, cit., par. 91, p. 103.

vale a dire quella per cui in capo a Tripadvisor non sia richiesta alcuna ulteriore cautela, oltre a quelle già previste nei sistemi di controllo di cui si caratterizza³²⁹.

Entrambe le pronunce appena esaminate ben si inseriscono nel quadro di analisi del presente oggetto di studio, seppur interessino un profilo inerente la figura del consumatore e la sua tutela nell'ambito del mercato. Le argomentazioni offerte dal Tar Lazio hanno fornito una peculiare prospettiva sul fenomeno delle false recensioni online, seppure la decisione sia stata tutt'altro che risolutiva rispetto alle problematiche domestiche che emergono sul tema. Essa ha invece avallato un *escamotage* per consentire la deresponsabilizzazione dell'*internet service provider-professionista*: grava unicamente sull'utente-consumatore la necessità di una maggiore "coscienza consumeristica"³³⁰ nel suo operare all'interno del mercato.

Alla luce di quanto finora emerso, occorre segnalare che in questo scenario l'operatore economico non può ritenersi del tutto estraneo alla dinamica appena descritta; infatti all'interno della piattaforma online ad essere valutata è la sua attività commerciale, la quale potrebbe essere recensita in modo non genuino: di qui il doppio riflesso della questione, gravante sia sul consumatore che sull'albergatore/ristoratore delle strutture recensite.

8. L'emersione del fenomeno di astroturfing: ipotesi di unfair deceptive practice?

Le vicende relative a Tripadvisor appena esaminate sono sempre più diffuse e non solo nel contesto italiano.

Allo stato dell'arte rimane, quindi, lacunoso il quadro di concreti interventi per regolare questi comportamenti lesivi, non essendo sufficienti a tale scopo né la disciplina in materie di pratiche commerciali scorrette, né tantomeno l'intervento – poi annullato – dell'AGCM, teso alla salvaguardia dei singoli individui per assicurare una libera autodeterminazione in ambito consumeristico, emesso anche al fine tutelare in una prospettiva più ampia l'adeguato e trasparente sviluppo della libera concorrenza nel mercato.

³²⁹ Ibidem.

³³⁰ Espressione usata da B. Blasco, *Falsità della recensione in internet*, cit., p 242.

Il tema di cui si è disquisito sinora è strettamente interconnesso e si sviluppa in via parallela con un altro fenomeno, vale a dire quello dell'*astroturfing*. Si tratta di un fenomeno che vede le sue radici negli Stati Uniti a metà degli anni '80 nell'ambito del *marketing* e riguarda – almeno inizialmente – dinamiche politiche, consistendo nella «pratica scorretta di presentare o orchestrare delle campagne di *marketing* o di pubbliche relazioni sotto forma di commenti spontanei»³³¹: l'espressione indicava, quindi, la creazione di consenso dal basso per incentivare e orientare gli individui nella determinazione del proprio consenso, per esempio nella scelta dei candidati politici. Il fenomeno successivamente è stato declinato anche nell'ambito del mercato con l'intento di manipolare le scelte economiche dei consumatori, mediante la promozione o il discredito di prodotti e servizi.

In questo peculiare contesto tale pratica ha ancora più risonanza laddove essa sia veicolata da soggetti che godono di una certa visibilità o incentivata da una pluralità di utenti attraverso il massivo rilascio di *feedback promozionali* dietro il pagamento di una somma di denaro.

Nella situazione appena descritta, le recensioni non veritiere rappresentano uno degli strumenti più utilizzati: infatti un *feedback* artificialmente costruito ad arte da parte di utenti, generalmente dietro corrispettivo, per realizzare delle recensioni false – ma solitamente positive – al solo fine di promuovere il prodotto e/o servizio reclamizzato, è in grado di innescare meccanismi che arrivano ad influenzare la determinazione all'acquisto; tant'è che secondo degli studi condotti dalla *Harvard Business School*³³² il "finto *feedback*" assume un valore inestimabile proprio per il peso che assume nella decisione di mercato e per la sua capacità di manipolare l'opinione consumeristica.

Una pratica, quindi, molto diffusa e analizzata dal punto di vista degli studi economici per gli effetti che tali condotte provocano a livello di fatturati aziendali.

³³¹ Questa è la definizione di *astroturfing* fornita in dottrina: «Astroturfing is the deceptive practice of presenting an orchestrated marketing or public relations campaign in the guise of unsolicited comments from members of the public». P. N. Howard, *Digitizing the Social Contract: Producing American Political Culture in the Age of New Media*, in 6 *The Communication Review* (2003), p. 215.

³³² Si fa peculiare riferimento al *paper work* di M. Luca, *Reviews, Reputation, and Revenue: The Case of Yelp.com*, Working Paper 12-016, accessibile al sito https://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/12-016_a7e4a5a2-03f9-490d-b093-8f951238dba2.pdf.

Anche dal punto di vista giuridico tale pratica assume una certa rilevanza, perché ben si connette alla problematica relativa a condotte commerciali scorrette: la reputazione di un prodotto, di un servizio o di strutture – siano esse, ad esempio, alberghiere o di ristorazione – può essere beneficamente promossa grazie all’uso della Rete, ma ciò può avere anche un effetto lesivo, falsando in maniera decisiva il comportamento del consumatore o incidendo negativamente sulla reputazione dell’impresa.

L’*astroturfing* contribuisce, quindi, ad incrementare o – al contrario – minare una reputazione commerciale, con l’effetto di falsare in misura rilevante uno degli elementi centrali per la crescita dell’economia digitale, vale a dire l’esigenza di trasparenza sul mercato³³³. Nonostante queste considerevoli conseguenze, il tema non presenta ancora degli argini normativi ben saldi in cui inquadrarlo, per lo meno nel panorama italiano e ciò deriva dal fatto che la disciplina designata a regolare le pratiche commerciali scorrette sanziona la messa in atto di azioni – od omissioni – provenienti da professionisti, intesi secondo l’accezione datane all’art. 18 lett. h) del Codice del Consumo e tali non possono essere intesi, ad esempio, individui quali figure note del panorama digitale – quali *blogger* – o addirittura semplici recensori che dichiarano l’autenticità delle proprie recensioni, promuovendole come semplici opinioni soggettive³³⁴. Un panorama normativo che necessiterebbe un riequilibrio tra la tutela del consumatore, libertà d’impresa e concorrenza leale, interessi questi che concorrono anche nel mercato digitale.

Diverso, in parte, il panorama d’oltreoceano per via della costante attività svolta dalla *Federal Trade Commission*³³⁵, preposta al controllo delle pratiche

³³³ B. Blasco, *Falsità della recensione in internet*, cit., p. 240.

³³⁴ Sul punto B. Blasco chiarisce, infatti, che in questi casi anche laddove ad essere richiamata sia la disciplina del d.lgs. n. 146/2007, «l’ordinamento giuridico italiano risulta comunque gravemente lacunoso e non ancora pronto a disciplinare il fenomeno della pubblicità occulta diffusa in rete». Queste disposizioni normative sulla pubblicità occulta sono, infatti, unicamente attinenti al rapporto tra professionista e consumatore e non contemplano il caso in cui a compiere l’illecito sia un terzo pagato dal professionista. Ivi, p. 241.

³³⁵ La *Federal Trade Commission* è un’agenzia governativa preposta al controllo delle pratiche commerciali scorrette. Essa è istituita nel 1914 dal *Federal Trade Commission Act* per rispondere al rapido sviluppo e alla crescita economica del paese, necessità non adeguatamente colta dalle norme *antitrust* fissate nello *Sherman Act* del 1890. In supporto della creazione di questo nuovo organo Theodore Roosevelt riteneva che le normative esistenti non erano abbastanza lungimiranti e non organizzate al meglio per prevenire le pratiche anticoncorrenziali. È solo a partire dalla seconda metà del XX secolo che si fece più evidente il bisogno di implementare l’assetto normativo preesistente, in quanto lo *Sherman Act* da solo non era in grado di salvaguardare la competizione e al tempo stesso prevenire le

commerciali e tenuta all'elargizione di linee guida, con l'obiettivo di orientare gli individui al compimento di adeguati comportamenti in conformità con la normativa del *Federal Trade Commission Act*.

Nonostante queste ultime non abbiano natura vincolante, esse sono interpretazioni amministrative del *Federal Trade Act* e come tali assumono un valore giuridico sostanziale, pertanto devono essere seguite e rispettate.

L'*astroturfing* altro non è, secondo la dottrina statunitense, che una moderna forma di pubblicità ingannevole, seppur non puntualmente regolata a livello normativo: il fenomeno rappresenta un agente patogeno del mercato nell'evoluzione dell'era digitale³³⁶, con la conseguenza di manipolare e "vittimizzare illegittimamente"³³⁷ il consumatore, al punto da indebolirne la fiducia nell'utilizzo dello strumento recensorio, nato con il primario obiettivo di ridurre l'asimmetria informativa presente nello scenario della Rete.

Su questo assunto, allora, il fenomeno dovrebbe essere inquadrato sulla base della *Section 5* del *Federal Trade Commission Act*, che vieta i metodi di concorrenza sleale³³⁸. È sleale una pratica commerciale – attiva od omissiva – quando il consumatore, pur agendo ragionevolmente e in modo avveduto, sia indotto da essa in errore e tale pratica assuma una portata rilevante nel suo comportamento

consolidazioni del potere economico, avanzava l'idea di un fallimento dell'economia statunitense proprio per via dell'incompletezza della regolazione sul punto. La creazione di una Commissione *ad hoc* aveva l'obiettivo di mantenere il passo con l'evoluzione del mercato statunitense, fornendo un insieme di strumenti giuridici che potessero consentire di vietare concretamente le pratiche anticoncorrenziali, illegittime e ingannevoli. Originariamente le competenze della FTC erano limitate in modo esclusivo a pratiche lesive per le imprese derivanti dall'illegittimità dei metodi concorrenziali, senza però avere alcun potere relativamente la protezione dei consumatori. Solo dal 1938, il Congresso integrò la normativa (con il *Wheeler-Lea Amendments*) e ampliò la portata della *Sec. 5* del *FTC Act*, concedendo alla Commissione il potere di agire per la protezione dei consumatori da "*unfair or deceptive acts or practices*". Successivamente, nel 1973, il Congresso concesse anche alla Commissione di chiedere risarcimenti preliminari e ingiunzioni permanenti presso le Corti federali, sulla base della *Sec. 13(b)* del *FTC Act*. T. Mc Sweeny, *FTC 2.0: Keeping Pace with Online Platforms*, in 32 *Berkeley Technology Law Journal* (2017), pp. 1029-1032; K. A. Dohse, *Fabricating Feedback: Blurring the Line between Brand Management and Bogus Reviews*, in *University Ill. Journal of Law Technology & Policy* (2013), p. 374 ss. Per un approfondimento sulla *Federal Trade Commission* si veda il contributo di M. Winerman, *The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control, and Competition*, in 71 *Antitrust Law Journal* (2003).

³³⁶ M. Barish, *Reaching for the Stars: A Proposal to the FTC to Help Deter Astroturfing and Fake Reviews*, in 36 *Cardozo Arts & Ent. Law Journal* (2018), pp. 829-832.

³³⁷ Espressione ivi usata dall'autore "*unfairly victimized the consumer*", p. 833.

³³⁸ *Sec. 5*, 15 U.S.C. § 45: «Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful».

all'interno del mercato³³⁹. Dunque, affinché la pratica sia "misleading" è necessario che ricorrano alcuni elementi: in particolare che la pratica causi in maniera effettiva o sia potenzialmente idonea a provocare un danno in capo ai consumatori; occorre inoltre che non possa essere altrimenti evitata, nemmeno tenendo una condotta razionale e avveduta; infine sarà illegittima la pratica commerciale qualora non sia controbilanciata da benefici compensativi per i consumatori stessi o, più in generale, per la concorrenza. Gli elementi costitutivi dell'ingannevolezza delle pratiche commerciali sono stati introdotti nella competenza della FTC mediante il *Wheeler-Lea Act* che ha esteso l'ambito dell'azione della Commissione anche alla tutela del consumatore, costituente un asse portante della sua attività regolatoria.

In relazione a queste disposizioni, la *Sec. 12 del FTC Act* prevede la generale illegittimità della pratica di disseminare pubblicità ingannevole³⁴⁰, dovendosi considerare anch'essa una pratica commerciale sleale, in quanto incide negativamente sull'andamento del mercato in relazione a quanto già disposto dalla *Sec. 5 § 45 del FTC Act*³⁴¹.

È sulla base di questi portati normativi che la Commissione ricorre all'emissione di una serie di linee guida con il compito di orientare le condotte delle imprese nei confronti dei consumatori. Infatti, il tema della pubblicità ingannevole è in larga misura regolato da queste linee orientative; in particolare due sono quelle rilevanti indirizzate a chi pone in essere pratiche sleali di pubblicità ingannevole.

³³⁹ Così 15 U.S.C. § 45 (n): «The Commission shall have no authority under this section or section 57a of this title to declare unlawful an act or practice on the grounds that such act or practice is unfair unless the act or practice causes or is likely to cause substantial injury to consumers which is not reasonably avoidable by consumers themselves and not outweighed by countervailing benefits to consumers or to competition [...]».

³⁴⁰ 15 U.S.C. § 52: «It shall be unlawful for any person, partnership, or corporation to disseminate, or cause to be disseminated, any false advertisement: (1) By United States mails, or in or having an effect upon commerce, by any means, for the purpose of inducing, or which is likely to induce, directly or indirectly the purchase of food, drugs, devices, services, or cosmetics; or (2) By any means, for the purpose of inducing, or which is likely to induce, directly or indirectly, the purchase in or having an effect upon commerce, of food, drugs, devices, services, or cosmetics».

³⁴¹ 15 U.S.C. § 52: «The dissemination or the causing to be disseminated of any false advertisement within the provisions of subsection (a) of this section shall be an unfair or deceptive act or practice in or affecting commerce within the meaning of section 45 of this title».

Una è la *FTC's Guides Concerning the Use of Endorsement and Testimonials in Advertising* (anche più semplicemente indicate con la locuzione *the "Endorsement Guides"*)³⁴²; l'altra è conosciuta con il nome di *FTC Dot Com Disclosure Guide*³⁴³.

La prima costituisce una specificazione dell'ambito di applicazione della *Sec. 5*³⁴⁴ e fornisce la base per l'ottemperanza ai principi fondamentali previsti dal *FTC Act*, in relazione al corretto uso delle sponsorizzazioni pubblicitarie da parte di inserzionisti e *testimonial*. La modifica intervenuta nel 2009 ha previsto dei particolari requisiti di "veridicità" nel caso in cui un'azienda abbia commissionato la sponsorizzazione di un prodotto ad un soggetto dietro corrispettivo: ogni testimonianza deve essere infatti contraddistinta da "veridicità e non ingannevolezza". In questo documento è chiarito il significato di *endorsement*, consistente in "qualsiasi messaggio pubblicitario [...] che i consumatori possano presumibilmente credere rifletta le opinioni, le credenze, i risultati o le esperienze di una parte diversa dall'inserzionista che sponsorizza un certo prodotto"³⁴⁵. La *Dot Com Disclosure Guide* è, invece, pubblicata originariamente nel 2000 e successivamente integrata nel 2013.

Essa costituisce una specificazione delle regole valedoli per *the Endorsement Guides* del 2009, ma si focalizza esclusivamente sul contesto online. Si tratta, quindi, di una sorta di suo equivalente incentrato in modo prevalente sullo strumento pubblicitario nello scenario della Rete e come tale utilizzato da *bloggers* e *testimonials* che promuovono prodotti e/o servizi sul mercato per conto di aziende. Tali linee guida hanno l'obiettivo di delineare e chiarire determinati aspetti relativi alla pubblicità, al *marketing* e alle vendite tramite Internet, statuendo in modo netto l'obbligo in capo ai c.d. *advertisers*: fornire la trasparente informazione che il messaggio pubblicitario veicolato avvenga al fine di sponsorizzazione e, quindi,

³⁴² 16 C.F.R. § 255 (2009). Queste linee guida furono implementate nel 1980 e successivamente emendate nel 2009.

³⁴³ Fed. Trade Comm'n, *Dot Com Disclosures: How to Make Effective Disclosures in Digital Advertising* (2013), reperibile al sito: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/press-releases/ftc-staff-revises-online-advertising-disclosure-guidelines/130312dotcomdisclosures.pdf>.

³⁴⁴ 16 C.F.R. § 255 (2009): «Specifically, the Guides address the application of Section 5 of the FTC Act (15 U.S.C. 45) to the use of endorsements and testimonials in advertising. The Guides provide the basis for voluntary compliance with the law by advertisers and endorsers [...]».

³⁴⁵ Così K.A. Dohse, *Fabricating Feedback*, cit., p. 376: « [...] any advertising message [...] that consumers are likely to believe reflects the opinions, beliefs, findings or experiences of a party other than the sponsoring advertiser».

sulla base di accordi presi con un'azienda che produce o fornisce prodotti e/o servizi e che ha commissionato quella determinata attività promozionale. In caso di inadempienza del dovere di informazione, ad essere responsabile non è unicamente il promotore di tale attività pubblicitaria, corrispondente il più delle volte a chi produce un determinato prodotto o offre un certo servizio, ma può essere ritenuto responsabile anche il soggetto che si sia prestato a tale sponsorizzazione – scritta od orale – senza averlo reso noto³⁴⁶.

I documenti sin qui descritti mettono in evidenza i principi portanti relativi alle normative nell'ambito pubblicitario, proibendo sulla base della *Sec. 5 del Federal Trade Commission Act*, gli atti o le pratiche di natura ingannevole. Nonostante tali linee guida non presentino puntuali riferimenti al caso in cui la promozione avvenga mediante delle recensioni online, il fenomeno dell'*astroturfing* sembra poter inglobare perfettamente anche quest'ultimo caso: infatti la creazione *ad hoc* di recensioni false su un determinato prodotto, servizio o su una certa struttura ben si inserisce in una forma di pubblicità ingannevole per i consumatori, in quanto trattasi comunque di un tipo di sponsorizzazione realizzata dietro pagamento e creata "a tavolino" per fuorviare l'opinione consumeristica sulla bontà di un determinato bene.

Sulla base di queste considerazioni, si potrebbe ragionare paragonando le due situazioni: nel caso di pubblicazione di false recensioni online, queste dovrebbero essere considerate dalla *Federal Trade Commission* alla stregua di *endorsement*, vietati laddove integrino una pratica commerciale sleale nei confronti dei consumatori che ignari vi danno credibilità. Se rientrasse nelle categorie finora descritte anche questo nuovo – e sempre più crescente – fenomeno delle recensioni, sarebbe in qualche misura possibile regolamentarlo attraverso i principi presenti nelle linee guida appena citate.

Ne consegue che la Commissione – in virtù della propria discrezionalità – potrebbe legittimamente promuovere azioni esecutive per contribuire all'effettiva protezione dei consumatori relativamente alla presenza di pratiche commerciali

³⁴⁶ 16 C.F.R. § 255.1 (d): «Advertisers are subject to liability for false or unsubstantiated statements made through endorsements, or for failing to disclose material connections between themselves and their endorsers [see § 255.5]. Endorsers also may be liable for statements made in the course of their endorsements».

sleali, alle quali sembrano ben potersi ascrivere anche le condotte di *astroturfing*³⁴⁷. La soluzione offerta da parte della dottrina statunitense è consistita nella proposta di emendare l'*Endorsement Guides* della FTC, attraverso l'inserimento espresso della fattispecie dell'*astroturfing* e dei riferimenti alle recensioni online come forme di *endorsement*: la prima integrazione prevede il riconoscimento di tali pratiche tra i "principi e le definizioni" fornite dalle linee guida e, quindi, l'aggiunta all'interno del § 255.0, di una subsezione in cui si faccia puntuale riferimento all'*astroturfing* e al c.d. *opinion spamming*, intesi come le condotte tenute da individui o imprese che creano false opinioni o fanno dichiarazioni fuorvianti su prodotti o servizi all'interno di siti online predisposti a questa funzione - usualmente definiti sistemi reputazionali - o sui siti dei venditori stessi utilizzando un sistema di recensione dei prodotti o dei servizi³⁴⁸; la seconda modifica riguarda il § 255.1 inerente le "considerazioni generali", in cui si riconosce la responsabilità per la creazione di false, fuorvianti o non comprovate impressioni o dichiarazioni su di un determinato bene o servizio nelle piattaforme a ciò predisposte, utilizzando un sistema di valutazione da parte di soggetti qualificati, ad esempio i *blogger*³⁴⁹; infine la terza integrazione pone specificamente l'attenzione sulla "sponsorizzazione da parte dei consumatori", sul caso della condivisione di opinioni ed esperienze su un prodotto o un servizio da parte di consumatori. Laddove questi forniscano false, fuorvianti o indimostrate opinioni su un prodotto o un servizio dovranno considerarsi responsabili della condotta di *astroturfing* come forma di pubblicità ingannevole³⁵⁰. Le proposte di integrazione delle linee guida della *Federal Trade Commission*

³⁴⁷ In questo senso M. Barish, *Reaching for the Stars*, cit., pp. 842-843; sul punto si orienta in modo conforme K. N. Lyons, *Disinfecting Market Pathogens: Astroturfing and Its Anticompetitive Impact*, 20 *J. L. Bus. & Ethics* (2014), pp. 121-127.

³⁴⁸ Ivi, p. 858: «For the purposes of this part, astroturfing and opinion-spamming occur when individuals or businesses attempt to create false or misleading statements or impressions of products or services on dedicated online consumer review websites, or on internet retailer websites that utilize a review system for its products or services».

³⁴⁹ Ibidem: «With respect to subsections (a)-(d), astroturfing and opinion spamming will be subject to liability for making false, misleading, or unsubstantiated statements or impressions on dedicated online consumer review websites or on internet retailer websites that utilized a review system for its products or services, whether made by the reviewer, blogger, endorser, or advertiser».

³⁵⁰ Ibidem: «A consumer review employing endorsements by one or more consumers about the performance of an advertised product or service, or the consumers' experiences while using an advertised product or service, that utilizes false, misleading, or unsubstantiated statements or impressions is considered astroturfing or opinionspamming, and is likely subject to liability for false advertising as previously described in this part».

andrebbero a colmare quel *gap* regolatorio ancora presente su un tema che non sembra essere in diminuzione; risulta anzi sempre più evidente nel panorama giuridico della realtà virtuale.

A queste proposte dottrinali si contrappongono, però, esigenze di tutela di diritti costituzionalmente riconosciuti. In particolare il bilanciamento va effettuato in relazione al *free speech* del I Emendamento della Costituzione, di cui già si è ampiamente discusso nei paragrafi addietro.

La mancanza di una puntuale disciplina sul tema delle false recensioni online, non ha però ostato all'emersione di alcune iniziative a livello statale e, più recentemente, anche ad opera della *Federal Trade Commission*. A livello statale occorre menzionare due vicende relative alla manipolazione delle recensioni online degli utenti. Un interessante caso che ha coinvolto una condotta di *astroturfing* risale al 2009: una società newyorchese di chirurgia estetica – *Lifestyle Lift* – utilizzava i propri impiegati per pubblicare delle false recensioni online, facendole apparire come genuine e veritiere opinioni di clienti soddisfatti dei servizi offerti dalla società. Si tratta di uno dei primi casi statunitensi relativo al fenomeno dell'*astroturfing*, che nel caso di specie si concretizzava nella creazione *ad hoc* di recensioni positive, idonee ad indurre in errore i consumatori e a falsare la loro opinione sui servizi offerti. Tale condotta dell'impresa era motivata dalla necessità di contrastare una serie di annunci negativi sull'attività ivi svolta, che stavano significativamente danneggiando la sua reputazione economica. Il tutto ha però ingenerato un effetto a sua volta distortivo, vale a dire quello di "ingannare e manipolare"³⁵¹ il consumatore con modalità illegittime. In particolare, non solo gli impiegati erano spinti dai vertici della società – prevalentemente per mezzo posta elettronica – a pubblicare recensioni positive online, ma si richiedeva anche che essi replicassero alle recensioni effettivamente genuine lasciate da veri clienti, al fine di modificare i commenti dei terzi e distorcere la conversazione a favore della società di chirurgia plastica.

Pur in assenza di regolazione tali condotte non sono passate inosservate, per via del ben più grave danno che questo fenomeno ha iniziato – e continua – a causare

³⁵¹ Cfr. Press Release, N.Y. State Office of the Attorney Generale, *Attorney General Cuomo Secures Settlement With Plastic Surgery Franchise That Flooded Internet With False Positive Reviews*, 14 luglio 2009, accessibile al sito: <https://ag.ny.gov/press-release/attorney-general-cuomo-secures-settlement-plastic-surgery-franchise-flooded-internet>.

al mercato: non solo una distorsione informativa nei confronti dei consumatori, ma anche nel più ampio quadro della leale concorrenza tra imprese.

Pertanto il Procuratore Generale dello Stato di New York – a seguito di un’indagine iniziata da parte dell’*Internet Bureau* – ha avviato un’azione legale contro la società *Lifestyle Lift*, esercitando uno dei poteri conferitigli dalla legge, consistente nella promozione di azioni civili nei confronti di chi commette atti illegittimi o fraudolenti³⁵². L’esito finale della vicenda vide il raggiungimento di un accordo con la società, senza una vera e propria pronuncia giudiziale³⁵³, soluzione che prevedeva dapprima l’interruzione di tutte quante le pratiche considerate illegittime, l’obbligo di *Lifestyle Lift* di dichiarare in modo chiaro e visibile i casi in cui vi siano delle attività di promozione dei servizi da loro svolti per mezzo di altri soggetti e, infine, il pagamento di una sanzione di natura amministrativa pari alla somma di 300 mila dollari allo Stato di New York per la condotta fraudolenta posta in essere.

Il secondo caso del tutto analogo al primo, ha interessato ancora una volta lo Stato di New York e si è verificato nel 2013: anche in questo contesto ad agire è stato il Procuratore Generale dello Stato e l’azione intrapresa è stata rinominata “*Operation Clean Turf*”³⁵⁴, un’indagine condotta in relazione alla manipolazione di innumerevoli portali online sulle recensioni dei consumatori da parte di molte società attive su piattaforme online quali Yelp, CitySearch ma anche Tripadvisor e Google Local³⁵⁵.

³⁵² Sul punto si fa riferimento alla *New York Executive Law*, § 63 che conferisce il potere in capo al Procuratore Generale dello Stato di promuovere azioni civili contro quanti pongano in essere atti illegittimi e fraudolenti. Il § 63(12) statuisce quanto segue: «Whenever any person shall engage in repeated fraudulent or illegal acts or otherwise demonstrate persistent fraud or illegality in the carrying on, conducting or transaction of business, the attorney general may apply, in the name of the people of the state of New York, to the supreme court of the state of New York [...] and the court may award the relief applied for or so much thereof as it may deem proper. The word 'fraud' or 'fraudulent' as used herein shall include any device, scheme or artifice to defraud and any deception, misrepresentation, concealment, suppression, false pretense, false promise or unconscionable contractual provisions. The term "persistent fraud" or "illegality" as used herein shall include continuance or carrying on of any fraudulent or illegal act or conduct. The term "repeated" as used herein shall include repetition of any separate and distinct fraudulent or illegal act, or conduct which affects more than one person».

³⁵³ K. A. Dohse, *Fabricating Feedback*, cit., p. 380.

³⁵⁴ Così identificata nella Press Release, N.Y. General State Office of the Attorney General, A.G. *Schneiderman Announces Agreement With 19 Companies To Stop Writing Fake Online Reviews And Pay More Than \$350,000 In Fines*, 23 settembre 2013, accessibile al sito: <https://ag.ny.gov/press-release/ag-schneiderman-announces-agreement-19-companies-stop-writing-fake-online-reviews-and>.

³⁵⁵ Le aziende coinvolte nella vicenda sono molteplici, pertanto si riportano i nomi di quelle che hanno aderito all’accordo con il Procuratore Generale dello Stato di New York: A&E Wig Fashions, Inc. d/b/a A&E and NYS Surgery Center, A.H. Dental P.C. d/b/a Platinum Dental, Body Laser Spa Inc., The Block Group, LLC, d/b/a Laser Cosmetica and LC MedSpa, LLC, Bread and Butter NY, LLC d/b/a La Pomme Nightclub and Events Space, Envision MT Corp., iSEOiSEO, Medical Message Clinic

L'indagine, avvenuta su larga scala, ha mostrato il reiterato uso da parte delle aziende di tecniche tese a nascondere la propria identità mediante la creazione di profili falsi online, o ancora tramite il pagamento di veri e propri *freelance writers* pagati all'unico scopo di creare recensioni, facendole risultare come recensioni effettivamente pubblicate da utenti reali. Condotte tenute con il fine di migliorare la propria reputazione o, in alcuni casi, di "demolire" la reputazione dei propri competitori, nell'intento di acquisire il più possibile quote di mercato. Qualsiasi sia la ragione di tali fenomeni, essi rappresentano una "piaga" nel sistema³⁵⁶.

A fronte di ciò il Procuratore Generale ha ritenuto che una pratica siffatta potesse ascrivere ad una "moderna versione di pubblicità ingannevole"³⁵⁷, poiché le recensioni rappresentano uno strumento a cui i consumatori tendono ad affidarsi nelle proprie decisioni. Dall'equiparazione dell'*astroturfing* alle forme di pubblicità ingannevoli è conseguito che esso debba essere vietato per violazione delle leggi dello Stato in relazione alle pratiche commerciali sleali³⁵⁸, prevedendo inoltre l'interruzione delle condotte ingannevole e la comminazione di una sanzione pari alla somma di 350 mila dollari alle società coinvolte.

and HerballYours.com, Metamorphosis Day Spa, Inc., Outer Beauty, P.C., Lite Touch Plastic Surgery, P.C., Staten Island Special Surgery, P.C., Sans Pareil Surgical, PLL, Stillwater Media Group, Swan Media Group, Inc. and Scores Media Group, LLC, US Coachways Limousine, Inc. and US Coachways, Inc, Utilities International, Inc. d/b/a Main Street Host, The Web Empire, LLC, Webtools, LLC and Webtools Internet Solutions Ltd., West Village Teeth Whitening Service, LLC; Magic Smile, Inc., aka Magic Smile, XVIO, Inc., Zamdel, Inc. d/b/a eBoxed. K.N. Lyons, *Disinfecting Market Pathogens*, cit., p. 126.

³⁵⁶ Cfr. M. Barish, *Reaching for the Stars*, cit., p. 832: « with the rise of the Internet in the digital era, "the free market becomes increasingly more plagued by a market pathogen known as astroturfing».

³⁵⁷ Press Release, General State Office of the Attorney General, cit.: « "Astroturfing" is the 21st century's version of false advertising, and prosecutors have many tools at their disposal to put an end to it», accessibile al sito <https://ag.ny.gov/press-release/2013/ag-schneiderman-announces-agreement-19-companies-stop-writing-fake-online-reviews>.

³⁵⁸ A questo riguardo si fa riferimento alla *N.Y. General Business Law* §§ 349, 350. In particolare il § 349(a) prevede che: «Deceptive acts or practices in the conduct of any business, trade or commerce or in the furnishing of any service in this state are hereby declared unlawful»; mentre il § 350-a statuisce quanto segue: «'False advertising' means advertising, including labeling, of a commodity, or of the kind, character, terms or conditions of any employment opportunity if such advertising is misleading in a material respect. In determining whether any advertising is misleading, there shall be taken into account (among other things) not only representations made by statement, word, design, device, sound or any combination thereof, but also the extent to which the advertising fails to reveal facts material in the light of such representations with respect to the commodity or employment to which the advertising relates under the conditions prescribed in said advertisement, or under such conditions as are customary or usual».

Entrambe le vicende appena descritte sono da ritenersi significative ai fini della valutazione dell'illegittimità del fenomeno delle false recensioni online: le iniziative esecutive intraprese dallo Stato di New York hanno portato alla loro catalogazione tra pratiche commerciali di natura sleale. Ciò è avvenuto nonostante il fatto che in quel periodo non vi fosse alcun segnale da parte della *Federal Trade Commission*. Una conferma dell'impegno statale ad una maggiore tutela del consumatore in queste situazioni non ancora puntualmente normate si è avuta, da ultimo, anche nel 2016 quando ancora una volta il Procuratore Generale ha annunciato un nuovo accordo siglato con altre aziende che postavano recensioni fraudolente online³⁵⁹, commettendo quindi attività fraudolente di *astroturfing* nei confronti dei consumatori e del mercato e, pertanto, multate con sanzioni da \$ 20,000 a \$ 50,000.

È il caso di segnalare, inoltre, le azioni intraprese a livello federale sul punto: una vicenda rilevante a questi fini è rappresentata da un caso su cui è intervenuta la *Federal Trade Commission*. La vicenda riguarda l'azione della FTC contro una società, la *Cure Encapsulations Inc.* – nella persona del suo titolare, N. Jacobowitz – rivenditrice di capsule dimagranti sulla piattaforma online di Amazon.com, azione iniziata ai sensi della *Sec. 13 (b) del FTC Act*³⁶⁰.

Nel febbraio 2019, la FTC ha presentato un ricorso contro la suddetta società presso la *U.S. District Court Eastern District of New York*³⁶¹, con cui ha chiesto un ordine restrittivo al giudice per violazione delle *Sec. 5(a)* e *Sec. 12* del *Federal Commission Trade Act*. La *Cure Encapsulations Inc.* promuoveva la “qualità naturale” dei propri prodotti per la perdita di peso non solo per mezzo delle “descrizioni sulle

³⁵⁹ Una tra queste è *Machinima Inc.*, una rete di intrattenimento digitale che diffonde su YouTube contenuti video relativi all'industria dei videogiochi. L'impresa poneva in essere condotte di pubblicità ingannevole utilizzando un gruppo di *influencer* del settore che pubblicavano video su YouTube e che sponsorizzavano il sistema di gioco Xbox di Microsoft, oltretutto diversi giochi. La loro intenzione di utilizzare gli *influencer* per promuovere la console di gioco e i videogiochi era manifestamente in malafede. Ciò comprovato dal fatto che erano pagati dall'azienda per promuovere i prodotti. M. Barish, *Reaching for the Stars*, cit. p. 845.

³⁶⁰ 15 U.S.C., Sec. 13(b), § 53(b) è la base del potere della FTC di avanzare una richiesta di ordine restrittivo davanti ad un giudice e così statuisce: «Whenever the Commission has reason to believe – (1) that any person, partnership, or corporation is violating, or is about to violate, any provision of law enforced by the Federal Trade Commission, and (2) that the enjoining thereof pending the issuance of a complaint by the Commission and until such complaint is dismissed by the Commission or set aside by the court on review, or until the order of the Commission made thereon has become final, would be in the interest of the public – the Commission by any of its attorneys designated by it for such purpose may bring suit in a district court of the United States to enjoin any such act or practice».

³⁶¹ Case No. 19-cv-982, *Complaint for Permanent Injunction and Other Equitable Relief*, 19 febbraio 2019.

caratteristiche del prodotto” consentite dal portale di Amazon.com prima dell’acquisto – informazioni di cui tutti i consumatori devono essere in grado di conoscere – ma anche avvalendosi del “forum di Amazon” che consente agli utenti di lasciare delle recensioni per condividere la propria esperienza di acquisto con gli altri utenti del portale³⁶². Nel caso di specie, però, il convenuto si era affidato ad un sito esterno – www.Amazonverifiedreviews.com – per la creazione *ad hoc* di recensioni manifestamente derivanti dalla fantasia dell’autore e dietro pagamento, al fine di promuovere sul mercato le capsule dimagranti verso la platea dei consumatori. A seguito di un’attenta indagine, la FTC ha riportato nel ricorso una serie di specifiche richieste del titolare della società nei confronti del sito per la realizzazione delle recensioni false: era richiesto, infatti, il raggiungimento di un certo numero di recensioni al giorno (almeno tre), il *rating* minimo che aveva intenzione di raggiungere e il costo che avrebbe pagato al sito creatore di *fake reviews*.

La *Federal Trade Commission* ha ritenuto che tale condotta integrasse a tutti gli effetti i consumatori, condizionandoli in modo determinante nelle scelte di mercato.

In considerazione dell’ingannevolezza delle condotte, è stata emessa un’ordinanza per addivenire all’interruzione della condotta pregiudizievole.

L’ordinanza del Tribunale, in linea con quanto già edotto dalla FTC, ha vietato anzitutto al convenuto di diffondere informazioni relative a determinate funzioni del prodotto, tra cui ad esempio la perdita di peso, la soppressione dell’appetito, il trattamento curativo di determinate malattie, a meno che esse non siano confermate da evidenti prove scientifiche affidabili a supporto delle funzioni svolte dalle sostanze contenute nei suddetti prodotti, ad esempio per mezzo di test clinici³⁶³. Oltre alle disposizioni relative alla necessità di rendere edotti i consumatori dei risultati ottenuti da questi test al fine di avallare il prodotto, il Tribunale ha incentrato l’attenzione sulla falsità delle recensioni online. Ed invero l’ordinanza ha ritenuto violate le disposizioni relative al divieto di pratiche commerciali sleali e, più nello specifico, di pubblicità ingannevole per il fatto che le condotte tenute dal rivenditore e puntualmente descritte dalla FTC nel ricorso contro la società integravano la

³⁶² Ivi, p. 5: «Amazon provides purchasers of products sold on its website the opportunity to leave customer reviews. Reviews provide a forum for sharing authentic feedback about products».

³⁶³ Sul punto si fa riferimento a Case No. 19-cv-982, *Stipulated Order for Permanent Injunction and Monetary Judgement*, pp. 4-5.

fattispecie dell'*astroturfing*. Non manca per altro la condanna al pagamento \$ 50,000 alla FTC a titolo di risarcimento per aver posto in essere una condotta illegittima ai danni dei consumatori.

9. *Segue: Ancora sulle unfair deceptive practices: quali rimedi in capo all'imprenditore. Un caso emblematico della giurisprudenza statunitense*

Rimanendo in tema di *unfair deceptive practices* la *Federal Trade Commission* non è in grado di fornire tutela agli imprenditori lesi nella loro reputazione economica nel caso di pratiche commerciali sleali integrate dai fenomeni di *astroturfing*. Pertanto, affinché il soggetto leso possa agire in giudizio facendo valere la responsabilità e il conseguente risarcimento del danno derivato dalla condotta ingannevole – nel caso di specie riguardante la pubblicazione di recensioni false online – è possibile ricorrere al *Lanham Act*, una legge federale del 1946 a tutela dei marchi commerciali³⁶⁴. Infatti, la *Section 43 § 1225* del *Lanham Act* prevede il divieto

³⁶⁴ Il *Lanham Act* (15 U.S.C. §§ 1051 et seq.) è una legge federale emanata nel 1946, con l'obiettivo di controllare la concorrenza sleale e le sue violazioni. Dapprima fissa regole ferree sul sistema relativo alla registrazione dei marchi d'impresa, contro l'utilizzo di marchi simili che possano dare luogo ad atti di confusione per il consumatore e a danno dell'imprenditore il cui marchio sia correttamente registrato. La sua emanazione da parte del Congresso aveva l'intenzione di fornire nuove risposte sociali e giuridiche per la regolazione di una materia già conosciuta. Infatti, già due leggi sui marchi, una del 1905 e una del 1920, regolavano già la materia. Tuttavia le mutate esigenze economiche e sociali degli anni Trenta – una fra tutte le conseguenze derivate dalla Grande Depressione – resero le leggi esistenti non più idonee per un'efficace tutela dei marchi. La legge emanata presentava un assetto più coerente e organizzato di regolazione, ma vi erano anche alcuni limiti che richiesero successivamente – negli anni Ottanta – una revisione sostanziale. Essa doveva costituire una legge sulla "*unfair competition*", ma era in larga parte una mera legge sulla protezione dei marchi. La famosa "*Section 43(a)*" che prevedeva la possibilità di promuovere azioni in giudizio nel caso di violazione delle disposizioni presenti della legge, presentava una forma molto differente rispetto a quella conosciuta oggi, riferendosi non in generale ad atti di concorrenza sleale, ma esclusivamente alla falsa rappresentazione dei marchi commerciali ("*false representation including words or other symbols tending falsely to describe or represent the same [...]*"), escludendo pertanto le forme di *false advertising per se*. In questo contesto, allora, la *Section 43(a)* del *Lanham Act* era invocata solo facendone un'interpretazione restrittiva, perché applicata solo ai casi in cui vi fosse un abuso della denominazione commerciale o su false dichiarazioni riguardo all'origine di un prodotto di un'impresa, vale a dire situazioni unicamente collegate alla violazione dei marchi commerciali. Tra gli anni Settanta e gli anni Ottanta del Novecento, le Corti iniziarono sia il ricorrente che le Corti iniziavano a realizzare che la *Section 43(a)* del *Lanham Act* doveva avere una vocazione più ampia, rispetto alla ristretta applicazione delle decisioni precedenti. Le Corti riconobbero una valenza della *Section 43(a)* in relazione alla pubblicità ingannevole in generale. Ben presto divenne uno strumento utilizzato in larga misura da imprenditori che ritenevano che un proprio concorrente avesse tenuto una condotta lesiva, compiendo atti di pubblicità ingannevole. Fu con queste premesse che il Congresso modificò la legge attraverso il c.d. *Trademark Law Revision Act* del 1988. La legge originaria venne così ridefinita al fine di comprendere esplicitamente anche gli atti di pubblicità ingannevole (*false and misleading advertising*). In tal modo era

di porre in essere, tra le altre, delle condotte di falsa rappresentazione o dichiarazione i su prodotti e/o servizi o sulle attività commerciali di un individuo³⁶⁵, con la conseguente possibilità per l'imprenditore colpito da tale condotta di esperire un'azione legale civile nei confronti di chi ne abbia leso la reputazione economica. La legge, dunque, ritiene responsabile il soggetto – solitamente un concorrente – che abbia posto in essere false o ingannevoli descrizioni o rappresentazioni di fatti inerenti l'attività economica altrui. La rilevanza del richiamo di tale portato normativo consiste nel fatto che attraverso il diritto all'azione previsto dalla *Section 43* è possibile per un'impresa promuovere cause legali contro quanti creino un danno reputazionale. A tal proposito è stato chiarito che “*the cause of action is for competitors, not consumers*”.

Infatti nonostante il *Lanham Act* sia stato realizzato anche con un intento di tutela del consumatore, la giurisprudenza sul punto³⁶⁶ ha evidenziato che legittimati a proporre un'azione in sede civile sono i “concorrenti”, poiché «essi hanno subito un danno ad un interesse commerciale sulle vendite o sulla propria reputazione economica, determinato verosimilmente da una fuorviante rappresentazione del soggetto convenuto»³⁶⁷.

possibile fa valere in giudizio la diffamazione commerciale e il discredito del prodotto, così come le false dichiarazioni derivanti da un concorrente. Cfr. J. Weigman Burns *Confused Jurisprudence: False Advertising under the Lanham Act*, in 79 *Boston University Law Rev.* (1999), pp. 809- 819. Più in generale, relativamente al contesto economico-sociale e storico che ha portato alla redazione del *Lanham Act* si fa riferimento a: J. P. Bauer, *A Federal Law of Unfair Competition: What Should Be the Reach of Section 43(a) of the Lanham Act*, in 31 *Ucla Law Review* (1984), pp. 671-753; G. S. Marx, *Section 43(a) of the Lanham Act: A Statutory Cause of Action for False Advertising*, 40 *Washington & Lee Law Review* (1983), p. 387 ss.; C. P. Carter, *Legislative History of the New Trademark Act*, 36 *Trademark reports* (1946), p. 121 ss.

³⁶⁵ 15 U.S.C. (2012), Sec. 43, § 1125: «Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which – (A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or (B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities [...] shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act.».

³⁶⁶ Il riferimento va, in particolare, al precedente *POM Wonderful LLC v. Coca-Cola Co.*, 134 S. Ct. 2228, 2234 (2014).

³⁶⁷ «"Competitors" may bring Lanham Act claims because they suffer an injury to a commercial interest in sales or business reputation proximately caused by [a] defendant's misrepresentations». Cfr. Justice Kennedy in *POM Wonderful LLC v. Coca-Cola Co.*, 134 S. Ct. 2228, 2234 (2014). Si veda in senso conforme anche la sentenza *Lexmark Int'l, Inc. v. Static Control Components, Inc.*, 134 S. Ct. 1377, 1395 (2014), in cui si sostiene che «that alleged injuries from false advertising fell within the zone of interest

Recentemente il ricorso al *Lanham Act* è stato utilizzato anche per rispondere alle pratiche commerciali sleali poste in essere mediante il fenomeno dell'*astroturfing*: in alcuni casi l'impresa, anziché attendere l'intervento dell'Ufficio del Procuratore Generale o delle azioni esecutive da parte della *Federal Trade Commission* a tutela dei consumatori, ha preferito appellarsi alle disposizioni del *Lanham Act* al fine di accertare la responsabilità derivante dalle pratiche ingannevoli vietate.

Un esempio concreto è costituito da un caso del 2016 discusso nella sentenza *Romeo & Juliette Laser Hair Removal, Inc. v. Assara I LLC*³⁶⁸: il caso riguardava due centri di epilazione laser siti a New York. La ricorrente *Romeo & Juliette Inc.* adiva in giudizio per l'accertamento della responsabilità di *Assara* – società convenuta – sulla pubblicazione di una serie di recensioni false e negative apparse in diverse piattaforme online – tra cui *Yelp.com* e *CitySearch.com* – ai danni della propria attività d'impresa. I commenti, pubblicati in forma anonima sui portali citati, erano registrati sotto false identità che riconducevano però ad un indirizzo IP utilizzato dalla società *Assara*. Un impiegato dell'azienda aveva postato tali commenti fingendo di essere una cliente insoddisfatta del centro di epilazione *Romeo & Juliette Inc.*, e pubblicando denigratori commenti di pura fantasia, creati *ad hoc* per ledere la reputazione economica della ricorrente³⁶⁹. Alla luce del § 1125 del *Lanham Act* e della legge statale di New York sul divieto di pratiche commerciali sleali³⁷⁰, la ricorrente giustificava la propria azione legale.

La Corte riteneva che alcune delle recensioni pubblicate online fossero effettivamente false e descrivessero una situazione non effettivamente verificatasi³⁷¹. Inoltre da parte della convenuta non vi era stato alcun tentativo di provare il

protected by the Lanham Act and that the claimant satisfied the act's proximate causation requirement».

³⁶⁸ *Romeo & Juliette Laser Hair Removal, Inc. v. Assara I LLC*, WL 815205, (S.D.N.Y. Feb. 29, 2016).

³⁶⁹ Nel dettaglio il dipendente di *Assara Inc.* aveva ingannevolmente finto di essere una donna di 27 anni cliente del centro *Romeo & Juliette Inc.*, dichiarando di avere vissuto una vera e propria "storia dell'orrore": asseriva, infatti, che durante il trattamento aveva subito l'applicazione di un prodotto che le avrebbe provocato un "attacco di cuore", rischiando la vita. *Romeo & Juliette Laser Hair Removal, Inc. v. Assara I LLC*, WL 815205, (S.D.N.Y. Feb. 29, 2016).

³⁷⁰ NYGBL § 349: «Deceptive acts or practices in the conduct of any business, trade or commerce or in the furnishing of any service in this state are hereby declared unlawful».

³⁷¹ Cfr. *Romeo & Juliette Laser Hair Removal, Inc. v. Assara I LLC*, WL 815205, (S.D.N.Y. Feb. 29, 2016): « [...] And because many of the reviews described persons who were not Romeo & Juliette customers and experiences with the plaintiff's services that those fictitious customers did not have, the reviews were literally false».

contrario e pertanto i commenti risultavano incidere sulle “caratteristiche essenziali” dell’attività economica della ricorrente³⁷². Le ragioni della ricorrente erano però negate in riferimento alle dichiarazioni relative all’attività economica, in cui si ammetteva che lo “staff del centro estetico non fosse professionale” perché si trattava di “mere opinioni” e non fatti oggettivi effettivamente provati e pertanto non rientranti nelle ipotesi di responsabilità previste dal *Lanham Act*³⁷³. Infine, la Corte riconosceva un risarcimento del danno a favore della ricorrente nella misura di 30 mila dollari.

Questo caso è evidentemente interessante perché rappresenta un esempio giurisprudenziale in cui – attraverso il *Lanham Act* – è stato possibile per l’imprenditore leso dalla pubblicazione di ingannevoli recensioni online, agire in giudizio, anche se non sempre tale soluzione risulta agevole da esperire. Infatti nel caso di specie l’evidenza probatoria della falsità delle dichiarazioni poste online conseguiva dal fatto che la maggior parte dei commenti contestati erano ascrivibili alla concorrente (*Assara LLC*), e inoltre queste apparivano manifestamente non veritiere³⁷⁴.

Diverso è invece l’esito di una recente sentenza pronunciata nel 2018 dalla *U.S. District Court* di New York³⁷⁵ sul caso *Davis v. Avvo Inc.*³⁷⁶.

Ricorrente è un avvocato di New York regolarmente iscritto alla piattaforma online di Avvo.com, il quale non usufruiva dei servizi aggiuntivi a pagamento – c.d. “*pro*” *services* – offerti dal sito. Egli riteneva che il portale web fosse coinvolto e contribuisse a provocare degli atti di pubblicità ingannevole in violazione della

³⁷² Ibidem: «In pursuit of their commercial interests, the defendants repeatedly posted disparaging comments to public fora used by consumers to select laser hair-removal services. By anonymously disparaging the plaintiff’s business and simultaneously promoting Assara, the defendants acted in pursuit of their economic interests».

³⁷³ Ibidem: «These are largely matters of opinion and the plaintiff has not shown that they are actionable as false statements of fact».

³⁷⁴ Cfr. M.Barish, *Reaching for the Stars*, cit., p. 852.

³⁷⁵ U.S. District Court, S.D. New York, *Davis v. Avvo Inc*, 345 F.Supp.3d 534 (Dec. 19, 2018).

³⁷⁶ Avvo.com è un sito web che permette a molti professionisti – ad esempio avvocati, dentisti o medici – operanti negli Stati Uniti di registrarsi gratuitamente e creare il proprio profilo professionale. Il sito raccoglie informazioni dall’esterno, consentendo agli utenti di registrarsi a loro volta e lasciare delle recensioni riguardo ai servizi professionali di cui hanno usufruito. Ciascun profilo ottiene un *rating* (da 0 a 10) sulla base della rielaborazione delle informazioni acquisite dalle recensioni, dagli anni di attività, dai meriti raggiunti dal professionista iscritto. Il *rating* ha l’obiettivo di costituire un’utile guida per gli utenti nella ricerca del migliore profilo professionale a cui affidarsi. Sul punto si fa riferimento a: https://www.avvo.com/about_avvo.

Section 43 del *Lanham Act*³⁷⁷ e della *N.Y. General Business Law* § 349 (NYGBL). Secondo il ricorrente, infatti, gli avvocati iscritti ai servizi “pro” avrebbero ottenuto dei *rating* più elevati, recensioni molto positive – mentre quelle negative erano solitamente rimosse o bloccate – oltre ad essere maggiormente sponsorizzati dalla piattaforma stessa e qualificati con espressioni chiaramente favorevoli rispetto a chi non usufruiva di tali servizi a pagamento. Una tale situazione avrebbe ingenerato, quindi, un falso affidamento nei confronti degli utenti che abitualmente consultavano la piattaforma per verificare l’effettivo livello di professionalità degli avvocati. Inoltre, questa condotta avrebbe comportato un impatto nelle decisioni degli utenti senza dubbio rilevante, favorendo gli avvocati “pro” e sfavorendo gli altri con la conseguenza di creare un danno reputazionale in capo al ricorrente³⁷⁸. Pertanto, il ricorrente chiedeva la cessazione dell’attività lesiva, oltrechè il risarcimento del danno subito.

Il convenuto, d’altra parte, riteneva che la domanda avanzata dal ricorrente dovesse essere respinta anzitutto per via della mancanza di giustificazioni su cui imperniare la richiesta, sulla base delle norme imposte dal § 12 del *Federal Rule Civil Procedure Code*³⁷⁹; in secondo luogo per il fatto che i *ratings* di Avvo.com altro non erano che opinioni protette legittimamente dal *free speech* di cui al I Emendamento della Costituzione Federale e dall’Articolo 1, Sec. 8 della Costituzione dello Stato di New York. La Corte nell’analisi della domanda del ricorrente sulla pretesa violazione delle disposizioni del *Lanham Act* e della *N.Y. General Business Law* dello Stato di New York, ha esposto i requisiti necessari affinché tali disposizioni siano applicabili.

Come ampiamente confermato dalla giurisprudenza sul tema, affinché un ricorso ai sensi del *Lanham Act* sia legittimo occorre dapprima dimostrare la falsità delle inserzioni presumibilmente ingannevoli e anche nel caso in cui sussista tale

³⁷⁷ U.S.C. 15 § 1125.

³⁷⁸ U.S. District Court, S.D. New York, *Davis v. Avvo Inc*, 345 F.Supp.3d 534 (Dec. 19, 2018), at 72: « Plaintiff and other Non-Paying Attorneys estimate that [the defendant's] conduct has caused them many millions of dollars in lost legal business, as well as significant reputational harm».

³⁷⁹ *Federal Rules of Procedure* § 12(b): «Every defense to a claim for relief in any pleading must be asserted in the responsive pleading if one is required. But a party may assert the following defenses by motion: (1) lack of subject-matter jurisdiction; (2) lack of personal jurisdiction; (3) improper venue; (4) insufficient process; (5) insufficient service of process; (6) failure to state a claim upon which relief can be granted [...]».

condizione, perché sia integrata l'ingannevolezza della condotta è necessario che le inserzioni siano in grado di "confondere" in misura rilevante il consumatore e di influenzarne di fatto la decisione di mercato; in secondo luogo è necessario dimostrare che il convenuto - attraverso la propria condotta lesiva - abbia rappresentato falsamente le caratteristiche essenziali di un prodotto o di un servizio; in terzo luogo occorre che tale dichiarazione ingannevole riguardi il commercio interstatale; infine bisogna provare il danno in capo al ricorrente, causato dalla condotta lesiva e provare la perdita di affari derivatane³⁸⁰. In relazione all'esperimento dell'azione civile per *false advertising*, essa può avvenire quando l'atto posto in essere non sia effettivamente in grado di orientare il consumatore e al ricorrente derivi da esso un danno attuale. Requisiti questi ultimi, in massima parte coincidenti con le condizioni necessarie ai sensi della *Sec. 43* della legge federale.

Alla luce di questi presupposti, la Corte ha statuito che i *rating* rielaborati da Avvo.com non potessero in alcun modo considerarsi come oggettivi *statement of facts*³⁸¹: essi sono stati ritenuti invece "soggettive opinioni" tutelate a livello costituzionale federale e statale e, come tali, insuscettibili di falsità o di veridicità con la conseguenza che non potessero costituire *false advertising*³⁸².

A questo proposito è stato richiamato il concetto di "*commercial speech*"³⁸³, vale a dire un "discorso che propone una transazione commerciale"³⁸⁴, caratterizzato, ad esempio, dalla promozione di un prodotto sul mercato. Differentemente dalle "mere

³⁸⁰ Sul punto statuisce *Merck Eprova AG v. Gnosis S.p.A.* (2d Cir. 2014).

³⁸¹ Questo era anche l'argomentazione addotta dalla Corte del Sesto Circuito nel caso *Seaton v. Tridpadoisor LLC*, No. 12-6122, 728 F.3d 592 (6th Cir., Aug. 2013). Anche in questo caso il ragionamento era improntato sulla differenza tra mere opinioni di per sé - soggettive - e oggettiva esposizione di fatti.

³⁸² Così J. Thomas McCarthy, *Trademarks and Unfair Competition*, New York, 1984.

³⁸³ L'espressione di riferisce ai discorsi o agli scritti fatti in favore di un'impresa con l'intento di ottenere un profitto. Forme di *commercial speech* sono ad esempio gli spot radiofonici, volantini commerciali o anche le pubblicità presenti in Internet. Si tratta di una categoria di "*speech*" che inizialmente era esclusa dalla tutela garantita dal I Emendamento della Costituzione, costituendone un'eccezione per via della necessità di tutela del consumatore dalla pubblicità ingannevole. Successivamente, però, l'evoluzione giurisprudenziale della Corte Suprema ne fissò i requisiti entro cui essa poteva assumere copertura costituzionale alla luce del I Emendamento. Sull'evoluzione giurisprudenziale relativa al *commercial speech*, si rimanda a B. E. H. Johnson, *Advertising & First Amendment Overview*, in *Freedom Forum Institute*, 10 dicembre 2002, reperibile al sito: <https://www.freedomforuminstitute.org/first-amendment-center/topics/freedom-of-speech-2/advertising-first-amendment-overview/>.

³⁸⁴ A questo proposito si richiama il precedente giurisprudenziale *Bolger v. Youngs Drug Prod. Corp.*, 463 U.S. 60 (1983), in cui la Corte Suprema statuiva che «commercial speech is speech which does no more than propose a commercial transaction».

opinioni” pacificamente tutelate dal I Emendamento della Costituzionale, il *commercial speech* presenta la peculiarità di essere incluso tra le maglie del disposto costituzionale solo nel caso in cui questo non sia fuorviante e ingannevole per il consumatore.

In riferimento a ciò occorre verificare l’attività svolta dal portale Avvo.com e valutare se possa o meno definirsi veicolo di un “*commercial speech*”: secondo la Corte la piattaforma opera come mero “elenco informativo” di ricerca di professionisti in ambito giuridico teso a costituire uno strumento orientativo per i consumatori. L’attività ivi svolta non può essere catalogabile come la realizzazione di un “transazione commerciale”, requisito necessario per integrare la fattispecie di *commercial speech*. E il solo fatto che all’interno del sito siano presenti delle sponsorizzazioni di profili di professionisti non muta automaticamente le caratteristiche essenziali su cui il sito si impernia. Se i commenti presenti sulla piattaforma integrano unicamente delle opinioni, allora risulta irrilevante che siano o meno ingannevoli perché risultano intrinsecamente caratterizzate da una natura soggettiva, tipica di qualunque personale opinione³⁸⁵.

Questo argomento è stato ripreso anche per rispondere alla difesa del ricorrente che riteneva sospetta l’evenienza che per gli iscritti agli account dei servizi “pro” le recensioni più visibili ed evidenti fossero quelle positive, mentre quelle negative erano quasi del tutto assenti. Anzitutto è espressamente previsto da sistema di controllo e filtraggio di Avvo.com la possibilità discrezionale per il portale di rimozione delle recensioni che siano ritenute non veridiche, quindi trattasi di un’attività del tutto regolare svolta ai fini di tutela e secondo un filtraggio automatico basato su algoritmi.

Per questa ragione la Corte non ha ritenuto che il consumatore potesse essere in qualche misura fuorviato dalla presenza di recensioni positive sul portale: infatti – nello specifico contesto di Avvo.com – la presenza di più recensioni relative ad un certo profilo, altro non rappresenta che una serie di giudizi soggettivi lasciati da utenti che hanno usufruito dei servizi legali che un determinato professionista ha

³⁸⁵ U.S. District Court, S.D. New York, *Davis v. Avvo Inc.* 345 F.Supp.3d 534 (Dec. 19, 2018), at. 16: «The defendant's rating system is inherently subjective».

offerto. Esse rappresentano un “indicato” del livello di soddisfazione degli altri utenti e ciò non comporta di per sé che sia falsa o ingannevole.

Alla luce di queste riflessioni, l’azione legale esperita sulla base del *Lanham Act* non è stata accolta dalla Corte, poiché non sono stati integrati i requisiti per sostenere la richiesta del ricorrente e, a questo proposito, anche la dimostrazione del danno reputazionale subito dal professionista è apparsa lacunosa.

Quest’ultima sentenza è utile al fine di chiarire alcuni parametri sulla valutazione della responsabilità della piattaforma; da essa è possibile trarre due importanti conclusioni sul tema: anzitutto che i *rating* delle piattaforme online – seppur generati in modo automatico secondo algoritmi – non costituiscono di per sé *statements of facts*, ma “semplici opinioni”, perché di fatto sono una rielaborazione di recensioni personali e soggettive degli utenti terzi e per questo in linea con la tutela garantita dal I Emendamento; in secondo luogo che l’attività compiuta dal portale non possa essere considerata “commerciale” al punto da ricadere nelle disposizioni del *Lanham Act*, di cui non sono stati integrati i requisiti necessari per aversi la sua applicazione. Il riferimento alla promozione dei profili con maggior punteggio non costituisce sintomo di una pubblicità necessariamente ingannevole per il consumatore, perché avviene in una “arena” predisposta alla ricerca di elementi valutativi di informazione, dunque tale “sponsorizzazione” costituisce soltanto un elemento caratterizzante la natura intrinseca dell’attività svolta dalla piattaforma.

Alla luce dell’analisi finora svolta per descrivere i sistemi reputazionali, ciò che emerge è che seppur sussista una lacuna normativa – sia in ambito italiano che in quello statunitense – in relazione al fenomeno – con forti ricadute sull’andamento del mercato e sul comportamento economico del consumatore – la questione inizia ad assumere rilevanza dal punto di vista giurisprudenziale e i primi risultati significativi di tutela si osservano per lo più sul versante consumeristico.

Ciò appare evidente sulla base delle vicende precedentemente affrontate: tra la tutela della reputazione economica dell’imprenditore e la recensione presuntivamente considerata come falsa, sussiste spesso la prevalenza del diritto alla libertà di espressione dell’utente; allo stesso modo quando ad essere richiamata è la responsabilità della piattaforma online, si è riscontrato che tendenzialmente gli orientamenti giurisprudenziali prevalenti – in entrambi i panorami giuridici

esaminati - fanno riferimento alle forme di immunità di cui gode nel panorama digitale, in quanto opera come *internet service provider* meramente passivo. Diversamente, quando il fenomeno è calato nel versante delle pratiche commerciali scorrette sembra - a tratti - assumere una portata lesiva per il consumatore e, pertanto, ne è riconosciuta una maggior rilevanza giuridica.

CAPITOLO 3

IL QUADRO TEORICO DI RIFERIMENTO. PROPOSTE DI REGOLAZIONE EUROPEA E STATUNITENSE

SOMMARIO: 1. Individuazione del quadro teorico di inserimento dei sistemi reputazionali. – 2. Attuale assetto europeo – 3. *Segue*: La Comunicazione europea sull'economia collaborativa: quali sviluppi per i sistemi reputazionali? – 4. La rilevanza dei sistemi reputazionali in ambito statunitense: il *Report* sulla *Sharing Economy* della FTC. – 5. *Segue*: il *Consumer Review Fairness Act*. – 6. Brevi cenni conclusivi: la ricerca sui modelli di riferimento.

1. Individuazione del quadro teorico di inserimento dei sistemi reputazionali

Sino a questo punto il lavoro di ricerca ha tentato di fornire un quadro d'insieme sulle problematiche affrontate in ambito giurisprudenziale italiano e statunitense con riferimento all'emersione dei sistemi reputazionali nelle piattaforme online.

Ciò che è emerso è un panorama quantomeno frammentato, in cui non vi è modo di definire puntualmente una costante linea evolutiva seguita dalle Corti.

La ragione deriva in particolar modo dalla sfuggente natura dell'oggetto di ricerca e dalla complessità di incasellarlo in rigidi schemi giuridici.

Il contesto in cui esso si inserisce riguarda la realtà della Rete e, più nel dettaglio, la necessità di garantire un adeguato flusso informativo per gli utenti che approcciano alla navigazione in Internet. Qui regna sovrana la c.d. "*economia delle informazioni*"³⁸⁶, dove la problematica relativa al controllo e all'uso delle informazioni su beni e servizi offerti sul mercato è amplificata, in quanto quasi interamente

³⁸⁶ Questa espressione è utilizzata nell'ambito della macroeconomia riguarda le teorie che studiano come il flusso di informazioni e i sistemi di informazione impattino sul mercato. L'informazione ha una caratteristica peculiare, consistente nella facilità della sua creazione e diffusione ma che comporta una complessità nel controllo e nell'affidabilità della stessa. Il flusso informativo assume rilevanza per via dell'influenza sulle decisioni economiche individuali. Sul punto si fa diffusamente riferimento a M. R. Patterson, *Antitrust Law in the New Economy*, cit., pp. 4, 39 – 60.

governata da diversi centri di potere privato. Gli esempi sono molteplici: i sistemi di rating; i sistemi di ricerca proposti da Google; le recensioni online presenti su Tripadvisor, su Yelp e su molte altre piattaforme che consentono la valutazione di prodotti e servizi; gli strumenti di comparazione online dei prezzi.

In tutti questi casi il primo prodotto di scambio offerto dai “magnati” di Internet è rappresentato dall’informazione, il cui ruolo diventa centrale nella regolazione del mercato e da cui può derivare la sua distorsione laddove sia utilizzata al fine di ostacolare la concorrenza, anziché fornire una completezza di dati che consentano al consumatore di valutare e ponderare una decisione di mercato.

Lo sviluppo di Internet trova le sue radici nella dicotomia tra libertà e potere³⁸⁷.

Il web si presenta come uno strumento c.d. *freedom enhancing*³⁸⁸ fortemente rappresentativo della “*user autonomy*”, vale a dire la possibilità per gli individui non solo di fruire di un numero illimitato di informazioni, ma anche di crearle³⁸⁹.

³⁸⁷ Sul punto disquisisce A. Daly, *Private Power, Online information Flows and Eu Law. Mind the Gap*, Londra, 2016, p. 15 ss. Qui l’a. esplora il fenomeno della “corrente informazionale” nella realtà virtuale del web, descrivendone dettagliatamente le origini e segnalandone le caratteristiche fondamentali in prospettiva critica. L’analisi si incentra sulla cornice giuridica e regolatoria esistente nel panorama europeo, muovendosi in ottica comparatistica a partire dall’esperienza statunitense. In quest’ultima è presente un forte accentramento relativo ai poteri privati dei grandi colossi che dominano il continuo flusso di dati inseriti in Rete. Invero il tema è affrontato in tale prospettiva per via del carattere di “transnazionalità” dell’oggetto. In particolare si basa sul rapporto esistente tra libertà e potere presente nell’ambito del web. La libertà di Internet – caratteristica intrinseca nelle maglie del suo utilizzo – sin dalla sua prima diffusione ha provocato questioni inerenti la governabilità del cyberspazio sulla base delle radici neoliberali degli approcci utilizzati in ambito europeo e statunitense; in collegamento a ciò la questione del potere sulle informazioni ivi presenti diventa centrale in relazione al ruolo delle grandi piattaforme nello scenario online e quali siano i risvolti sulla regolazione giuridica dell’economia dell’informazione. Con riguardo all’evoluzione e alle caratteristiche di Internet a partire dalle sue origini, utile l’approfondimento proposto dal lavoro seminale di L. Lessig, *Code: Version 2.0*, New York, 2006.

³⁸⁸ Il termine è utilizzato ivi, p. 14.

³⁸⁹ A questo proposito occorre distinguere differenti formulazioni: prima fra tutte quella di *web 1.0*, in cui i servizi sulla Rete erano offerti in modo unilaterale agli utenti e i contenuti sono forniti in modo del tutto statico che consentiva solo ai siti web di creare contenuti; la seconda accezione fa invece riferimento al *web 2.0*. Si tratta, in questo caso, di una designazione di servizi telematici i cui contenuti online sono derivanti direttamente dagli utenti, quali a titolo esemplificativo schede di recensioni, divulgazione di notizie, opinioni o anche opere dell’ingegno. In questo contesto l’utente assume una partecipazione attiva nella realtà della Rete. Sono caratteristici di questa fase del Web i *blog*, i *forum communities* e l’emersione dei primi *social network* che costituiscono nuove forme di tecniche di rappresentazione individuale. L’evoluzione continua del mondo online ha poi portato a coniare l’espressione di *web 3.0* per definire una nuova fase dello sviluppo della Rete, consistente nella costruzione di un *database* semantico, caratterizzato dalla nascita dell’intelligenza artificiale, in grado di interagire in modo diretto con l’utenza. Infine il *web 4.0*, in cui si fanno spazio i c.d. *big data* e dell’*internet of things (IoT)*; quest’ultimo è un *network* di oggetti materiali e luoghi reali in grado di interagire con la Rete grazie a dei sensori che trasferiscono dati ed informazioni attraverso un proprio indirizzo IP che ne consente un’identificazione univoca. In merito ad un più precisa evoluzione di

Il profilo della libertà di Internet è stato ribadito nelle prime dichiarazioni inerenti la sua emersione. Già sin dalla nota Dichiarazione d'indipendenza del Cyberspazio³⁹⁰ era chiaro l'intento di negare la presenza di una qualsivoglia autorità tesa a governare questo nuovo strumento; infatti nella stessa si proclamava una "totale libertà"³⁹¹ e uno spazio globale del tutto affrancato da controlli imposti dall'alto e costruito in modo tale da essere naturalmente indipendente.

Un luogo – o meglio un non luogo – in cui è la libertà di informazione ad assumerne il fulcro rappresentativo. Una realtà che si impone nel dibattito pubblico sin dagli anni Novanta del Novecento per poi svilupparsi in misura sempre più sconfinata³⁹², fino al raggiungimento di una nuova era di libertà per gli utenti.

In sostanza gli stessi utenti di Internet condividevano un "codice etico di regole" definito alla stregua di *cyberetica*, vale a dire una serie di linee guida poste in essere attraverso la modalità dell'autoregolamentazione. Ed invero così recitava l'incipit della Dichiarazione d'indipendenza del Cyberspazio: «Governi del mondo [...] io vengo dal Cyberspazio, la nuova dimora della Mente. A nome del futuro, chiedo a voi, esseri del passato, di lasciarci soli. Non avete alcuna sovranità sui luoghi dove ci incontriamo»³⁹³. Era qui evidente la volontà di impedire che i governi del "mondo analogico" imponessero delle regole, poiché la comunità degli "internauti" era pienamente in grado di attuare una civile convivenza in Rete, conscia della propria responsabilità morale derivante dalle forme di

Internet si fa riferimento a Y. Benkler, *Wealth of Networks: How Social Production Transform Markets and Freedom*, New Haven, 2006. Con riguardo alle nuove sfide nascenti dal fenomeno dell'*internet of things*, si veda, ad esempio V. Ryan, *The Internet of Things: Data Goldmine and Social Nightmare*, in CFO, 20 May 2014, disponibile al sito: <https://www.cfo.com/it-value/2014/05/internet-things-data-goldmine-social-nightmare/>.

³⁹⁰ J. P. Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, in *Electronic Frontier Foundation*, 8 Febbraio 1996, disponibile al sito: <https://www.eff.org/cyberspace-independence>.

³⁹¹ Ivi si leggeva infatti: «We have no elected government, nor are we likely to have one, so I address you with no greater authority than that with which liberty itself always speaks [...]».

³⁹² A questo proposito è bene segnalare che l'origine di Internet nell'esperienza statunitense trova le sue radici in un progetto governativo associato sia al "mondo chiuso" della Guerra Fredda, sia al mondo più aperto e decentralizzato dei movimenti contrari alla stessa. Su tali basi, a seguito di questo periodo, comparì il primo predecessore di Internet, vale a dire Arpanet, un programma militare che nasceva per l'appunto dalla dicotomia tra il controllo centralizzato imposto a livello governativo e dall'opposta decentralizzazione anti-autoritaria radicata negli eventi storici che hanno fatto da sfondo al conseguente sviluppo di Internet. J. Curran, *Rethinking Internet History*, in J. Curran- N. Fenton – D. Freedman (eds.), *Misunderstand the Internet*, Abingdon, 2014, p. 41 ss.

³⁹³ J. P. Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, cit.

autoregolamentazione che si apprestavano a presentarsi come modalità di direzione del nuovo panorama digitale³⁹⁴.

Su queste basi si mostrava il profilo *freedom enhancing* di Internet, per via della definizione di uno spazio virtuale, inteso come pubblico, aperto e decentralizzato, variegato e interattivo. Diversi erano i fattori che consentivano di vedere Internet come spazio in cui poteva avvenire un migliore sviluppo del dibattito socio-politico: dapprima l'assenza – almeno iniziale – di un effettivo controllo centrale da parte degli Stati, poi la sfuggibile natura transnazionale della Rete. Elementi questi che mostravano la realtà virtuale come autonoma e capace di provvedere ad uno spazio interamente dedicato alla libertà di espressione degli utenti, unici guardiani delle azioni intraprese online. Questo avveniva in particolare perché nella prima fase di emersione dello strumento, Internet non aveva quella pervasiva capacità che si sarebbe delineata con la sua graduale e crescente evoluzione successiva. Anche un altro fondamentale profilo era sottovalutato, vale a dire il potere privato delle grandi imprese che di lì a poco avrebbero assunto sempre maggiore centralità nel panorama di riferimento: *l'e-commerce* non aveva ancora raggiunto un grado di influenza decisivo tra i consumatori e ciò li disincentivava dal riporre la loro fiducia nel nuovo strumento virtuale, derivandone anche una difficoltà per le nuove imprese operanti solo online – prime tra tutte Ebay³⁹⁵ – di affermarsi in questo scenario.

Qui si manifestava in modo quasi esclusivo il mero profilo della libertà, che incentivava l'autonomia dell'utente per focalizzarsi principalmente sull'effettività dello scambio di informazioni al fine primario di assicurare la libertà di espressione di ciascun individuo³⁹⁶.

³⁹⁴ A. Masera, G. Scorza, *Internet, i nostri diritti*, Roma-Bari, 2016, p. IX ss.

³⁹⁵ Ebay è uno tra i primi esempi significativi di *marketplace* che offre agli utenti la possibilità di vendere e/o comprare oggetti nuovi o usati con diverse modalità di finalizzazione della vendita, tra cui per esempio la vendita a prezzo fisso o a prezzo dinamico, anche comunemente definite "aste online". Obiettivo primario della piattaforma è quello della vendita di beni online, ma la peculiarità consiste più precisamente nella creazione di una vera e propria online *community*, funzionale in due momenti principali, vale a dire quello *ex ante* all'acquisto e quello *ex post*, integrata dalla presenza di appositi spazi per la valutazione del servizio offerto sulla piattaforma. B. Rietjens, *Trust and Reputation on eBay: Towards a Legal Framework for Feedback Intermediaries*, in *15 Information & Communication* (2006).

³⁹⁶ Così Y. Benkler, *From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulations Toward Sustainable Commons and User Access*, in *52 Federal Communication Law Journal* (2000), p. 579. Lo scenario di Internet ha consentito, infatti, lo sviluppo di tecniche di comunicazione in cui sorge una peculiare e pressoché ambigua categoria, vale a dire quella dell'utente, rappresentata in parte da soggetti definiti "producers" di informazioni – vale a dire i professionisti – e in parte dai "consumers", consumatori passivi dei servizi offerti online. Il *focus* delle *policies* dei *network* doveva allora essere sviluppato sulla

Dalla prima fase tutta dedicata alla proclamazione dell'autonomia sulla Rete, la cui metafora più diffusa è, a tutt'oggi, quella legata all'immagine di una "frontiera tecnologica" - confusa spesso con un "Far West digitale" privo di regolamentazione gerarchicamente imposta dall'alto - si è arrivati ad una seconda fase inaugurata dal web 2.0 negli anni Duemila, in cui l'evoluzione dell'utente diventa manifesta: l'incremento della condivisione di informazioni nel web comporta anche una valorizzazione del suo ruolo, catalizzatore di fenomeni nuovi tra cui ad esempio la creazione di contenuti. Conseguenza di questo nuovo tipo di collaborazione è certamente una sua partecipazione sempre più influente, non più passivo osservatore alla mera ricerca di informazioni, ma anche attivo "produttore" delle stesse, in un sistema ormai globale. È in questo contesto che emerge il concetto di *prosumer* - riesumato dalla letteratura economica di A. Toffler³⁹⁷, vale a dire una figura che si pone a metà tra le figure di produttore e consumatore. Un utente considerato non in qualità di semplice "consumatore" presente nel panorama della Rete, ma il cui ruolo evolve da recettore passivo della fruizione di un servizio alla produzione attiva di informazioni sul servizio fruito: si realizza quindi un vero e proprio "*empowerment del consumatore*"³⁹⁸, in cui è chiara una perdita di netti confini tra le attività di produzione e di consumo e in cui il consumatore non è rigidamente configurato in categorie definitorie fisse, poiché l'avvento del *prosumer* consente una visione rivisitata del soggetto all'interno delle dinamiche produttive. Ci si pone

base di sistemi tra "pari", in modo da consentire e assicurare un valido interscambio nel flusso informazionale.

³⁹⁷ L'espressione è stata infatti utilizzata già negli anni Ottanta del Novecento dal saggista A. Toffler nel libro *The Third Wave*. Qui l'a. descrive tre tipi di società a partire dall'età industriale - definita nel dettaglio *The Second Wave* - basata principalmente su nuove forme di produzione, distribuzione e consumo, vale a dire quelle di massa. Lo sviluppo tecnologico ha comportato una progressiva transizione verso una società post-industriale, contrassegnata dall'espressione di *Information Age*, in cui fondamentale è l'impatto tecnologico sul consumatore e la cui attività non corrisponde semplicemente al mero soddisfacimento dei bisogni di consumo - tipico della società successiva alla Seconda Guerra Mondiale - ma assume un crescente connotato socialmente rilevante, attraverso un'attività di creazione e co-produzione di beni e servizi. A. Toffler, *The Third Wave*, New York, 1980. Più dettagliatamente su concetto di *prosumer* si vedano G. Ritzer, P. Dean, N. Jurgenson, *The Coming of Age of the Prosumer*, in *56 American Behavioural Scientist* (2012), pp. 379-398; G. Ritzer, N. Jurgenson, *Produzione, consumo, prosumerismo: la natura del capitalismo nell'era del "prosumer" digitale*, in *Sociologia della Comunicazione*, vol. 43, 2012, pp. 18-40. Trad. it. P. Degli Esposti, dal titolo originale *The Nature of Capitalism in the Age of Digital "Prosumer"*, in *Journal of Consumer Culture*, 2010.

³⁹⁸ Espressione utilizzata da P. Degli Esposti, *La contraddizione della personalizzazione di massa all'interno delle logiche di prosumerismo*, in *Cultura e comunicazione*, n. 1/2011, p. 26 ss.

nell'ottica di esaltare l'individuo e le sue conoscenze, caratteristiche queste non possedute nella società in cui la tipicità era il mero consumo di massa.

L'attore presente sullo scenario della Rete non ha dunque un ruolo già pre-assegnato, ma solamente "ibrido" poiché è questa modalità di rappresentazione ad essere in grado di descrivere la dinamicità del rapporto tra le parti operanti in questo contesto³⁹⁹.

La forma di attivismo nel ruolo dell'utente di Internet ha dato vita a delle trasformazioni nelle modalità di creazione, organizzazione e gestione del flusso informativo, vale a dire a quella che dalla dottrina statunitense è stata definita "*common-based peer production*"⁴⁰⁰, una produzione tra pari basata su forme collaborative e di condivisione decentralizzata: tra gli esempi più significativi delle forme di attivismo consumeristico è possibile segnalare l'avvento di Wikipedia, che sorge come progetto dell'elaborazione di un'enciclopedia collaborativa, in cui ciascun utente può contribuire – senza il pagamento di alcun canone o tariffa – alla creazione di contenuti online, accedendo liberamente all'unico fine di diffondere informazione in Rete; parallelamente un altro strumento favorevole all'implementazione del ruolo di *prosumer* dell'utente è caratterizzato dall'emersione dei sistemi tesi alla valutazione di un prodotto o di un servizio, che assumono sempre maggior peso nelle piattaforme online e di cui si avrà modo di approfondire nel proseguo.

Gli aspetti sin qui segnalati costituiscono un'evidente dimostrazione dell'influenza di Internet nell'accrescimento delle libertà individuali, grazie alla riduzione delle distanze materiali e geografiche, oltreché alla facilità di accesso all'informazione, alla comunicazione e alla conoscenza. Rileva inoltre la sempre maggiore autonomia dell'individuo da un potere gerarchico e burocratico.

³⁹⁹ A. Quadra, *Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy. Prestatori di servizi e prosumers: primi spunti*, in *Europa e diritto privato*, n. 2/2017, pp. 670- 672. Nel nostro ordinamento, invece, il *prosumer* trova definizione giuridica solo con riferimento ad un settore peculiare, vale a dire quello dell'autoproduzione dell'energia elettrica. In questo contesto è l'Autorità competente – l'AEEGSI – che in una delibera del 2014 lo definisce come un soggetto che è «al contempo produttore e cliente finale di energia elettrica», una figura che differisce sia dal consumatore poiché svolge un'attività produttiva, sia dal cliente finale che acquista energia elettrica o gas naturale per conto proprio. Ed è proprio il cliente finale la figura a cui è equiparato il *prosumer*, poiché trattasi di un soggetto sul quale grava la situazione di asimmetria informativa. M. Maugeri, *Elementi di criticità nell'equiparazione, da parte dell'AEEGSI, dai "prosumer" ai "consumatori" e ai "clienti finali"*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 7-8/2015, p. 406 ss.

⁴⁰⁰ Cfr. Y. Benkler, *From Consumers to Users*, cit., p. 563 ss.

Venendo al secondo profilo del binomio – quello del potere – il panorama della Rete si sviluppa su un doppio binario: pubblico e privato. Nonostante l’asserita libertà di Internet, essa deve essere controbilanciata dalla presenza di due influenti attori, vale a dire lo Stato e i soggetti di natura privata che in misura sempre più consistente hanno assunto un ruolo centrale nella realtà virtuale del web. La dottrina distingue diversi modelli di *governance* in questo ecosistema: il primo – già visto in relazione al profilo della libertà – è costituito da un naturale e spontaneo assetto ordinatorio del cyberspazio, basato sull’idea di un autogoverno della Rete, quale “reame delle libertà individuali”. Ciò è in linea con le proclamazioni di J. P. Barlow sulla natura libertaria – quasi anarchica – di una rete di comunicazione che non può in alcuna misura essere controllata imponendo una sovranità sui luoghi digitali.

Il secondo modello riguarda, invece, la presenza di istituzioni transnazionali e di organizzazioni internazionali che trascendono le singole nazioni e ciò si giustifica anche in virtù della natura di Internet, la quale intrinsecamente supera i confini geografici nazionali: si tratta di cooperative quasi-private od organizzazioni internazionali basate su accordi intercorrenti tra governi nazionali⁴⁰¹. Il terzo modello è quello che più interessa il profilo ivi affrontato e consiste nei tentativi dei governi nazionali di inquadrare il fenomeno di Internet fornendo degli spunti per una regolazione di tipo giuridico. La proclamazione della piena libertà della Rete che

⁴⁰¹ Più precisamente accanto al primo modello di ordine spontaneo e indipendente rispetto a qualsivoglia tipo di controllo di ciascuna singola nazione, si è fatta strada l’idea per cui Internet dovrebbe essere governato da speciali istituzioni transnazionali al di fuori del controllo di governi nazionali. Tali istituzioni dovrebbero, invece, rispondere direttamente alla comunità di Internet o al più ad un *network* specializzato di ingegneri. A tal proposito, si fa riferimento a peculiari enti, vale a dire ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) e IETF (*Internet Engineering Task Force*), istituzioni speciale che rifiutano l’idea della necessità di un controllo governativo delle nazioni. Queste due istituzioni non sono create da trattati e rappresentano modelli organizzativi opposti al tri presenti sulla scena internazionale, ad esempio la *World Intellectual Property Organization* (WIPO) e la *International Telecommunication Union* (ITU). ICANN e IETF hanno una struttura complessa e un carattere non-profit, con un consiglio di amministrazione auto-selezionato e continuativo. Non si tratta, pertanto, di enti governativi. Nonostante vi sia un rapporto peculiare con il Dipartimento del Commercio statunitense, per via delle ragioni fondative di tale organizzazione, non è possibile definire ICANN come un mero ente derivato da un’origine governativa. Infatti lo statuto di ICANN prevede l’affermazione di un nucleo centrale di valori tesi a garantire la stabilità operativa del sistema, la sua affidabilità, la sicurezza e l’interoperabilità globale all’interno di Internet. Si tratta principalmente di imperativi tecnici che riflettono le sue origini di *community* formata da un *network* specializzato di ingegneri con l’obiettivo di preservare gli ideali della cooperazione rispetto alla pressione posta in essere dai competitivi meccanismi di mercato. Un approccio che rappresenta un tentativo di assicurare l’autonomia di Internet, in considerazione dell’indipendenza dell’organo e della sua natura non-governativa, nonostante i tentativi delle organizzazioni internazionali – tra cui ITU – di imporre la loro influenza su ICANN. Cfr. L. B. Solum, *Models of Internet Governance*, in *Public Law Research Paper NO. 07-25*, (2008), pp. 56-60.

nella prima fase del suo sviluppo riguardava uno spazio interamente accessibile e autoregolamentato non deve ingannare⁴⁰²: l'evoluzione di Internet ha reso questo strumento indispensabile dal punto di vista economico, culturale e sociale delle società democratiche⁴⁰³ e come tale bisognoso di regole. La crescita esponenziale della Rete - influente su molteplici aspetti - ha portato con sé la pretesa degli Stati nazionali di riaffermare un controllo legale e politico sullo strumento⁴⁰⁴, facendo valere «antiche prerogative, di continuare a considerare la rete come l'oggetto del desiderio delle sovranità esistenti», le quali rimangono però incompiute in considerazione della impossibilità materiale di incasellarla in formalizzate strutture giuridiche per via della sua stessa inafferrabile natura in continuo mutamento.

Si è discusso lungamente per mettere ordine alla “nebulosa” del cyberspazio con proposte che hanno tentato di definirne gli snodi essenziali: ciò è avvenuto per

⁴⁰² Così S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 379.

⁴⁰³ Cfr. A. Maserà, G. Scorza, *Internet*, cit., p. XII.

⁴⁰⁴ A questo proposito si possono portare alcuni casi paradigmatici di approccio alla regolazione della Rete e diametralmente opposti. Il primo esempio è rappresentato dalla Repubblica Popolare Cinese, la quale ha assunto sul tema un atteggiamento quantomeno repressivo delle istanze libertarie di Internet. L'architettura della Rete è, infatti, costituita da una politica peculiare nei confronti della sua regolazione, costituita da un monopolio governativo sulle connessioni e sull'accesso ad Internet per mezzo di *networks* e *internet service providers*. L'accesso è infatti ristretto e possibile esclusivamente da canali di carattere nazionale secondo quanto previsto ai sensi del *Computer Information Network and Internet Security, Protection and Management Regulations* del 1997. Sono poi elencati una serie di materiali illegali e pertanto non accessibili da Internet, tra cui i materiali sovversivi che attentano al potere dello Stato socialista; quelli che danneggiano l'unità nazionale e lesivi dell'ordine pubblico; i materiali che hanno il fine ultimo di propagare delle forme di superstizioni feudali; quelli legati al mondo pornografico, alla violenza o al gioco d'azzardo; ancora i contenuti diffamatori o che violano la Costituzione. Perseguendo tali fini, sono molti i siti - anche internazionalmente conosciuti - ad essere bloccati dal Ministero della Pubblica Sicurezza. Il controllo delle connessioni fisiche della Rete accentrate in capo al Governo equivale ad avere la possibilità di impedire l'accesso ad innumerevoli contenuti considerati offensivi o lesivi dei principi su cui la Repubblica si fonda, al punto della creazione di quello che è stato definito “*The Great Firewall*” cinese. D'altra parte, invece, nonostante il panorama democratico dell'ambito statunitense non paiono affievolirsi i tentativi di regolazione della Rete. Qui la democrazia liberale si è impegnata in una sorveglianza di massa dei propri cittadini, poi sfociata nel noto caso *Snodwen* riguardante il programma *Prism* e in tema di *data retention* si è pronunciata anche la Corte di giustizia dell'Unione europea. All'epoca lo stesso Presidente degli Stati Uniti aveva ammesso l'impossibilità di accettare delle prassi della *National Security Agency* in relazione al massivo e illegittimo trattamento dei dati da parte dei cittadini. Sul punto relativo a modelli di *governance* di Internet si fa riferimento a L. B. Solum, *Models of Internet*, cit., p. 68 ss. Con riguardo agli approcci della regolazione di Internet e sulla questione inerente la sorveglianza di massa, si veda per tutti A. Daly, *Private Power*, cit. p. 18 ss.; A. Giattini, *La tutela dei dati personali davanti alla Corte di giustizia UE: il caso Schrems e l'invalidità del sistema di “approdo sicuro”*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2016, pp. 247- 254; M.L. Flóres Rojas, *Legal implication after Schrems case: are we trading fundamental rights?*, in *Information & Communication Technology Law*, n. 3/2016, pp. 292- 309; L. Lyon, *Surveillance, Snowden and Big Data: Capacities, Consequencies, Critique*, in *13 Big Data and Society* (2014), p. 2 ss.

mezzo dell'idea di una Carta dei diritti per il cyberspazio, ribattezzata più genericamente con il nome di *Internet Bill of Rights*⁴⁰⁵.

Un esempio concreto è presente nel contesto italiano: risale al 2015, la redazione di una Dichiarazione dei Diritti in Internet elaborata su proposta della Commissione per i diritti e i doveri in Internet istituita presso la Camera dei deputati dall'allora presidente Laura Boldrini e dal professore Stefano Rodotà, il quale già nel 2005 lanciò l'idea della redazione di una Costituzione di Internet all'*Internet Governance Forum* di Tunisi⁴⁰⁶. Una Dichiarazione che rappresenta un'assoluta novità dal punto di vista giuridico, poiché trattasi di una proposta derivante da un soggetto istituzionale e non da singoli studiosi, associazioni, imprese o gruppi di *stakeholders*, impegnati a dare nuovi spunti di lettura tecnici e relativi ai fatti concreti.

Essa «costituisce uno strumento indispensabile per dare fondamento costituzionale a principi e diritti nella dimensione sovranazionale»⁴⁰⁷, fondata sul pieno riconoscimento di libertà, uguaglianza, dignità di ogni individuo.

In una rinnovata dimensione digitale diventa essenziale l'attenzione ai diritti per stabilire lo sviluppo che la Rete deve avere al fine di controbilanciare la logica di

⁴⁰⁵ L'*Internet Bill of Rights* non è concepito da chi lo promuove come mera trasposizione del tradizionale assetto delle convenzioni internazionali o dai percorsi di costituzionalizzazione storicamente conosciuti. Il riferimento all'espressione *Bill of Rights* è stata utilizzata in senso simbolico per evidenziare non tanto la limitazione della libertà in Rete, ma una sua rivitalizzazione per mantenerne quella che è l'essenza. A tale fine sono necessarie delle garanzie "costituzionali" che operino conformemente alla natura della Rete, affinché l'affermazione dei principi e dei diritti in questo contesto sia il frutto della partecipazione di una molteplicità di soggetti che svolgano un intervento di tipo attivo. Si tratta, insomma, di un continuo confronto tra pari all'interno di una costruzione non più meramente verticale, ma di matrice orizzontale. Cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 418-419.

⁴⁰⁶ L'*Internet Governance Forum* è un luogo di incontro multilaterale e "multi-stakeholder" promosso dalle Nazioni Unite, nel quale è possibile discutere i principali temi inerenti la *governance* di Internet, comprese le regole, le procedure, le infrastrutture e i programmi che determinano l'evoluzione e il funzionamento della Rete. Gli aspetti trattati non riguardano questioni meramente tecniche, ma anche economiche, sociali oltreché giuridiche. In questo contesto i governi, gli organismi privati e la società civile hanno l'obiettivo di delineare delle linee guida alla luce delle istanze democratiche e dei principi di partecipazione e trasparenza. Non si tratta di un organismo con particolari poteri decisionali, ma presenta delle declinazioni nazionali che consentono di chiarire snodi problematici sulle politiche relative alla Rete, favorendo la creazione di gruppi di lavoro aperti e informali che elaborano delle proposte su tematiche digitali di varia natura con la sola possibilità di emanare raccomandazioni che i singoli governi nazionali potranno seguire.

⁴⁰⁷ Così *Dichiarazione dei diritti in Internet*, approvata il 14 luglio 2015 dalla Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet e pubblicata in data 28 luglio 2015. Consultabile al sito: https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/dichiarazione_dei_diritti_in_ternet_pubblicata.pdf.

mercato: qui essa sovrasta indomata e gradualmente non lascia spazio ad altro, se non allo scambio economico.

Ed è a partire da un più ampio scenario europeo che la proposta italiana sui diritti di Internet ha avuto modo di emergere, con lo scopo di garantire e di riaffermare il fondamento costituzionale della protezione dei dati personali che trova spazio nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea all'art. 8⁴⁰⁸.

L'obiettivo ultimo è stato quello di assicurare il funzionamento democratico istituzionale anche nella dimensione digitale⁴⁰⁹ per evitare la prevalenza di poteri pubblici o privati che possano portare alla creazione di una società della sorveglianza, del controllo e della selezione sociale. Ciò indica un tentativo regolatorio, senza però reprimere le istanze libertarie su cui lo strumento della Rete si fonda, in modo da promuovere la partecipazione individuale delle persone e della collettività ai processi democratici, così come l'eguaglianza sostanziale.

Alla luce dei fini sinora esposti, la Dichiarazione dei diritti di Internet si compone a livello contenutistico di una rassegna di 14 articoli che esprimono i principali fondamenti su cui si basano i diritti della Rete. I più rilevanti tra di essi – seppur non oggetto del presente lavoro di ricerca – devono essere quantomeno elencati ai fini di una panoramica più completa della proposta avanzata e assunta a livello esemplificativo per descrivere i tentativi di riordino giuridico della “nebulosa” digitale.

⁴⁰⁸ Il riferimento va all'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000/C 364/01), proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza, che sin dal 2007 – con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – ha assunto valore giuridico dei trattati e pertanto pienamente vincolante per le istituzioni europee e per gli Stati membri. L'art. 8 della Carta statuisce che: «Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente».

⁴⁰⁹ Il tema del rapporto tra Internet e la democrazia è affrontato nel dettaglio da S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 413 ss.; Id., *Tecnopolitica*, Bari, 1997, p. 79 ss. L'a. fa diffusamente riferimento alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione come elementi che seppur nuovi nello scenario globale non possono in alcuna misura prescindere da una dimensione democratica, definita in primo luogo dalla “trama” dei diritti, fondamentale per stabilire il terreno su cui la Rete evolve. In questo nuovo “spazio planetario” è, infatti, facile che sia il mercato a prevalere rispetto alle istanze personalistiche e per questo è necessario individuare una supremazia di tali diritti, per evitare delle forme di “bilanciamento” di interessi che si traducano, in ultima istanza, nella prevalenza di quelli che a livello materiale risultano più forti o strutturati.

Uno tra i più significativi è il diritto di accesso ad Internet⁴¹⁰ che favorisce l'esercizio di altri diritti fondamentali, tra cui la libertà di espressione, il diritto ad informare e ad essere informati, alla libertà di impresa e di innovazione, alla libertà di associazione⁴¹¹. Diritti che già sono saldamente imperniati nelle radici costituzionali delle democrazie liberali. Basti a questi fini il riferimento – nel contesto italiano – all'art. 21 della Costituzione, che afferma il diritto alla libera manifestazione del pensiero attraverso «qualsiasi mezzo di diffusione» con una portata ancora più rilevante in Rete, una “libertà preziosa”⁴¹² che costituisce pietra miliare anche nel mondo virtuale. Infatti comunicazione, informazione e condivisione delle idee – liberamente capaci di essere espresse – costituiscono le principali forme che giustificano l'accesso ad Internet.

Altro basilare diritto è rappresentato dalla c.d. *net neutrality*⁴¹³, espressione che identifica la trasposizione del diritto di eguaglianza nello spazio digitale e che si riferisce alla concezione di una “rete neutrale” come principio cardine dell'arena virtuale, che garantisce una condizione necessaria della Rete affinché l'individuo che vi accede non subisca alcun tipo di discriminazione: non solo è presente un diritto di accesso ad Internet, ma anche la possibilità di scambio dei dati e delle informazioni senza restrizioni o interferenze e a parità di condizioni.

Fondamentale per comprendere il rapporto tra libertà e autorità nel contesto della Rete è il diritto all'anonimato⁴¹⁴, che prevede la possibilità per ogni persona di comunicare elettronicamente anche in forma anonima nell'esercizio delle proprie libertà civili e politiche. Diritto questo ispirato dall'art. 12 della Dichiarazione

⁴¹⁰ *Dichiarazione dei diritti di Internet*, art. 2: «1. L'accesso ad Internet è diritto fondamentale della persona e condizione per il suo pieno sviluppo individuale e sociale. 2. Ogni persona ha eguale diritto di accedere a Internet in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e aggiornate che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale. 3. Il diritto fondamentale di accesso a Internet deve essere assicurato nei suoi presupposti sostanziali e non solo come possibilità di collegamento alla Rete [...]».

⁴¹¹ A. Masera, G. Scorza, *Internet e i nostri diritti*, cit., p. XIII.

⁴¹² Così S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 409.

⁴¹³ *Dichiarazione dei diritti di Internet*, art. 4: «Ogni persona ha il diritto che i dati trasmessi e ricevuti in Internet non subiscano discriminazioni, restrizioni o interferenze in relazione al mittente, ricevente, tipo o contenuto dei dati, dispositivo utilizzato, applicazioni o, in generale, legittime scelte delle persone. 2. Il diritto ad un accesso neutrale ad Internet nella sua interezza è condizione necessaria per l'effettività dei diritti fondamentali della persona [...]».

⁴¹⁴ *Dichiarazione dei diritti di Internet*, art. 10: «Ogni persona può accedere alla rete e comunicare elettronicamente usando strumenti anche di natura tecnica che proteggano l'anonimato ed evitino la raccolta di dati personali, in particolare per esercitare le libertà civili e politiche senza subire discriminazioni o censure [...]».

universale dei diritti dell'uomo del 1948, posta a tutela della riservatezza dell'individuo⁴¹⁵. Di certo la questione dell'anonimato in rete è a dir poco spinosa, ancor più se si pensa alle problematiche che da essa possono derivare: se da un lato la *ratio* giustificatrice riguarda la tutela della riservatezza; dall'altro l'affermazione di un tale diritto lascia spazio all'emersione di derive patologiche. Una fra tutte – ma non la sola – è nota nell'ambito dei sistemi reputazionali: come è emerso dalla disamina giurisprudenziale sono presenti innumerevoli casi in cui il carattere lesivo delle recensioni online anonime produce considerevoli risvolti negativi sulla reputazione economica dell'imprenditore, poiché ad essere preferito è un modello in cui sussiste una prevalenza nel riconoscimento del principio di liceità dell'anonimato⁴¹⁶, favorendo, quindi, la libertà di espressione dell'utente e, alle volte, a discapito del diritto alla reputazione⁴¹⁷.

Delle limitazioni legittime sono, poi, previste laddove la necessità di individuare l'identità di un utente derivi dalla tutela di interessi pubblici rilevanti e anche nel caso in cui tali restrizioni siano proporzionate rispetto alle leggi su cui una società democratica è fondata. Tale identificazione, inoltre, può avvenire solo quando le ragioni giustificatrici siano supportate da un provvedimento

⁴¹⁵ Il riferimento è alla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo proclamata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948. Art. 12: «Nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesione del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni».

⁴¹⁶ Ciò risulta conforme alla natura di Internet e ai caratteri di democraticità che presenta, al fine di incentivare uno scambio il più possibile autonomo, libero e decentrato di idee e della circolazione di informazioni. Uno strumento quello dell'anonimato che deve considerarsi fondamentale per due ordini di ragioni: in primo luogo, consentire la libera manifestazione del pensiero dell'individuo, tutelato – in tale maniera – dalla possibilità di essere ostacolato nella libertà di esprimere il proprio pensiero all'interno della realtà offline; in secondo luogo, poi, l'anonimato permette all'individuo di creare un'identità alternativa e “fluida”, in cui il soggetto è libero da ogni vincolo del mondo fisico per lasciare spazio a quello che è stato definito un vero e proprio “gioco delle identità”. In sostanza l'anonimato risulta indispensabile per l'esplicazione della propria libertà di opinione; ciò è ancora più rilevante nella realtà di Internet, dove in qualche misura si realizza l'utopia di un *marketplace of ideas* di tipo perfetto che non può essere sottoposto a compressioni ingiustificate, in quanto *vulnus* delle garanzie costituzionali tipiche dei Paesi democratici. Così G. Resta, *Anonimato, responsabilità, identificazione*, cit., p. 173 ss.

⁴¹⁷ Più dettagliatamente sul tema dell'anonimato in Internet si vedano *ex multis* e senza alcuna pretesa di completezza: K. D. Watson, *The Tor Network: A Global Inquiry Into the Legal Status of Anonymity Networks*, in *11 Washington University Global Studies Law Review* (2010), p. 715 ss.; G. Finocchiaro, voce *Anonimato*, cit.; P. Ohm, *Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization*, in *57 UCLA Law Review* (2010), p. 1701 ss.

legittimamente motivato e preveniente dall'autorità giudiziaria⁴¹⁸. In questo modo la Commissione di studio ha cercato di porre in essere un bilanciamento tra l'anonimato online e le situazioni lesive derivanti da comportamenti illeciti nell'utilizzo di questo strumento: in tutti questi casi l'intervento di regolamentazione di Internet per la tutela di interessi pubblici o privati vede quale principale contraltare quello del diritto alla libertà di espressione. Principio quest'ultimo costituente il cardine nelle democrazie liberali, che tipicamente ne ammettono la garanzia: negli Stati Uniti, ad esempio, è presente un *software* che permette di tutelare le attività individuali della Rete, assicurando in capo a chi lo utilizza l'anonimato e usato in misura maggiore per la salvaguardia dal pericolo di incorrere in azioni illecite, quali ad esempio furti di identità digitale, raccolta di informazioni massive e sensibili da parte delle grandi aziende⁴¹⁹; in altri contesti come quello cinese la modalità di navigazione anonima appare irrealizzabile. Ed invero oltre all'accentrato controllo governativo in relazione all'accesso al web⁴²⁰, è previsto anche un ulteriore ostacolo alla libertà della Rete, costituita da una stringente vigilanza sulle identità immesse in Internet. L'Amministrazione cinese per il Cyberspazio⁴²¹, che vigila sulla Rete, ha diffuso - nel luglio 2015 - un nuovo regolamento che impone un sistema di identificazione online degli utenti mediante una registrazione con i nomi reali degli stessi, senza alcuna possibilità di inserire nickname di fantasia. L'esempio cinese è chiaramente in controtendenza rispetto ai principi guida che ispirano le democrazie occidentali sul tentativo di porre una regolazione del web.

⁴¹⁸ Con riguardo alle limitazioni previste della Dichiarazione dei diritti in Internet, l'art. 10 c. 2 prevede che: «Limitazioni possono essere previste solo quando siano giustificate dall'esigenza di tutelare rilevanti interessi pubblici e risultino necessarie, proporzionate, fondate sulla legge e nel rispetto dei caratteri propri di una società democratica [...]».

⁴¹⁹ Si fa riferimento al c.d. *Tor* (*The Onion Router*), un *software* nato da un progetto del Dipartimento della Difesa statunitense. Sul punto, A. Masera, G. Scorza, *Internet e i nostri diritti*, cit., p. 56.

⁴²⁰ In relazione a questo tema ha discusso ampiamente L. B. Solum, *Models of Internet*, cit., p. 68 ss.

⁴²¹ Si tratta di un organo fondato nel 2014 che si occupa in misura preponderante della regolazione, del controllo e della censura in Internet. W. Miao, W. Lei, *Policy review: The Cyberspace Administration of China*, in *Global Media and Communication*, n. 3/2016, pp. 337-340; R. Creemers, *The Pivot in Chinese Cybergovernance Integrating Internet Control in Xi Jinping's China*, in *China's Perspective*, n. 4/2015; pp. 5-13.

In questo scenario assai variegato, la Dichiarazione dei diritti di Internet non rappresenta che un primo approdo – quantomeno nel panorama italiano – del dibattito relativo alla dimensione democratica di norme, principi, regole e procedure decisionali tese a seguire l'evoluzione di Internet. Il fine ultimo di strumenti di regolazione elaborati a livello nazionale⁴²² riguarda, in particolare, la necessità di trasparenza e di responsabilizzare il mondo digitale, ponendo i cardini di base di un assetto che nasce con una natura aperta, tendenzialmente frammentata e la cui influenza nella vita economica e sociale, crea ardue sfide a livello giuridico oltretutto politico.

Le riflessioni svolte finora restituiscono un quadro più chiaro del rapporto esistente tra libertà e potere degli Stati sulla regolamentazione della Rete, che per via della loro sovranità e dei loro intrinseci confini mostrano degli elementi di diversificazione nei tentativi di disciplinare, in qualche misura, alcuni specifici aspetti di Internet. Il tutto supportato sullo sfondo da un sistema di direttive, accordi, protocolli internazionali che riportano il fenomeno da un mero piano nazionale a quello a cui effettivamente appartiene, vale a dire una dimensione transnazionale: Internet nasce, infatti, come spazio senza confini e senza restrizioni derivanti dalle singole pretese di sovranità di ciascuno Stato nazionale.

⁴²² Uno tra i primi significativi esempi di “Costituzione di Internet”, posta a livello istituzionale è rappresentato dal Brasile, in cui nel 2014 è entrato in vigore il c.d. *Marco Civil da Internet*, una legge approvata dalla Camera e dal Senato brasiliani all'unanimità. Il progetto di legge – poi diventato fonte nell'ordinamento – si poneva l'ambizioso obiettivo di disciplinare questioni problematiche derivanti dall'uso della Rete: si compone di 32 articoli che statuiscono i diritti, i doveri, le garanzie sulla dimensione del web in Brasile. Tutto l'impianto è improntato su un principio fondamentale tipico delle democrazie liberali, vale a dire la libertà di espressione. Qui si afferma, inoltre, la natura libera e decentrata della Rete e la difesa della *privacy*. Un testo che fa da apripista alle altre proposte nazionali che si pongono lo scopo di regolare Internet e che si pone come mero modello a cui ispirarsi, non essendo possibile applicarlo effettuando una mera trasposizione dei suoi contenuti in altri Paesi. E ciò è giustificato dal fatto che la legge brasiliana non ha sancito il principio di salvaguardia della neutralità di Internet; altro elemento che non ha consentito una totale idoneità dello strumento ad essere trapiantato in sé e per sé in altri sistemi giuridici è per esempio rappresentato dalla risoluzione dei casi di diffamazione sul web, affidati a tribunali speciali già esistenti che utilizzano procedure standardizzate semplificate per una celere risoluzione delle controversie, al più entro 24 ore. Cfr. A. Maserà, G. Scorza, *Internet*, cit., p. 91 ss. Più dettagliatamente sulla disciplina stabilita dal *Marco Civil da Internet*, si fa riferimento a I. F. Barreto J., D. César, *Marco Civil da Internet e neutralidade da rede: aspectos jurídicos e tecnológicos*, in *Revista Eletronico do Curso de Direito*, n. 1/2017, pp. 65-78; F. Corrado, *La disciplina della data protection in Brasile e l'introduzione della legge n. 12.965/14, c.d. Marco Civil da Internet*, in *Diritto, mercato, tecnologia*, 24 novembre 2015, consultabile al sito: <https://www.dimt.it/index.php/it/dirittidellapersona/14406-68la-disciplina-della-data-protection-in-brasile-e-l-introduzione-della-legge-n-12-965-14-c-d-marco-civil-da-internet>.

Nella dicotomia libertà-potere che caratterizza l'ecosistema di Internet non si presenta solo il continuo conflitto tra la necessità di libertà e la pretesa di dare effettività ad una regolazione da parte degli Stati. Questo contesto è contraddistinto anche da un terzo polo, costituito dai c.d. "poteri privati": si tratta dei grandi «signori dell'informazione» come li ha definiti Stefano Rodotà⁴²³ nel descrivere la pluralità di attori che popolano la Rete.

La privatizzazione di Internet è iniziata abbastanza presto, le grandi imprese del settore commerciale – tra le principali, elencate a solo a titolo esemplificativo, è possibile annoverare Amazon, Google, Facebook, Yelp – sono risalenti nello scenario digitale, ma solo a partire dall'affermazione del web 2.0 esse hanno imposto la loro influenza pervasiva, nel momento in cui gli utenti hanno iniziato ad avere una maggiore libertà di creazione di contenuti online in una dimensione non gerarchica di scambio tra pari. Ed è proprio questa dimensione *peer-to-peer* ad essere via via implementata dalle grandi imprese che operano online in qualità di piattaforme digitali fornitrici di beni e servizi e che oggi assumono uno *status* quasi monopolistico nei mercati in cui rispettivamente operano.

La realtà virtuale odierna si presenta sempre più "regolata" da soggetti privati, non controllabili e privi di qualsivoglia legittimazione democratica, che gestiscono un'ampia quantità di dati ottenuti dal c.d. «lavoro del consumatore», espressione utilizzata dalla sociologa Marie-Anne Dujarier nel descrivere le nuove dinamiche della produzione di beni o servizi consumeristici, in cui entra di diritto la coproduzione dell'individuo⁴²⁴. Il consumatore diventa, quindi, soggetto che partecipa attivamente nell'agorà telematica, riportando la propria esperienza consumeristica e che al tempo stesso produce valore sul mercato.

⁴²³ Così S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 417.

⁴²⁴ Cfr. M. A. Dujarier, *Il lavoro del consumatore*, Milano, 2009. L'a. affronta l'analisi da un punto di vista della sociologia del lavoro, descrivendo la centralità che oggi ha acquisito la coproduzione nelle strategie di imprese che mettono "al lavoro" il consumatore in diverse fasi della creazione di valore. Il consumatore, insomma, nel suo nuovo ruolo di *prosumer* contribuisce alla creazione e all'evoluzione dei settori di mercato in cui si adopera non solo a consumare, ma anche a produrre. Nel mondo online, il riferimento è per l'appunto ai contenuti direttamente *user-generated*. Si tratta, quindi, di una forma di *consumer empowerment*: da qui il concetto "lavoro del consumatore", una forma *sui generis* di lavoro, non necessariamente sollecitato, ma che può presentarsi come un'attività amatoriale, il cui beneficio dell'utente-consumatore può anche essere semplicemente costituito dalla dimostrazione di una propria abilità, di una conoscenza dilatando la propria autonomia verso il mondo della produzione; non necessariamente assume risvolti di tipo monetario. Sulla relazione tra consumo e prosumerismo si fa riferimento a R. Bartoletti, R. Paltrinieri, *Consumo e Prosumerismo in rete: processi di creazione di valore*, in *Sociologia della Comunicazione*, vol. 43, 2012, pp. 7-14.

La successiva evoluzione nell'architettura della Rete, è stata poi imperniata sull'emersione di modelli economici nuovi e basati sul concetto di "condivisione", divenuto oggi centrale: si è parlato, infatti, di economia della condivisione, ovvero di *sharing economy*⁴²⁵, definita già nel 2015 dall'*Oxford Dictionary* come «un sistema economico nel quale i beni o servizi sono condivisi tra privati gratuitamente o in cambio di una somma di denaro, tipicamente attraverso internet»⁴²⁶. Un modello che secondo una Comunicazione europea⁴²⁷ è contraddistinto da una facilitazione degli scambi, mediante piattaforme online, che creano un "mercato aperto" per l'uso temporaneo di beni o servizi forniti da privati⁴²⁸. Un concetto che – attualmente – è stato utilizzato per descrivere dinamiche differenti⁴²⁹: si tratta per l'appunto di un

⁴²⁵ Il tema della *sharing economy* è sconfinato e per tale ragione il presente lavoro di ricerca non ha alcuna pretesa di completezza in merito agli innumerevoli profili che contraddistinguono la sua definizione. Il concetto di *sharing economy* è stato ripreso in questa sede, al fine di dar conto dell'evoluzione dell'assetto di Internet: ed invero il riferimento ad essa è fondamentale perché nel mondo digitale è evidente la pervasiva azione delle piattaforme online, le quali implementano in misura sempre maggiore dei sistemi di monitoraggio diretto da parte degli utenti stessi. I due termini che individuano le principali manifestazioni della *sharing economy* corrispondono alla "collaborazione" e alla "condivisione". La prima fa riferimento ad una «forma intermedia tra reciprocità e scambio, quando più persone si mettono in rete per la realizzazione di un progetto da cui ognuno di loro trarrà un beneficio anche individuale». La seconda, invece, fa riferimento ad una «forma intermedia tra reciprocità e redistribuzione: un gruppo di persone mette in comune le risorse per la produzione di un bene o un servizio utile alla loro comunità». Sul punto, I. Pais, M. Manieri, *Il fenomeno della sharing economy in Italia e nel mondo*, in *Equilibri*, n. 1/2015, pp. 11-12. Sul tema, si vedano *ex multis* e senza pretesa di completezza: G. Smorto, *La tutela del contraente debole nella platform economy*, in *Giornale del diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 2/2018, pp. 423-443; Id., *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, n. 2/2015, pp. 245-278; R. Belk, *Sharing*, in *36 Journal of Consumer Research* (2010), p. 715 ss.; Y. Benkler, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *114 Yale Law Journal* (2004), p. 273 ss.

⁴²⁶ *Oxford Dictionary*, voce *Sharing Economy*: «An economic system in which people can share possessions, services, etc., usually by means of the Internet, e.g. The "sharing economy" is built on a supply-and-demand equation wholly alien to traditional media companies», consultabile al sito: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/sharing-economy>.

⁴²⁷ Il riferimento va alla COM (2016) 356 final, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Un'agenda europea per l'economia collaborativa del 2 giugno 2016, accessibile al sito <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-356-IT-F1-1.PDF>.

⁴²⁸ Ivi, p. 3.

⁴²⁹ A tal proposito, l'espressione *sharing economy* designa, dunque, un modello economico in cui ad essere condivisi sono sia beni che servizi, definito anche mediante altre espressioni che – seppur con lievi cambiamenti di significato – sono in qualche misura ricondotte nel suo alveo più generale. Si tratta in particolare dei termini *peer-to-peer*, *platform economy*, *economy on demand* o ancora *gig economy*. Non sempre è possibile distinguere nettamente i profili che contraddistinguono tali espressioni da quella più ampia di *sharing economy*, al punto che sempre più diffusa in dottrina è la sua accettazione.

In tale accezione il concetto di economia collaborativa indica «l'offerta di servizi *peer-to-peer* da soggetti non professionisti mediante piattaforme online, gestite da imprese quasi del tutto prive di infrastrutture e di lavoratori propri». G. Smorto, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, cit., p. 252. Dunque, il tratto distintivo consiste nel potere economico delle due parti, che appare più omogeneo e la relazione tra i pari diventa decisamente più equilibrata rispetto a quella tradizionalmente intercorrente tra professionista e consumatore. In questa sede occorre – seppur in

“ambiente economico nuovo” che porta ad un ripensamento strutturale dei rapporti tra economia e società, fondato sulla base di un’inedita modalità di produzione e scambio, vale a dire quella *crowd-based*, in cui l’offerta di informazioni è elaborata da parte di soggetti non professionisti⁴³⁰.

La *sharing economy* si configura come fenomeno complesso e presenta molteplici sfaccettature⁴³¹, tra le quali occorre delineare la peculiarità offerta ai soggetti non professionisti di agire sul mercato come attori economici: il tutto si basa sulla logica *peer-to-peer*, che consente la proliferazione dell’economia dell’informazione, riducendo il rischio di fallimenti del mercato. Invero, dati e

misura marginale – dar conto anche di una diversa impostazione nell’analisi della *sharing economy*. Un diverso tentativo di messa a fuoco della disciplina è suggerito da A. Somma, E. Mostacci, *Il caso Uber. La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Milano, 2016, pp. 187- 190. Qui gli autori affrontano dettagliatamente peculiari aspetti del fenomeno Uber, spesso ricondotto – almeno *latu sensu* – tra le pratiche organizzative collaborative. La critica ivi mossa porta all’impossibilità di annoverare questa piattaforma all’interno dei nuovi modelli organizzativi, distinguendo invece la sua appartenenza nella c.d. *on demand economy* o, ancor meglio, nella *gig economy*, formule queste ultime che pongono in luce un’immediatezza nella descrizione delle caratteristiche principali dell’oggetto di studio. Diversamente la locuzione più vaga e ampia di *sharing economy*, non sarebbe in grado inglobare il fenomeno analizzato. Ed invero la novità fornita dalla realtà digitale consiste nella possibilità di agevolare gli scambi, grazie all’avvento di tecnologie informatiche che consentono l’accesso ad una grande mole di informazioni, la riduzione di asimmetrie informative, l’abbattimento dei costi transattivi e ancora il raggiungimento di una notevole platea di individui, prima inimmaginabile. Nonostante ciò – a detta degli autori – non pare essere giustificato il riferimento alla *sharing economy* nel caso di specie, poiché essa nel suo significato originario presupporrebbe un ulteriore dato da considerare nelle riflessioni che vi fanno capo, vale a dire la finalità sottesa alla scelta di mettere a disposizione di altri soggetti delle risorse sottoutilizzate. Oltre a rilevare la logica di profitto insita nella piattaforma collaborativa oggetto di analisi, altro elemento distintivo è nella titolarità del bene in condivisione: esso deve considerarsi dapprima destinato alla soddisfazione del soggetto dividente. Insomma, in questa prospettiva, è difficile ammettere la presenza della *sharing economy* nell’attività di Uber, in quanto quest’ultima non è svolta al fine primario della condivisione, al contrario essa – se emerge – è solo secondaria: la corsa, infatti, verrà posta in essere solo se programmata. In tale ottica, gli autori assumono primariamente che il concetto di *sharing economy* non sia in grado di inquadrare correttamente il caso Uber; secondariamente che tantomeno sia possibile usare le formule di economia collaborativa, *gig economy* o ancora *economy on demand* in misura alternativa per descrivere gli odierni fenomeni che si affermano nella realtà di Internet. In questo senso Uber altro non è che un «segmento *low cost* del trasporto pubblico non di linea, che consente ai suoi clienti spostamenti a condizioni economiche particolarmente favorevoli. Ottenute però in cambio di regole pressoché assenti per la tutela dei consumatori e soprattutto dei lavoratori». Ed è in questa misura che determinati comportamenti non possano inquadrarsi in senso stretto nello schema della condivisione. L’orientamento appena descritto sembra porsi in linea con l’idea per cui possa esservi condivisione solo laddove ci si discosti da qualsivoglia forma di remunerazione e al di fuori delle logiche di mercato. Ai fini di una maggior chiarezza espositiva, è stato necessario darne conto per segnalare l’esistenza di una interpretazione alternativa in merito alla definizione di *sharing economy*, così come fornita da parte della dottrina che si è occupata di indagare questo fenomeno emergente nella Rete.

⁴³⁰ Cfr. G. Smorto, *Regulating (and Self-regulating) the Sharing Economy in Europe: An Overview*, in M. Bruglieri (ed.), *Multidisciplinary Design of Sharing Services*, Milano, 2018, p. 112.

⁴³¹ Sul punto, al fine di identificare più dettagliatamente i profili di interesse che coinvolgono la *sharing economy*, si fa peculiare riferimento al contributo di G. Smorto, *Verso la disciplina*, cit., in cui l’a. descrive minuziosamente i differenti profili che interessano il fenomeno in sé e per sé considerato per inquadrare le problematiche inerenti le pratiche collaborative.

informazioni presenti in Internet offrono un ricco e ampio spettro informativo fornito dagli stessi utenti mediante l'utilizzo di piattaforme, le quali sempre più frequentemente sono corrispondenti a «meccanismi di *governance*, centralizzati o diffusi, e per scopi, di profitto o di tipo sociale»⁴³².

Protagoniste sono quindi le piattaforme online, poteri privati il cui *business* è fondato principalmente sulla produzione di informazioni che l'utente inserisce a seguito della sua navigazione in Rete, diventando una vera e propria merce di scambio. Qui assume rilevanza il *prosumer*, soggetto che non presenta solo e unicamente caratteristiche positive, poiché la sua funzione nello scenario di Internet non può essere assunta in maniera acritica: occorre, invece valutarne le varie sfaccettature che lo contraddistinguono. Agli esordi della Rete, uno degli elementi centrali era per l'appunto l'aspirazione alla creazione di una maggiore autonomia dell'individuo con il fine ultimo di fornire una corretta, oltretutto abbondante informazione in nuovo scenario, in cui il consumatore – utente di Internet – era ormai in grado di selezionare in modo più attento i prodotti ed essere fautore di processi creativi di valore.

In sostanza sussisteva un tentativo di emancipazione da ricercare nei nuovi modelli di mercato elaborati dai poteri privati – le piattaforme – le quali promettevano prosperità, uguaglianza e l'implementazione di una società condivisibile e accessibile⁴³³, mediante il superamento delle vecchie logiche imperative imposte dai governi nazionali. In realtà la visione di Internet come «rete democratizzante, cosmopolita e destabilizzante dei poteri forti ha perso da tempo il suo fascino universale»⁴³⁴. Le piattaforme online hanno causato uno sconfinamento del potere dei privati. Da ciò deriva la bivalenza nell'accezione del *prosumer*, che in qualche misura manifesta una contraddizione degli utenti della Rete. Per un verso, le tecnologie implementate mediante la rivoluzione digitale hanno dato inizio al

⁴³² Cfr. G. Smorto, *Economia della condivisione e antropologia dello scambio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2017, p. 120.

⁴³³ Cfr. E. Morozov, *Silicon Valley: I signori del silicio*, Torino, 2017, p. XII.

⁴³⁴ Ivi, p. IX. Qui l'a. affronta in ottica fortemente critica l'azione svolta dalle piattaforme della *Silicon Valley*: Google, Facebook, Amazon, Twitter e le nuove piattaforme della *sharing economy* altro non sono che «l'ultima incarnazione del capitalismo», mascherato dietro la suadente retorica della rivoluzione digitale, che finisce per provocare un nuovo accentramento di potere economico nelle mani di quelli che Morozov definisce i c.d. "Signori del silicio". Potere che – nell'inseguire la logica del maggiore profitto possibile – è oggi affidato, spesso inconsapevolmente, a tali soggetti privati, che gradualmente si sostituiscono – eludendolo – al decisore pubblico.

processo di *empowerment* dell'utente-consumatore, in particolare mediante una «orizzontalizzazione del rapporto produttore-consumatore, con conseguente riduzione delle asimmetrie informative»⁴³⁵. Un ruolo, dunque, rafforzato dall'implementazione di un rapporto tra pari – per l'appunto definito *peer-to-peer* – che sembra fornire una nuova autonomia in capo al consumatore del web, più attivo e consapevole. Per altro verso – e di qui la contraddizione che inevitabilmente affligge la figura del *prosumer* – l'offerta di spazi di libertà sempre più ampi per gli utenti sembra in qualche modo illusoria, perché il continuo flusso di dati e di informazioni comporta indirettamente anche una maggiore sorveglianza da parte delle grandi piattaforme online, che in misura sempre più rilevante si sono affermate nella scena sociale ed economica. È evidente che l'assetto appena descritto restituisce l'immagine di un'architettura digitale lasciata quasi interamente alle logiche di mercato, gestite in misura predominante dalle condotte dei soggetti privati ivi operanti che inseguono principalmente il fine primario del profitto.

L'economia della condivisione porta con sé novità significative, perché trattasi di modelli organizzativi che consentono un'interazione diretta con l'erogazione di beni e servizi offerti sul mercato e che in precedenza erano esclusivamente lasciati a soggetti professionisti⁴³⁶. Questo profilo è necessariamente interconnesso con il ruolo e le eventuali responsabilità delle piattaforme online che intermediano tra domanda ed offerta⁴³⁷. Ed invero, l'evoluzione nel ruolo delle piattaforme online – a partire da quelle di *e-commerce* fino alle più attuali della *sharing economy* – ha avuto un peso fondamentale nell'obiettivo di risoluzione di alcuni fallimenti del mercato che ne affliggono determinati settori⁴³⁸. È in questa prospettiva che si fa via via spazio il rifiuto del classico “paternalismo legislativo”⁴³⁹ per la regolazione di questi nuovi modelli organizzativi, che impongono un sostanziale ripensamento delle attuali categorie giuridiche esistenti e del ruolo del diritto in questi peculiari ambiti economici.

⁴³⁵ Così P. Degli Esposti, *Essere prosumer nella società digitale. Produzione e consumo tra atomi e bit*, Milano, 2015, p. 88 ss.

⁴³⁶ G. Smorto, *Economia della condivisione*, cit., p. 136.

⁴³⁷ Ivi, p. 137.

⁴³⁸ Ibidem.

⁴³⁹ Così S. Rodotà, *Tecnopolitica*, cit., p. 154.

Tra i tentativi di risoluzione dei fallimenti di mercato da parte dei colossi del web dominanti sulla scena virtuale, è in primo luogo annoverata la correzione delle situazioni di asimmetria informativa. È proprio l'asimmetria informativa a costituire una delle cause più frequenti del mal funzionamento del mercato, provocando spesso degli effetti distorsivi. Ad esempio nel caso in cui l'informazione non sia disponibile in misura eguale tra il potenziale acquirente e il venditore di un bene e/o servizio. La riduzione di queste situazioni problematiche avviene, allora, ad opera del monitoraggio svolto dagli utenti della piattaforma, mediante degli strumenti di *self-regulation*⁴⁴⁰. Di qui è chiara l'evidente capacità delle piattaforme di mettere in relazione una smisurata mole di dati raccolti dalle tracce lasciate dagli utenti.

Il caso emblematico, a questo riguardo, fa specifico riferimento al fenomeno studiato nel presente lavoro di ricerca. È infatti sempre più frequente l'utilizzo di quelli che sin dall'inizio sono stati definiti sistemi reputazionali. Questi ultimi sono meccanismi ormai presenti in molte piattaforme online, che consentono la creazione di un clima di fiducia del mercato grazie alla diminuzione dei costi transattivi legati all'incertezza dei comportamenti altrui⁴⁴¹. Le piattaforme che li implementano sono, più nel dettaglio, quelle che svolgono funzioni di intermediazione – la cui analisi è stata affrontata specificamente nella descrizione delle dinamiche operazionali di Tripadvisor e di Yelp, valutando come la giurisprudenza italiana e statunitense abbia approcciato al loro funzionamento⁴⁴² – e quelle dell'economia collaborativa. La predisposizione di tali strumenti deriva sostanzialmente dallo scopo primario di riequilibrare i rapporti di forza tra le parti del mercato. Fondamentale in questo contesto è la fiducia a cui già si è fatto ampiamente riferimento nella parte dedicata ai profili socio-economici della reputazione: entrambi questi due elementi sono intrinsecamente connessi, in quanto la realizzazione di fiducia sul mercato è in larga parte costruita su una solida reputazione.

Ed è nell'ambito della Rete che la reputazione ha assunto una nuova centralità, grazie alla disseminazione di un'ingente numero di informazioni – per l'appunto reputazionali – lasciate ad opera del *prosumer*, che usufruisce di beni o servizi e al

⁴⁴⁰ G. Smorto, *Economia della condivisione*, cit., p. 137.

⁴⁴¹ G. Smorto, *Reputazione*, cit., p. 203.

⁴⁴² Sul punto, si fa peculiare riferimento alla disamina affrontata nel cap. 2 del presente lavoro di ricerca.

tempo stesso produce informazioni relative ad essi. I sistemi di reputazione generati direttamente dalle piattaforme online⁴⁴³ avrebbero, quindi, la pretesa di offrire un quadro informativo articolato⁴⁴⁴ di settori di mercato. Ciò avverrebbe con la riduzione dei costi transattivi, ma anche arbitrando eventuali momenti di conflitto tra le parti⁴⁴⁵: qui l'elemento reputazionale diventa un rilevante sostituto dei sistemi di attuazione dei diritti⁴⁴⁶ mediante la possibilità di ridurre la quantità di regolamentazione statale, valorizzando invece delle infrastrutture valutative decentralizzate di matrice reputazionale derivanti dalla *customer experience*⁴⁴⁷.

Se questa è la rappresentazione teorica dei sistemi reputazionali e il fine per cui sono emersi, molto diverso è lo scenario reale in cui si pongono: i contenuti ivi

⁴⁴³ Tra le piattaforme online è possibile individuarne un ingente numero, diviso sulla base dei settori a cui afferiscono. Nell'ambito dell'*e-commerce* offrono sistemi di *feedback* anche Ebay e Amazon; in ambito di servizi di *ride sharing* è possibile annoverare *Uber*; ancora in ambito di valutazione universitaria RateMyProfessor, usato in particolare nel circuito accademico statunitense; infine nel settore locativo Airbnb. Ma non mancano gli esempi di sistemi reputazionali sorti nella valutazione di alberghi, ristoranti e liberi professionisti. In particolare sul loro funzionamento è stata incentrata l'analisi di casi giurisprudenziali italiani e statunitensi: è questo il caso di Tripadvisor, Yelp e Avvo. Questa elencazione non è però esaustiva del catalogo di spazi online dedicati alla valutazione reputazionale, sono sempre più frequenti i siti web e le piattaforme che arricchiscono i propri spazi online con la possibilità per l'utente di esprimersi sull'esperienza vissuta.

⁴⁴⁴ G. Smorto, *Reputazione*, cit., p. 201.

⁴⁴⁵ Non è infatti raro che le piattaforme si dotino insieme ai meccanismi di feedback, anche di strumenti capaci di consentire la risoluzione privata tra le parti, nel caso in cui lo scambio di beni e servizi non sia andato a buon fine. A questo proposito occorre sottolineare che per assicurare l'effettività dei diritti dei consumatori e la soddisfazione dei propri bisogni consumeristici, sono sempre più presenti dei mezzi sofisticati e innovativi all'interno delle piattaforme di *e-commerce* basati in misura rilevante sulla reputazione dei venditori ivi presenti. Tali strumenti possono emergere in maniera spontanea o essere direttamente predisposti dalle piattaforme, con la funzione di rafforzare la posizione del consumatore e assicurare una maggiore ottemperanza da parte degli operatori economici nello svolgimento della loro attività. I *ratings* e i sistemi di *feedback* segnano un fondamentale tassello nel mercato perché incentivano alla costruzione di un clima di fiducia e diventano essenziali strumenti preordinati ad evitare eventuali controversie tra le parti. Aldilà della regolamentazione giuridica a favore dei consumatori, ciò che è evidente nel contesto del settore di *e-commerce* riguarda la centralità della fiducia del consumatore sulle esperienze altrì pari che si sono affidati a determinati operatori economici e sono stati soddisfatti da essa. Ciò permette di risolvere questioni problematiche in modo efficiente e veloce, perché consentono al consumatore di familiarizzare con i prodotti o i servizi offerti online ottenendo su di essi accurate informazioni. Strumenti che giocano, quindi, un ruolo considerevolmente proficuo nel medio e lungo termine per la riduzione del numero di dispute online. Cfr. A. E. Vilalta, *Reputational Feedback Systems and Consumer Rights: Improving the European Online Redress System*, in *International Journal of Online Dispute Resolution*, n. 1/2019, pp. 21-23. Simile orientamento è riscontrabile nel contributo di S. Casabona, *Intermediazione digitale e composizione delle controversie: dall'alternative dispute resolution all'alien dispute resolution*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica (II)*, n. 3/2017, pp. 497-526.

⁴⁴⁶ Sul punto G. Smorto, *Reputazione*, cit., p. 202. Sul tema si veda più nel dettaglio E. Goldman, *Regulating Reputation*, in H. Masuum – M. Tovey (eds.), *The Reputation Society. How online Opinion Are Reshaping the Offline World*, Cambridge 2011, pp. 51- 62; L. J. Strhilevitz, *Less Regulation, More Reputation*, in H. Masuum – M. Tovey (eds.), *The Reputation Society*, cit., pp. 64- 74.

⁴⁴⁷ Cfr. E. Morozov, *Silicon Valley*, cit., p. 71

generati dagli utenti per valutare gli operatori economici determinano pericolose “manipolazioni di mercato” e ciò avviene sfruttando l’influenza che tali informazioni assumono nel contesto di riferimento⁴⁴⁸. Si parla di “manipolazioni di mercato” perché nello scenario delle piattaforme online, i sistemi di *feedback* non creano un quadro informativo perfetto ma soltanto un’illusione di esso⁴⁴⁹. Infatti fare affidamento sugli strumenti reputazionali per appianare quel dislivello di conoscenza su caratteristiche di prodotti o servizi e decidere, così, in merito all’affidabilità di un operatore economico nel mercato, non può che essere una soluzione semplicistica e incompleta dello sbilanciamento informativo asimmetrico, che si pone a monte. Ed invero, i sistemi reputazionali rimangono delle “scatole nere”⁴⁵⁰ che ben possono comportare dei rischi se lasciati esclusivamente alla regolazione privata delle piattaforme online.

Ciò è evidente nei casi giurisprudenziali esaminati in precedenza: non sempre la valutazione lasciata dall’utente risulta suscettibile di avere un’effettiva utilità rispetto allo scopo che si pongono. E ciò deriva dal fatto che il *feedback* non necessariamente costituisce un’opinione genuina dell’utente o addirittura rappresenta degli eventi falsi mai avvenuti che quindi vanno a discapito dell’operatore economico – ingiustamente – valutato esaltando i profili negativi dell’attività commerciale svolta. Ma non è tutto. Degli effetti dannosi del malfunzionamento dei sistemi reputazionali soffrono anche gli stessi consumatori, effettivi destinatari di questi strumenti correttivi dell’asimmetria informativa. In particolare, a tal riguardo, si è fatto riferimento al profilo delle pratiche commerciali scorrette⁴⁵¹, che hanno avuto pregiudizievoli ripercussioni sulla categoria di soggetti considerata.

È chiaro comprendere come ciò sviscila lo scopo originario del sistema di reputazione: uno strumento di riduzione dell’asimmetria informativa la cui elaborazione sembra destinata a avere effetti benefici sul mercato, ma immerso in un impianto tale da comportare esiti addirittura patologici del sistema. Tali strumenti,

⁴⁴⁸ Così G. Smorto, *La tutela del contraente debole*, cit., p. 428.

⁴⁴⁹ S. Ranchordás, *Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy*, in *Critical Analysis of Law*, n. 1/2018, p. 146 ss.

⁴⁵⁰ *Ibidem*.

⁴⁵¹ Si veda nel dettaglio cap. 2, §§ 6, 7, 8 e 9 riguardanti tale profilo nell’analisi di casi e decisioni nel contesto italiano e statunitense.

infatti, se usati scorrettamente finiscono per distorcere la formazione del consenso consumeristico all'acquisto.

I sistemi reputazionali soffrono, dunque, di limiti che attualmente sono stati in qualche misura affrontati dalle Corti, seppur in assenza di una normativa specifica ad essi dedicata. Soluzioni che, però, non hanno raggiunto un grado di uniformità tale da porre un'effettiva linea evolutiva da seguire per la regolazione del fenomeno.

2. Attuale assetto europeo

È all'interno della lenta evoluzione di Internet che si inserisce l'emersione delle piattaforme online operanti in chiave collaborativa e dei nuovi strumenti valutativi della reputazione. Nonostante l'uso che della reputazione è stato fatto nelle teorie socio-economiche e in quelle relative alle forme di controllo sociale alternative al diritto⁴⁵², la nascita dei sistemi reputazionali costituisce per certi aspetti una novità nella prospettiva giuridica.

Finora, infatti, non vi sono segni di una puntuale regolazione sulla materia in Europa o negli Stati Uniti: in questi contesti, però, l'elemento reputazionale sta certamente interessando l'ambito giuridico, in particolare se si pensa agli effetti distorsivi che il fenomeno delle piattaforme di recensione online sta provocando.

Dapprima occorre descrivere lo scenario attualmente presente in ambito europeo, passando poi a verificare se ci siano delle proposte che intendono in qualche misura arginare il fenomeno analizzato. Successivamente la disamina dovrà focalizzarsi sul panorama statunitense al fine di cogliere se anche in questo contesto vi sia qualche diverso orientamento anche a livello legislativo sul punto.

Se ci si interfaccia con l'assetto europeo, è possibile verificare che si tratta di un territorio ancora inesplorato. In questo contesto, il tentativo è stato quello di incasellare il fenomeno in fattispecie giuridiche già conosciute per effettuarne un'analisi il più possibile completa.

Come già diffusamente visto in relazione agli orientamenti giurisprudenziali analizzati nel secondo capitolo, le questioni problematiche coinvolgono entrambi i

⁴⁵² Sul punto si fa riferimento ai temi affrontati al capitolo 1 del presente lavoro di ricerca.

soggetti che usufruiscono di tali strumenti. Da un lato, gli operatori economici possono diventare facilmente vittime di un sistema che in linea di principio dovrebbe comportare benefici in funzione promotrice di una determinata attività svolta nel mercato. La facilità di diffusione dei contenuti inveritieri delle false recensioni può infatti provocare degli effetti irreparabili sulla reputazione economica dei soggetti valutati. Riguardo a questo primo caso le soluzioni trovate hanno principalmente interessato il grado di responsabilità delle piattaforme che ospitano i sistemi reputazionali per via della sempre più consistente presenza di *feedback* non soltanto anonimi, ma anche creati con nomi di fantasia. Tale soluzione risulta però, per la maggior parte dei casi, sfavorevole agli operatori economici, in considerazione del fatto che la responsabilità della piattaforma è valutata alla luce della disciplina europea del commercio elettronico⁴⁵³.

Dall'altro, la categoria di soggetti investiti dal fenomeno dei sistemi reputazionali è costituita dai consumatori: in questo contesto l'esempio riportato nel panorama italiano è relativo all'attuazione di pratiche commerciali scorrette ad opera delle piattaforme di recensione⁴⁵⁴ sulla base della relativa disciplina di matrice europea⁴⁵⁵.

La questione relativa alle false recensioni online inizia ad essere abbastanza sentita a livello europeo nonostante finora non sia stata predisposta alcuna reale iniziativa legislativa tesa a disciplinarla esplicitamente. Ed è per questa ragione che la dottrina e la giurisprudenza europee hanno cercato di trovare degli appigli normativi nel ricchissimo catalogo di direttive già esistenti.

In considerazione del contesto in cui i sistemi reputazionali si pongono, i tentativi di trovare una disciplina applicabile sono interconnessi direttamente con la regolazione delle piattaforme online e ciò è pienamente giustificato in relazione al

⁴⁵³ Si fa riferimento alla più volte citata direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (c.d. direttiva sul commercio elettronico).

⁴⁵⁴ Con riguardo a questo secondo profilo si rimanda nel dettaglio alla disamina del caso Tripadvisor, presente nel capitolo 2 §§ 6 e 7.

⁴⁵⁵ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio (c.d. direttiva sulle pratiche commerciali sleali). Recepita in Italia attraverso tre distinti provvedimenti: i dd.lgs. nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007 e gli artt. 2, 4 3 8 del d.lgs. 23 ottobre 2008, n. 221.

fatto che sono le stesse piattaforme online ad essere al contempo ideatori e guardiani dei sistemi di *feedback*⁴⁵⁶. Perciò in assenza di una disciplina ad essi propriamente dedicata, sembra più idoneo fare ricorso alla disciplina del commercio elettronico che si occupa di regolamentare taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione che disciplina in particolare i profili legati alla responsabilità derivante dall'attività da esse svolta sul mercato.

Nel panorama europeo la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico ha costituito un importante tassello nel processo di armonizzazione della responsabilità derivante dall'attività svolta dagli *internet service providers*, in considerazione delle conseguenze pregiudizievoli delle informazioni illecitamente inserite nell'ambito della Rete⁴⁵⁷.

A questo proposito occorre, però, valutare anzitutto se le disposizioni ivi presenti possano applicarsi alle piattaforme online e successivamente se le stesse si estendano in qualche misura anche alle recensioni online, seppur non espressamente citate dalla direttiva.

In relazione al primo punto - alla luce dell'interpretazione delle definizioni previste nei considerandi 17 e 18 della direttiva 2000/31/CE - la giurisprudenza italiana sul punto⁴⁵⁸ ha chiarito che le piattaforme online della c.d. *new economy* sono

⁴⁵⁶ Cfr. M. Narciso, *The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law*, in *European Review of Private Law*, n. 3/2019, p. 567.

⁴⁵⁷ Il riferimento va al considerando 40 della direttiva in cui è previsto il fine ultimo della sua elaborazione: «Le attuali o emergenti divergenze tra le normative e le giurisprudenze nazionali, nel campo della responsabilità dei prestatori di servizi che agiscono come intermediari, impediscono il buon funzionamento del mercato interno, soprattutto ostacolando lo sviluppo dei servizi transnazionali e introducendo distorsioni della concorrenza. In taluni casi, i prestatori di servizi hanno il dovere di agire per evitare o per porre fine alle attività illegali. La presente direttiva dovrebbe costituire la base adeguata per elaborare sistemi rapidi e affidabili idonei a rimuovere le informazioni illecite e disabilitare l'accesso alle medesime. Tali sistemi potrebbero essere concordati tra tutte le parti interessate e andrebbero incoraggiati dagli Stati membri. È nell'interesse di tutte le parti attive nella prestazione di servizi della società dell'informazione istituire e applicare tali sistemi. Le disposizioni dalla presente direttiva sulla responsabilità non dovrebbero impedire ai vari interessati di sviluppare e usare effettivamente sistemi tecnici di protezione e di identificazione, nonché strumenti tecnici di sorveglianza resi possibili dalla tecnologia digitale, entro i limiti fissati dalle direttive 95/46/CE e 97/66/CE».

⁴⁵⁸ Sul punto, infatti, è stato già chiarito nelle pagine precedenti che la giurisprudenza italiana ed europea ha ritenuto che le piattaforme online, quale è ad esempio Tripadvisor, si debba considerare un vero e proprio *internet service provider* e come tale è ad esso applicabile la disciplina della direttiva sul commercio elettronico. Ciò è stato confermato dall'ordinanza del Tribunale di Venezia del 2015 in relazione al caso Tripadvisor. Si veda, a questo proposito, il capitolo 2, § 3 del presente lavoro di ricerca.

da considerarsi alla stregua di *internet service providers*. Il considerando 17⁴⁵⁹ prevede che l'espressione "servizio della società dell'informazione" debba riferirsi a «qualsiasi servizio prestato dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica, mediante apparecchiature elettroniche di elaborazione (compresa la compressione digitale) e di memorizzazione di dati, e a richiesta individuale di un destinatario di servizi». Questa definizione generale è dettagliata dal successivo considerando, introducendo alcune deroghe all'enunciazione appena esposta. Infatti, nonostante il considerando 17 richieda che il servizio prestato sia effettuato dietro retribuzione, il considerando 18 prevede che, in considerazione della vasta gamma di attività economiche offerte online, non sempre sia strettamente necessario che il servizio avvenga dietro retribuzione, laddove però sia comunque mantenuta la natura di attività economica del servizio svolto. Devono quindi essere inclusi nella categoria di "servizi della società dell'informazione" - e come tali ricondotti all'applicazione della direttiva 2000/31/CE - anche quelle attività non remunerate a livello monetario dall'utente che usufruisce di un determinato servizio: è questo il caso delle attività che mantengono la loro natura economica pur costituendo "contratti gratuiti", in cui il corrispettivo della prestazione è rappresentato dallo scambio di dati e non da quello di moneta.

Dunque anche i sistemi presenti nelle piattaforme online (quali Tripadvisor o Yelp) che consentono al consumatore di inserire negli spazi a ciò dedicati delle recensioni su determinate esperienze vissute, costituiscono un'attività a tutti gli effetti di rilevanza economica perché seppur non legate ad una remunerazione monetaria, esse offrono un consistente numero di informazioni. Dunque un nuovo mezzo di scambio sul quale molte piattaforme online hanno creato un vero e proprio *business*. Ed è per questa ragione che le attività ivi svolte sono definite

⁴⁵⁹ Considerando 18, direttiva 2000/31/CE: «I servizi della società dell'informazione abbracciano una vasta gamma di attività economiche svolte in linea (on line). Tali attività possono consistere, in particolare, nella vendita in linea di merci [...]. Non sempre si tratta di servizi che portano a stipulare contratti in linea ma anche di servizi non remunerati dal loro destinatario, nella misura in cui costituiscono un'attività economica, come l'offerta di informazioni o comunicazioni commerciali in linea o la fornitura di strumenti per la ricerca, l'accesso e il reperimento di dati. I servizi della società dell'informazione comprendono anche la trasmissione di mediante una rete di comunicazione, la fornitura di accesso a una rete di comunicazione o lo stoccaggio di informazioni fornite da un destinatario di servizi [...].»

intrinsecamente economiche⁴⁶⁰ e pertanto rientranti nella disciplina oggetto di analisi.

Per tracciare i principi cardine applicabili alle recensioni online e alle conseguenze derivanti dall'anonimato delle stesse, la giurisprudenza ha quindi fatto riferimento alle disposizioni relative alle ipotesi di responsabilità delle piattaforme e ai casi in cui essa sia configurabile.

In via generale si statuisce un'esenzione da responsabilità della piattaforma sulla base del tipo di informazioni fornite dall'*internet service provider*. Infatti nell'art. 14 della direttiva⁴⁶¹ è previsto a quali condizioni la piattaforma possa incorrere in un'eventuale responsabilità: laddove un'informazione elaborata da terze parti sia illecita e la stessa sia conosciuta dalla piattaforma, essa deve attivarsi per l'immediata rimozione dell'informazione considerata, anche disabilitandone l'accesso.

La piattaforma che opera come intermediario di un servizio di *hosting provider* è solitamente considerata alla stregua di "contenitore" di informazioni, un mero spazio di archiviazione delle informazioni con un ruolo passivo. Proprio su queste considerazioni la giurisprudenza precedentemente analizzata ha giustificato percorsi argomentativi basati in alcuni casi sul riconoscimento del ruolo passivo della piattaforma, in altri invece il ruolo attivo.

Ciò significa che laddove la piattaforma abbia conoscenza del contenuto falso o diffamatorio di una recensione e non provveda alla rimozione, sarà ritenuta responsabile. Il requisito della conoscenza attuale del contenuto consente alla piattaforma di prendere le distanze dal monitoraggio contenutistico delle recensioni online derivandone un'impossibilità di riconoscere l'effettiva illiceità.

Sul ruolo della piattaforma in relazione ai contenuti delle informazioni che transitano in essa, si esprime poi il considerando 42 della direttiva⁴⁶², in cui si ritiene

⁴⁶⁰ M. Narciso, *The Regulation of Online Reviews*, cit., p. 568.

⁴⁶¹ Direttiva 2000/31/CE, art. 14: «Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione; b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso [...]».

⁴⁶² Direttiva 2000/31/CE, considerando 42: «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

che il ruolo passivo della piattaforma debba tradursi in un processo meramente tecnico e automatico, vale a dire quello di fornire l'accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse e memorizzate solo temporaneamente delle informazioni elaborate da terzi. Ciò presuppone che il prestatore di servizi della società dell'informazione non solo non abbia conoscenza delle informazioni immesse, ma nemmeno possa avere controllo su di esse.

In riferimento a questo punto, la Corte di Giustizia ha però ritenuto che la valutazione sul ruolo passivo o attivo della piattaforma – da cui discende l'esclusione o la non esclusione di responsabilità – deve essere determinato caso per caso⁴⁶³. In questo contesto è anche chiarito il concetto di "piattaforma attiva": è tale la piattaforma che presti «assistenza consistente segnatamente nell'ottimizzare la presentazione delle offerte di vendita di cui trattasi e nel promuovere tali offerte»⁴⁶⁴, ciò significa che se la piattaforma non si trova una posizione neutra, ma il suo ruolo sia tale da conferirle un'effettiva conoscenza o un controllo delle informazioni, allora non è più valevole la deroga in materia di responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva 2000/31/CE.

Anche con riguardo alle recensioni online deve farsi riferimento a questo ragionamento per affermare o escludere la responsabilità del prestatore di un servizio e ciò avviene perché, pur mancando una disciplina in merito, le recensioni online si configurano come informazioni presenti all'interno della piattaforma e, in

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».

⁴⁶³ «Potendo la causa principale comportare una condanna al pagamento di un risarcimento dei danni, compete al giudice del rinvio esaminare se la eBay sia stata, riguardo alle offerte in vendita di cui trattasi e nei limiti in cui queste ultime hanno arrecato pregiudizio a marchi della L'Oréal, «al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione». Con riferimento a quest'ultima circostanza, è sufficiente, affinché il prestatore di un servizio della società dell'informazione non possa fruire dell'esonero dalla responsabilità previsto all'art.14 della direttiva 2000/31, che egli sia stato al corrente di fatti o di circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità di cui trattasi e agire in conformità del n. 1, lett. b), di detto art. 14.» Così statuisce la sentenza CGUE, *L'Oréal SA et al v. eBay International AG*, C-324/09, 12 luglio 2011, par. 120.

⁴⁶⁴ Ivi, par. 116: «Laddove, per contro, detto gestore abbia prestato un'assistenza consistente segnatamente nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi e nel promuovere tali offerte, si deve considerare che egli non ha occupato una posizione neutra tra il cliente venditore considerato e i potenziali acquirenti, ma che ha svolto un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza o un controllo dei dati relativi a dette offerte. In tal caso non può avvalersi, riguardo a tali dati, della deroga in materia di responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva 2000/31».

questa prospettiva, alcuna dottrina ritiene che non sia possibile inserire l'attività posta in essere dalle piattaforme che ospitano le recensioni online in un processo tecnico e automatico e meramente passivo. Infatti relativamente a Tripadvisor, Yelp o a qualsiasi altra piattaforma online che presenta dei meccanismi di valutazione della reputazione, è difficile ammettere che esse consentano solo l'accesso alle informazioni lasciate da utenti terzi: i sistemi di reputazione sono progettati, gestiti e in qualche misura regolati – seppur in misura volontaria – dalle stesse piattaforme online in cui si inseriscono⁴⁶⁵. Esse, mediante meccanismi algoritmici, decidono chi può recensire e soprattutto se mantenere la forma anonima dei *feedback*, poiché i sistemi di funzionamento dello stesso consentono all'utente di mantenere riservati i propri dati, da ciò derivandone anche la possibilità di creare account falsi realizzati con nomi di fantasia.

Rispetto all'opera da esse svolta nella redazione di classifiche relative ai migliori o peggiori alberghi/ristoranti, ottenute dalla rielaborazione dei dati delle recensioni degli utenti, il ruolo attivo della piattaforma assume ulteriore rilevanza. Nonostante le evidenze e le letture dottrinarie sul punto, se si fa riferimento alla giurisprudenza, è visibile un orientamento contrario rispetto al riconoscimento di un effettivo attivismo degli intermediari online: si pensi alle sentenze precedentemente analizzate che – a parte qualche eccezione⁴⁶⁶ – hanno rigettato le domande degli imprenditori lesi, applicando i principi attinenti l'esenzione di responsabilità fissati alla direttiva europea. A giustificazione di tali enunciati, l'art. 15 della direttiva prevede in via generale che gli Stati membri non dovrebbero imporre alle piattaforme un obbligo di controllo e sorveglianza sulle informazioni ivi immesse⁴⁶⁷: ciò significa che ad esempio Tripadvisor non sarebbe vincolato a vigilare sul contenuto delle informazioni reputazionali immesse dagli utenti. La mancanza di un tale obbligo rappresenta un considerevole elemento di esonero da qualsivoglia

⁴⁶⁵ M. Narciso, *The Regulation of Online Reviews*, cit., p. 570.

⁴⁶⁶ Il riferimento va all'ordinanza del 2015 del Tribunale di Venezia, unico caso che in Italia ha riconosciuto Tripadvisor come *internet service provider* attivo con un obbligo di predisporre degli strumenti di controllo che consentano una verifica più accurata dei contenuti delle recensioni. Sul punto R. Gelli, *False recensioni su Tripadvisor*, cit.

⁴⁶⁷ Direttiva 2000/31/CE, art. 15: «Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite [...]».

responsabilità, lasciando quindi le piattaforme online libere di fissare delle forme di sorveglianza completamente volontarie⁴⁶⁸.

Il quadro normativo delineato dalla direttiva sul commercio elettronico pare costituire una base giuridica da estendere anche alle recensioni online, invero proprio su queste basi la giurisprudenza ha risolto molte delle controversie sorte in relazione al tema. Una disciplina, dunque, che ha costituito un incentivo al protrarsi della mancanza di effettivo monitoraggio delle recensioni online, usando quale scudo quello dell'immunità della piattaforma. Dell'argomentazione inerente l'immunità è stato fatto un ampio uso, principalmente a danno degli operatori economici inermi di fronte al dilagante fenomeno non solo delle false recensioni, ma anche di quelle anonime.

Da ciò deriva un duplice corollario. Il primo inerente la mancanza di genuinità della recensione quand'anche l'autore sia conosciuto. In questi casi la falsità della recensione ben potrebbe integrare la diffamazione, ma la problematicità rispetto a questa situazione si pone nella valutazione degli estremi per aversi il reato: in molte delle sentenze analizzate nel precedente capitolo, la diffamazione è stata esclusa perché ad essere in gioco non è solo la lesione del diritto alla reputazione ma anche il diritto alla libertà di critica che se esercitato entro i limiti della liceità prevale sul diritto alla reputazione. Di qui spesso la totale esclusione di responsabilità in capo all'autore della recensione derivata dal fatto che nell'esercizio del diritto di critica, la mera opinione su un'esperienza vissuta non sia suscettibile di essere dimostrata vera o falsa e pertanto non passibile di integrare contenuti diffamatori. In sostanza laddove l'opinione dell'utente minacci la reputazione online dell'operatore economico, la giurisprudenza deve compiere una precisa e accurata opera di bilanciamento tra quello che è l'interesse alla reputazione e la libertà di espressione

⁴⁶⁸ È questo il caso dell'elaborazione di standard o di linee guida utilizzate da parte delle stesse piattaforme al fine ultimo di ovviare al problema oramai dilagante delle recensioni false. Le *policies* di molti siti web che inseriscono spazi dedicati alla valutazione della reputazione degli operatori economici forniscono diversi filtri per l'individuazione delle recensioni non genuine il cui contenuto potrebbe essere falso. Questo ad esempio avviene su Amazon, che stabilisce dei principi base che l'utente deve rispettare nell'immissione della recensione online, pena la sua mancata pubblicazione o successiva eliminazione. Lo stesso è statuito da Yelp o Tripadvisor in cui si asserisce l'affidabilità e la spontaneità delle recensioni grazie ai meccanismi di filtraggio di ciò che deve essere pubblicato sul sito a seguito di un accurato intervento di controllo di un team di operatori, che però in alcune sentenze non è stato ritenuto un sistema del tutto efficace per vagliare effettivamente sulla falsità o meno dei *feedback*. Cfr. K. A. Dohse, *Fabricating Feedback*, cit., pp. 377-379.

declinata nel diritto di critica e nella libertà di informazione dell'utente⁴⁶⁹. La linea di discriminazione tra legittima libertà di espressione e la sua traduzione in diffamazione è molto labile con peculiari conseguenze in relazione alla responsabilità, la quale non sempre rimane circoscritta al solo utente che ha posto in essere la condotta lesiva, ma può investire altrettanto la piattaforma in cui tali commenti risiedono.

Il secondo corollario riguarda, invece, il caso in cui l'autore sia anonimo e la recensione non veritiera: in questa situazione l'operatore economico lesa si rivarrà proprio nei confronti della piattaforma ospitante tali informazioni. Anche in questo caso non mancano le conseguenze negative per l'operatore economico in considerazione della disciplina europea che tende ad escludere il più delle volte qualsivoglia forma di responsabilità, le cui conseguenze devono essere statuite dalle normative di recepimento da parte di ciascuno Stato membro⁴⁷⁰, lasciando privo di tutela il soggetto potenzialmente lesa dalla valutazione reputazionale posta in essere dall'utente terzo.

⁴⁶⁹ Cfr. E. Adamo, *I meccanismi di feedback nella sharing economy: situazioni di conflitto e responsabilità della piattaforma online*, in *Le Corti Salernitane*, n. 1-2/2017, p. 15 ss.

⁴⁷⁰ Sul punto occorre sottolineare che la direttiva lascia agli Stati membri la scelta inerente le sanzioni derivanti dall'eventuale responsabilità della piattaforma. All'art. 20 si legge infatti che gli Stati membri «comminano le sanzioni per la violazione delle norme nazionali di attuazione» statuendo inoltre che essi «prendono tutti i provvedimenti necessari per la loro applicazione» purché le sanzioni fissate siano effettive, proporzionale e dissuasive. Nel contesto italiano, la ricezione della direttiva sul commercio elettronico mediante il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 ha ribadito in via generale la regola dell'immunità della piattaforma che fornisca servizi di ospitalità di contenuti delle informazioni in misura passiva e, dunque, l'esenzione da responsabilità è prevista agli artt. 15, 16 e 17 dello stesso decreto. Nel caso contrario di riconoscimento di una posizione attiva della piattaforma nella fornitura del servizio dell'informazione, sembra non operare la suddetta esenzione, perché in questi non si tratterebbe di una mera opera di intermediazione di dati ed informazioni, ma di una vera e propria erogazione di servizio integrato. L'eventuale responsabilità derivata dalla non applicabilità dell'esenzione in capo alla piattaforma è poi accertata seguendo i criteri generali sul risarcimento del danno di cui all'art. 2043 c.c. Su questo punto parte di dottrina fornisce un'altra soluzione: dapprima si esclude in maniera pressoché certa il riferimento alla responsabilità per *culpa in vigilando* di cui all'art. 2051 c.c., poiché le piattaforme non hanno un obbligo giuridico di evitare l'evento lesivo, né tantomeno la possibilità di esercitare un concreto ed efficace controllo sui commenti presenti sul sito. In uno scenario così variegato sembra idoneo qualificare la responsabilità della piattaforma sotto forma di responsabilità per danno da attività pericolosa *ex art.* 2050 c.c. Tale disposizione presenta una struttura aperta e in essa possono facilmente essere intese in accezione di "attività pericolosa" tutte quelle attività la cui natura o le cui caratteristiche presentano una "spiccata potenzialità offensiva". Qui rientrano non soltanto attività intrinsecamente pericolose, ma proprio per via della struttura aperta della norma è possibile ricomprendere anche la fattispecie del danno da *feedback* diffamatorio quando l'attività pericolosa si concretizza in un pericolo per la reputazione dell'operatore economico derivante dalla difficoltà di esercitare un controllo effettivo sulle valutazioni reputazionali. Tale inquadramento postulerebbe non tanto un obbligo di sorveglianza, quanto quello ad una informazione adeguata dell'utente sui limiti legali di cui consta il diritto di critica. Così E. Adamo, *I meccanismi di feedback nella sharing economy*, cit. pp. 27-29.

Lo scenario sin qui descritto ha preso in considerazione l'attuale assetto a cui è possibile ascrivere, in qualche misura, una disciplina regolatoria dei sistemi reputazionali; anche se chiaramente la mancanza di riferimento a questi strumenti comporta delle forti lacune in termini di risoluzione delle controversie legate al fenomeno.

Il profilo appena esaminato concerne principalmente la categoria degli operatori economici lesi dalle recensioni apparse nei sistemi di reputazione e, quindi, il quadro normativo alla luce del quale molte controversie sono state affrontate; il secondo aspetto, invece, come già individuato nell'analisi giurisprudenziale riguarda in particolare il lato consumeristico e attiene al tema dell'affidabilità delle recensioni online. Ciò assume fondamentale rilevanza dal punto di vista della tutela del consumatore: l'emersione dei sistemi reputazionali ha infatti lo scopo primario di orientare i consumatori nelle decisioni di mercato riducendone l'asimmetria informativa. In tale prospettiva, le informazioni reputazionali assumono la valenza di informazioni precontrattuali attraverso le quali il consumatore è capace di autodeterminarsi rispetto all'acquisto di un certo bene o servizio. È evidente che l'inaffidabilità della recensione online costituisce una patologia che devia rispetto all'intento originale per cui tali strumenti sono stati elaborati. La recensione erronea o ingannevole online è quindi in grado di fuorviare l'opinione consumeristica con gravose conseguenze sulla validità del consenso contrattuale fornito sulla base delle informazioni prive di caratteri di autenticità. Questo aspetto è intrecciato a doppio filo con il tema delle pratiche commerciali sleali, regolate dalla direttiva 2005/29/CE⁴⁷¹.

Quest'ultima direttiva sembra potersi applicare al fenomeno di riferimento⁴⁷². Così come avviene nella direttiva sul commercio elettronico, anche qui non è presente alcun esplicito riferimento alle recensioni online. Anzitutto obiettivo del quadro legislativo europeo tracciato dalla disciplina è quello di vietare al

⁴⁷¹ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio (c.d. direttiva sulle pratiche commerciali sleali).

⁴⁷² Cfr. M. Narciso, *The Regulation of Online Reviews*, cit., p. 574 ss.

“professionista”⁴⁷³ di incorrere in pratiche commerciali sleali nei rapporti contrattuali posti in essere con i consumatori. In questo scenario occorre chiarire che le disposizioni della direttiva sulle pratiche commerciali sleali sono applicabili anche alle piattaforme digitali laddove esse agiscano in qualità di “professionista”: il Documento orientativo per l’attuazione sulla direttiva 2005/29/CE del 2016⁴⁷⁴ prevede che questa valutazione avvenga caso per caso. Prendendo ad esempio la piattaforma reputazionale presente in Tripadvisor si fa riferimento alla soluzione fornita sul punto dall’Autorità italiana garante della concorrenza e del mercato⁴⁷⁵, nella quale Tripadvisor è stato ritenuto “professionista” ai sensi della definizione presente nella direttiva, poiché il suo ruolo nella diffusione delle informazioni reputazionali non era semplicemente limitato alla memorizzazione delle recensioni sulla valutazione delle strutture alberghiere o turistiche, ma comportava anche un’azione di classificazione e sistematizzazione delle stesse. Nel caso in cui l’intermediario possa qualificarsi alla stregua di professionista e abbia posto in essere condotte integranti pratiche commerciali sleali⁴⁷⁶, occorre valutare quale rapporto sussista tra la direttiva oggetto di analisi e la direttiva sul commercio elettronico, la cui disciplina è spesso invocata per affermare l’esenzione da qualsivoglia responsabilità da parte della piattaforma.

Dapprima bisogna rilevare che la direttiva sul commercio elettronico ha un vasto ambito di applicazione. Essa riguarda infatti molteplici tipi di informazioni illecite, pertanto è necessario – in questa sede – circoscrivere la riflessione alle sole informazioni illecite immesse dalle esperienze di soggetti terzi⁴⁷⁷.

⁴⁷³ Sull’accezione di “professionista” si già ampiamente discusso nel capitolo precedente in relazione al provvedimento di AGCM sul caso Tripadvisor, riferendosi alla definizione di professionista così come recepita nel decreto legislativo che attua la direttiva 2005/29/CE. Ai sensi della direttiva è l’art. 2, lett. b) che definisce il professionista come «persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali [...] agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisca in nome o per conto di un professionista».

⁴⁷⁴ COM (2016) 320 final, Documento di lavoro dei servizi della Commissione. Orientamenti per l’attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali del 25 maggio 2016.

⁴⁷⁵ Il riferimento va al provvedimento AGCM già esaminato nel corso della disamina giurisprudenziale del capitolo 2.

⁴⁷⁶ L’art. 5 della direttiva 2005/29/CE ritiene sleali le pratiche del professionista qualora queste siano contrarie alle norme di diligenza professionale, qualora la condotta tenuta sia falsa o comunque idonea a falsare in modo rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge.

⁴⁷⁷ Ivi, p. 130.

L'art. 1, c. 3 della direttiva sul commercio elettronico statuisce che essa sia finalizzata al completamento del diritto comunitario sui servizi della società dell'informazione e in questo contesto è fatto salvo il livello di tutela riservato al diritto dei consumatori, già garantito da altri strumenti comunitari oltreché dalla legislazione nazionale di attuazione⁴⁷⁸. La direttiva del 2000 e l'*acquis communautaire* dell'Unione europea in materia di consumatori è tendenzialmente applicato in misura complementare⁴⁷⁹.

In considerazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali ciò significa che se la piattaforma online figura come "professionista", allora sarà tenuta a porre in essere atteggiamenti in linea con la diligenza professionale⁴⁸⁰ e a non falsare il comportamento economico del consumatore con azioni od omissioni ingannevoli.

Se gli intermediari online non rispettano gli obblighi imposti dal loro ruolo di professionista perché ad esempio promuovono, vendono o forniscono prodotti agli utenti in maniera sleale, ne consegue la violazione delle norme di diritto europeo in materia consumeristica e in questo caso non sarà possibile per la piattaforma invocare l'immunità da responsabilità prevista dalla direttiva sul commercio elettronico. Ciò può valere estensivamente anche quando siano promosse come veritiere e genuine le recensioni online: si tratta, infatti, di pratiche commerciali che possono essere sleali nei confronti del legittimo affidamento del consumatore.

In questo caso è dunque esclusa l'applicazione delle disposizioni relative all'immunità dalla responsabilità, poiché l'esonero previsto dalla direttiva 2000/31/CE rimane ammissibile solo laddove la piattaforma svolga soltanto un'attività di mera memorizzazione di informazioni; diverso invece è il caso di promozione attiva di *feedback* che seppur dovrebbero rappresentare esperienze effettivamente vissute, finiscono per costituire un tipo di informazione non

⁴⁷⁸ Direttiva 2000/31/CE, art. 1 c. 3: «La presente direttiva completa il diritto comunitario relativo ai servizi della società dell'informazione facendo salvo il livello di tutela, in particolare, della sanità pubblica e dei consumatori, garantito dagli strumenti comunitari e dalla legislazione nazionale di attuazione nella misura in cui esso non limita la libertà di fornire servizi della società dell'informazione».

⁴⁷⁹ COM (2016) 320 final, cit., p. 132.

⁴⁸⁰ Accezione che riguarda pratiche di mercato in ossequio al principio di buona fede nel settore dell'attività del professionista, consistente nel normale grado della competenza speciale e nella ragionevole attenzione che presumibilmente possono essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori. Per un quadro teorico più generale sulla direttiva 2000/31/CE e sul parametro di diligenza professionale si veda tra tutti: G. De Cristofaro, *La direttiva 2000/31/CE*, in G. De Cristofaro (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 5-46.

corrispondente alla realtà e, quindi, idonea a falsare il convincimento degli utenti-consumatori. In questo quadro di riferimento anche la disciplina disegnata dalla direttiva sulle pratiche commerciali sleali interessa in qualche misura il fenomeno delle recensioni online. A questo proposito il Documento orientativo all'attuazione della direttiva dedica ampio spazio agli strumenti di recensione degli utenti⁴⁸¹: anzitutto occorre sottolineare che la direttiva di riferimento non è applicabile ai consumatori che forniscono le informazioni relative alla propria esperienza, a meno che essi non agiscano per conto del professionista, ma essa ben può applicarsi alle piattaforme online che assumano la veste di professionista secondo le caratteristiche necessarie previste per rivestire tale ruolo. In questo scenario la piattaforma ha, dunque, l'obbligo di rispettare i criteri della diligenza professionale e di non porre in essere pratiche fuorvianti per la formazione del convincimento del consumatore.

Nel caso concreto, l'esempio di Tripadvisor è emblematico: la piattaforma online, operante in qualità di professionista, deve fornire informazioni veritiere sulle caratteristiche principali dei servizi offerti in conformità con la previsione dell'art. 6, c. 1 della direttiva⁴⁸² e in particolare deve evitare di creare false rappresentazioni in relazione all'origine delle recensioni, ad esempio creare l'impressione che esse siano provenienti da utenti reali su cui fare legittimamente affidamento senza che di ciò sia fornita un'adeguata garanzia. Anche il processo di filtraggio delle recensioni online da parte della piattaforma senza che il consumatore sia consapevole di quest'attività - perché non esplicitamente segnalato - può costituire una pratica commerciale vietata, in cui la scorrettezza è costituita dall'ingannevolezza nella rappresentazione del *feedback*. È questo il caso della selezione fatta ad opera della piattaforma reputazionale che rimuove in modo automatico la recensione negativa o mette in evidenza l'una rispetto all'altra. In tal misura sono evidenti le conseguenze sul mercato poiché ad essere falsata non è solo l'opinione del consumatore, ma di riflesso ciò ha un impatto rilevante anche sul gioco concorrenziale.

⁴⁸¹ Cfr. COM (2016) 320 final, cit., p. 146 ss.

⁴⁸² Direttiva 2005/29/CE, art. 6 c. 1: «È considerata ingannevole una pratica commerciale che contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta, riguardo a uno o più dei seguenti elementi e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso [...]».

Sebbene la piattaforma – come già previsto dalla direttiva sul commercio elettronico⁴⁸³ – non abbia l’obbligo di verificare i fatti contenuti nelle recensioni, la certezza sulla loro provenienza da parte di veri consumatori dovrebbe essere affermata solo allorquando il gestore del sistema reputazionale sia in grado di adottare delle misure ragionevoli e proporzionate in grado di garantire che tali recensioni descrivano le reali esperienze degli utenti⁴⁸⁴.

Vi sono poi esempi di condotte considerate in ogni caso sleali che integrano pratiche commerciali ingannevoli⁴⁸⁵, tra di esse l’allegato I, punto 22 della direttiva prevede il caso in cui il professionista si presenti falsamente o incarichi qualcuno di presentarsi in qualità di consumatore. Questo riferimento può ben essere adattato alle recensioni online: si tratta della situazione in cui la piattaforma rielabora in modo automatico le recensioni e le promuova come provenienti da effettivi utenti, con la conseguenza di generare una falsa impressione sul funzionamento della piattaforma o ancora di omettere informazioni rilevanti che potrebbero indurre la platea di consumatori medi in errore continuando a consultare la piattaforma per assumere decisioni di natura commerciale. La pratica diventa ingannevole quando il professionista non adotti tutte le precauzioni volte al rispetto dei canoni di diligenza professionale previste dall’art. 5 c. 2 della direttiva; ad esempio è considerata contraria al parametro della speciale competenza e attenzione richiesta al professionista, la mancata comunicazione ai consumatori che non tutte le recensioni siano effettive e affidabili. È alla luce di queste riflessioni che nel panorama italiano l’AGCM ha multato Tripadvisor per avere posto in essere condotte lesive del diritto dei consumatori. Come già visto per la direttiva sul commercio elettronico, anche nel caso delle pratiche commerciali sleali l’Unione prevede che siano gli Stati membri a determinare le sanzioni idonee da irrogare quando le disposizioni nazionali

⁴⁸³ Il riferimento va all’assenza dell’obbligo di sorveglianza statuito dall’art. 15 della direttiva 2000/31/CE.

⁴⁸⁴ A tal riguardo gli strumenti utili a cui fare riferimento potrebbero comprendere: mezzi tecnici per verificare l’attendibilità della persona che pubblica la recensione, ad esempio chiedendone la registrazione; verificare l’indirizzo IP utilizzato per presentare la recensione; ancora richiedere informazioni attraverso le quali una persona dimostri di avere effettivamente usato il prodotto o servizio oggetto della recensione. Così COM (2016) 320 final, cit. p. 147.

⁴⁸⁵ All’art. 6 della direttiva è descritta come ingannevole quella pratica commerciale che contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o, nella sua presentazione complessiva, inganni o in qualche misura possa potenzialmente ingannare il consumatore medio inducendolo ad assumere una decisione commerciale che senza quella determinata pratica commerciale scorretta non avrebbe preso.

attuative dell'opera legislativa europea siano violate. In Italia, ad esempio, una violazione di tal tipo – come si è avuto modo di dar conto nelle pagine precedenti – è stata sottoposta al vaglio dell'Autorità indipendente garante della concorrenza e del mercato, che esercita funzioni investigative ed esecutive al fine di valutare se sussista la pratica commerciale scorretta, e in quest'ultimo caso, è essa che deve inibire la continuazione della stessa ed eliminarne gli effetti anche attraverso la comminazione di sanzioni pecuniarie⁴⁸⁶.

Il panorama finora descritto mostra che nel diritto europeo di matrice consumeristica è possibile trovare discipline applicabili, attraverso opere di interpretazione estensiva, anche al fenomeno emergente delle recensioni online. Dal quadro tracciato è evidente che il livello di maggior tutela sia previsto nell'ambito di protezione del consumatore, come emerge dall'analisi della disciplina delle pratiche commerciali scorrette. Questa disciplina infatti – sia in ambito europeo che in quello di oltreoceano – ha fornito maggiori spunti per arginare la libera diffusione dei sistemi di reputazione e dei suoi contenuti. Diversa la situazione per gli operatori economici, i quali si trovano spesso a dover invocare la responsabilità in capo alle piattaforme online, senza avere però alcun risultato tangibile. E da qui il paradosso dei sistemi di reputazione: strumenti valutativi della reputazione economica che finiscono per diventare anche distorsivi e lesivi della stessa.

⁴⁸⁶ Art. 27 Cod. cons.: «L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, di seguito denominata "Autorità", esercita le attribuzioni disciplinate dal presente articolo anche quale autorità competente per l'applicazione del regolamento 2006/2004/CE [...]. Anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente [...]. L'Autorità, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, inibisce la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e ne elimina gli effetti [...]. L'Autorità può disporre, con provvedimento motivato, la sospensione provvisoria delle pratiche commerciali scorrette, laddove sussiste particolare urgenza. Con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000,00 euro a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione. Nel caso di pratiche commerciali scorrette ai sensi dell'articolo 21, commi 3 e 4, la sanzione non può essere inferiore a 50.000,00 euro [...].».

3. Segue: La Comunicazione europea sull'economia collaborativa: quali sviluppi per i sistemi reputazionali?

Alla luce di quanto finora esposto emergono due dati significativi: anzitutto il fatto che l'assenza di una puntuale disciplina in merito ai sistemi reputazionali comporta delle lacune normative, con la conseguenza di uno stato di confusione nel panorama giuridico; da ciò deriva il secondo elemento relativo all'azione della giurisprudenza che, in considerazione del caos generale creato dall'ambiguità di un tale assetto, ha il compito di provvedere all'elaborazione di soluzioni efficaci e al tempo stesso coerenti⁴⁸⁷. Operazione non semplice per via dell'utilizzo di discipline che non sono accuratamente predisposte per far fronte alle conseguenze derivanti dal fenomeno oggetto di analisi, non essendovi riferimenti espliciti sul punto.

L'emersione del fenomeno reputazionale non è passato inosservato e, per certi aspetti, ha catturato l'attenzione del legislatore europeo anche se non al punto tale da elaborare una disciplina puntuale per regolare questi strumenti. Il perché della lacuna normativa sembra riscontrarsi nei documenti provenienti dalle istituzioni europee che assumono carattere orientativo per gli Stati membri e che pur facendo riferimento ai sistemi reputazionali non ne delineano significativi elementi disciplinatori.

A questo proposito occorre fare una premessa di ordine tecnico ancor prima che giuridico: la creazione e il relativo funzionamento del sistema di reputazione deve inserirsi in una prospettiva più ampia rispetto al solo fenomeno in sé e per sé considerato. Infatti, questi strumenti nascono all'interno di contesti strutturati: l'esempio più significativo di sistema reputazionale come spazio di creazione di *feedback* da parte degli utenti è tipicamente Ebay, che costituisce un vero e proprio

⁴⁸⁷ Cfr. E. Adamo, *I meccanismi di feedback nella sharing economy*, cit., p. 25. In tale scenario non è peraltro facile per i giuristi ricostruire la complessità del funzionamento dei *social network*, ma la considerazione è valevole in chiave estensiva anche per le piattaforme digitali. La difficoltà di tale ricostruzione deriva dal fatto che la «disciplina dei rapporti con gli utenti è posta dal *social network*, con la conseguente inarrestabile circolazione planetaria di regolamenti che – formulati di regola negli Stati Uniti – ricevono una mera trasposizione linguistica al fine di consentirne la valutazione e l'accettazione dagli utenti di tutto il mondo, fermo restando l'iscrizione alla versione di lingua inglese ora dell'esclusivo valore legale, ora della prevalenza in caso di conflitto». Ciò inevitabilmente crea problematiche relative alle conseguenze della mera trasposizione linguistica dalla lingua originale a quella di destinazione. Così C. Perlingieri, *Gli accordi tra i siti di social networks e gli utenti*, in C. Perlingieri – L. Ruggeri (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2013, p. 205.

marketplace dedicato all'*e-commerce*. I sistemi reputazionali statuiti da Ebay rappresentano una tra le prime forme di sistema di reputazione nel mondo online: la piattaforma è composta da una comunità di pari, in grado di valutare e di essere a loro volta valutati⁴⁸⁸.

Occorre rilevare che gli strumenti reputazionali sono in esponenziale crescita ovunque sul web, ma l'ambito in cui hanno assunto fondamentale rilevanza è costituito – come precedentemente anticipato – dalle piattaforme dell'economia collaborativa. In questo particolare contesto l'elemento chiave che assicura il buon funzionamento della piattaforma è la fiducia e di conseguenza un ruolo fondamentale è assunto dagli strumenti che consentono di creare fiducia tra soggetti sconosciuti: il sistema reputazionale del *feedback* assume centralità, poiché è basato su recensioni qualitative, oltre che su *rating* di tipo numerico.

La funzione così assoluta ha una rilevanza tale che alcuni studiosi della reputazione – in ambito prettamente economico – hanno ridefinito l'economia collaborativa delle piattaforme con l'espressione "economia della reputazione"⁴⁸⁹. Lo scenario appena delineato è però la condizione fisiologica di funzionamento di tali sistemi in una prospettiva quantomeno ideale; diversa invece è la situazione che si presenta nel reale contesto in cui gli strumenti reputazionali si calano: sempre maggiore è la presenza di recensioni false, faziose, ingannevoli che rendono tali sistemi inaffidabili e incapaci di adempiere allo scopo originario della loro elaborazione.

I riferimenti a livello europeo da parte delle istituzioni sono tuttora frammentari e si tratta per lo più di primi studi esplorativi volti a costituire delle valide indicazioni per la realizzazione di future ed eventuali linee guida sul tema. Un esempio di ciò deriva dal *briefing* dell'ottobre 2015, in cui il Servizio di Ricerca del Parlamento europeo ha condotto uno studio sulle recensioni false e ingannevoli

⁴⁸⁸ Ad essere valutati nel c.d. *feedback forum* non sono solo i venditori che immettono prodotti sul *marketplace*, ma anche gli utenti-consumatori che effettuano l'acquisto sono soggetti a valutazione dalla controparte. In relazione alle questioni giuridiche sollevate da Ebay e sui propositi di una possibile cornice regolatoria si rimanda a B. Rietjens, *Trust and Reputation on eBay*, cit., pp. 55 ss.

⁴⁸⁹ Sul punto si rimanda in misura più ampia agli innumerevoli contributi di taglio economico-giuridico nel volume H. Masum – M. Tovey (eds.), *The Reputation Society*, cit.

presenti sul web⁴⁹⁰: qui è stato descritto lo scenario delle recensioni online, fornendo esempi pragmatici delle questioni ad esse collegate.

Lo studio ha concluso che il problema delle false recensioni non riguarda esclusivamente i singoli consumatori, ma il tema deve essere attenzionato anche in una più ampia ottica di mercato, in particolare in relazione al principio di leale concorrenza. Ed invero la falsità delle recensioni costituisce un fattore certamente distorsivo del mercato, soprattutto nel settore dell'*e-commerce*⁴⁹¹. Il nodo problematico è legato in larga misura alla considerevole mancanza di credibilità a causa dell'assenza di garanzie relative a dei processi di validazione efficaci sui commenti lasciati online. In questo senso chiunque potrebbe fingere di essere un vero consumatore che esprime liberamente il proprio giudizio su un'esperienza vissuta, con il rischio di incorrere nel noto fenomeno del "mercato dei limoni"⁴⁹² in cui il consumatore, inconsapevole, non è in grado di distinguere la qualità dei prodotti e dei servizi presenti sul mercato a causa della crescente distorsione informativa.

Lo studio, inoltre, riporta alcune delle azioni intraprese dai singoli Stati - membri e non - in relazione alla lotta contro le false recensioni⁴⁹³, indicando eventuali e possibili soluzioni per affrontare il problema: in primo luogo si raccomanda una regolazione di matrice europea o, almeno, una standardizzazione dei siti web di recensione; in secondo luogo si fa riferimento alle già esperite azioni esecutive di taluni Stati come strumenti deterrenti delle condotte ingannevoli; ancora la realizzazione di una *self-regulation* da parte delle piattaforme online mediante

⁴⁹⁰ J. Volant, *Online Consumer Reviews. The case of misleading or fake reviews*, EPRS - European Parliamentary Research Service, Ottobre 2015, accessibile al sito <https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/online-consumer-reviews---the-case-of-misleading-or-fake-reviews.pdf>.

⁴⁹¹ Ivi, p. 5.

⁴⁹² A. Akerlof, *The Market for Lemons*, cit., pp. 488-500.

⁴⁹³ In particolare qui si fa riferimento alle azioni di *enforcement* prese a livello nazionale dal Regno Unito, dall'Italia e dagli Stati Uniti. Nel 2012, la *Advertising Standards Authority* del Regno Unito ha infatti previsto, nei confronti di una società, la rimozione di affermazioni ingannevoli dal proprio sito web, in cui era assicurata la veridicità e affidabilità dei contenuti recensori apparsi e provenienti da reali utenti. Lo stesso è avvenuto in Italia da parte dell'AGCM nel 2014 con il caso Tripadvisor già esaminato nelle pagine precedenti. Nel panorama d'oltreoceano lo studio europeo rimanda, invece, alla c.d. *Operation Clean Turf* ad opera del Procuratore Generale dello Stato di New York (2013), di cui già si è detto. Ancora nel 2014, la Corte Federale Australiana si è pronunciato contro due aziende di pannelli solari che pubblicavano false pubblicità mediante testimonianze di consumatori, in relazione all'efficacia dei propri prodotti al fine di promuoverli. J. Valant, *Online Consumer Reviews*, cit., p. 6.

strumenti in grado di identificare e affrontare le recensioni false; infine l'elaborazione di elementi di *smart regulation* comprendente approcci basati su una corretta educazione dell'utente in Rete, misure di monitoraggio e codici di condotta per le piattaforme online, sanzioni di tipo amministrativo e requisiti specifici per la promozione online di prodotti. Un documento quindi che traccia le caratteristiche essenziali della questione, ma che presenta una linea del tutto orientativa allo stato dell'arte del fenomeno.

Attualmente, a livello europeo, il più evidente riferimento ai sistemi reputazionali appare in due Comunicazioni della Commissione facenti parte del più ampio complesso di documenti dedicati alla Strategia per il Mercato unico digitale⁴⁹⁴: la prima è la Comunicazione relativa alle "Piattaforme online e il mercato unico digitale"⁴⁹⁵, mentre la seconda in modo più dettagliato si incentra sulla realizzazione della già citata "Agenda europea per l'economia collaborativa".

⁴⁹⁴ COM (2015) 192 final, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Strategia per il mercato unico digitale in Europa, 6 maggio 2015, accessibile al sito <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=IT>. La strategia per il Mercato unico digitale verte su una serie di azioni chiave interdipendenti attuabili nel panorama dell'Unione europea, con l'intento di produrre il massimo effetto nell'elaborazione di principi di regolamentazione. Essa è fondata su tre pilastri fondamentali: il primo è il miglioramento dell'accesso online a beni e servizi sia per i consumatori, che per le imprese mediante l'eliminazione delle differenze che dividono il mondo online dal mondo offline, con il fine ultimo di abbattere le barriere che impediscono l'attività online attraverso le frontiere; il secondo pilastro è integrato dalla creazione di un contesto favorevole allo sviluppo delle reti digitali, ciò implica la disponibilità di infrastrutture e di servizi digitali che siano affidabili e sostenuti dalle adeguate condizioni regolamentari per favorire innovazione, investimenti e concorrenza leale tra le parti; il terzo riguarda, invece, la massimizzazione del potenziale di crescita economica digitale europea attraverso investimenti nelle infrastrutture e tecnologie innovative, quali le nuvole informatiche (*cloud computing*) e i mega dat (*big data*), ma anche nella ricerca e innovazione per il rafforzamento della competitività industriale e il miglioramento di servizi pubblici. Per un quadro di insieme più ampio sul tema del Mercato unico digitale, si fa specifico riferimento a L. Ammannati, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, in *Federalismi.it*, n. 7/2019, pp. 1-18. Riguardo il funzionamento delle piattaforme dell'economia collaborativa alla luce della strategia di Mercato unico digitale: L. Belviso, *Il caso Uber negli Stati Uniti e in Europa tra mercato, tecnologia e diritti. Obsolescenza regolatoria e ruolo delle Corti*, in *MediaLaws*, n. 1/2018, accessibile al sito <http://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2019/05/9.-Belviso.pdf>; G. M. Ruotolo – D. Vaira, *Il caso Uber nel mercato unico digitale*, in *La Comunità Internazionale*, n. 3/2018, pp. 429- 444; C. Cauffman, *The Commission European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?*, in *Maastricht European Law Institute, working paper No. 2016/07, 2016*, accessibile al sito https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2883845; A. De Franceschi, *European Contract Law and the Digital Single Market. Current Issues and New Perspectives*, in A. De Franceschi (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016.

⁴⁹⁵ COM (2016) 288 final, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Le piattaforme online e il mercato unico digitale, opportunità e sfide per l'Europa, 25 maggio 2016, accessibile al sito <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0288&from=IT>.

La prima Comunicazione – che si occupa del rapporto tra Mercato unico digitale ed economia collaborativa – fornisce delle prime riflessioni sulla necessità di un quadro normativo equilibrato per le piattaforme, al fine di promuovere uno sviluppo sostenibile e l’ampiamiento del modello aziendale su cui si basano. L’assenza di un chiaro e puntuale quadro normativo crea incertezza e confusione sia verso gli operatori economici, che verso gli utenti: è per tale ragione che diventa fondamentale l’assetto europeo attualmente presente, costituito in primo luogo dal recente Regolamento generale sulla protezione dei dati⁴⁹⁶ e dalla direttiva sulla sicurezza delle reti e dell’informazione⁴⁹⁷, strumenti che consentono di agevolare la crescita e la rapida evoluzione delle piattaforme digitali. In questo scenario l’assetto europeo deve essere anche in grado di creare un clima di fiducia e per fare ciò le piattaforme online dovrebbero adeguarsi a quelle norme già esistenti che regolano la concorrenza, la tutela dei consumatori, la protezione dei dati personali, oltreché la libertà del Mercato unico. Un ruolo importante è svolto anche dalle misure di auto-regolamentazione e di co-regolamentazione, basate su strumenti di settore idonei a fornire garanzia dell’applicazione di principi fondamentali a livello europeo e adeguati meccanismi di monitoraggio volti a raggiungere un livello di equilibrio tra le esigenze di flessibilità, efficienza e la necessità di sviluppare nuove soluzioni alle questioni sollevate dall’economia collaborativa⁴⁹⁸.

Tra i principi fondamentali che devono attuarsi nel quadro europeo per lo sviluppo delle piattaforme digitali è indicato anche quello relativo alla “promozione della fiducia e della trasparenza e alla garanzia dell’imparzialità”⁴⁹⁹. Fondamentale alla luce di questo principio è l’informazione e la responsabilizzazione di cittadini e consumatori: la Commissione ritiene che sia necessaria un maggiore trasparenza in considerazione del fatto che spesso molte delle informazioni presentate sulla Rete dalle piattaforme sono “filtrate, determinate o personalizzate” e ciò avviene

⁴⁹⁶ Regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

⁴⁹⁷ Direttiva approvata dal Parlamento e dal Consiglio il 7 dicembre 2015 in seguito alla proposta della Commissione del 2013 recante misure volte a garantire un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dell’informazione nell’Unione, COM (2013) 48 final, 7 febbraio 2013.

⁴⁹⁸ COM (2016) 288, cit., p. 6.

⁴⁹⁹ Ivi, p. 11 ss.

soprattutto quando esse costituiscano la base di decisioni di acquisto del consumatore o abbiano una rilevante influenza sulla partecipazione alla vita democratica o civile del cittadino⁵⁰⁰. È in questa cornice di principi che si fa riferimento alle recensioni online di prodotti e servizi, elementi valutativi che per avere un'utilità effettiva nei confronti dei consumatori devono contenere dei caratteri di attendibilità tale da essere esenti da errori o da manipolazioni. A tal riguardo la Commissione riporta l'esempio delle false recensioni, che provocano da un lato un clima di sfiducia diffusa; dall'altro il rischio di pregiudicare il modello aziendale della piattaforma stessa, rendendolo di fatto inaffidabile⁵⁰¹. Nonostante l'esistente normativa dell'Unione in materia di consumatori e di marketing imponga già il rispetto del principio di trasparenza a tutela del consumatore, occorre implementare e rafforzare la materia in modo tale da migliorare la fiducia, la trasparenza e l'imparzialità della legislazione esistente ed eventualmente di quella che il Parlamento e il Consiglio europeo delinearanno nell'avvenire. In questa prima Comunicazione null'altro si dice con riferimento al tema oggetto d'analisi se non ribadire le questioni che già erano state sollevate dallo studio esplorativo condotto nel 2015, in un certo senso accogliendo le preoccupazioni inerenti un quadro d'insieme estremamente frammentato.

Per certi aspetti evidentemente più incisiva è la seconda Comunicazione dal titolo "Agenda europea per l'economia collaborativa". In questo documento l'attenzione ai sistemi reputazionali è manifesta, ma i termini in cui essi sono citati lascia poco spazio all'ipotesi di tangibili avanzamenti a livello legislativo sul tema. Qui l'economia collaborativa è descritta nei termini di un modello favorevole alla creazione di nuove opportunità sia per i consumatori che per gli imprenditori⁵⁰²,

⁵⁰⁰ Ivi, p. 12.

⁵⁰¹ Ibidem.

⁵⁰² La Commissione prova a dare anche una chiara definizione di economia collaborativa, condividendo l'accezione ormai comunemente conosciuta in ambito giuridico: «L'espressione "economia collaborativa" si riferisce ai modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati. L'economia collaborativa coinvolge tre categorie di soggetti: i) i prestatori di servizi che condividono beni, risorse, tempo e/o competenze e possono essere sia privati che offrono servizi su base occasionale ("pari") sia prestatori di servizi nell'ambito della loro capacità professionale ("prestatori di servizi professionali"); ii) gli utenti di tali servizi; e iii) gli intermediari che mettono in comunicazione — attraverso una piattaforma online — i prestatori e utenti e che agevolano le transazioni tra di essi ("piattaforme di collaborazione"). Le transazioni dell'economia collaborativa

costituendo una ragguardevole fonte di crescita del mercato e dello sviluppo dell'Unione europea.

I presupposti da cui parte la Comunicazione della Commissione evidenziano i punti focali di questi nuovi modelli imprenditoriali: essi hanno la potenzialità di contribuire in misura significativa alla competitività tra imprese; al tempo stesso il successo delle piattaforme collaborative offre anche importanti vantaggi nei confronti dei singoli cittadini- consumatori in relazione alla fruizione di nuovi servizi più flessibili e favorendo nuove forme di reddito. In questo scenario sono i consumatori ad avere un ruolo privilegiato, poiché ottengono rilevanti vantaggi. Si faccia caso, ad esempio, all'opportunità di accesso a nuovi servizi, alla più ampia offerta di questi ultimi o ancora alla loro fruizione a prezzi più bassi. Ma ciò può avvenire solo se i veri protagonisti di tale nuovo modello economico – *ergo* le piattaforme online – promuovano e sviluppino la propria attività in modo responsabile.

Se da un lato è lampante il successo dell'economia collaborativa in considerazione della maggiore accessibilità sia da parte dei consumatori che da parte degli imprenditori; dall'altro è altrettanto chiaro che questo tipo di approccio economico e l'emersione di nuovi modelli imprenditoriali possono creare spinose questioni sull'applicazione del quadro normativo vigente nell'Unione europea. Infatti un modello siffatto rende meno netta la distinzione tra consumatore e prestatore di servizi tipica del mondo offline, ciò avviene anche per la distinzione tra lavoratore subordinato e lavoratore autonomo o la prestazione di servizi a titolo professionale o non professionale⁵⁰³. Le rinnovate condizioni del mercato creano certamente delle incertezze relative alle discipline normative presenti e se queste possano essere in qualche misura applicabili alle realtà emergenti. Il tutto deve essere, inoltre, completato dalla frammentazione legislativa derivante da approcci normativi molto diversi o addirittura dall'assenza di regolazione su alcuni aspetti dell'economia collaborativa.

L'obiettivo della Comunicazione da parte della Commissione è quello di affrontare lo scenario in cui l'economia collaborativa si presenta, per poi fornire degli

generalmente non comportano un trasferimento di proprietà e possono essere effettuate a scopo di lucro o senza scopo di lucro». Così COM (2016) 356 final, cit., p. 3.

⁵⁰³ COM (2016) 356 final, cit, p. 2.

orientamenti giuridici oltreché strategici per agevolare uno sviluppo equilibrato all'interno della strategia del Mercato unico. Gli orientamenti ivi delineati non hanno però effettiva vincolatività, non sono quindi in grado di definire come il diritto dell'Unione già esistente dovrebbe essere applicato al tema e ciò anche in virtù della funzione che le comunicazioni della Commissione assumono in ambito normativo europeo⁵⁰⁴: si tratta infatti di atti che servono a fornire un quadro omogeneo e il più possibile completo in relazione a determinate materie.

Una volta chiarito l'ambito in cui tale Comunicazione si inserisce, è il caso di indagare perché e in quale misura i sistemi reputazionali abbiano rilevanza nel quadro disegnato dalla Commissione. Il primo documento analizzato faceva già riferimento alle recensioni false e ingannevoli che appaiono sul web; nel secondo invece è esplicitamente indicata la funzione del sistema di reputazione come struttura a sé, inserita nelle piattaforme collaborative. Infatti, tra gli aspetti principali del panorama collaborativo, l'elargizione di servizi prevede anche la presenza di strumenti messi a disposizione dalle piattaforme per affrontare questioni fondamentali all'interno del mercato. Tra questi strumenti sono citati anche i meccanismi di valutazione, volti a «scoraggiare comportamenti dannosi da parte degli operatori economici del mercato»⁵⁰⁵. Ciò che rileva in misura esponenziale consiste nell'approccio della Commissione: la più idonea e bilanciata cornice regolatoria rispetto al fenomeno dovrebbe essere poco invasiva per consentire una migliore estensione di tale modello di *business* e promuovere favorevolmente il ruolo innovativo delle piattaforme.

Su questi presupposti è chiaro il motivo per cui le istituzioni europee si siano volontariamente astenute dall'intraprendere concrete azioni normative volte alla regolazione dei sistemi reputazionali. Tali sistemi operano in un'ottica di efficienza e l'intento della loro creazione è manifestamente previsto anche dalla Comunicazione. Qui si dice che, oltre a ridurre i rischi per i consumatori derivati dalle asimmetrie informative presenti sul mercato, essi «possono contribuire a un miglioramento della qualità dei servizi e potenzialmente ridurre la necessità di taluni

⁵⁰⁴ A. Dell'Atti, *L'Agenda Europea per la c.d. economia collaborativa*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 2/2016, p. 113 ss.

⁵⁰⁵ COM (2016), cit., p. 4.

elementi della regolamentazione»⁵⁰⁶. Il tutto però – come specifica la Commissione – è possibile solo a condizione che tali strumenti creino effettivamente la necessaria fiducia sulla qualità delle recensioni. Insomma, le valutazioni reputazionali devono essere affidabili, veritiere e trasparenti, altrimenti altro non sarebbero che elementi distorsivi del mercato al pari dell’asimmetria informativa che hanno l’obiettivo di eliminare.

Sul tema la dottrina ha ritenuto che, in situazioni di corretto funzionamento, tali strumenti costituirebbero delle misure di *co-regolazione*, se non addirittura di *auto-regolazione* e come tali sostitutivi delle tradizionali tecniche di *command-and-control* strettamente collegate a rigidi meccanismi sanzionatori⁵⁰⁷.

Una vera e propria astensione dalla promulgazione di specifiche discipline normative di *hard law*, compensata solo da un documento con natura di *soft law*: si tratta del già succitato documento orientativo sull’attuazione della direttiva relativa alle pratiche commerciali scorrette⁵⁰⁸, che dedica peculiare spazio agli “strumenti di confronto” utilizzati dagli utenti-consumatori sul web. Un documento quest’ultimo che – per sua stessa natura – non è giuridicamente vincolante, ma che nello scenario europeo costituisce attualmente uno dei pochi mezzi per tentare di dissipare le “aree grigie” derivate dall’assenza di regolazione sul punto⁵⁰⁹. Ad avallare il tutto è anche la rappresentazione del regime di responsabilità della piattaforma: premessa del quadro disegnato dalla Commissione è che – come noto – le norme sulle conseguenze derivanti da responsabilità contrattuale o extracontrattuale sono di pertinenza degli Stati membri in relazione ai principi proprio di ciascun ordinamento. Ad essere richiamata è nuovamente la direttiva 2000/31/CE poiché le piattaforme dell’economia collaborativa sono anch’esse intermediari di servizi della società dell’informazione e, a determinate condizioni, esenti da responsabilità per le

⁵⁰⁶ Ibidem.

⁵⁰⁷ Si esprimono in tal senso: C. Busch, *Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy*, in M. Cantero Gamito – H. Wolfgang Micklitz (eds), *The Role of EU in Transnational Legal Ordering: Standards, Contracts and Codes*, 2019, forthcoming; S. Ranchordás, *Online Reputation*, cit., p. 138 ss.; Id., *Regulation or Reputation? Innovation Friendly Rules for the Sharing Economy*, in J. Ponce Solé – A. Cerillo Martínez (eds.), *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*, INAP, Madrid, 2017; C. Busch, *Crowdsourcing Consume Confidence. How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, in: De Franceschi (ed.), cit., p. 231 ss.; E. Goldman, *Regulating Reputation*, in H. Masum – M. Tovey (eds.), *How Online Opinion*, cit., pp. 51-62.

⁵⁰⁸ COM (2016) 320 final, cit.

⁵⁰⁹ C. Busch, *Crowdsourcing Consume Confidence*, cit., p. 232.

informazioni in esse circolanti. Tale riferimento conferma il mantenimento del regime di immunità della piattaforma – anche nell’ambito dei nuovi approcci collaborativi – qualora essa svolga un’attività di ordine meramente tecnico, automatico e passivo; elementi questi ultimi di cui già si è discusso in precedenza e da valutare caso per caso⁵¹⁰ in relazione al livello di conoscenza dell’illiceità dell’informazione da parte della piattaforma. Non vi è, dunque, alcun indizio di cambiamento in relazione al regime di responsabilità per le piattaforme dell’economia collaborativa e le strutture interne di cui si compone, ad esempio i sistemi reputazionali. In questa Comunicazione, meramente ricognitiva dello stato dell’arte della regolamentazione europea, ad esser incoraggiata è una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme mediante azioni volontarie, elemento che pare ancora una volta affermare l’intenzione di ridurre al minimo ulteriori forme di regolazione legislativa per dare spazio via via ad una sorta di “regolamentazione privata”, aumentando in tal modo la discrezionalità delle piattaforme digitali in merito agli standard previsti per “affrontare l’importante questione delle recensioni finte o ingannevoli”⁵¹¹.

Lo scenario appena descritto è dunque foriero di una tendenziale incertezza giuridica. Essa, però, sembra essere ben finalizzata allo scopo di ridurre la regolazione normativa, tentativo questo che non presenterebbe risvolti positivi in un panorama in cui sono sempre più evidenti le conseguenze dannose derivate dalla mancanza di veridicità e genuinità nelle recensioni presenti sul web.

Al momento, dunque, non si può che riscontrare un quadro piuttosto variegato, composto da linee guida nazionali⁵¹² ed europee; raccomandazioni, studi

⁵¹⁰ Sul punto si veda il § 2 del presente capitolo.

⁵¹¹ Così COM (2016), 320 final, cit., p. 9.

⁵¹² In relazione a ciò si può fare, ad esempio, riferimento alle linee guida stabilite dall’Associazione Francese per la Standardizzazione (AFNOR), un organismo di certificazione a livello mondiale che nel luglio 2013 già aveva pubblicato una serie di principi sui processi di ricerca e di memorizzazione di informazioni in Rete. Più nel dettaglio delle recensioni online elaborate dai consumatori. In particolare la centralità di queste linee orientative risiedeva nella necessità di escludere ogni forma di recensione anonima e una migliore regolazione delle recensioni a pagamento, vale a dire quelle recensioni postate in cambio di un compenso, anche non necessariamente monetario, ma senza prevedere un più generale divieto delle stesse. C. Busch, *Crowdsourcing Consumer Confidence*, cit., p. 229 ss. Nel maggio 2015, invece, il *Danish Consumer Ombudsman* ha elargito una serie di linee guida relative ai servizi commerciali offerti online che consentono la pubblicazione di recensioni da parte degli utenti fissandone le condizioni di legittimità alla luce del *Danish Marketing Practice Act*, con l’obiettivo primario di aumentare la trasparenza nella Rete. Il documento prevede una dettagliata informazione da parte della piattaforma all’utente che ha intenzione di pubblicare una recensione, fornendo quindi

esplorativi, proposte legislative⁵¹³ e una sempre più ampia casistica giurisprudenziale che – come da analisi – ha tentato di stabilire degli elementi chiave per far fronte al fenomeno. È chiaro quindi che non è facile idealizzare una cornice regolatoria precisa per degli strumenti che per loro natura si presentano sfuggitivi.

A completamento del quadro europeo è, infatti, il caso di rilevare alcune motivazioni per cui tale azione attualmente non sia ancora stata del tutto possibile e perché, seppur vi siano dei tentativi, essi risultino di per sé fallaci.

In primo luogo bisogna prendere in considerazione il ruolo che oggi giocano le piattaforme digitali nell’ottica di poteri privati che in qualche misura si contrappongono ai poteri pubblici. Infatti nel nuovo scenario della Rete, esse sembrano porsi come “regolatori *de facto*”⁵¹⁴; che assumono un ruolo centrale nel più ampio scenario del diritto dei consumatori, contribuendo in misura rilevante sulla trasmissione del flusso contrattuale informativo, in particolare se si pensa alla recensione online alla stregua di informazione precontrattuale per il consumatore

chiaramente i termini e le condizioni del servizio. La sezione 7 spiega quella che è la procedura sottostante alla pubblicazione di una recensione: il commento postato deve essere oggettivo e perché sia tale sono necessari dei meccanismi di verificabilità dello stesso; è lo stesso intermediario a dover sviluppare questi processi tecnici di monitoraggio, in modo che non siano pubblicate recensioni contenenti informazioni ingannevoli o erronee; inoltre in questo scenario sembrerebbe fondamentale che l’identità dell’utente sia palesata, in modo che il recensore possa essere correttamente identificato dall’operatore del sistema di reputazione che si occupa di monitorare i *feedback* ivi presenti. Per ciò che concerne, invece, le recensioni a pagamento non si prevede un esplicito divieto, ma una maggiore trasparenza nella segnalazione della promozione e del rapporto intercorrente tra soggetto recensore e soggetto recensito, informazione non sempre chiaramente esplicitata. Cfr. Danish Consumer Ombudsman, *Guidelines on Publication of User Reviews*, 1 maggio 2015. Sulla scia di queste iniziative, anche l’Autorità olandese dei Consumatori e del Mercato nel maggio del 2017 ha elaborato uno studio sulle recensioni online dei consumatori, il cui esito finale ha previsto la necessità di una maggiore chiarezza e trasparenza nella regolazione dei meccanismi di reputazione e nell’elaborazione di condizioni più decise in relazione al loro funzionamento. Anche questo studio si è posto in linea con i documenti realizzati dagli altri Stati membri sul tema, senza però porre un’effettiva e vincolante regolazione.

⁵¹³ Si rimanda in questo senso alla c.d. *Loi pour la République numérique*, proposta di legge del Senato Francese del maggio 2106 e successivamente entrata in vigore nell’ottobre dello stesso anno, che integra il *Code de la Consommation* francese. La legge ha l’obiettivo di regolare in qualche misura l’economia collaborativa. In questo contesto si pongono anche delle norme per una maggiore trasparenza delle recensioni online, statuendo in alcuni articoli della proposta delle condizioni di concreto funzionamento dei sistemi di reputazione, ad esempio la correttezza, la chiarezza e la trasparenza di questi meccanismi per ciò che concerne le modalità del processo di pubblicazione delle informazioni reputazionali (art. 24 c. 3); o ancora la necessità di indicare se la recensione sia effettivamente sottoposta ad un preventivo controllo (art. 24 c. 4). Non sono, però, indicate eventuali conseguenze a titolo di responsabilità derivanti da recensioni false o ingannevoli. Occorre rilevare in questa sede, che nonostante l’entrata in vigore dell’atto legislativo, le disposizioni relative alla regolazione dei sistemi di reputazione non sono ancora stati vagliati, come risulta attualmente dal portale online del Governo francese. Accessibile al sito <https://www.economie.gouv.fr/republique-numerique>.

⁵¹⁴ Così M. Narciso, *The Regulation of Online Reviews*, cit., p. 578.

che contribuisce alla corretta formazione del consenso contrattuale⁵¹⁵. Da questo punto di vista la piattaforma si inserisce in modo netto in un contratto *business-to-consumer* (che avviene tra il consumatore e l'operatore economico che offre un bene o un servizio online) per mezzo delle informazioni elargite dai sistemi reputazionali che essa stessa elabora.

Si crea di fatto un rapporto triangolare tra consumatore-operatore economico-piattaforma online, assumendo quest'ultima un'evidente influenza sulla decisione finale del consumatore.

In secondo luogo la complessità nel predisporre un più definito scenario legislativo dipende anche dal difficile inquadramento del "soggetto" in capo al quale eventualmente ascrivere la responsabilità derivata dal danno creato dalla recensione online.

Nelle riflessioni dottrinarie si pone un dilemma: le recensioni false e dannose provengono - o almeno dovrebbero provenire - da utenti terzi che sono a loro volta consumatori, pertanto sono gli stessi consumatori la fonte maggiore di informazione ingannevole. Qui si inserisce, però, anche la figura della piattaforma digitale che è detentrica di un considerevole potere nell'ambito del mercato, si tratta come detto di un centro di potere privato che si inserisce nelle maglie della dinamica *peer-to-peer*⁵¹⁶. Seppur vero che, in questo contesto, la piattaforma assume un ruolo fondamentale nello scambio di informazioni, occorre comunque notare che sono i consumatori ad essere, in fin dei conti, fautori di un reciproco scambio di informazioni. È ancora poco chiara la funzione della piattaforma in qualità di catalizzatore dell'informazione e controllore dei meccanismi di recensione⁵¹⁷. Nella ricerca di un adeguato regime normativo di riferimento, rimane dunque irrisolto il principale problema della questione: esso consiste nell'individuare chi deve rispondere a titolo di responsabilità dell'informazione ingannevole. Ciò assume evidentemente un'incidenza rilevante nella riflessione inerente la possibilità di stabilire una disciplina legislativa sul punto.

Quale che sia il nodo controverso, la questione è sempre affrontata in ottica consumeristica. Tale approccio è emerso in misura rilevante dall'analisi dell'attuale

⁵¹⁵ Ibidem.

⁵¹⁶ Cfr. A. Daly, *Private Power*, cit., p. 19 ss.

⁵¹⁷ M. Narciso, *The Regulation of Online Reviews*, cit., p. 579.

assetto europeo, soprattutto in relazione al profilo applicativo della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette. In un panorama così ricco di sfaccettature, ciò che è certo è che non vi sia un tangibile interesse alla tutela della reputazione economica dell'imprenditore. Quest'ultimo in un primo momento decide di affidarsi ai sistemi valutativi tra pari con l'obiettivo di accrescere la propria reputazione online, la quale però in un tale scenario diventa facilmente erodibile.

4. La rilevanza dei sistemi reputazionali in ambito statunitense: il Report sulla Sharing Economy della FTC

L'analisi finora tracciata ha dato conto di come nell'assetto europeo sia stato affrontato il fenomeno dei meccanismi di reputazione, presenti soprattutto nei modelli di economia collaborativa. Per fornire un quadro d'insieme completo del tema reputazionale, occorre ripercorrere brevemente le iniziative che hanno caratterizzato l'esperienza statunitense. Anche qui l'analisi dei casi giurisprudenziali ha restituito uno scenario quantomeno frammentato.

Nonostante la distanza tra l'assetto giuridico europeo e quello statunitense, nel caso di specie le questioni problematiche riconducono al medesimo punto: l'assenza di un quadro regolatorio coeso.

Del resto la totale autonomia da regolamentazioni imposte dall'alto nel mondo della Rete e il crescente accentramento di poteri privati mediante l'evoluzione delle piattaforme digitali, pone una complessa sfida per i decisori politici nella fissazione di puntuali discipline riguardanti le nuove strutture ivi presenti⁵¹⁸, con la conseguenza di lasciare sempre maggiore spazio all'invadenza delle mere logiche di mercato solo apparentemente capaci di rispettare la tanto proclamata libertà di Internet mediante il risoluto rifiuto del "paternalismo legislativo", di gran lunga meno insidioso se combinato con altri strumenti che in maniera più "morbida" siano in grado di fornire un punto di inizio per l'elaborazione di principi regolativi⁵¹⁹.

⁵¹⁸ T. Mc Sweeny, *FTC 2.0*, cit., p. 1028 ss.

⁵¹⁹ Così S. Rodotà, *Tecnopolitica*, cit., p. 154.

Nel contesto statunitense – alla stregua di quello europeo – non pare essersi delineata una linea di condotta ben precisa in relazione ai sistemi reputazionali. Infatti l'attuale assetto ha fatto emergere per lo più l'utilizzo di categorie giuridiche già esistenti che, in qualche misura, sono state adattate al fenomeno emergente. La maggior parte delle controversie nate tra le maglie delle recensioni pubblicate nelle piattaforme online sono state infatti risolte ricorrendo a specifici argomenti, da sempre commentati in ambito statunitense e di cui già si è ampiamente discusso nelle pagine dedicate all'analisi giurisprudenziale.

Uno dei primi argomenti è quello relativo all'immunità della piattaforma chiamata in causa quando la recensione online sia anonima e, pertanto, il soggetto responsabile del suo contenuto non sia individuabile. In questi casi, molti operatori economici lesi dalle recensioni online false, per lo più negative e con natura diffamatoria hanno avanzato le proprie richieste risarcitorie nei confronti della piattaforma. Così come avvenuto a livello europeo, gli orientamenti giurisprudenziali su tali controversie sono stati in massima parte conformi nel richiamare le norme dedicate all'immunità degli *internet service provider* del *Communications Decency Act (CDA)*⁵²⁰. Come noto il CDA è stato approvato dal Congresso nel 1996 in risposta ad alcune sentenze che equiparavano i gestori dei siti web ai tradizionali editori in termini di controllo sui contenuti pubblicati⁵²¹, al fine

⁵²⁰ A meri fini riepilogativi si rammenta la definizione di *internet service provider* indicata dal CDA. 47 U.S.C. §§ 230: «Any information service, system, or access software provider that provides or enables computer access by multiple users to a computer server»; mentre un *information content provider* è configurato come «any person or entity that is responsible, in whole or in part for the creation or development of information provided through the Internet or any other interactive computer service». Relativamente all'esonero da responsabilità civile dell'*internet service provider*: «1. No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider. 2. No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of— a) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or b) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph».

⁵²¹ Sul punto si fa particolare riferimento alla sentenza pronunciata nel 1995 nello Stato di New York *Stratton Oakmont v. Prodigy Servs. Co.*, in cui si era riconosciuto il ruolo attivo del sito web riguardo ai contenuti pubblicati da terzi utenti. La Corte di New York, infatti, prevedeva che nel caso concreto il sito – *Prodigy* – aveva arrogato a sé i tradizionali poteri in capo all'editore di testate giornalistiche e come tale non poteva in alcun modo sostenersi il ruolo passivo di “mera condotta” delle informazioni contenute sul sito web, seppur elaborate da terzi. Ciò perché il gestore del sito aveva compiuto la scelta consapevole di conseguire i benefici derivanti dal controllo editoriale e pertanto da ciò ne derivava una maggiore responsabilità rispetto a quella sostenuta da altri siti online. Così H. T. McKeegan, *When All You Have is a Hammer*, in *80 University of Pittsburg Law Review* (2018), pp. 196-197.

di regolare il regime di responsabilità civile derivante dalla diffusione di materiali e commenti online.

Internet è nato, infatti, come strumento fondamentale per la “democratizzazione delle comunicazioni”⁵²²; grazie alla flessibilità e ai bassi costi di accesso ha consentito di formare un mercato delle informazioni e delle comunicazioni partecipativo. È per questa ragione⁵²³ che diventa necessaria una tutela della libertà di espressione nel cyberspazio ai sensi del I Emendamento della Costituzione⁵²⁴. Di qui allora il tentativo di fornire una protezione giuridica in capo a siti web che consenta lo sviluppo di un ambiente favorevole per lo svolgimento della propria attività online, allorché l'*internet service provider* non abbia avuto un ruolo attivo di manipolazione dei contenuti generati da terzi e sul quale non può esercitare un effettivo controllo se non quello che volontariamente la piattaforma predispone al fine di garantire la veridicità delle informazioni pubblicate.

Questa disciplina è oggi applicata alle piattaforme digitali che presentano al loro interno i sistemi reputazionali. Anche in questo caso sono state prese ad esempio quali piattaforme di riferimento Tripadvisor o Yelp⁵²⁵. Quest'ultima ha creato il maggior numero di controversie nel contesto statunitense che sono state risolte - in larga misura - rigettando i ricorsi proposti dagli operatori economici presuntivamente lesi, ai quali si è opposto l'argomento dell'esonero da responsabilità in considerazione del fatto che un eventuale processo di selezione o di classificazione delle recensioni già presenti sul sito non possano ritenersi un'effettiva opera di manipolazione e creazione di contenuti da parte della piattaforma stessa⁵²⁶, rimanendo di fatto materiale non intenzionalmente creato dal

⁵²² In relazione al rapporto tra democratizzazione e tutela della libertà di espressione si veda, più in generale, G. E. White, *The First Amendment Comes of Ages: The Emergence of Free Speech in Twentieth-Century America*, in *95 Michigan Law Review* (1996), p. 299 ss.

⁵²³ Si tratta per lo più di *policies* previste dalle stesse piattaforme, che statuiscono dei filtri preventivi alla pubblicazione delle recensioni. Un processo di controllo che non sempre risulta sufficiente per impedire la pubblicazione di recensioni non genuine o diffamatorie.

⁵²⁴ Così A. Cucinotta, «*Communications Decency Act*» per indecenza cyberspazio, in *Foro.it*, IV, 1998, p. 23 ss.

⁵²⁵ In questo senso si rimanda all'analisi giurisprudenziale condotta nel capitolo 2 del presente lavoro di ricerca.

⁵²⁶ Su questo punto emblematica è la già analizzata sentenza *Kimzey v. Yelp! Inc*, No. 14-35487 (9th Cir. Sept. 2016), nella quale la Corte aveva statuito l'impossibilità di riscontrare un vero e proprio “processo creativo” in grado di limitare l'applicazione della *section 230* del CDA.

sito ma proveniente da soggetti terzi, che nascondendosi il velo dell'anonimato non incorrono nel rischio di essere chiamati a titolo di responsabilità⁵²⁷.

Il regime di immunità delle piattaforme combacia in massima parte con la disciplina europea, anzi la regolamentazione statunitense è il punto d'avvio per le riflessioni delle istituzioni europee sulla direttiva relativa al commercio elettronico.

Nonostante le profonde differenze caratterizzanti i contesti di riferimento, le soluzioni fornite nel panorama giurisprudenziale sono state volte – nel maggior numero di casi – a salvaguardare da un lato l'immunità della piattaforma utilizzando il *Communications Decency Act*; dall'altro si è prevista una predilezione per tutelare la libertà di espressione dell'utente. Quest'ultimo punto riguarda nello specifico l'utente che sia individuabile e che non ricorra all'anonimato: ciò non significa però che il soggetto la cui reputazione sia stata lesa dalla valutazione negativa o falsa sia in grado di vedersi risarcito il danno. La ragione è riscontrabile nella contrapposizione tra il diritto al *free speech* previsto nel I Emendamento e il diritto alla reputazione. Per esempio nel caso *Seaton v. Tripadvisor*⁵²⁸, la Corte d'Appello del Sesto Circuito ha incentrato le proprie argomentazioni opponendo alle pretese risarcitorie del proprietario dell'hotel recensito la tutela alla libertà di espressione prevista dal I Emendamento: in questo caso, la proposizione di una causa per diffamazione⁵²⁹ era ostacolata dal fatto che le recensioni negative fossero considerate alla stregua di mere "opinioni personali" degli utenti, non suscettibili di rappresentare "oggettive statuizioni di fatto". La soggettività dei *feedback*, quindi, era tale da rientrare di diritto tra le categorie tutelate dal I Emendamento, del che ne

⁵²⁷ Il tema dell'anonimato ha caratterizzato gran parte dei dibattiti negli Stati Uniti. Il diritto all'anonimato è tutelato dal I Emendamento della Costituzione per via della sua "inestricabile connessione" con il fondamento della nazione. Cfr. J. Lively, *Can a One-Star Review Get You Sued? The Right to Anonymous Speech on the Internet and the Future of Internet "Unmasking" Statutes*, in 48 *J. Marshall Law Review of Intellectual Property* (2015), p. 693 ss.; M. Shepard, G. Belmas, *Anonymity, Disclosure and First Amendment Balancing in the Internet Era: Developments in Libel, Copyright, and Election Speech*, in 15 *Yale Journal Law & Technology* (2012), p. 92 ss. Più in generale sulla questione legata all'anonimato in rete e ai suoi limiti, si veda S. Qasir, *Anonymity in Cyberspace: Judicial and Legislative Regulations*, 81 *Fordham Law Review* (2012), p. 3652 ss.; V. Smith Ekstrand, C. Imfeld Jeyaram, *Our Founding Anonymity: Anonymous Speech During the Constitutional Debate*, in 28 *American Journalism*, (2011), p. 35 ss.

⁵²⁸ *Seaton v. Tripadvisor*, No. 12-6122, 728 F.3d 592 (6th Cir., Aug. 2013). Per l'analisi del presente caso, si rimanda al cap. 2 § 2.

⁵²⁹ Sulle condizioni per l'accoglimento di un *defamation claim* si fa specifico riferimento al seguente contributo: A. Bluebond, *When Costumer Is Wrong, Defamation, Interactive Websites and Immunity*, in 33 *The Review of Litigation* (2014), p. 679 ss.

derivava un'impossibilità di parametrarle a oggettive rappresentazioni della realtà capaci di essere valutate secondo precisi canoni di verità/falsità.

Finora appare evidente che le categorie utilizzate dalla giurisprudenza statunitense non sono state né appositamente elaborate per regolare i sistemi di reputazione; né tantomeno sembrano avere qualche positivo riscontro nei confronti dell'operatore economico valutato.

Ad aggravare il lacunoso quadro a tutela della reputazione economica, è bene dare brevemente conto di una disciplina legislativa che attualmente assume rilevanza negli Stati Uniti solo a livello statale: si tratta dei c.d. *Anti-SLAPP Statutes*, volti a limitare l'esperimento di azioni legali considerate "frivole" senza alcun tipo di fondamento giuridico facendo sopportare alla controparte – nei confronti della quale sono esperite – pesanti costi di difesa. Si tratta di azioni strategiche poste in essere da un attore all'unico fine di intimidire o censurare controparte, limitandola nella propria libertà di espressione. È proprio in questa prospettiva che gli *Anti-SLAPP Statutes* hanno iniziato ad essere utilizzati dai convenuti – laddove possibile – nelle cause per diffamazione intentate dagli operatori economici contro le false recensioni postate online. Come anticipato si tratta di *statutes* di matrice statale, non essendovi ancora a livello federale una legislazione tesa a regolare le azioni *Anti-SLAPP*: è per questa ragione che i requisiti per la loro applicazione possono leggermente variare da Stato a Stato.

In linea di massima, però, il convenuto che avanzi tale mozione a fronte della domanda attorea, deve dimostrare che la dichiarazione contestata come diffamatoria sia stata immessa in un *forum* pubblico; che riguardi una questione di interesse pubblico e che l'attore presumibilmente non abbia alcuna possibilità che la sua domanda di merito venga accolta. Alla luce delle condizioni necessarie per l'utilizzo della normativa *Anti-SLAPP*, essa è stata pacificamente utilizzata per contrastare le richieste di risarcimento danni per la lesione della reputazione economica. Infatti le recensioni postate online sono generalmente considerate come "dichiarazioni fatte un *forum* pubblico", poiché il sistema reputazionale facilmente accessibile a qualsiasi utente della Rete; allo stesso modo le Corti hanno affermato che i *feedback* riguardano

questioni di interesse pubblico, ampliando in tal senso l'ambito della definizione⁵³⁰. Per ciò che concerne il requisito sulla presumibile soccombenza dell'attore, l'onere di provare questo punto grava sul convenuto che propone la mozione per il rigetto dell'azione per diffamazione. D'altra parte, però, è ancora più gravoso per l'attore dar prova degli atti diffamatori, dimostrare l'attualità del danno reputazionale e di tutti le circostanze necessarie affinché le sue pretese risarcitorie siano positivamente accolte⁵³¹.

La ricognizione sul *Community Decency Act* e sul ricorso alla normativa *Anti-SLAPP* sembra fornire una chiara immagine dello stato dell'arte delle questioni relative ai sistemi reputazionali e alla pubblicazione delle recensioni online nell'esperienza statunitense: l'assenza sempre più accentuata di rimedi effettivi per la tutela della reputazione in capo agli operatori economici che si affidano a tali strumenti per accrescere il proprio valore di impresa. Ciò deriva dall'insufficienza della regolazione esistente su alcuni aspetti della Rete, tanto che parte della dottrina per criticare questo approccio ha parlato di Internet come spazio "*under-regulated*"⁵³².

Altro profilo non meno rilevante rispetto a quello appena affrontato riguarda il tema relativo alle pratiche commerciali sleali. In misura speculare a quanto visto in ambito europeo, anche nel panorama d'oltreoceano la riflessione giuridica su questo aspetto sembra mostrare risultati migliori in termini di una maggiore attenzione al quadro regolatorio e soprattutto alle azioni coercitive previste.

Questo profilo è interessante perché si incentra sulla figura consumeristica ed è evidente anche lo sforzo di apportare una maggiore tutela quando le recensioni

⁵³⁰ Con riferimento a questo aspetto, la giurisprudenza ha ampliato significativamente la portata dell'espressione "questioni riguardanti l'interesse pubblico", inglobando in essa anche le recensioni online. Ciò risulta evidente nel caso *AR Pillow Inc. v. Payton* pronunciato dalla *U.S. District Court for the Western District of Washington* nel 2012. Qui era accolta una mozione di rigetto contro un'istanza per pratiche commerciali scorrette e diffamazione avanzata dall'attore avente ad oggetto una recensione falsa e ingannevole apparsa online. La Corte accordava, quindi, la mozione *Anti-SLAPP* poiché la recensione oggetto di controversia aveva una funzione pubblica importante nel caso di specie: forniva uno strumento orientativo sulla qualità di alcuni prodotti sanitari per la cura dei bambini e pertanto, in considerazione di ciò, la questione aveva assunto rilevanza pubblica. Cfr. E. V. Gerhards, *Your Store Is Gross*, cit., p. 510 ss.

⁵³¹ Cfr. W. Gerrie, *Say What You Want: How Unfettered Freedom of Speech on the Internet Creates No Recourse for Those Victimized*, in *26 Catholic University Journal of Law and Technology* (2018), p. 44 ss.

⁵³² Ivi, pp. 50-51: «However, because it is largely unregulated – or at the least drastically under-regulated – it has become the modern-day "Wild West." The Internet can be harsh and unforgiving forum for even the most respected brands and products [...]. The twenty-first century's "Wild West" is a relatively unstable, under-regulated, and unfiltered frontier which has been innovative and profitable for some, but devoid of legal remedies for most».

online – intese come pratiche commerciali sleali – assumano tratti di ingannevolezza tali da falsare il comportamento economico del consumatore. Anche questo scenario è costituito da una variegata gamma di strumenti: anzitutto la base giuridica – come già chiarito nell’analisi giurisprudenziale del capitolo precedente – è la *section 5* del *Federal Trade Commission Act*, che prevede i requisiti affinché una pratica posta in essere sul mercato sia considerata sleale nei confronti del consumatore⁵³³. Sulla base del portato normativo appena accennato la FTC ha elaborato di linee guida al fine di orientare le condotte delle imprese nei confronti dei consumatori in relazione alle pratiche commerciali: la *FTC’s Guides Concerning the Use of Endorsement and Testimonials in Advertising* del 2009 e la *FTC Dot Com Disclosure Guide* del 2013.

Come già analizzato esse hanno messo in evidenza dei principi – seppur orientativi – che la riflessione dottrina ha estensivamente ricondotto al fenomeno dell’*astroturfing*, catalogandolo come forma di pubblicità ingannevole. Qui non è contenuto alcun riferimento esplicito alle recensioni online, ma nonostante ciò la creazione di falsi *feedback* e commenti ingannevoli su un determinato prodotto o servizio, sembra idoneo ad inserirsi tra le forme di pratiche scorrette nei confronti dei consumatori, fuorviati sulla bontà del bene o del servizio offerto. Ed è alla luce di ciò che sono state intraprese già diverse iniziative dallo Stato di New York a partire dal 2009, a cui è ultimamente seguito un recentissimo intervento a livello federale da parte della *Federal Trade Commission* nel febbraio 2019⁵³⁴ al fine di impedire la diffusione di recensioni ingannevoli.

Gli Stati Uniti presentano, quindi, un panorama variegato fatto di linee guida orientative, azioni esecutive e tentativi di ricondurre entro discipline normative già esistenti il fenomeno emergente delle recensioni online. Il tutto completato da un quadro giurisprudenziale sempre più ricco. Ma anche questo scenario si presenta quantomeno frammentato, poiché da un lato pare rimanere sempre privilegiato il *right al free speech*⁵³⁵ dell’utente; dall’altro invece una maggior attenzione è posta sulla tutela del consumatore affinché il suo consenso contrattuale non solo sia

⁵³³ Sul punto si rimanda all’approfondimento presente nel capitolo 2 del presente lavoro di ricerca.

⁵³⁴ Con riguardo alle azioni di *enforcement* appena citate si rinvia per una maggiore completezza all’analisi effettuata nel capitolo 2 § 8.

⁵³⁵ Ciò si è visto anche con l’appello agli *Anti-SLAPP Statutes* al fine di bloccare eventuali richieste di risarcimento di danni conseguenti a diffamazione, avanzate dagli operatori economici.

consapevole, ma risulti anche privo di elementi distorsivi della sua decisione di acquisto.

Finora è stato descritto un contesto in cui non è presente un puntuale riferimento ai sistemi di reputazione in sé per sé considerati. È per questa ragione che occorre, ora, completare l'assetto attuale facendo riferimento a un importante documento elaborato, nel 2016, dalla *Federal Trade Commission*.

Si tratta dello *Staff Report* relativo al fenomeno della *sharing economy*⁵³⁶. Il documento è nato da un *Workshop* tenutosi nel giugno del 2015⁵³⁷, in cui sono stati discussi i più rimarchevoli nodi problematici in materia di economia collaborativa sotto diversi punti di vista, quello giuridico, economico e imprenditoriale, con la partecipazione a questo fine non solo di giuristi, ma anche di un gruppo di *stakeholder* ed esperti in questo ambito.

La rilevanza ai fini di questo lavoro di ricerca si deve al fatto che nell'analisi dell'assetto di *sharing economy*, il *Report* esplicitamente si riferisce ai sistemi di reputazione presenti nelle piattaforme collaborative. Esso si propone di fornire un ampio e completo quadro dell'economia collaborativa e di orientare un'eventuale azione legislativa in relazione alle questioni legate alla sicurezza, alla concorrenza e alla protezione del consumatore. Il tutto non necessariamente suggerendo il ricorso a rigide forme di tradizionale regolamentazione, le quali potrebbero in qualche misura rallentare il processo innovativo fornito dalle peculiari attività svolte dalle piattaforme collaborative sul mercato⁵³⁸.

La FTC ricopre - come noto - un doppio ruolo nell'esperienza statunitense: da un lato promuove la concorrenza; dall'altro tutela il consumatore. È alla luce di questo binomio che tale Autorità indipendente è la più adatta per valutare e fornire spunti orientativi fondamentali sui nuovi modelli economici emergenti⁵³⁹.

⁵³⁶ E. Ramirez, M. K. Ohlhausen, T. P. McSweeney, *The "Sharing" Economy. Issues Facing Platforms, Participants & Regulators*, 17 novembre 2016, reperibile al sito https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/sharing-economy-issues-facing-platforms-participants-regulators-federal-trade-commission-staff/p151200_ftc_staff_report_on_the_sharing_economy.pdf.

⁵³⁷ 5 Fed. Trade Comm'n, *Workshop Announcement, The "Sharing" Economy: Issues Facing Platforms, Participants, and Regulators*, 17 aprile 2015.

⁵³⁸ Ivi, p. 51: « [...] How regulators can pursue legitimate regulatory goals such as those relating to health, safety, or consumer protection, while avoiding regulations that may unnecessarily chill innovation, entry, and competition [...]».

⁵³⁹ Così E. Ramirez, Chairwoman, Fed. Trade Comm'n, *Keynote Remarks at Fordham Law School 42nd Annual Conference on International Antitrust Law and Policy* (Oct. 2, 2015), https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/810851/151002fordhamremarks.pdf.

Bisognerebbe, quindi, trovare un equilibrio per permettere la naturale e libera evoluzione di questi modelli di *business peer-to-peer* e al tempo stesso predisporre le necessarie misure normative per garantire che essi dispongano un'adeguata e affidabile tutela dei consumatori⁵⁴⁰. Per raggiungere tali fini, il *Report* della FTC non ha intenzione di suggerire l'imposizione di schemi regolatori già esistenti perché ciò avrebbe delle ricadute negative sul nuovo modello introdotto dalla *sharing economy*.

Il *Report* ha ritenuto, invece, che la cornice regolatoria dovrebbe essere abbastanza "flessibile" da consentire una corretta ed equilibrata espansione della concorrenza e al tempo stesso "ritagliata su misura" rispetto agli obiettivi di politica pubblica individuati⁵⁴¹.

Il quadro ivi tracciato cerca di fornire un'immagine di insieme dell'economia collaborativa delle piattaforme online. Le questioni affrontate sono infatti le più svariate: in primo luogo descrizione generica di che cosa rappresenti l'economia collaborativa e di quali principali elementi chiave si caratterizzi, mediante l'individuazione del suo funzionamento tecnico; secondariamente il funzionamento dei meccanismi che creano fiducia implementati dalle piattaforme collaborative; si passa poi ad un dibattito sugli approcci che i governi dovrebbero adottare nella regolazione della *sharing economy*; infine si discute l'emersione delle piattaforme collaborative in due settori chiave, quello del trasporto (*ride-sharing*) e quello relativo al mercato degli affitti a breve termine.

Nell'ambito della panoramica sui meccanismi che implementano la fiducia all'interno delle piattaforme collaborative è fatto ampio riferimento anzitutto ai sistemi reputazionali e in secondo luogo al diretto intervento della piattaforma nelle dinamiche di scambio.

Con riguardo all'uso della reputazione, essa assume centralità nello spazio collaborativo perché consente la creazione di fiducia mediante la circolazione di informazioni rilevanti e utili ai fini consumeristici. Lo studio condotto dalla FTC ne riafferma l'importanza perché essa costituisce uno dei mezzi attraverso cui è possibile mitigare i fallimenti di mercato riferendosi, in particolare, alla oramai nota

⁵⁴⁰ Ibidem.

⁵⁴¹ E. Ramirez, M. K. Ohlhausen, T. P. McSweeney, *The "Sharing" Economy*, cit., p. 52.

situazione di asimmetria informativa⁵⁴². I sistemi reputazionali implementati nella *sharing economy* variano da piattaforma a piattaforma a livello di progettazione e di contenuti, ma sostanzialmente sono tutti focalizzati sulla valutazione dell'esperienza dell'utente.

Il fenomeno, seppur abbia assunto una rilevanza giuridica solo di recente, è già affrontato in ambito giuridico sin dagli anni Duemila mediante lo studio della *community di eBay*, che si definisce in misura quasi esclusiva come *trust community* basata essenzialmente sullo scambio di informazioni reputazionali tra utente e venditore⁵⁴³. In particolare il *focus* del *Report* è incentrato sui sistemi reputazionali presenti nelle piattaforme collaborative di Uber e Airbnb. La prima, da un lato, presenta un sistema di valutazione "a doppio canale" che consente di esprimere il proprio giudizio non solo all'utente, ma anche al *driver* mediante un meccanismo di *rating* a stelle che va da una scala di 1 fino a 5. Un meccanismo da cui derivano alcuni corollari: il primo è che un tale strumento incentiva allo svolgimento di un servizio di più alta qualità; il secondo riguarda la creazione di affidabilità in capo al fornitore del servizio. Ciò che pare distinguere il sistema di Uber da altri meccanismi di valutazione consiste nel fatto che qui è possibile effettuare una sola valutazione numerica di *rating*, ma il suo funzionamento è stato integrato da un ulteriore sistema di trattamento reclami che consente di elaborare *feedback* scritti a completamente del meccanismo reputazionale numerico.

L'altro sistema di valutazione preso in considerazione è quello di Airbnb che, in misura differente, rispetto al primo modello non è strutturato solo da un sistema di *rating* a stelle, ma prevede anche la possibilità di per gli utenti di lasciare recensioni scritte, pubbliche e pertanto visibili a tutti gli utenti. È la stessa piattaforma che ammette l'importanza di tale meccanismo che permette agli utenti di affidarsi alle recensioni presenti sui profili dei locatori e di creare in tal modo una

⁵⁴² A tal proposito, infatti, occorre rilevare che nella dinamica online, la carenza di quegli elementi visivi di cui si caratterizzano i mercati fisici tradizionali ha come conseguenza la ricerca di elementi per creare fiducia e uno di questi è sicuramente la reputazione, la quale facilita lo scambio di beni o di servizi. Ivi, p. 32 ss.

⁵⁴³ In relazione a studi più prettamente economici sul tema si rimanda a P. Resnick, R. Zeckhauser, *Trust Among Strangers in Internet Transactions: Empirical Analysis of eBay's Reputation System*, in *11 Economics of the Internet and E-Commerce* (2002); C. Dellarocas, *The Digitalization of World-of-Mouth: Promise and Challenges of Online Reputation Mechanisms*, in *49 Management Science* (2003), p. 1407 ss.

comunità basata sulla fiducia⁵⁴⁴. In aggiunta a queste due diverse strutture create dalle piattaforme collaborative, si fa anche riferimento a sistemi di valutazione elaborati dagli intermediari online, quali ad esempio Tripadvisor, Yelp o ancora Angie's List.

Pur non costituendo questi ultimi delle piattaforme dell'economia collaborativa, anch'essi al loro interno ospitano degli spazi in cui gli utenti possono inserire recensioni sulle proprie esperienze di consumo. Lo scopo è lo stesso: ridurre il *gap* informativo tra le parti implementando la fiducia nel mercato. Seppure a livello teorico questi strumenti presentano ottime *performance* ai fini dell'implementazione di fiducia, il *Report* evidenzia alcune tesi di studiosi che hanno avanzato dei dubbi sul loro funzionamento.

Osservando i sistemi di reputazione da un punto di vista pratico, essi mostrano delle lacune e dei difetti che provocano pericolosi effetti distorsivi rispetto all'intento originario della loro elaborazione. Tale mal funzionamento dei sistemi reputazionali dipende dalla presenza di diversi aspetti: mancanza di recensioni o recensioni false e parziali.

Questi tipi di recensione rappresentano dei limiti per la corretta evoluzione del sistema di valutazione. La mancanza di recensioni, ad esempio, indica che solo una minima percentuale di utenti decidono di descrivere la loro esperienza sull'acquisto di un prodotto o sulla fruizione di un servizio⁵⁴⁵ e ciò comporta delle ripercussioni notevoli sulla rappresentazione delle esperienze di consumo, poiché le valutazioni reputazionali presenti nelle piattaforme non saranno in grado di fornire completezza del panorama; la parzialità e la falsità della recensione costituisce una situazione più problematica, poiché le recensioni possono essere non genuine, sia in accezione positiva che in accezione negativa. Il primo caso fa riferimento a quei *feedback* lasciati online per promuovere e favorire – seppur in misura non veritiera – un operatore economico; il secondo caso riguarda recensioni che delineano i punti critici dell'attività per distruggerne la reputazione. Sono proprio queste ultime recensioni a provocare più problematiche, basti pensare anche alle controversie emerse a livello giurisprudenziale sul punto. Da questa prospettiva i sistemi di reputazione

⁵⁴⁴ Ivi, p. 36.

⁵⁴⁵ A questo proposito si segnala che solo il 40% degli utenti forniscono dei *feedback* a seguito dell'attività compiuta online. M. Narciso, *The Regulation of Online reviews*, cit., p. 562.

appaiono tutt'altro che capaci di risolvere le asimmetrie informative, avendo invece l'effetto contrario, vale a dire quello di moltiplicare i nodi problematici che si propongono di livellare.

Sul punto il *Report* della FTC presenta soluzioni e approcci molto differenti: alcuni studiosi hanno ritenuto discordante l'effettivo ruolo dei sistemi di valutazione rispetto all'obiettivo preposto, perché questi strumenti risultano di fatto incapaci di ridurre concretamente il *gap* informativo tra utente ed operatore economico; altri ancora hanno ritenuto che si tratta di sistemi già ben funzionanti⁵⁴⁶ e pertanto riguardo alla regolazione degli stessi hanno ritenuto che il legislatore non dovrebbe imporre delle rigide norme prescrittive, ma "incoraggiare le piattaforme e i progettisti che li implementano a creare ulteriori elementi per agevolare e sviluppare al meglio la creazione di fiducia"⁵⁴⁷. Su questo punto è evidente che l'eventuale necessità di una regolazione puntuale dei sistemi reputazionali dipenda dall'oggetto da regolare: se l'obiettivo di questi strumenti risiede unicamente nell'eliminazione di tutti quegli elementi di incertezza che potrebbero rendere un'operazione commerciale insicura per via della mancanza di informazioni in capo alle parti, allora i sistemi reputazionali già da soli adempiono allo scopo; se invece il fine ultimo risiede nella massimizzazione del benessere del consumatore in termini di accrescimento e creazione di fiducia, allora il legislatore dovrà compiere una precisa analisi per valutare l'effettività di questi meccanismi e se essi siano già in grado di avere degli esiti positivi in termini di tutela del consumatore dalle possibili insidie in cui incorre nel mercato⁵⁴⁸. Tale regolazione – laddove necessaria – dovrebbe comunque differire da quella esistente ed essere "perfettamente su misura" in modo da adattarsi al funzionamento dei meccanismi di fiducia. Di qui discende la considerazione per cui le normative esistenti, seppur in alcuni casi siano estensivamente applicate anche alle recensioni online, non arrivino a cogliere fino in

⁵⁴⁶ In proposito si riportano le parole di C. Dellarocas: «[...] When you look at the literature that people have written about [ratings systems], people say, 'well look at eBay. Look how well eBay is doing. And could eBay exist without a well-functioning reputation system?' And to a certain extent, I think that's right». Ad affermare l'importante ruolo che la *trust community* implementata dal sistema reputazionale ha avuto una risonanza tale da potersi considerare perfettamente funzionante. E. Ramirez, M. K. Ohlhausen, T. P. McSweeney, *The "Sharing" Economy*, cit., p. 50.

⁵⁴⁷ Ibidem.

⁵⁴⁸ Cfr. OECD, *Protecting Consumers In Peer Platform Markets: Exploring The Issues* (OECD Digital Economy Papers, No. 253, 2016), reperibile al sito http://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/protecting-consumers-in-peer-platform-markets_5jlvvz39m1zw-en.

fondo le peculiarità dei sistemi reputazionali, per i quali occorrerebbe al più una disciplina a sé stante.

Pare quindi che sia necessario un intervento regolatorio, seppur con estrema cautela, consentendo una doppia linea. Da un lato, chi sostiene la necessità di un connubio tra regolazione governativa e autoregolamentazione, quest'ultima derivante dalle stesse piattaforme laddove possibile⁵⁴⁹: in sostanza un'autoregolazione "mitigata" dall'azione governativa. Dall'altra, invece, c'è chi sostiene la capacità delle piattaforme collaborative di totale autoregolamentazione, che assumono le funzioni tradizionalmente svolte dalla regolazione normativa.

L'autoregolazione dei sistemi di reputazione altro non è che «un'attività di regolamentazione compiuta da entità - private - diverse da quella governativa»⁵⁵⁰. Quest'ultimo è stato certamente l'approccio più controverso, poiché ad essere messa in dubbio è l'effettività dei meccanismi di autoregolamentazione basati sulla fiducia⁵⁵¹. Infatti non sempre ogni profilo di innovazione - con una rilevanza giuridica - può essere pacificamente lasciato all'autoregolazione solo per la necessità di un più libero sviluppo di nuovi modelli di mercato. A questo proposito, il *Report* della FTC evidenzia le opinioni di quanti ritengono che il sistema di reputazione debba essere considerato come una parte di un "set di risorse" da usare limitatamente e solo per alcuni tipi di fallimenti di mercato, ma non per questo può essere inteso come mezzo per rimediare ad ogni problematica sorta dall'assenza informativa sulla Rete. Da qui l'esigenza di un controllo sulla condotta delle piattaforme collaborative e la necessità di una regolazione degli strumenti reputazionali. Infatti nonostante la loro importante funzione sociale ed economica per i consumatori - così come per gli operatori economici - questi strumenti non possono intendersi come alternative ragionevoli alla regolazione, poiché rimane comunque necessario un intervento normativo per regolarne gli aspetti più controversi.

⁵⁴⁹ E. Ramirez, M. K. Ohlhausen, T. P. McSweeney, *The "Sharing" Economy*, cit., p. 59.

⁵⁵⁰ M. Cohen, A. Sundararajan, *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, in 82 *The University Law Chicago Review Online* (2015), p. 116 ss., reperibile al sito https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1039&context=uclrev_online.

⁵⁵¹ Sul punto S. Ranchordás, *Online Reputation*, cit., p. 138 ss.

Nonostante gli importanti contenuti del *Report*, la Commissione ha chiarito che l'obiettivo – in questa sede – non è stato né quello di suggerire, né tantomeno quello di disincentivare eventuali azioni legislative in merito all'evoluzione dell'economia collaborativa⁵⁵². Tale documento ha per lo più un valore ricognitivo con il fine di sintetizzare e presentare una panoramica più coesa dei fenomeni orbitanti nella *sharing economy*. Malgrado questa funzione squisitamente informativa, il *Report* rimane comunque un importante punto di riferimento per il panorama statunitense perché consente di fissare degli elementi chiave da cui una futura ed eventuale disciplina legislativa potrebbe prendere spunto, nonostante ad oggi non sembrano esservi concrete azioni in merito.

5. Segue: Il Consumer Review Fairness Act

Il *Report* della *Federal Trade Commission* ha dato quindi un peculiare apporto al panorama giuridico d'oltreoceano, pur senza produrre effettivi risultati di natura normativa. In esso sono però dettagliatamente analizzati i sistemi reputazionali, ed è forse uno dei pochi documenti che ne delinea i più evidenti nodi controversi, esponendo anche le soluzioni che insigni giuristi ed economisti hanno espresso in merito alla materia di studio. Tuttavia esso rimane uno studio esplorativo che, nel contesto attuale, non ha prodotto risultati a livello sostanziale né nella direzione di riconoscere espressamente un'autorevolezza dei sistemi reputazionali; né di suggerirne una regolazione di tipo legislativo.

Per completare il panorama giuridico statunitense in relazione al tema affrontato, occorre dar conto di un atto legislativo promulgato dal Congresso nell'ottobre del 2016, si tratta del *Consumer Review Fairness Act* (CRFA)⁵⁵³. Questa legge affronta differenti profili rispetto a quelli finora trattati, ma nonostante ciò si inserisce perfettamente nell'analisi condotta in questa sede, perché consente di sviluppare le riflessioni sul tema delle recensioni online.

⁵⁵² E. Ramirez, M. K. Ohlhausen, T. P. McSweeney, *The "Sharing" Economy*, cit., p. 15.

⁵⁵³ *Consumer Review Fairness Act* of 2016, Pub. L. No. 114-258, 130 Stat. 1355 (2016).

Il *Consumer Review Fairness Act* è stato adottato con il fine di impedire la prassi – sempre più diffusa – utilizzata dagli operatori economici di fissare all’interno dei contratti con gli utenti-consumatori delle clausole definite *anti-review clauses*⁵⁵⁴.

Le pagine precedenti hanno mostrato che l’emergente fenomeno dei sistemi di valutazione della reputazione e le conseguenti recensioni online hanno causato non pochi problemi in capo agli operatori economici che immettono i loro prodotti o servizi all’interno della dinamica digitale. A fronte della difficoltà di far valere le proprie ragioni in giudizio per ottenere un congruo ristoro del danno reputazionale subito sia nei confronti dell’autore della recensione, che della piattaforma ospitante, molte imprese hanno tentato di tutelare la propria reputazione online in maniera alternativa e soprattutto preventiva rispetto alla pubblicazione di una recensione da parte del consumatore. Ciò è avvenuto tramite l’utilizzo delle *anti-review clauses*, che hanno natura contrattuale e contengono dei veri e propri divieti per i consumatori di recensire i prodotti o i servizi di cui ha usufruito: in alcuni casi si tratta di una divieto generale di recensire, sia esso in accezione positiva che negativa; in altri casi una limitazione delle recensioni nella sola accezione negativa⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ Il termine *anti-review clauses* presenta diversi sinonimi, tra cui ad esempio “*gag clauses*” e “*non-disparagement clauses*”. In particolare suole riferirsi ad esse con il termine di clausole *anti-review* perché, nonostante l’espressione clausole di “*non-disparagement*” inquadri correttamente il fenomeno, il CFRA si rivolge a svariati tipi di recensioni dei consumatori e non esclusivamente a quelle non denigratorie, pertanto usare genericamente l’accezione “*non-disparanging*” potrebbe apparire fuorviante in questo contesto.

⁵⁵⁵ Il fenomeno non è però così recente o legato solo al panorama della Rete. Infatti le prime manifestazioni di clausole *anti-review* si ha in ambito sanitario, a partire dai primi anni Duemila. In questo periodo una società medica, *Medical Justice*, incoraggiava i dottori, i dentisti e i centri medici ad utilizzare dei contratti standardizzati nei confronti dei pazienti che contenevano svariate clausole, comprese quelle anti-recensione dei servizi di cura da loro offerti. Il linguaggio utilizzato da questi contratti già predisposti è variato nel tempo: dall’esplicita e palese manifestazione del divieto di recensire per il paziente ad una vera e propria cessione dei diritti di proprietà sulle recensioni non ancora scritte dal paziente stesso. Si trattava di contratti in cui il paziente non aveva alcuna libertà di negoziare i contenuti del contratto, trovandosi nella condizione di dover scegliere tra due alternative: sottoscrivere il contratto o non sottoscriverlo. Nonostante successivamente questo modello – sotto il profilo delle clausole – fu ritenuto legalmente inefficace, il *format* circolò al punto da arrivare ad essere utilizzato anche in altri settori: alberghiero, turistico, industriale, ristorativo e anche nell’ambito dei contratti d’affitto a breve termine. In molti casi il fornitore dei servizi stabiliva – in caso di violazione di tali clausole da parte del consumatore – anche una sanzione in capo al cliente, solitamente di natura monetaria. E. Goldman, *Understanding the Consumer Review Fairness Act of 2016*, in *24 Michigan Telecommunication and Technology Law Rev.* (2017), pp. 3-4. Tale fenomeno divenne poi virale fino allo scenario attuale, in cui molte imprese che svolgono la propria attività online predispongono queste clausole senza dover adire le Corti giurisdizionali, che nella maggior parte dei casi, privano gli operatori economici di una concreta tutela. In questo contesto i siti web come Yelp, Angie’s List e molti altri hanno sviluppato della *policias* per rispondere a questo contratti che sono stati anche definiti come *do not-talk contracts*. Le piattaforme online tentano di rendere consapevoli i consumatori sulla presenza di tali clausole contrattuali. Per esempio in Angie’s List la loro presenza è segnalata nei profili

Evidente è la patologia del fenomeno: clausole siffatte – seppur volte ad evitare un potenziale danno – alterano il mercato, falsando i benefici sociali a cui è destinata la possibilità di recensire del consumatore. Soprattutto nei moderni approcci economici si rileva l'importanza fondamentale delle recensioni e della condivisione dell'esperienza consumeristica al fine di migliorare l'efficienza del mercato.

Con a mente questo obiettivo, la promulgazione del *Consumer Review Fairness Act* si impegna a «preservare l'affidabilità e il valore delle recensioni online dei consumatori vietando i tipi di clausole che restringono la possibilità di recensire – in misura negativa, ma veritiera – prodotti o servizi presenti sul mercato»⁵⁵⁶ e a salvaguardare, in tal modo, una corretta produzione e circolazione informativa.

Un atto, dunque, che tenta di livellare il contesto di riferimento ponendo tutti nella stessa condizione di partenza e liberando il consumatore dalla “trappole” contrattuali in cui potrebbe – inconsapevolmente – incorrere.

L'applicazione dell'atto legislativo è avvenuta a partire dal marzo 2017 ad opera della *Federal Trade Commission*, la quale – insieme ai Procuratori Generali dei singoli Stati – ha la competenza e l'autorità di dare esecuzione alle sue disposizioni⁵⁵⁷.

Anzitutto occorre fornire alcune definizioni sull'oggetto del portato normativo. Esso incentra l'attenzione sulle cc. dd. *covered communications*: si tratta di qualsiasi recensione o valutazione di una *performance* – sia essa scritta, orale o figurata – fatta anche mediante strumenti elettronici, su beni, servizi o condotte tenute da un soggetto (l'operatore economico), parte di un *form contract* nei confronti di una controparte contrattuale (nel caso di specie l'utente-consumatore⁵⁵⁸).

professionali degli operatori economici. Yelp, invece, informa il consumatore sulle richieste da parte dei professionisti di eliminare le recensioni negative dalle loro pagine personali. Naturalmente queste clausole sono state fortemente contestate alla luce del I Emendamento della Costituzione. Sul punto W. Gerrie, *Say What you Want*, cit., p. 49 ss.; K. A. Dohse, *Fabricating Feedback*, cit., p. 385.

⁵⁵⁶ H.R. REP. NO. 114-713: «law seeks to preserve the credibility and value of online consumer reviews by prohibiting non-disparagement clauses restricting negative, yet truthful, reviews of products and services by consumers». Sul punto si veda 114th Cong., *Zero Stars: How Gagging Honest Reviews Harms Consumers and the Economy: Hearing on S. 269 Before the S. Comm. on Commerce, Sci. & Transp.*, (2015).

⁵⁵⁷ A tal proposito le disposizioni della legge sono state inserite nel titolo 15 USC 45b che prende il nome di “*consumer review protection*”.

⁵⁵⁸ 15 U.S.C. § 45b(a)(2): «The term “covered communication” means a written, oral, or pictorial review, performance assessment of, or other similar analysis of, including by electronic means, the goods, services, or conduct of a person by an individual who is party to a form contract with respect to which such person is also a party».

L'ambito di applicazione è, quindi, inerente a peculiari tipi di contratti, definiti con il nome di *form contracts*, vale a dire quei contratti che impongono delle "condizioni standardizzate" senza prevedere alcuna significativa possibilità di negoziare in relazione al loro contenuto⁵⁵⁹.

Il *Consumer Review Farness Act* afferma che tali termini contrattuali debbano ritenersi nulli e illegittimi, laddove prevedano l'imposizione totale o anche solo parziale di restrizioni alle recensioni degli utenti; è nulla la clausola che imponga delle sanzioni – anche di natura economica – al fine di costringere il consumatore a non recensire un prodotto o un servizio di cui ha fruito; ancora si considera illecita quella clausola che richiede il trasferimento all'altro soggetto un diritto di proprietà in materia di revisione del contenuto di una recensione o di un *feedback*⁵⁶⁰.

La tutela delle recensioni online dei consumatori non deve rappresentare però una giustificazione per l'emersione di fenomeni altrettanto distorsivi, quali quello delle recensioni false, di pura fantasia o ancora quelle di natura manipolativa. A tal proposito in un suo comunicato, la *Federal Trade Commission* del febbraio 2017 specifica alcuni punti essenziali nell'applicazione del CRFA ed evidenzia che le uniche recensioni ad essere tutelate dal portato normativo della legge sono costituite

⁵⁵⁹ 15 U.S.C. § 45b(a)(3): «Except as provided in subparagraph (B), the term "form contract" means a contract with standardized terms-(i) used by a person in the course of selling or leasing the person's goods or services; and (ii) imposed on an individual without a meaningful opportunity for such individual to negotiate the standardized terms». Questa disposizione è stata interpretata nel senso di applicarsi ai unicamente ai contratti *business-to-consumer*, in quanto la previsione legislativa fa genericamente riferimento all'imposizione su un "individuo", senza lasciare spazio all'ipotesi della possibilità di estensione ai contratti *business-to-business*. Cfr. E. Goldman, *Understanding Consumer Review*, cit., p. 4.

⁵⁶⁰ 15 U.S.C. § 45b(b)(1)(C): «Except as provided in paragraphs (2) and (3), a provision of a form contract is void from the inception of such contract if such provision- (A) prohibits or restricts the ability of an individual who is a party to the form contract to engage in a covered communication; (B) imposes a penalty or fee against an individual who is a party to the form contract for engaging in a covered communication; or (C) transfers or requires an individual who is a party to the form contract to transfer to any person any intellectual property rights in review or feedback content, with the exception of a non-exclusive license to use the content, that the individual may have in any otherwise lawful covered communication about such person or the goods or services provided by such person». In relazione al termine "recensione" occorre segnalare che il CRFA si applica anche a contenuti, quali materiali video o fotografici che possano fornire una valutazione del servizio o di un prodotto di un'impresa. Poco chiaro risulta invece se l'operatore economico possa impedire ad un soggetto di fare fotografie o video ad un prodotto quando ci trovi negli spazi di sua proprietà. A tal riguardo l'unica situazione ipotizzata in questo senso riguarda l'autorizzazione a restrizioni di tal genere nel caso in cui il materiale video-fotografico sia creato da un dipendente dell'attività o da un lavoratore autonomo che collabori nell'impresa. Infatti, su questo punto è necessario aggiungere che, dalle disposizioni del CRFA, devono ritenersi escluse i contratti intercorrenti tra lavoratore e datore di lavoro, così come i termini di servizio dei siti online di recensioni; allo stesso modo sono escluse dal portato legislativo i segreti commerciali e le informazioni confidenziali sul *know-how* aziendale. Ivi, pp. 5-6.

dalle recensioni genuine dei consumatori⁵⁶¹ e ciò per via del fatto che il fenomeno delle *fake reviews* costituisce una patologia del sistema non solo per l'operatore vittimizzato, ma anche per il consumatore fuorviato dalla recensione non corrispondente alla realtà e che quindi assume un'incidenza negativa nel più generale equilibrio del mercato. Alla luce di ciò, il CRFA rappresenta solo una misura preventiva per evitare i divieti imposti dagli operatori economici; uno strumento che non inficia i rimedi legali *ex post* a cui l'operatore economico può accedere per contrastare eventuali recensioni considerate diffamatorie o non corrispondenti ad un'esperienza effettivamente vissuta da un consumatore perché, ad esempio, poste in essere da concorrenti o da consumatori pagati al fine di rendere false valutazioni⁵⁶².

Per ciò che concerne le conseguenze derivanti dalla violazione delle disposizioni, al consumatore non è consentita alcun genere di azione individuale da parte del consumatore nei confronti dell'impresa che ha posto in essere le condotte illecite⁵⁶³.

In questo contesto normativo, infatti, le azioni di tutela a nome della categoria consumeristica spettano alla *Federal Trade Commission* o ai Procuratori generali dei singoli Stati della Federazione, i quali però devono sempre notificare alla FTC eventuali azioni assunte in merito alle violazioni del CRFA.

⁵⁶¹ Fed. Trade Comm'n, *Consumer Review Fairness Act: What Businesses Need to Know*, febbraio 2017, reperibile sul sito ufficiale della *Federal Trade Commission*: <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/consumer-review-fairness-act-what-businesses-need-know>.

⁵⁶² Sul punto occorre rilevare l'opinione di parte della dottrina che ritiene l'atto legislativo non in grado di garantire un livello effettivo di sicurezza nei confronti delle recensioni non veritiere. Sul punto più approfonditamente disquisisce L. M. Ponte, *A Glass Half Full? Small Business Frustrations Under the Consumer Review Fairness Act of 2016*, 15 maggio 2017, p. 7 ss., reperibile al sito https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=296856.

⁵⁶³ In relazione a questo profilo, i consumatori potrebbero verosimilmente fare ricorso ad altre normative che consentono loro di agire direttamente contro queste clausole. È questo il caso dello Stato della California in cui nel 2014 stata emanata una legge sul divieto di *gag clauses*. Tale *statute* ha integrato il *California Civil Code*, prevedendo - a livello statale - un campo di applicazione ampio rispetto al più recente CFRA di livello federale; tra le differenze più rilevanti è possibile riscontrare che anzitutto la legge californiana si applica ad ogni contratto che contenga delle clausole *anti-review* e non soltanto a ai cc. dd. *form contracts*, come avviene nel CRFA; in secondo luogo il consumatore ha diritto ad adire in giudizio al fine di ottenere il risarcimento dei danni. In questo caso, dunque, il consumatore può esperire un'azione diretta a ristoro dei pregiudizi subiti dai divieti e dalle eventuali sanzioni poste in essere alla luce del *Consumer Legal Remedies Act* (CLRA), della *Unfair Competition Law* (UCL) e la *False Advertising Law* (FAL) Cfr. L. M. Ponte, *A Glass Half Full?*, cit., p. 6 ss.

Tali condotte laddove riconosciute nulle e illecite⁵⁶⁴ integrano delle *unfair commercial practices*⁵⁶⁵ alla luce della *Sec. 5 del Federal Trade Commission Act*: la FTC dovrà dunque esercitare i propri poteri investigativi, dare inizio a causa civili nei confronti degli operatori economici e comminare sanzioni amministrative anche di natura pecuniaria, ponendo fine alle condotte illecitamente svolte⁵⁶⁶.

Il *Consumer Review Fairness Act* costituisce un chiaro segnale di tutela nei confronti dei consumatori al fine di fermare le pratiche commerciali sleali compiute dagli operatori economici nel mercato. Un passo fondamentale verso la salvaguardia delle recensioni online dunque, ma compiuto nell'ottica di implementare un più generale quadro d'insieme volto all'accrescimento del *right to speech*. Caratteristica principale è rappresentata dalla funzione di uniformità a cui aspira il CRFA, infatti esso è stato ritenuto l'esito ottimale della costruzione di un livello legislativo federale coeso, che rende quasi impossibile per le imprese capitalizzare lo scenario online dell'economia collaborativa. E seppure il CRFA sia un ottimo esempio di *statute speech-enhancing*⁵⁶⁷ per via dell'effettiva promozione dei diritti riconosciuti ai consumatori al fine di aumentare la prosperità della circolazione informativa nel mercato, sussiste ancora una lacuna non poco rilevante: anche in questo contesto rimane privo di concretezza il sostegno alla categoria degli operatori economici. Da un lato è chiaro che le imprese non possono e non devono impedire la libertà di informazione mediante clausole che vietino al consumatore di esprimersi; dall'altro è pur vero che con il fenomeno delle false recensioni gli imprenditori sono

⁵⁶⁴ Riguardo all'accezione del termine "*unlawful*" previsto dal *Consumer Review Fairness Act* rimangono dei dubbi interpretativi riguardo al suo significato in relazione al piano federale. Non è chiaro infatti se tale dichiarazione di illegittimità possa sollevare un intervento attivo da parte dello *U.S. Department of Justice*, nonostante sia degnata la *Federal Trade Commission* come agenzia preposta alla vigilanza della corretta applicazione della legge in oggetto. Cfr. E. Goldman, *Understanding the Consumer Review*, cit., pp. 9-10.

⁵⁶⁵ 15 U.S.C. § 45b(d)(1): « A violation of subsection (c) by a person with respect to which the Commission is empowered under section 5(a)(2) of the Federal Trade Commission Act (15 U.S.C. 45(a)(2)) shall be treated as a violation of a rule defining an unfair or deceptive act or practice prescribed under section 18(a)(1)(B) of the Federal Trade Commission Act 15 U.S.C. 57a(a)(1)(B)».

⁵⁶⁶ 15 U.S.C. § 45b (2)(B): «The Commission may-(i) intervene in any civil action brought by the attorney general of a State under paragraph (1) against a person described in subsection (d)(1); and (ii) upon intervening (I) be heard on all matters arising in the civil action; and (II) file petitions for appeal of a decision in the civil action».

⁵⁶⁷ Così E. Goldman, *Understanding the Consumer Review*, cit., p. 15.

costantemente esposti al rischio di subire pregiudizi reputazionali sull'attività economica da loro svolta⁵⁶⁸.

6. Brevi cenni conclusivi: la ricerca sui modelli di riferimento

A conclusione della ricostruzione del quadro teorico di riferimento in cui si inseriscono i sistemi reputazionali è emerso che – allo stato dell'arte – né il panorama giuridico europeo, né tantomeno quello statunitense presentano delle discipline puntuali per la regolazione a livello legislativo di questo fenomeno.

Ciò non significa che l'ambito giuridico non sia stato contaminato da questi strumenti che hanno la loro naturale origine in contesti altri, dapprima quello economico e successivamente quello tecnologico. Anzi la trattazione condotta nel capitolo precedente ha evidenziato le molteplici questioni controverse che stanno pian piano emergendo in relazione a questi temi.

È stata la giurisprudenza – sia nel contesto europeo, sia in quello d'oltreoceano – ad essere la prima incaricata della risoluzione di situazioni non immediatamente ascrivibili a fattispecie giuridiche appositamente elaborate per ovviare al fenomeno oggetto di questo studio. Per cercare di dissipare l'incertezza sul tema, gli sforzi interpretativi dei giudici sono stati rivolti alla ricerca delle fattispecie giuridiche già esistenti, le quali però non sembrano essere ancora in grado di coglierne a pieno la peculiarità. Ciò deriva principalmente dalla difficoltà di inquadrare correttamente i sistemi reputazionali, anche in considerazione dello scopo per cui si presentano nella scena del mercato e ancora di più per via della spiccata tendenza al crescente mutamento delle dinamiche della Rete in cui si inseriscono.

Oltre al ruolo e all'attività svolta dalle corti, l'orizzonte di riferimento presenta un apparato di atti di svariata natura – non necessariamente e prettamente giuridici – che consente di comporre lo scenario di inserimento dei sistemi di reputazione.

⁵⁶⁸ In questo senso sono usati quali scudi per il mancato riconoscimento di qualsivoglia responsabilità lo strumento dell'anonimato online, ma anche i ferrei requisiti per la dimostrazione di una condotta diffamatoria, in particolare per ciò che concerne la dimostrazione del danno subito. La complessità di un *defamation dis* si scontra il più delle volte con il diritto al *free speech* della controparte chiaramente individuata, bilanciamento che coinvolge importanti interessi in contrasto e che devono essere valutati concretamente caso per caso. Cfr. W. Gerrie, *Say What You Want*, cit., pp. 46-47.

Un apparato costituito da linee guida, raccomandazioni, casi giurisprudenziali, proposte legislative o addirittura direttive (ambito europeo) e atti legislativi (come da ultimo analizzato nel contesto statunitense). Il tutto crea, in qualche misura, un panorama composto da elementi in chiave funzionale all'inquadramento del fenomeno.

Ed invero non è possibile immaginare il diritto come un mero ed esclusivo insieme di singoli precetti tecnici, avulso dal contesto in cui esso è prodotto e applicato: deve essere, allora, privilegiato un punto di vista esterno sul diritto, che è in grado di «scardinare la sua riduzione ai precetti posti in essere dalle fonti formali di produzione»⁵⁶⁹.

Per valutare i fenomeni che interessano – dapprima solo incidentalmente e successivamente anche direttamente – il contesto giuridico non può ricorrersi solo a portati normativi tipici dell'ottica tipicamente positivista. Ciò è ancora più vero in considerazione della rapida evoluzione tecnologica che rende complessa l'operazione di incasellamento di certe strutture all'interno di una disciplina puntualmente definita.

Del resto, però, non è nemmeno possibile prescindere del tutto. Il caso dei sistemi reputazionali, a tal proposito, è emblematico: queste strutture non sono

⁵⁶⁹ Così. A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 18. A questo riguardo i temi cari all'analisi comparata perseguono proprio tale approccio. Il diritto comparato nasce, infatti, per reagire in qualche misura al rigido studio dei diritti nazionali, che affrontano il diritto senza avere gli strumenti adatti per valorizzare dei punti di vista alternativi a quelli tipici dell'ordinamento di provenienza. In tal senso, l'attenzione del diritto comparato si è concentrata sulla ricerca della pluralità dei punti di vista per mettere in discussione le certezze rigorosamente acquisite. È per questa ragione che la materia comparatistica ha costituito – e costituisce – una forma di “conoscenza critica del diritto”, i cui cultori svolgono un'attività definita in passato “sovversiva”. Infatti il punto di vista da cui guardare il diritto non dovrebbe essere quello meramente interno a cui si affida ciecamente il cultore del diritto positivo, il quale immagina l'ordinamento come insieme completo di regole prive di antinomie o lacune. Così declinato ad essere considerate sono solamente norme giuridiche riconducibili esclusivamente alla fonte legislativa. Un assetto in cui l'interpretazione costituirebbe una mera riproduzione di significati già predeterminati dall'alto. Ciò non è sufficiente per inquadrare il fenomeno del diritto: occorre riferirsi, allora, ad un punto di vista esterno che prende in considerazione diverse fonti giuridiche, vale a dire sia quelle sostanziali che quelle formali. Ma non è tutto perché considerare il diritto da un punto di vista esterno vuol dire esaminare anche altri schemi di azione in grado di indirizzare il comportamento individuale e che non necessariamente si sintetizzano in riferimenti squisitamente giuridici. Un esempio concreto è costituito da norme di comportamento, maturate anche in altri contesti e allora, a questo fine, la norma sociale diventa rilevante per la valenza coercitiva che ha nei confronti dei soggetti in considerazione del fatto che anche esse sono accompagnate da una sanzione nel caso di loro violazione. Cfr. A. Somma, *Introduzione*, cit., pp. 6- 15. Ciò si è visto per l'appunto nel primo capitolo del presente lavoro con riguardo all'uso della reputazione come norma sociale, oltretutto economica, la quale in determinate comunità ha effettivamente svolto un'importante funzione di controllo sociale anche alternativo al ruolo svolto dal diritto. Sul punto si rinvia più in generale a R. Ellickson, *Order without Law*, cit.

regolate a livello legislativo, ma per lo più descritte da un variegato e multiforme apparato di natura non esclusivamente giuridica; ciò non significa però che dovrebbero rimanere prive di un riferimento normativo che completi in qualche misura il panorama a loro già dedicato, al fine di chiarirne quei contorni ancora vaghi.

Da qui occorre elaborare alcune riflessioni conclusive sul tema. La mancanza di una puntuale regolazione delle piattaforme collaborative e più in particolare dei sistemi reputazionali ha mostrato una tendenza dualistica, già ampiamente esaminata nelle pagine precedenti: da una parte il pregiudizio in capo all'imprenditore e in questo caso i riferimenti sono stati per lo più volti a schermare le richieste dei soggetti lesi facendo rinvio alle norme su diritto di critica e libertà di espressione, opponendo – nei casi di anonimato – l'immunità delle piattaforme; dall'altra il riferimento al consumatore, con il ricorso alla disciplina delle pratiche commerciali sleali. È proprio sotto quest'ultimo profilo che come si è visto – sia in ambito europeo che in quello statunitense – si sono ottenuti i risultati più concreti.

Infatti i sistemi reputazionali sono presentati come «forma di tutela del consumatore realizzata direttamente dal mercato, più efficace di quella predisposta dallo Stato»⁵⁷⁰. Tale funzione è perfettamente riconducibile all'interno di una concezione neoliberale del mercato, che intende tutelare i consumatori ma nella più ampia prospettiva di favorire il meccanismo concorrenziale, promuovendo il comportamento informato e consapevole del consumatore per addivenire così ad una efficiente selezione dell'offerta presente sul mercato⁵⁷¹.

L'espressione "neoliberalismo" è stata lungamente studiata non solo dal punto di vista economico, ma anche e soprattutto in ambito giuridico come approccio all'ordine economico.

Il termine è riferito al ritorno alle classiche dottrine economiche del liberalismo in politica e in diritti, ma lette in una chiave nuova e con nuovi strumenti⁵⁷²: esso

⁵⁷⁰ Così A. Somma, *Uscire dal capitalismo. Come e con chi*, in *MicroMega*, 18 novembre 2016, reperibile al sito <http://temi.repubblica.it/micromega-online/uscire-dal-capitalismo-come-e-con-chi/>.

⁵⁷¹ Cfr. A. Somma, *Dal diritto dei consumatori al reddito di cittadinanza: un percorso neoliberale*, in G. Conte - A. Fusaro - A. Somma - V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, Roma, 2018, p. 516.

⁵⁷² Cfr. D. Singh Grewal, J. Purdy, *Introduction: Law and Neoliberalism*, in *77 Law & Contemp. Probs.* (2014), p. 1 ss.

tende a ridurre l'influenza statale sull'ordine economico, lasciando che siano le forze di mercato – sotto la guida della concorrenza – a regolare l'equilibrio del sistema⁵⁷³. Il neoliberalismo vive della continua "lotta" tra gli imperativi direttamente derivanti dalle economie di mercato e dai valori che si situano al di fuori di queste dinamiche e che fondano i requisiti della legittimità democratica. Questi sono concetti non pacificamente presenti in natura, ma rappresentano degli idealtipi in costante contrasto nell'ordine sociale. Le rivendicazioni neoliberali sono volte all'avanzamento del mercato: così come il liberalismo classico – da cui prende le mosse per poi allontanarsene⁵⁷⁴ –, il neoliberalismo è associato ad un "espansionismo ideologico", in cui il concetto di mercato come luogo di efficienza e di autonomia modella in qualche misura l'ordine politico⁵⁷⁵.

A tal proposito è F. A. von Hayek che nei suoi scritti⁵⁷⁶ – a partire dagli studi di Rüstow – riprenderà due termini dal greco antico per fornire una sistematica versione del neoliberalismo: da una parte il *taxis*, che indica ogni organizzazione realizzata in modo intenzionale e con un scopo bene preciso. Questa figura è riconducibile al governo, che rappresenta il prototipo ideale di *taxis* con i suoi apparati di uffici e funzionari. Dall'altra il *cosmos*, costituente un ordine spontaneo generato senza ubbidire ad alcun piano. "Ordine spontaneo" non significa, però, totale assenza di un apparato di regole e di istituzioni, anzi è possibile che esso sia il risultato di una "progettazione deliberata" di regole capaci di realizzare nel miglior

⁵⁷³ Per una più approfondita ricerca sulle radici e sull'utilizzo del termine neoliberalismo, si rimanda a T. Flew, *Michel Foucault's The Birth of Biopolitics and Contemporary Neoliberalism Debates*, in *108 Thesis Eleven* (2012), pp. 44-65; T. C. Boas, J. Gansmoore, *Neoliberalism: From New Liberal Philosophy to Anti-Liberal Slogan*, in *44 Studies in Comparative International Development* (2009), p. 137 ss.

⁵⁷⁴ Sul punto, a scopo di completezza, occorre segnalare la significativa differenza che intercorre tra liberalismo classico e neoliberalismo. A partire dal pensiero del sociologo ed economista Alexander Rüstow, che sembra essere il primo ad utilizzare l'espressione "neoliberalismo". Essa indica una rifondazione del liberalismo tramite il tentativo di eliminare gli errori che avevano caratterizzato il suo predecessore. In particolare quello attinente ad un "difetto di illuminismo", ovvero una tendenza alla centralità della mitologia religiosa. La fondamentale innovazione del liberalismo – perseguita dal neoliberalismo – riguardava l'esigenza di elaborazione di un ordine spontaneo delle forze di mercato che devono equilibrarsi tra di loro autonomamente senza coercizioni derivanti dall'esterno. Questo fine però, secondo Rüstow, è svilito dal mito della c.d. "mano divina della Provvidenza", un governo divino del mondo, costantemente esposto al rischio di essere turbato dalle azioni umane e che quindi richiedeva all'individuo di affidarsi in modo passivo e cieco a tale "armonia recondita". In considerazione di ciò, il classico slogan del *laissez-faire* deve essere integrato con una sorta di "interventismo liberale". M. De Carolis, *Il rovescio della libertà: tramonto del neoliberalismo e disagio della civiltà*, Quodlibet, 2017, p. 35 ss.

⁵⁷⁵ Così D. Singh Grewal, J. Purdy, *Introduction*, cit., p. 3.

⁵⁷⁶ F. A. von Hayek, *Law, Legge, legislazione e libertà* (1973-1979), Il Saggiatore, Milano, 1994, p. 61.

modo possibile le esigenze di libero sviluppo del mercato⁵⁷⁷. Secondo il pensiero neoliberale, insomma, l'ordine espresso dal mercato è un ordine cosmico in senso eminente che comprende l'umanità e che «va accettato come standard omogeneo secondo cui giudicare tutte le istituzioni»⁵⁷⁸.

Qui ad essere invertito è il rapporto Stato-mercato, ciò avviene perché i compiti di stabilizzazione delle aspettative collettive, assicurazione dell'equilibrio e la cooperazione tra le parti, sono compiti demandati alla dinamica di mercato. E in questo scenario è chiara la legittimazione dello Stato come “custode dell'ordine basato sulla concorrenza”⁵⁷⁹, con il compito di facilitare supportare i processi per garantire il *cosmos* generato dal mercato.

Il paradigma neoliberale non richiede allo Stato di farsi del tutto da parte rispetto alle dinamiche economiche; nel rapporto tra ordine economico e ordine politico «i pubblici poteri devono occuparsi di mercato e dunque regolarlo, tuttavia per codificare e imporre le sue stesse leggi, per tradurle in leggi dello Stato⁵⁸⁰». Del che è evidente che lo Stato – nell'ottica neoliberale – è presente e non assente, diversamente dagli assunti del tradizionale *laissez-faire*, ma nell'implementare le leggi del mercato, i pubblici poteri non dovrebbero contrapporsi ad esse o modificarle. Al contrario dovrebbero semplicemente riprodurle in termini giuridici, in “ossequio del principio di concorrenza che si configura come strumento di direzione politica del comportamento dei consociati”⁵⁸¹.

In sostanza «l'estensione del mercato e la sua auto-interpretazione come “equilibrio” ha come conseguenza l'iscrizione di tutte le vite nel registro della concorrenza e della competizione della prestazione e della valutazione», ad avere il centro della scena è quindi la competizione, fatto privato che delegittima delle strutture del potere tradizionale⁵⁸².

⁵⁷⁷ Cfr. M. De Carolis, *Il rovescio della libertà*, cit., p. 48 ss.

⁵⁷⁸ F. A. Von Hayek, *Legge*, cit., p. 321.

⁵⁷⁹ Così W. Eucken cit. in M. De Carolis, *Il rovescio della libertà*, cit., p. 56 ss.

⁵⁸⁰ A. Somma, *Dal diritto dei consumatori*, cit., p. 516.

⁵⁸¹ Così A. Somma, *Informazione e nuovi paradigmi economici*, Relazione tenuta durante il Progetto Dottorale in *Diritto, mercato e persona* dal tema “*Informazione e diritto*” nell'a.a. 2018/2019, Università Ca' Foscari di Venezia, 19 settembre 2018.

⁵⁸² C. Galli, *Seduzioni e delusioni del neoliberalismo*, in *Italianieuropei*, n. 3/2019, reperibile online al sito <https://www.italianieuropei.it/italianieuropei-3-2019/item/4193-seduzioni-e-delusioni-del-neoliberalismo.html>.

In questo scenario si inserisce perfettamente la visione neoliberale della Rete digitale vista come “*medium di libertà illimitata*”⁵⁸³, dove ad essere massimizzata è l’identità individuale. In particolare rileva la figura del consumatore che, con gli strumenti presenti sul web, può ovviare alle asimmetrie informative in grado di pregiudicare la sua posizione nel libero scambio del mercato e di ciò i sistemi reputazionali sembrano costituire un ottimo esempio.

La libertà a cui la Rete aspira è però un’illusione che si trasforma ben presto in controllo di quei soggetti privati che “sorvegliano” in qualche misura lo spazio digitale⁵⁸⁴, mediante forme di *governance* privatistica a rete e *lex mercatoria*⁵⁸⁵. E allo stesso modo deve intendersi la centralità del consumatore: egli è il soggetto privilegiato di tutela e ciò si è visto con riguardo alla peculiare attenzione che si è avuta nei suoi confronti sia in ambito europeo che in ambito statunitense, ma la libertà di informazione evocata in suo favore altro non è che un dispositivo neoliberale promosso al fine ultimo di asservirlo ai poteri economici; il consumatore allora è definito in chiave di “subalternità dell’individuo asservito ad ogni manipolazione” del mercato⁵⁸⁶.

In considerazione del fatto che l’autodeterminazione costituisce parte integrante della libertà, l’immagine che emerge del consumatore – evidente anche dall’intento originario per cui sono elaborati i sistemi di reputazione – costituisce parte integrante di una costruzione in linea con l’ortodossia neoliberale. Più generalmente si può fare riferimento alla sociologia dei ruoli elaborata alla fine degli anni Cinquanta dallo studioso tedesco Ralf Dahrendorf, che ha individuato tre tipi umani: il *psychological man*, l’*homo sociologicus* e l’*homo oeconomicus*⁵⁸⁷. È bene dare brevemente conto di queste differenti categorie per specificare a quale di questi modelli si rinvii nell’ambito ivi studiato.

Il primo è il c.d. *psychological man*, quell’uomo incapace di autodeterminarsi, poiché “se pure compie sempre il bene, tuttavia può sempre volere il male”, si tratta

⁵⁸³ B. Han, *Psicopolitica. Il neoliberalismo e le nuove tecniche del potere*, Roma, 2016, p. 17.

⁵⁸⁴ Ibidem.

⁵⁸⁵ C. Galli, *Seduzioni e delusioni del neoliberalismo*, cit.

⁵⁸⁶ Ibidem.

⁵⁸⁷ R. Dahrendorf, *Homo sociologicus. Uno studio sulla storia, il significato e la critica della categoria di ruolo sociale* (1958), Roma, 2000.

quindi di un uomo dalle “motivazioni sotterranee”⁵⁸⁸. Il secondo modello *l'homo sociologicus*, creato dalla sociologia, il cui comportamento è orientato dall'essere parte di un gruppo sociale. In questo senso la sua condotta sarà contraddistinta dal modello comportamentale che ricopre, egli diventa prigioniero dei ruoli che gli sono dati e vi si attiene per non essere considerato come deviante e, di conseguenza, per non incorrere in quelle che sono le sanzioni morali e sociali previste dalla società in cui vive. Anche questo secondo caso mostra l'immagine di un soggetto eterodiretto e incapace di avere una propria individualità, alla quale rinuncia al fine di ottenere approvazione sociale⁵⁸⁹. Infine il terzo modello è costituito dall'*homo oeconomicus*, una categoria del tutto differente dalle prime due segnalate: *l'homo oeconomicus* è un soggetto la cui condotta è unicamente guidata dall'analisi razionale dei costi e dei benefici, si tratta dell'individuo perfettamente “informato e razionale” elaborato dall'analisi economica. Questo tipo umano rappresenta “il consumatore che prima di ogni acquisto soppesa con cura bisogno e prezzo e confronta centinaia di prezzi prima di decidere”⁵⁹⁰.

Certamente più adatto a cogliere il tipo di consumatore da tutelare nell'assetto neoliberale è *l'homo oeconomicus*, che pone alla base delle proprie decisioni di mercato una capacità di autodeterminarsi ed essere correttamente informato. Se questo è il principale scopo di tutela, il sistema reputazionale risponde pienamente a questo obiettivo, ovviamente nella sua intenzione originaria. Ed invero i meccanismi elaborati nel commercio elettronico e nell'economia collaborativa sembrano oscillare tra due polarità costantemente in conflitto tra di loro: da una parte *l'economic welfare* e dall'altro il *consumer welfare*⁵⁹¹.

L'economic welfare adotta una prospettiva più ampia e meno finalizzata della seconda; nel senso che qui le conseguenze dei meccanismi collaborativi si valutano non solo in relazione agli effetti prodotti sui consumatori, ma anche sulle imprese; si

⁵⁸⁸ Ivi, p. 33.

⁵⁸⁹ Ibidem.

⁵⁹⁰ Ibidem.

⁵⁹¹ Tali espressioni sono state mutate dal settore economico e poi utilizzate in ambito giuridico per descrivere gli obiettivi del diritto europeo della concorrenza, sulla base dell'art. 102 TFUE. In questo scenario sono utilizzati concetti prettamente economici per descrivere la tendenza “pro-consumatore” dell'azione europea e analizzare il sotto tale luce l'interpretazione fornita di questa nozione. P. Akman, ‘Consumer’ versus ‘Customer’: *The Devil in the Detail*, in 37 *Journal of Law and Society* (2010), p. 315 ss.

tratta insomma di quella che è stata definita in dottrina una “prospettiva olistica”⁵⁹². L'altra invece è esclusivamente diretta a valutare quali siano le conseguenze solo con riferimento a determinati soggetti, vale a dire i consumatori. Questo profilo è evidentemente più attento ai meccanismi di mercato e di quelli relativi a domanda-offerta, che sono gli elementi più rappresentativi dell'autoregolazione⁵⁹³.

Quest'ultimo approccio focalizzato sulla tutela del consumatore può considerarsi uno strumento utile alla risoluzione di alcuni fallimenti del mercato e per questa ragione pare avere un'aspirazione volta anche al benessere generale. Nonostante tale prospettiva consenta di rilevare l'immagine di un mercato produttore di benessere sociale, laddove siano utilizzati dei mezzi che riducano i fallimenti del mercato, essa svilisce l'interazione e la tutela degli altri soggetti economici presenti nel sistema di riferimento⁵⁹⁴; l'esempio principale può essere costituito - in relazione ai sistemi reputazionali - dalla tendenziale marginalizzazione della tutela dell'imprenditore dalle recensioni pubblicate online.

L'idea di consumatore e la centralità della sua tutela, nell'ottica di promozione dell'individualità del soggetto, cela però lo sfruttamento della libertà alla luce di «strategie da parte di chi controlla il mercato, ovvero il luogo dove si registrano prevaricazioni in danno di una massa di acquirenti e di utenti che non sono in grado di effettuare le scelte migliori»⁵⁹⁵.

Si torna, dunque, al punto da cui si è partiti. La Rete presenta inesorabilmente un insanabile binomio tra libertà e potere.

Il potere ha differenti forme di manifestazione. La forma più diretta e immediata consiste nella negazione della libertà; l'altra certamente più silenziosa e subdola è rappresentata invece non dal contrapporsi alla libertà, ma dal suo sfruttamento.

In tal modo gli individui così assoggettati - credendosi indipendenti, ben informati e consapevoli - vivono in un'effimera illusione. Si è parlato in questo senso di “potere intelligente” della psicopolitica neoliberale⁵⁹⁶: qui sono i poteri privati a

⁵⁹² Sul punto A. Somma, E. Mostacci, *Il caso Uber*, cit., Milano, 2016, p. 197.

⁵⁹³ Ivi, p. 198.

⁵⁹⁴ Ivi, p. 199.

⁵⁹⁵ A. Somma, *Dal diritto dei consumatori*, cit., 535.

⁵⁹⁶ B. C. Hal, *Psicopolitica*, cit., p. 23, 47.

sfruttare gli strumenti elaborati sotto la falsa egida della libertà informativa nella selezione delle offerte e mediante la possibilità ulteriore di valutare le controparti, con il fine ultimo di monopolizzare la tecnologia agli interessi neoliberali del mercato.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

I SISTEMI REPUTAZIONALI: REGOLAZIONE O AUTOREGOLAZIONE?

Il percorso affrontato sin qui ha consentito di analizzare le caratteristiche essenziali del funzionamento dei meccanismi reputazionali la cui pervasività, sentita primariamente a livello economico e sociale, sta sollevando notevole interesse anche nel discorso giuridico.

Questi strumenti nascenti dall'autonomia privata dei grandi colossi del mercato, non sono però così recenti. Ed invero l'analisi condotta in ambito socio-economico ha chiaramente mostrato la centralità di fiducia e reputazione nella storia dei mercati.

In quelle società⁵⁹⁷, la fiducia costituiva la "colla sociale" in grado di facilitare gli scambi economici e la costruzione dei c.d. legami reputazionali in cui la reputazione costituiva, per l'appunto, una forma di capitale sociale volta alla realizzazione di relazioni commerciali – oltreché interpersonali – durature e ripetute nel tempo⁵⁹⁸. In questi scenari la reputazione rappresentava una vera e propria alternativa rispetto al ricorso agli strumenti giuridici forniti dalle Corti, la cui farraginosità non permetteva un'efficace risoluzione delle controversie a garanzia dei diritti individuali⁵⁹⁹. Per tale ragione l'utilizzo dello strumento reputazionale produceva un'alternativa al diritto meno costosa ma al contempo altrettanto "vincolante" ed operante *ex ante*, al fine di evitare l'esperimento successivo di azioni giuridiche di tutela. La reputazione è stata quindi utilizzata, nel tempo, al fine di facilitare gli scambi tra soggetti sconosciuti – ma solitamente appartenenti alla stessa comunità – facendo anche da sostituto o da complemento degli strumenti legali.

⁵⁹⁷ Il riferimento va in particolare alla disamina del fenomeno dei mercati medievali dell'XI secolo, ma anche ai fenomeni descritti da Robert Ellickson nella contea di *Shasta*. Per un approfondimento sul tema, si rimanda a L. J. Strahilevitz, *Social Norms from Close-Knit Groups*, cit., p. 359 ss.; R. C. Ellickson, *Order without Law*, cit., p. 180 ss.

⁵⁹⁸ Con riguardo alla creazione di quelli che sono stati definiti *reputational bonds* da gran parte di dottrina economica e giuridica, si rinvia per tutti a L. Bernstein, *Opting out the Legal System*, cit., pp. 115-157.

⁵⁹⁹ In relazione all'ineffettività del ricorso alle Corti, disquisisce lungamente A. Greif, *The Maghribi Traders*, cit., p. 445 ss.; Id., *Reputation and Coalition*, cit., p. 857 ss.; Id., *Contract Enforceability*, cit., p. 526 ss.; Id., *Institution and International Trade*, cit., p. 128 ss. In questo senso anche G. Smorto, *Reputazione*, cit., pp. 199-201.

Un simile ragionamento sembra valere oggi nell'ambito di Internet e delle attività svolte dalle piattaforme online: in questi nuovi scenari l'importanza di creare dei "mercati della fiducia" assume una rilevanza centrale.

Al raggiungimento di questo fine fare ricorso a quei meccanismi di *feedback* – che costituiscono una sorta di archivio contenente recensioni qualitative o *rating* numerici collegati ai profili degli operatori economici – è necessario per la durevole costruzione di fiducia⁶⁰⁰. Qui i *rating* e le recensioni forniscono delle informazioni essenziali sul comportamento commerciale dei soggetti presenti sul mercato con la conseguenza di una sostanziale riduzione delle asimmetrie informative. A questo proposito i sistemi reputazionali sono oggi considerati il "cuore pulsante" delle piattaforme, al punto da riferirsi più genericamente ed in misura sempre più crescente all'espressione "economia della reputazione"⁶⁰¹.

Il tema dei sistemi reputazionali è stato spesso ricondotto alla «riflessione sulla crescente marginalizzazione del ruolo del regolatore pubblico e la nascita di forme di autoregolazione dei soggetti privati»⁶⁰². Ciò – come già rilevato nelle pagine precedenti – è risultato evidente dalla Comunicazione europea per l'elaborazione di un'Agenda collaborativa del 2016, in cui la Commissione ha sottolineato, in qualche misura, la funzione autoregulatoria dei sistemi di reputazione, in quanto essi «riducono potenzialmente la necessità di taluni elementi della regolazione, condizione che si possa riporre adeguata fiducia nella qualità delle recensioni e delle valutazioni»⁶⁰³.

Un simile approccio contraddistingue altresì le argomentazioni degli studiosi che hanno contribuito alla redazione dello *Staff Report* della *Federal Trade Commission*

⁶⁰⁰ Così C. Busch, *Crowdsourcing Consumer Confidence*, cit., p. 226.

⁶⁰¹ Sul punto J. Blocher, *Reputation as Property in Virtual Economies* in 118 *Yale Law Journal* (2009): «There is, however, a third type of online economy that is in many ways just as important as the first two, and which also involves the acquisition, trade, and protection of "property." This is the reputational economy exemplified by MySpace, Facebook, and gossip blogs. Status fortunes can be made in this economy, but they can also be easily and quite dramatically lost. The importance of success in this reputational market can for some people be just as important as financial wealth – many people's "lives virtually revolve around social-networking sites and blogs." Indeed, by now it is old news that millions of people spend more time thinking about their Facebook profiles than their investment profiles», ivi reperibile: <https://www.yalelawjournal.org/forum/reputation-as-property-in-virtual-economies>.

⁶⁰² G. Smorto, *Reputazione*, cit., p. 214.

⁶⁰³ COM (2016) 356 final, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Un'agenda europea per l'economia collaborativa del 2 giugno 2016, p. 4.

sulla *Sharing Economy*⁶⁰⁴, in cui parallelamente è stata asserita la capacità di tali meccanismi creatori di fiducia di sostituire o di affiancarsi ai tradizionali strumenti regolativi presenti nel panorama giuridico.

Su queste premesse alcuna dottrina ha sostenuto che il riferimento ai sistemi di reputazione debba andare oltre il mero ruolo di strumenti tradizionali di regolazione del mercato, poiché essi costituiscono delle vere e proprie forme di autoregolazione che rendono superflue le tutele giuridiche offerte in ambito consumeristico, ritenendo peraltro che il progressivo e rapido cambiamento della tecnologia allevii la necessità di regolazione, la quale potrebbe costituire un evidente rischio di impedire la libera evoluzione dei nuovi modelli emergenti per incasellarli in rigide strutture normative che intendono disciplinarne certi aspetti o procedure⁶⁰⁵. In questo senso, infatti, mentre gli strumenti normativi predisposti a livello legislativo non sempre raggiungono l'obiettivo di effettiva tutela del benessere consumeristico, i meccanismi di *feedback* – operanti *ex ante* – sono in grado di creare uno scenario “regolatorio” alternativo, in cui è il mercato che autonomamente – mediante l'apporto *peer-to-peer* degli utenti – fornisce quelle informazioni necessarie alle decisioni d'acquisto. In tale contesto è grazie alle recensioni e ai *rating* che il mercato elabora un *reputational enforcement*⁶⁰⁶, di gran lunga superiore alle classiche forme consumeristiche conosciute nel diritto: insomma ci si trova di fronte ad una nuova ed efficace forma di *empowerment* del consumatore, in grado di rendere l'individuo più consapevole delle proprie decisioni di mercato⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ E. Ramirez, M. K. Ohlhausen, T. P. McSweeney, *The “Sharing” Economy. Issues Facing Platforms*, cit., reperibile al sito https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/sharing-economy-issues-facing-platforms-participants-regulators-federal-trade-commission-staff/p151200_ftc_staff_report_on_the_sharing_economy.pdf.

⁶⁰⁵ In questo senso A. Thierer, C. Koopman, A. Hobson, C. Kuiper, *How the Internet*, cit., p. 874 ss.: «Modern reputation tracking and feedback mechanisms, in combination with the various online review sites and information services accomplish this objective by disclosing more information to consumers, thus putting them in a position to make better decisions. [...] In addition, because these systems are constantly evolving, and because new security challenges will always arise it is dangerous for policymakers to impose a stagnant regulatory structure mandating certain aspects, procedures or outcomes».

⁶⁰⁶ Espressione utilizzata da C. Busch, *Crowdsourcing Consumer Confidence*, cit., p. 227.

⁶⁰⁷ Così A. Thierer, C. Koopman, A. Hobson, C. Kuiper, *How the Internet*, cit., p. 877: «[...] these new Internet-based mechanisms promise to revolutionize modern marketplace interactions. This should aimed at addressing perceived asymmetric information market failures, regulations that have typically failed to improve consumer welfare [...] ».

La reputazione – nei mercati analizzati in precedenza⁶⁰⁸ – assume forma di controllo sociale che “modifica i comportamenti individuali anche senza la minaccia del diritto”. La sanzione reputazionale proviene dunque direttamente dal mercato “senza che occorra aspettare gli strumenti, lenti, complessi e costosi del diritto”⁶⁰⁹.

Secondo i sostenitori della funzione di *self-regulation*, dunque, i sistemi reputazionali adempiono correttamente il ruolo di costruttori di fiducia nel mercato, rendendo superflua qualsivoglia regolazione degli stessi; nonostante ciò non appare possibile ascrivere una simile funzione a tali sistemi. A tal riguardo si richiama nuovamente la Comunicazione europea del 2016: seppure è vero che la Commissione si sia astenuta dal fornire o suggerire elementi regolatori in questo documento, è anche vero che l’affermazione dei sistemi reputazionali come misure di *self-regulation* del mercato pare possibile solo laddove si possa “riporre adeguata fiducia nella qualità delle recensioni e delle valutazioni”. Ed è proprio alla luce di ciò che non può immaginarsi una regolazione esclusivamente derivante dagli strumenti che si pongono l’obiettivo di amministrare autonomamente il mercato.

La motivazione è evidente: le misure usate dalle piattaforme per ridurre le asimmetrie informative presenti nel mercato sono tutt’altro che perfette. Allo stato attuale si è vista la facilità con cui sia possibile manipolare i sistemi di recensione e di *rating*, al punto che dalla mera valutazione dei comportamenti non si possa ammettere una fedele e accurata rappresentazione della qualità di un prodotto o di un servizio offerto.

Risulta infatti necessario, a tal riguardo, rilevare due aspetti controversi dei sistemi di reputazione: da un lato essi – per lo scopo a cui sono rivolti – dovrebbero essere in grado di promuovere un’effettiva partecipazione degli individui nell’ottica di un accrescimento delle capacità consumeristiche nella raccolta e diffusione di informazioni a livello economico; dall’altro la pretesa di tale aspirazione “democratica” lascia spazio alla mancanza di un tangibile apporto nell’ambito informativo e ciò perché i contenuti dei meccanismi reputazionali sono elaborati dagli stessi utenti, che nella maggior parte dei casi intendono promuovere i propri

⁶⁰⁸ In particolare si fa riferimento all’analisi condotta nel capitolo 1 riguardo alla coalizione dei mercanti Magrebini dell’XI secolo, della contea di *Shasta* e del *Diamonds Dealers Club* di New York (DDC).

⁶⁰⁹ Così G. Smorto, *Reputazione*, cit., pp. 214- 215.

interessi personali, non tanto la correttezza nella divulgazione di informazioni utili ai fini della tutela consumeristica⁶¹⁰. Così il fine primario per cui i sistemi sono costituiti arriva ad essere svilito, in considerazione delle molteplici imperfezioni che presentano: il fatto che tali sistemi siano arricchiti da recensioni e *rating* elaborati tra soggetti “pari” non li rende di per sé affidabili ed esenti da manipolazioni.

Le intrinseche debolezze dei sistemi di valutazione delle piattaforme online sono riscontrabili nell’approccio c.d. *crowd-based*, vale a dire quello in cui rileva in larga misura il “comportamento delle masse”. Le recensioni, infatti, sono spesso influenzate dalle valutazioni precedentemente inserite da altri; ciò avviene in particolare in una prospettiva di “reciprocità strategica” tra i recensori che temono di essere recensiti a loro volta negativamente su quelle piattaforme che permettono la possibilità di valutare non solo l’operatore economico, ma anche l’utente stesso (è, ad esempio, il caso di Ebay, ma anche Amazon, Uber e Airbnb)⁶¹¹. Il tutto porta alla conseguenza di trovare un’alta percentuale di recensioni che non riflette delle valutazioni veritiere sulla qualità di prodotti e servizi, alterando di fatto quella genuinità che dovrebbe contraddistinguere i *feedback* e, di conseguenza, le descrizioni relative alle esperienze vissute dagli utenti.

In questo senso ritenere che i sistemi reputazionali siano di per sé in grado di sostituire integralmente l’intervento statale in merito all’asimmetria informativa, sembra – e così infatti è stata ritenuta – un’esagerazione: delegare alle piattaforme – e ai nuovi sistemi di valutazione basati sulla reputazione – delle vere e proprie forme di regolazione, con l’obiettivo di creare una “una mano invisibile di secondo livello”⁶¹², non appare però fattibile. Secondo questo orientamento i sistemi reputazionali opererebbero come una “seconda mano invisibile” affiancata alla “mano invisibile del mercato”, al fine ultimo di ridurre il rischio dei suoi fallimenti senza l’intervento del legislatore, il quale dovrebbe tuttalpiù eliminare i possibili ostacoli che ne impediscono il pieno e libero sviluppo; ciò renderebbe quindi i

⁶¹⁰ S. Ranchordás, *Online Reputation*, cit., p. 143 ss.

⁶¹¹ C. Busch, *Crowdsourcing Consumer Confidence*, cit., p. 228.

⁶¹² Espressione utilizzata da E. Goldman: «When information about producers and vendors is costly, reputational information can improve the operation acts like an invisible hand by helping consumers make better decisions. In this case, reputational information acts like an invisible hand of the invisible hand (an effect I call the *secondary invisible hand*) because reputational information can guide consumers to make marketplace choices that in aggregate enables the invisible hand. Thus, in an information economy with transaction costs, reputational information can play an essential role in rewarding good producers and punishing poor ones». E. Goldman, *Regulating Reputation*, cit., p. 53.

mercati più efficienti⁶¹³. L'impossibilità di sostenere tali assunti deriva proprio dal fatto che nonostante i sistemi di reputazione abbiano il primario obiettivo di assistere il consumatore nelle scelte di mercato, tale scopo non sembra essere soddisfatto adeguatamente in considerazione delle carenze che intervengono a livello strutturale e sostanziale nel loro funzionamento: essi, a loro volta, necessiterebbero di intervento giuridico che li regoli al fine di renderli effettivamente attendibili. Affidarsi unicamente a questi strumenti pare allora semplicistico e insoddisfacente; nonostante essi svolgano un importante ruolo nel mercato, non può dirsi che creino autonomamente un perfetto scenario informativo. Su queste premesse, è dunque possibile sostenere che i meccanismi di reputazione – laddove ben funzionanti – possano attualmente creare benefici, ma in una più ampia prospettiva di completamento e affiancamento della regolazione giuridica sulle attività delle piattaforme⁶¹⁴; compito quest'ultimo che non può essere lasciato unicamente al governo dei mercati, ma che occorre essere supportato da un insieme di valori giuridici capaci di disciplinarne gli aspetti più controversi.

Nel percorso argomentativo affrontato nel corso del presente lavoro di ricerca, l'attenzione si è principalmente incentrata nella descrizione dei fenomeni riguardanti l'uso della reputazione che – come si è avuto modo di verificare – sono tutt'altro che nuovi: nuovo è semmai lo scenario della Rete in cui si pongono. Ma anche in questo rinnovato panorama ciò che rileva è il suo uso in ambiti specifici e delimitati, vale a dire quello del commercio elettronico e dell'economia collaborativa.

Nelle riflessioni sin qui esposte l'uso della reputazione è stato individuato dapprima come forma di controllo sociale alternativo al diritto; è questo il caso delle esperienze economiche descritte all'esordio della trattazione. Successivamente, l'individuazione del tema reputazionale è stato declinato all'interno del discorso giuridico. In questo senso si è riscontrato come l'uso della reputazione sia stato destinato ad interessare l'ordine del mercato per evitarne i suoi fallimenti. In tale contesto risulta evidente la tendenziale superiorità di un'ordine spontaneo del

⁶¹³ Così G. Smorto, *Reputazione*, cit., p. 215.

⁶¹⁴ C. Busch, *Crowdsourcing Consumer Confidence*, cit., p. 228.

mercato rispetto a qualsivoglia configurazione di un ordine preconstituito, in ossequio, quindi, di un'ottica prettamente neoliberale⁶¹⁵.

A completamento del quadro appena esposto, occorre fare riferimento ad un differente uso della reputazione che appare altrettanto pervasivo rispetto a quello attualmente realizzato dall'ordine imposto dal mercato in Occidente.

Si fa peculiare riferimento al sistema di *Social Credit System* elaborato a partire dal 2014 dal Governo cinese⁶¹⁶, nell'ambito di un ampio progetto di pianificazione e sviluppo di "onestà e integrità sociale". Un progetto politico, dunque, che ha quale ultimo fine l'amministrazione della società in misura altamente onnicomprensiva. Il documento che lo predispone propone l'elaborazione di uno strumento massivo basato su *feedback* e *rating* per valutare l'affidabilità dei cittadini della Repubblica Popolare Cinese. Un sistema sviluppato mediante l'utilizzazione delle nuove tecnologie, ad esempio i *big data*, l'intelligenza artificiale e gli algoritmi, che produce un apparato strutturale formato da "ricompense e punizioni" in base alla valutazione reputazionale ottenuta. Un meccanismo onnicomprensivo che va ben oltre il mero settore economico, espandendosi anche verso altri orizzonti, tra cui quello giuridico e specialmente sociale. Ed invero il documento esplicativo degli scopi di tale progetto presenta il *Social Credit System* come un piano strategico per perfezionare "l'economia del mercato socialista" e per rafforzare, oltreché innovare, le modalità di direzione della società e dei comportamenti dei cittadini⁶¹⁷.

Tale progetto ha attirato l'attenzione di molti giuristi per via delle singolari caratteristiche che lo contraddistinguono: elaborato nel 2014, propone un effettivo raggio di completa implementazione entro il 2020⁶¹⁸, tant'è che già in molte città sono

⁶¹⁵ M. De Carolis, *Il rovescio della libertà*, cit., p. 284.

⁶¹⁶ *Notice concerning Issuance of the Planning Outline for the Construction of a Social Credit System, People's Republic of China State Council* (April 25, 2015), reperibile al sito <https://chinacopyrightandmedia.wordpress.com/2014/06/14/planning-outline-for-theconstruction-of-a-social-credit-system-2014-2020/>.

⁶¹⁷ *Ibidem*.

⁶¹⁸ Nonostante il progetto del Governo cinese risalga al 2014, il termine "*social credit*" inizia ad emergere nei primi anni Duemila da parte del Partito Comunista Cinese durante il XVI Congresso del Partito. In questo contesto si sottolineava il bisogno per la nazione di rafforzare la moderna economia di mercato mediante l'introduzione di un sistema del credito sociale, in cui inizialmente i termini "sociale" e "credito" implicavano un interesse agli ambiti commerciale e finanziario. Ancora però non erano chiaramente definiti i contorni di questo progetto che sembrava essere volto unicamente alla "correzione e alla regolazione dell'economia" imperante nel panorama cinese. Si trattava di una politica che appariva confinata alla raccolta di dati per la costruzione creditizia dei soggetti parte di scambi commerciali e finanziari, destinato a valutare aziende e imprenditori, alla stregua del sistema creditizio FICO, imperante in ambito statunitense. Successivamente, nel 2006, lo sviluppo del sistema

presenti le prime forme di applicazione in alcuni dei settori elencati dal documento ufficiale che ne descrive gli obiettivi, le aree di interesse e il funzionamento.

Il progetto intende promuovere una “cultura della sincerità e integrazione della fiducia” e ciò avviene non mediante il timore di ripercussioni sanzionatorie di matrice esclusivamente giuridica, ma derivanti dall’aver ottenuto e costruito una “cattiva reputazione”. In sostanza il tentativo è quello di implementare un sistema reputazionale di tipo nazionale⁶¹⁹, le cui aree di interesse sono principalmente quattro: l’integrità nelle relazioni governative; la costruzione dell’affidabilità nelle attività commerciali; la sincerità sociale dei cittadini e, infine, la credibilità nel settore giudiziario.

Per ciò che concerne il settore legato alle relazioni dei cittadini con il Governo, l’obiettivo è quello di usare il credito sociale come strumento per favorire una varietà di azioni e garantire loro l’accesso. Tale accesso ai servizi e l’esercizio di determinate azioni amministrative – ad esempio l’ottenimento di concessioni, agevolazioni in ambito lavoristico – sono per l’appunto garantiti solo al raggiungimento, e al consecutivo mantenimento, di un determinato *rating* reputazionale. L’ambito dell’integrità sociale si incentra, invece, sul rispetto delle più basilari norme della società civile, e dunque non necessariamente orientate al rispetto di norme di natura prettamente giuridica. In questo settore l’intento è quello di costruire un vero e proprio nucleo sistematico di valori, che vadano oltre la mera prospettiva economica della società. L’ultimo settore, quello della credibilità e affidabilità giudiziaria, rimane invece più saldamente ancorato all’ambito giuridico poiché si riferisce alla

di credito sociale è ampliato verso altri obiettivi, tra cui “prestiti, pagamento delle tasse, adempimenti contrattuali e qualità dei prodotti”. Così l’Ufficio Generale del Consiglio di Stato cinese specificò come le agenzie governative non dovessero incentrarsi unicamente nella raccolta di dati che permettessero di costruire un “profilo di *rating*” solo nel settore finanziario, ma anche relativamente ad altri aspetti della vita quotidiana della popolazione. Infatti, in questa prospettiva, la nozione di “credito” era associata più generalmente alle virtù morali di integrità e affidabilità dell’individuo; mentre il termine “sociale” si riferiva a quelle interazioni sociali che il Governo aveva intenzione di monitorare e regolare. Così Y. J. Chen, C. F. Lin, H. W. Liu, “Rule of Trust”: *The Power and Perils of China’s Social Credit Megaproject*, in 32 *Columbia Journal of Asian Law* (2018), pp. 7-8. Più approfonditamente sul tema del progetto del Sistema di Credito Sociale cinese, si rimanda a L. Catà Backer, *And an Algorithm to Bind them All? Social Credit, Data Driven Governance, and the Emergence of an Operating System for Global Normative Orders*, Working Paper presentato durante il *Entangled Legalities Workshop*, Geneva, 24/25 maggio 2018; Id., *Measurement, Assessment and Reward: The Challenges of Building Insituzionalized Social Credit and Rating Systems in China and in the West*, Working Paper No. 9/2 presentato alla Conferenza “The Chinese Credit System”, Shanghai Jiaotong University, 23 Settembre 2017.

⁶¹⁹ Così L. Catà Backer, *Next Generation Law: Data-Driven Governance and Accountability-Based Regulatory Systems in the West, and Social Credit Regimes in China*, in 28 *The South. California Interdisciplinary Law Journal* (2018), p. 131.

raccolta di informazioni e punteggi sulla base del rispetto dell'autorità, della legittimazione di organi giurisdizionali e delle decisioni emanate in queste sedi. Ad esempio il rispetto o il mancato rispetto delle sentenze avrà non solo conseguenze di tipo giuridico, ma anche legate ad un sistema di incentivi e disincentivi.

Il *Social Credit System* si propone, quindi, di fondare un "sistema endogeno di autocontrollo", con l'obiettivo di sostituirsi - e in alcuni casi affiancarsi - al "sistema esogeno di regole", quest'ultimo rappresentato dalla regolazione giuridica⁶²⁰.

Un sistema che, così come descritto dal progetto attuale, segna un rilevante cambio di paradigma attribuendo un ruolo chiave alla fiducia.

Il progetto non è ancora interamente implementato, ed invero il Governo cinese ha previsto la completa applicazione del regime reputazionale esteso a tutto il territorio solo a partire dal 2020. Attualmente sono, però, già presenti delle forme sperimentali di credito sociale che consentono l'assegnazione di *rating* e *feedback* su scala locale ai cittadini in settori preordinati: più di quaranta città cinesi sono coinvolte in progetti che hanno come obiettivo quello di testare la fattibilità e il funzionamento di prototipi delle applicazioni lanciate sul mercato da aziende, autorizzate - a partire dal 2015 - dal Governo stesso. Si tratta per lo più di schemi locali e regionali, che monitorano le attività compiute dai cittadini, i quali stanno in qualche misura usufruendo degli incentivi forniti da tali sistemi o, in senso contrario, subendo le conseguenze derivanti dal raggiungimento di uno scarso punteggio⁶²¹. Qui ad ogni cittadino è assegnato un numero identificativo c.d. *social credit unified code* (SC Unicode), collegato ad una serie di informazioni, ad esempio dati personali, reddito, copertura di un'assicurazione sociale di derivazione governativa e ancora al pagamento o al mancato pagamento delle relative imposte. Ogni cittadino ha a disposizione un punteggio di partenza ammontante a 1000 punti. Sulla base delle condotte soggettive tale punteggio può aumentare o diminuire: diminuirà laddove siano poste in essere delle violazioni, che possono avere differente natura.

Ad esempio il mancato rispetto dei semafori stradali, una guida in stato di ebbrezza o il caso in cui il cittadino non ottemperi puntualmente alle proprie obbligazioni finanziarie, ai propri doveri contrattuali; ma ancora la valutazione sarà

⁶²⁰ Ivi, p. 134.

⁶²¹ D. Mac Síthigh, M. Siems, *The Chinese social credit system: A model for other countries?*, EUI Working Paper Law, 2019, p. 14.

effettuata sulla base dei comportamenti individuali. Al contrario il punteggio è suscettibile di aumentare nel caso in cui l'individuo ponga in essere "buone" azioni, ad esempio attività di volontariato, prendersi cura dei membri più anziani della famiglia, ma anche fare cospicue donazioni alle amministrazioni locali: queste sono tutte modalità di accrescimento del punteggio di credito personale. Come anticipato, l'accumulazione o la perdita di *rating* non è fine a sé stessa, ma si pone all'interno di un più ampio sistema di "ricompense e punizioni". Nel caso di aumento del *rating*, i cittadini sono inseriti nelle c.d. *redlists* e potranno avere delle agevolazioni e la possibilità di velocizzare l'accesso a determinati servizi, oltreché ottenere un maggiore favore per la concessione di mutui, la possibilità per i figli di accedere a scuole private o a strutture sanitarie di qualità più elevata; ma anche una minor frequenza di controlli ispettivi e uno snellimento in procedure burocratiche amministrative: verranno, dunque, "premiati" per essersi mostrati individui meritevoli di fiducia da parte dello Stato.

Nel caso di basso punteggio, invece, le conseguenze saranno negative e deriveranno dal fatto che determinati soggetti saranno etichettati con l'espressione di *trust-breaking* e per tale ragione posizionati all'interno di c.d. *blacklists*⁶²².

Di gran lunga rilevanti in questa sede sono evidentemente le conseguenze negative derivanti dalla violazione della fiducia riposta sul cittadino: l'inserimento del soggetto nelle *blacklists* comporta l'esperimento da parte dell'amministrazione centrale e di quelle locali di sanzioni congiunte, sulla base delle informazioni raccolte su una piattaforma elaborata a livello governativo – la c.d. *National Credit Information Sharing Platform* – che consente la condivisione di dati dei cittadini a diversi livelli. Le informazioni sono condivise a livello locale e nazionale mediante l'inserimento del codice identificativo del cittadino e ciò consente l'implementazione delle

⁶²² Secondo parte della dottrina, il funzionamento del *Social Credit System* ricorda, ad un primo sguardo, la pratica già usata dal Partito comunista del Paese prima dell'avvento dell'era digitale, vale a dire quella di tenere dei file segreti sui cittadini derivanti da indagini di polizia o da informatori dello Stato, attraverso i quali i cittadini potevano essere classificati in termini di pericolosità. Strumenti che fungevano da mezzi per indebolire od ostacolare la mobilità sociale dei soggetti, per esempio limitando la possibilità di essere assunti per determinati lavori o di entrare a far parte del Partito Comunista. All'epoca però non esisteva un canale di accesso diretto alle informazioni o che consentisse la correzione delle stesse. Il Sistema di Credito si propone, invece, di operare in misura molto più pervasiva rispetto ai primi tentativi di controllo sociale, sviluppati con forme e strumenti decisamente più arcaici di quelli attualmente a disposizione delle autorità statali. Così Y. J. Chen, C. F. Lin, H. W. Liu, "Rule of Trust", cit., p. 12.

sanzioni. Sanzioni comminate sia nel caso in cui ad essere violate siano leggi dello Stato o regolamenti amministrativi, ma anche nel caso di semplici condotte ritenute *trust-breaking*, che non necessariamente integrano delle condotte giuridicamente rilevanti. È possibile fare riferimento, ad esempio, al caso della diffusione di meri pettegolezzi in Rete: nonostante questi possano non corrispondere ad atti effettivamente diffamatori, non sono risparmiati nell'ambito del funzionamento del Sistema di Credito Sociale⁶²³. Nei casi di mancata violazione di atti normativi, ad essere deprecabili sono comportamenti seriamente lesivi della fiducia sociale, identificati a titolo esemplificativo in un documento di matrice governativa del 2016. Si tratta di una *Guiding Opinion* del 2016 elaborata dal Consiglio di Stato⁶²⁴, in cui sono previste sanzioni sulla base di diverse tipologie di condotte: i comportamenti che creano dei seri pregiudizi alla salute, alla vita o alla sicurezza altrui; i comportamenti lesivi dell'ordine del mercato o del principio di concorrenza leale; l'inadempimento di obbligazioni legali e degli obblighi di difesa nazionale. L'inserimento nella *blacklist* provoca, in primo luogo, che la condotta deplorable di un soggetto sia in qualche misura "pubblicizzata", tramite la pratica di *naming and shaming* utilizzata al fine di scoraggiare la possibile ripetizione dell'attività. In tal modo l'individuo assume uno *status*, comportante una serie di restrizioni che variano sulla base della categoria a cui il soggetto segnalato appartiene.

Nel caso in cui sia un operatore economico esercente un'attività commerciale ad aver ottenuto un *rating* molto basso, le restrizioni a cui sarà sottoposto riguarderanno principalmente un'intensificazione nella supervisione da parte della Pubblica Amministrazione mediante più stringenti ispezioni di verifica sul corretto andamento dell'attività. Ma le misure restrittive potranno anche includere il divieto di ottenere determinati permessi amministrativi, qualifiche o la preclusione di sussidi e prestiti e ancora l'impossibilità di prendere parte a gare d'appalto pubbliche o ad altri progetti di natura governativa. La seconda categoria comprende invece gli

⁶²³ Atteggiamenti deplorabili, non necessariamente dal punto di vista giuridico, sono fonte di condotte *trust-breaking* e pertanto punite dal sistema del credito sociale. Ne è un esempio il rifiuto di accedere all'università a cui si è stati ammessi dopo aver passato un esame di selezione. Anche questo caso prevede l'assegnazione di un basso punteggio in capo al cittadino e delle conseguenze sanzionatorie. Ivi, p. 14.

⁶²⁴ St. Council, *Guiding Opinions concerning Establishing and Perfecting Incentives for Promise-keeping and Joint Saction System for Trust-Breaking and Accelerating the Construction of Social Credit*, 30 maggio 2016.

individui intesi come persone fisiche. Anche in questo caso, le restrizioni derivate dallo *status* reputazionale e dal conseguente inserimento nella *blacklist* sono senza dubbio di carattere alquanto pervasivo: ad esempio può essere loro impedito di occupare impieghi statali o posizioni dirigenziali nel settore privato; esistono inoltre limitazioni riguardanti il conseguimento di qualifiche peculiari e abilitazioni, si faccia il caso dell'abilitazione medica o di quella forense.

Gravose sono altresì quelle sanzioni che intervengono nello svolgimento delle più naturali attività di consumo quotidiane. Il cittadino incluso nella *blacklist* può altresì essere sottoposto ad una serie di limitazioni fortemente riduttive della propria libertà di azione: si passa dall'impossibilità di accesso alle offerte di acquisto nel mercato delle vendite immobiliari, alla preclusione dalla prenotazione di hotel, ristoranti, viaggi in strutture che richiedano un certo *rating* di credito sociale. A questo proposito sono in aumento i cittadini che – essendo inseriti nelle *blacklists* – subiscono un vero e proprio divieto di acquistare un certo tipo di voli aerei, esclusi dalla possibilità di viaggiare su treni ad alta velocità o ancora più banalmente usufruire di una connessione ad internet di alta qualità, fino ad arrivare anche al completo arresto della stessa⁶²⁵. Ma ancora più preoccupanti sembrano essere le conseguenze indirette nei confronti dei membri del nucleo familiare dei soggetti etichettati come *trust-breaking*; infatti molto spesso ad essere esclusi da determinati servizi sono i figli di tali individui, i quali non possono accedere a quelle scuole private con una qualità educativa più elevata rispetto alla media presente nelle scuole pubbliche.

Il sistema così elaborato presenta un carattere fortemente intrusivo, soprattutto per ciò che concerne le “punizioni” derivanti da un basso credito sociale: le restrizioni sono a dir poco gravose poiché ostacolano inevitabilmente la capacità individuale di raggiungere certi livelli di integrazione sociale, creando di fatto delle vere e proprie “classi sociali”, in cui quelle di livello più basso sono in qualche misura escluse anche dalla partecipazione alla sfera pubblica del Paese.

Esse sono socialmente non accettate e completamente segregate rispetto al resto della popolazione con credito sociale più elevato⁶²⁶. Questi sono, dunque, i

⁶²⁵ Degli aspetti finora descritti disquisisce più dettagliatamente Y. J. Chen, C. F. Lin, H. W. Liu, “*Rule of Trust*”, cit., pp. 15- 19.

⁶²⁶ Ivi, p. 30.

pericoli di un sistema immaginato per porre al centro non più – o almeno non unicamente – la regola giuridica, ma per dare rilievo a quella che la dottrina ha definito la c.d. *rule of trust*, vale a dire un «modello di *governance* incentrato principalmente sull'imposizione di restrizioni arbitrarie – vagamente definite e ampiamente interpretate sulla base di regole interconnesse al concetto di fiducia – al fine ultimo di condizionare, determinare e vincolare il comportamento dei cittadini»⁶²⁷.

Un tale modello trova le proprie radici nel concetto di “conformità” non alla regola di diritto, ma alla regola sociale⁶²⁸; per questo l'interrelazione tra fiducia e reputazione è stata spesso intesa alla stregua di una forma di controllo sociale alternativa a quella giuridica derivante dallo Stato⁶²⁹. Un approccio di questo tipo muta radicalmente le fondamenta del sistema giuridico a cui è applicato.

Nel contesto cinese il Sistema di Credito – che costituisce un ottimo esempio dell'utilizzo del modello di *governance* della *rule of trust* – ha una peculiarità: esso funge da strumento di accrescimento del sentimento di *legal compliance* dei cittadini attraverso l'imposizione di “punizioni”, che sono addizionali alle conseguenze giuridiche previste per le condotte illegali e disoneste compiute dai singoli o dalle persone giuridiche⁶³⁰.

A questo proposito occorre, allora, sottolineare due differenti piani in cui il *Social Credit System* opera. Un primo livello è costituito dall'estensione del classico raggio d'azione dello scrutinio statale: in questo senso, infatti, questo recente strumento di *governance* va oltre il sistema legale esistente nel panorama cinese.

Ciò avviene perché le condotte individuali oggetto di sanzione non sono solo quelle contrarie alle fonti legislative e ai regolamenti dello Stato – e dunque gli atti strettamente e attualmente illeciti – ma anche tutti quegli atti che violano delle norme sociali e morali, caratterizzate dal vivere civile di una comunità e che non

⁶²⁷ Ivi, p. 3.

⁶²⁸ In relazione alla differenziazione tra regola giuridica e regola sociale si è già fatto ampio riferimento nelle pagine precedenti. Sul punto, si rimanda per tutti ad A. Somma, *Introduzione*, cit., p. 7 ss.

⁶²⁹ Ciò è evidente nelle forme di controllo sociale descritte in prima analisi e riferite a peculiari settori di mercato che prediligevano forme di *private ordering* rispetto all'intervento giuridico dello Stato. Sul punto più nel dettaglio rileva i contributi di L. Bernstein, *Opting Out of the Legal System*, cit.; Id., *Private Commercial Law in the Cotton Industry*, cit.; B. D. Richman, *Firms, Courts and Reputation Mechanisms*, cit.

⁶³⁰ L. Catà Backer, *Next Generation Law*, cit., p. 127 ss.

necessariamente godono di una codificazione come norme giuridiche. Questo è il caso dei già accennati atti di “diffondere pettegolezzi sulla Rete” o ancora “rifiutare l’ammissione all’università” che diventano in qualche misura punibili. Punibilità che si concretizza non sulla base di disposizioni giuridiche, ma su principi che lasciano spazio alla creazione del rapporto fiducia-reputazione, derivandone una sempre più labile linea di demarcazione tra norma giuridica e norma sociale.

Anche quest’ultima al pari della prima ha una forte carica di vincolatività per il singolo e comporta delle conseguenze che assumono rilievo nel panorama di riferimento⁶³¹, proprio grazie all’implementazione di questo sistema.

Il secondo livello che interessa l’uso del *Social Credit System* si pone invece all’interno dello stesso ambito giuridico: invero il sistema di credito sociale opera anche nei confronti di quei comportamenti che l’ordinamento giuridico già configura come illeciti e che, quindi, prevedono delle sanzioni giuridiche. Per questi tipi di condotte, lo strumento di credito reputazionale rappresenta una sorta di *surplus* mediante l’imposizione di un’ulteriore “etichetta” negativa nei confronti del contravventore al fine di limitarne l’attività posta in essere⁶³². In tutti questi casi subentra una nuova autorità da parte del potere statale: l’imposizione di una complessa rete sanzionatoria ulteriore a quella già esistente che rafforza i poteri statali mediante l’uso di un sistema di credito che punisce chi non si conforma agli standard ivi previsti.

L’implementazione di un sistema fondato sul *rating* e sulla valutazione del credito sociale ha delle ripercussioni importanti nella relazione intercorrente tra lo Stato e l’avanzamento del benessere della Nazione e ciò perché gli strumenti utilizzati sono individuati come meccanismi che – al fine di rinnovare controllo politico e sociale sugli individui – assicurano una “armonia sociale” e che mutano, in qualche misura, i consueti paradigmi posti a fondamento dell’assetto giuridico: il rapporto tra lo l’individuo e lo Stato si trasforma da passivo in attivo⁶³³. È il singolo ad essere incaricato alla costruzione di un vero e proprio profilo reputazionale che gli consenta il raggiungimento di una posizione sociale adeguata, assumendo un

⁶³¹ Y. J. Chen, C. F. Lin, H. W. Liu, “*Rule of Trust*”, cit., pp. 28- 29.

⁶³² È questo il caso dei c.d. “*pocket crimes*”: trattasi di violazioni lievi, come ad esempio radunare una folla al solo intento di disturbare l’ordine pubblico, che sono usati dalla polizia come pretesto per punire i dissidenti, gli attivisti e gli organizzatori di queste azioni. Ibidem.

⁶³³ L. Catà Backer, *Next Generation Law*, cit., p. 138.

ruolo più attivo rispetto a quello che possedeva in un contesto tradizionale di mera osservanza dei portati giuridici.

In considerazione della descrizione sinora fornita del sistema reputazionale presente nel panorama cinese, sono facilmente evincibili le differenze con quello presente in ambito occidentale. In quest'ultimo, infatti, il meccanismo di reputazione nasce dal mercato – al preordinato scopo di ovviare ai fallimenti del mercato stesso – per ridurre l'asimmetria informativa derivante dalla carenza delle informazioni necessarie affinché il consumatore compia una decisione ragionata e consapevole. L'ambito di intervento di tali sistemi interessa in particolare quello del commercio elettronico e dell'economia collaborativa, che fanno in larga misura uso degli strumenti reputazionali proprio al fine suddetto. Differente è il panorama appena analizzato: l'emersione del *Social Credit System* risulta pervasivo e onnicomprensivo, poiché si estende oltre l'ambito del mercato per implementarsi nelle maglie della struttura sociale della comunità.

La diversità dei meccanismi reputazionali presenti in Occidente rispetto a quelli implementati nel Sistema di Credito Sociale cinese deriva anche dalla differente "legittimazione" di questi strumenti. Da un lato i meccanismi di reputazione occidentali nascono per lo più in ottica *peer-to-peer*, cioè da quelle valutazioni fornite da una "comunità di pari" in un approccio già precedentemente definito *crowd-based*. In questo scenario ciascun individuo fornisce un *rating* o un *feedback* su un altro – solitamente un operatore economico – per valutare la condotta tenuta in merito allo svolgimento di un'attività commerciale sul mercato. Si tratta di strumenti che – come già ampiamente evidenziato – finiscono per essere legittimati dall'ordine spontaneo del mercato, nell'ottica del sempre più diffuso potere privato delle grandi piattaforme online.

Dall'altro, il *Social Credit System* si basa su tutt'altra prospettiva: qui la creazione di un sistema incentrato sulla costruzione della fiducia non avviene – o, almeno, non solo – tramite soggettive opinioni rilasciate dai pari, ma in ottica più oggettiva ed è di matrice prettamente politica. Infatti, questo strumento è implementato direttamente dal potere centrale dello Stato che si avvale delle innovative tecnologie algoritmiche per operare un vero e proprio controllo dei cittadini.

A tal proposito, in dottrina si è ritenuto che il meccanismo del credito sociale risulta decisamente più articolato rispetto ai meccanismi tradizionalmente conosciuti in Occidente; per tale ragione si è detto che tale strumento rappresenti non tanto la «“tirannia delle masse”, bensì quella del potere statale»⁶³⁴.

Ciò è rilevante anche ai fini della questione relativa alla regolazione o all'autoregolazione dei sistemi di reputazione: da un lato, come si è visto, nel panorama occidentale l'approccio ai meccanismi reputazionali di *rating* e *feedback* avviene mediante acquiescenza e spesso incoraggiamento al libero sviluppo di questi strumenti tipicamente creati dai grandi soggetti privati per il mercato stesso e, allo stato dell'arte, solo raramente si riscontra la necessità di una salda cornice regolativa⁶³⁵; dall'altro nel contesto in cui si sviluppano le forme di *Social Credit System*, il sistema si presenta esso stesso legittimato e avallato dallo Stato, nonostante l'obiettivo ultimo sia quello di realizzare un nuovo modello di *governance* e di controllo sugli individui che vada ben oltre i classici strumenti sanzionatori utilizzati tradizionalmente dal diritto.

Alla luce di queste ultime riflessioni, è evidente la complessità del tema: i differenti scenari giuridici, sociali ed economici esposti manifestano perfettamente la difficoltà di inquadramento dei sistemi reputazionali. Essi si intrecciano sempre di più con la crescente marginalizzazione del diritto per lasciare spazio alla centralità di un concetto risalente – ma sempre attuale – costituito dalla reputazione.

Tuttavia, è in questi contesti assai variegati e incerti che bisognerebbe, invece, ripensare al ruolo del diritto e valutare quale approccio giuridico sia possibile assumere in un periodo storico in cui è in atto un sensibile mutamento di paradigma «dall'età dell'informazione all'età della reputazione, in cui un'informazione avrà valore solo se sia già stata filtrata, valutata e commentata da altri»⁶³⁶.

⁶³⁴ D. Mac Síthigh, M. Siems, *The Chinese social credit system*, cit., p. 29.

⁶³⁵ A tal proposito, si è visto come vi siano state differenti iniziative per cercare di definire il quadro regolatorio entro cui incasellare i sistemi di reputazione, seppur senza aver ancora intrapreso – allo stato dell'arte – dei concreti step verso la definizione di una disciplina legislativa puntuale. Il gravoso compito è lasciato ancora alla giurisprudenza o alle fonti di *soft law*, le quali non sono in grado di fornire quella carica di vincolatività di forza di legge. Sul punto si fa ampio riferimento al capitolo 3 del presente lavoro di ricerca.

⁶³⁶ G. Origgi, *Say goodbye to the information age: it's all about reputation now*, 14 marzo 2018, <https://aeon.co/ideas/say-goodbye-to-the-information-age-its-all-about-reputation-now>.

BIBLIOGRAFIA

- ADAMO E., *I meccanismi di feedback nella sharing economy: situazioni di conflitto e responsabilità della piattaforma online*, in *Le Corti Salernitane*, n. 1-2/2017, pp. 3-32.
- AIELLO A., *Nozioni di "professionista" e di "pratiche commerciali" nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *MediaLaws*, n. 1/2019, <http://www.medialaws.eu/nozioni-di-professionista-e-di-pratiche-commerciali-nella-giurisprudenza-della-corte-di-giustizia-dellunione-europea/>.
- AKERLOF G., *The Market for "Lemon": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *84 The Quarterly Journal of Economics* (1970), pp. 488- 500.
- AKMAN P., *'Consumer' versus 'Customer': The Devil in the Detail*, in *37 Journal of Law and Society* (2010), pp. 315- 344.
- AMATO A. *Sulla tutela della reputazione economica dell'imprenditore* (nota a sentenza Cass. Civ., 13 ottobre 1972, n. 3045), in *Giustizia civile*, I, XXIII, 1973, p. 821-825.
- AMMANNATI L., *Verso un diritto delle piattaforme digitali ?*, in *Federalismi.it*, n. 7/2019, pp. 1-18.
- ANGELINI R., *Pratiche commerciali «scorrette»: alcune considerazioni di sistema*, in *Obbligazioni e contratti*, n. 5/2011, pp. 327-335.
- ASTONE M. A., *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa e diritto privato*, n. 1/2014, pp. 1-44.

- AUTERI P., *La tutela della reputazione economica*, in G. Alpa – M. Bessone – L. Boneschi – G. Caiazza (a cura di), *L'informazione e i diritti della persona*, Jovene, Napoli, 1983, pp. 93-106.
- AZZARI F., *Il danno non patrimoniale da lesione dell'onore e della reputazione*, in E. Navarretta (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 233-277.
- BARGELLI E., *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art. 18, lett. a)-d) e art. 19, comma 1, c. cons)*, in G. De Cristofaro (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Giapicchelli, Torino, 2008, pp. 95-124.
- BARISH M., *Reaching for the Stars: A Proposal to the FTC to Help Deter Astroturfing and Fake Reviews*, in *36 Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* (2018), pp. 827-859.
- BARLOW J. P., *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, in *Electronic Frontier Foundation*, 8 Febbraio 1996, <https://www EFF.org/cyberspace-independence>.
- BARRETO I. F., CÉSAR D., *Marco Civil da Internet e neutralidade da rede: aspectos jurídicos e tecnológicos*, in *Revista Eletronico do Curso de Dereito*, n. 1/2017, pp. 65-78.
- BARTOLETTI R., PALTRINIERI R., *Consumo e Prosumerismo in rete: processi di creazione di valore*, in *Sociologia della Comunicazione*, n. 43/2012, pp. 7-14.
- BAUER J. P., *A Federal Law of Unfair Competition: What Should Be the Reach of Section 43(a) of the Lanham Act*, in *31 Ucla Law Review* (1984), pp. 671-753.
- BELK R., *Sharing*, in *36 Journal of Consumer Research* (2010), pp. 715- 734.

- BELVISO L., *Il caso Uber negli Stati Uniti e in Europa tra mercato, tecnologia e diritti. Obsolescenza regolatoria e ruolo delle Corti*, in *MediaLaws*, n. 1/2018, <http://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2019/05/9-Belviso.pdf>.
- BENKLER Y., *Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, New Haven, 2006.
- BENKLER Y., *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in 114 *The Yale Law Journal* (2004), pp. 273-358.
- BENKLER Y., *From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulations Towards Sustainable Commons and User Access*, in 52 *Federal Communications Law Journal* (2000), pp. 561- 679.
- BERNINI G., *Breve analisi storica e comparativistica della legislazione antitrust degli Stati Uniti d'America*, in *Il diritto dell'economia*, n. 9/1958, pp. 1- 47.
- BERNSTEIN L., *Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions*, in 99 *Michigan Law Review* (2001), pp. 1724-1790.
- BERNSTEIN L., *The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy: A Preliminary Study*, in 66 *Chicago Law Review* (1999), pp. 710- 774.
- BERNSTEIN L., *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, in 21 *The Journal of Legal Studies* (1992), pp. 115- 157.
- BIANCHI B., *Tripadvisor. Sistema troppo chiuso, si falsa il sentiment degli utenti*, in *CorriereComunicazioni.it*, 27 luglio 2015, <https://www.corrierecomunicazioni.it/digital-economy/tripadvisor-bianchi-sistema-troppo-chiuso-si-falsa-sentiment-degli-utenti/>.

- BIFFARO L., *Unfair Commercial Practices and Online Consumer Reviews: The Italian Tripadvisor Case*, in *Italian Antitrust Review*, n. 1/2015, pp. 181-185.
- BLACK D., *The Behavior of Law*, Emerald, Bingley, 2010.
- BLASCO B., *Falsità della recensione in internet, astroturfing e scorrettezza delle pratiche commerciali*, in *I Contratti*, n. 2/2017, pp. 231-242.
- BLOCHER J., *Reputation as Property in Virtual Economies* in *118 Yale Law Journal* (2009), <https://www.yalelawjournal.org/forum/reputation-as-property-in-virtual-economies>.
- BLUEBOND A., *When Costumer Is Wrong, Defamation, Interactive Websites and Immunity*, in *33 The Review of Litigation* (2014), pp. 679-709.
- BOAS C., GANSMOORE J., *Neoliberalism: From New Liberal Philosophy to Anti-Liberal Slogan*, in *44 Studies in Comparative International Development* (2009), pp. 137-161.
- BOERO R., BRAVO G., CASTELLANI M., LAGANA F., SQUAZZONI F., *La reputazione come vettore di fiducia nei sistemi socioeconomici: alcuni risultati sperimentali*, in *Stato e Mercato*, n. 2/2009, pp. 263- 294.
- BONAVENTURA L., LAZZARA M., *Antitrust versus Tripadvisor: secondo il TAR la recensione "falsa" va bene*, in *Rivista italiana di diritto del turismo*, n. 2/2014, pp. 147-156.
- BORK R. H., *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, in *74 The Yale Law Journal* (1965), pp. 775- 847.
- BOURDIEU P., *Le capital social. Note provisoires*, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 31, 1980, p. 1- 5.
- BROWN R.E., *Defamation Law. A Primer*, Thomson Carswell, Canada, 2003.

- BUNKER M. D., ERICKSON E., *Ain't Turning the Other Cheek: Using Anti-SLAPP Law as Defense in Social Media*, in *87 UMKC Law Review* (2019), pp. 802-816.
- BUSCH C., *Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy*, in M. Cantero Gamito – H. Wolfgang Micklitz (eds.), *The Role of EU in Transnational Legal Ordering: Standards, Contracts and Codes*, Edward Elgar, 2019, *forthcoming*.
- BUSCH C., *Crowdsourcing Consumer Confidence. How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, in De Franceschi (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 223- 243.
- CALISAI F., *AGCM contro Tripadvisor per una fattispecie di pratiche commerciali scorrette. Si vuole realmente un consumatore così sprovveduto?*, in *Rivista italiana di diritto del turismo*, n. 1/2015, pp. 73-93.
- CAMARDI C., *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e contratti.*, n. 6/2010, pp. 408-419.
- CAROTA L., *Diffusione di informazioni in rete e affidamento sulla reputazione digitale di impresa*, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 4/2017, p. 624-638.
- CARTER C. P., *Legislative History of the New Trademark Act*, in *36 Trademark reports* (1946), pp. 121-122.
- CASABONA S., *Intermediazione digitale e composizione delle controversie: dall'alternative dispute resolution all'alien dispute resolution*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica (II)*, n. 3/2017, pp. 497-526.
- CASSANO G., *Parere Pro Veritate per conto di Federalberghi*, 29 ottobre 2012, p. 6, accessibile al sito <http://www.federalberghicervia.it/>.

- CATÀ BAKER L., *Next Generation Law: Data-Driven Governance and Accountability-Based Regulatory Systems in the West, and Social Credit Regimes in China*, in 28 *The South. California Interdisciplinary Law Journal* (2018), pp. 124- 172.
- CATÀ BAKER L., *And an Algorithm to Bind them All? Social Credit, Data Driven Governance, and the Emergence of an Operating System for Global Normative Orders*, Working Paper, “Entangled Legalities Workshop”, Geneva, 24/25 maggio 2018.
- CATÀ BAKER L., *Measurement, Assessment and Reward: The Challenges of Building Insituzionalized Social Credit and Rating Systems in China and in the West*, Working Paper No. 9/2, “The Chinese Credit System”, Shangai Jaiotong University, 23 Settembre 2017.
- CAUFFMAN C., *The Commission European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly ?*, in *Maastricht European Law Institute*, Working Paper No. 2016/07, 2016, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2883845.
- CHEN Y. J., LIN C. F., LIU H. W., “Rule of Trust”: *The Power and Perils of China’s Social Credit Megaproject*, in 32 *Columbia Journal of Asian Law* (2018), pp. 1- 36.
- CHEUNG A., SCHULZ W., *Reputation Protection on Online Rating Sites*, in 21 *Standford Technology Law Review* (2018), pp. 310-341.
- CHRISTIANSEN A., KERBER W., *Competition Policy with Optimally Differentiated Rules instead of “Per Se Rules vs Rule of Reason”* in 2 *Journal of Competition Law & Economics* (2006), pp. 215–244.
- CIATTI A., *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, in G. De Cristofaro (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo. Il recepimento della direttiva*

2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi 145 e 146 del 2 agosto 2007),
Giappichelli, Torino, 2008, pp. 382- 405.

COHEN M., SUNDARARAJAN A., *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, in *82 The University Law Chicago Review Online* (2015), pp. 116-133.

COLEMAN J., *Foundations of Social Theory*, Harvard University Press, Cambridge, 1990.

COOTER R. D., *Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence, and Internalization*, in *79 Oregon Law Review* (2000), pp. 1- 22.

COOTER R. D., *Structural Adjudication and the New Law Merchant: A Model of Decentralized Law*, in *International 14 Review of Law and Economics* (1994), pp. 215- 231.

CORRADO F., *La disciplina della data protection in Brasile e l'introduzione della legge n. 12.965/14, c.d. Marco Civil da Internet*, in *Diritto, mercato, tecnologia*, 24 novembre 2015, <https://www.dimt.it/index.php/it/dirittidellapersona/14406-68la-disciplina-della-data-protection-in-brasile-e-l-introduzione-della-legge-n-12-965-14-c-d-marco-civil-da-internet>.

CREEMERS R., *The Pivot in Chinese Cybergovernance Integrating Internet Control in Xi Jinping's China*, in *China's Perspective*, n. 4/2015; pp. 5-13.

CUCINOTTA A., «Communications Decency Act» per indecenza ciberspazio, in *Foro.it*, IV, 1998, pp. 23-38.

CUNEGATTI B., *L'autore anonimo su internet*, in G. Finocchiaro (a cura di), *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale, Trattato di diritto commerciale*

e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano, XLVIII, Cedam, Padova, 2008

CURRAN J., *Rethinking Internet History*, in J. Curran- N. Fenton – D. Freedman (eds.), *Misunderstand the Internet*, Routledge, Abingdon, 2014, pp. 34-65.

DAGNINO E., *Una questione di fiducia: la reputazione ai tempi delle piattaforme online tra diritto alla privacy e prospettive di mercato*, in *Diritto delle relazioni industriali: rivista della associazione lavoro e ricerche*, n. 1/2017, pp. 247-251.

DAHERENDORF R., *Homo sociologicus. Uno studio sulla storia, il significato e la critica della categoria di ruolo sociale* (1958), Armando Ed., 3[^] ed., Roma, 2000.

DALY A., *Private Power, Online information Flows and Eu Law. Mind the Gap*, Hart Publication, Londra, 2016.

DASGUPTA P., *Economic Progress and the Idea of Social Capital*, P. Dasgupta- I. Serageldin (eds.), *Social Capital: A Multifaceted Perspective*, World Bank, Washington, 2000, pp. 325- 399.

DE CAROLIS M., *Il rovescio della libertà: tramonto del neoliberalismo e disagio della civiltà*, Quodlibet, Lavis, 2017.

DE CRISTOFARO G., *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, in G. De Cristofaro (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 1-48.

DE CRISTOFARO G., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 5/2008, pp. 1057-1116.

DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1982.

- DE FRANCESCHI A., *European Contract Law and the Digital Single Market. Current Issues and New Perspectives*, in A. De Franceschi (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016.
- DE SANCTIS RICCIARDONE A., voce *Onore* (parte I, disciplina privatistica), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXIV, Roma, 1991, pp. 1-15.
- DEGLI ESPOSTI P., *Essere prosumer nella società digitale. Produzione e consumo tra atomi e bit*, Franco Angeli, Milano, 2015.
- DEGLI ESPOSTI P., *La contraddizione della personalizzazione di massa all'interno delle logiche di prosumerismo*, in *Cultura e comunicazione*, n. 1/2011, pp. 26-33.
- DELL'ATTI A., *L'Agenda Europea per la c.d. economia collaborativa*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 2/2016, pp. 107- 124.
- DELLAROCAS C., *The Digitalization of World-of-Mouth: Promise and Challenges of Online Reputation Mechanisms*, in *49 Management Science* (2003), pp. 1407-1424.
- DI CATALDO V., *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato a vent'anni dalla sua istituzione. Appunti critici*, in *Concorrenza e mercato. Rivista annual di concorrenza*, 2010, pp. 467- 505.
- DOHSE K. A., *Fabricating Feedback: Blurring the Line between Brand Management and Bogus Reviews*, in *University of Illinois Journal of Law Technology & Policy* (2013), pp. 363-392.
- DUJARIER M. A., *Il lavoro del consumatore*, Egea, Milano, 2009.
- EDWARDS J., OGILVIE S., *Contract enforcement, institution, and social capital: the Maghribi Traders Reappraised*, in *65 The Economic History Review* (2012), pp. 421-444.

- EHRlich P., *Communications Decency Act 230*, in *17 Berkely Technology Law Journal* (2002), pp. 401-419.
- ELLICKSON R. C., *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.
- FIELD J., *Social Capital*, Routledge, London, 2008.
- FINOCCHIARO G., voce *Anonimato*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile (aggiornamento V), UTET, Torino, 2010.
- FLEMING J.G., *The Law of Torts*, Thomson Reuters., Sydney, 1992.
- FLEW T., *Michel Foucault's The Birth of Biopolitics and Contemporary Neoliberalism Debates*, in *108 Thesis Eleven* (2012), pp. 44-65.
- FLORES M. A., *The Top Ten Opinion: Potential Liability and Potential Immunity*, in *30 Communications Lawyer* (2014), pp. 21-25.
- FLÓRES ROJAS M. L., *Legal implication after Schrems case: are we trading fundamental rights?*, in *Information & Communication Technology Law*, n. 3/2016, pp. 292-309.
- FUSARO A., *Informazioni economiche e "reputazione d'impresa" nell'orizzonte dell'illecito civile*, Giappichelli, Torino, 2010.
- FUSI M., *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria*, in *Rivista di diritto industriale*, n. 1/2009, pp. 5-28.
- GALLI C., *Seduzioni e delusioni del neoliberalismo*, in *Italianieuropei*, n. 3/2019, <https://www.italianieuropei.it/italianieuropei-3-2019/item/4193-seduzioni-e-delusioni-del-neoliberalismo.html>.

- GELLI R., *False recensioni su Tripadvisor: accolta l'azione inibitoria promossa dal ristoratore diffamato* (commento a ordinanza Trib. Venezia, 24 febbraio 2015), in *Il Corriere giuridico*, n. 1/2016, pp. 78-91.
- GERHARDS E. V., *Your Store Is Gross – How Recent Cases, the FTC, and the State Consumer Protection Law Can Impact a Franchise System’s Response to Negative, Defamatory, or Fake Reviews*, in *34 Franchise Law Journal* (2015), pp. 503-520.
- GERRIE W., *Say What You Want: How Unfettered Freedom of Speech on the Internet Creates No Recourse for Those Victimized*, in *26 Catholic University Journal of Law and Technology* (2018), pp. 26-51.
- GHEZZI F., OLIVIERI G., *Diritto antitrust*, Giappichelli, Torino, 2013.
- GIATTINI A., *La tutela dei dati personali davanti alla Corte di giustizia UE: il caso Schrems e l’invalidità del sistema di “approdo sicuro”*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2016, pp. 247- 254.
- GIBBS J. P., *Norms: The problem of definition and Classification*, in *70 American Journal of Sociology* (1965), pp. 586- 594.
- GILSON R. J., R. MNOOKIN H., *Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict Between Lawyers in Litigation*, in *94 Columbia Law Review* (1994), pp. 509- 566.
- GOLDMAN E., *The California Supreme Court Didn’t Ruin Section 230 (Today)– Hassel v. Bird*, in *Technology & Marketing Law Blog*, luglio 2018, <https://blog.ericgoldman.org/archives/2018/07/the-california-supreme-court-didnt-ruin-section-230-today-hassell-v-bird.html>.
- GOLDMAN E., *Understanding the Consumer Review Fairness Act of 2016*, in *24 Michigan Telecommunication and Technology Law Review* (2017), pp. 4-18.

- GOLDMAN E., *Regulating Reputation*, in H. Masuum – M. Tovey (eds.), *The Reputation Society. How online Opinion Are Reshaping the Offline World*, The MIT Press, Cambridge, 2011, pp. 51- 62.
- GOLDMAN E., *The Regulation of Reputatoin Information*, in B. Szoka- A. Marcus (eds.), in *The Next Digital Decade on the Future of the Internet*, Techfreedom, Washington D.C., 2010.
- GRANOVETTER M., *Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness*, in 91 *American Journal of Sociology* (1985), pp. 481- 510.
- GREIF A., *The Maghribi Traders: a Reappraisal?*, in 65 *The Economic History Review* (2012), pp. 445-469.
- GREIF A., *Contract Enforceability and Economic Institutions in Early Trade: The Maghribi Traders' Coalition*, in 83 *The American Economic Review* (1993), pp. 526- 548.
- GREIF A., *Institution and International Trade: Lessons from the Commercial Revolution*, in 82 *The American Economic Review*, (1992), pp. 128- 133.
- GREIF A., *Reputation and Coalition in Medieval Trade: Evidence on Maghribi Traders*, in 49 *The Journal of Economic History* (1989), p. 857- 882.
- GRIJPINK J., PRINS C., *Digital Anonymity on the Internet. New Rules for Anonymous Electronic Transactions? An Exploration of the Private Law Implications of Digital Anonymity*, in 17 *Computer Law & Security Report* (2001), pp. 379-389.
- GROSSI G., *L'opinione pubblica: Teoria del campo demoscopico*, Laterza, Bari, 2004.
- HAN B., *Psicopolitica. Il neoliberalismo e le nuove tecniche del potere*, Nottetempo, Roma, 2016.
- HANIFAN L., *The Rural School Community Centre*, in 67 *Annals of the American Academy of Political and Social Sciences* (1916), pp. 130- 138.

- HAYEK (VON) F. A., *Legge, legislazione e libertà* (1973-1979), Il Saggiatore, Milano, 1994.
- HAYEK (VON) F. A. Hayek, *The Use of Knowledge in Society*, in *35 American Law Review* (1945), pp. 519- 530.
- HOWARD P. N., *Digitizing the Social Contract: Producing American Political Culture in the Age of New Media*, in *6 The Communication Review* (2003), pp. 213-245.
- HOBBS T., *Leviathan*, Oxford University Press, Oxford, 1909.
- JOHNSON B. E. H., *Advertising & First Amendment Overview*, in *Freedom Forum Insitute*, 10 dicembre 2002, <https://www.freedomforuminstitute.org/first-amendment-center/topics/freedom-of-speech-2/advertising-first-amendment-overview/>
- KARPIK L., *L'économie des singularité*, Gallimard, Parigi, 2007.
- KATZ A., *Taking Private Ordering Seriously*, in *144 University of Pennsylvania Law Review* (1996), pp. 1745- 1763.
- KLUN A., SPAGNESI R., *Recensioni su Tripadvisor. Profili normativi e giurisprudenziali*, Key, Milano, 2018.
- KRONMAN A. T., *Max Weber*, Standford University Press, Standford, 1983.
- KUNSTADT R. M., *The Protection of Personal and Commercial Reputation: a study of the law in Western Europe and United States*, Max Planck Institute, Weinheim, 1980.
- LABELLA E., *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contratto e impresa*, n. 3/2013, pp. 688-740.
- LAVILLE J., *Embeddedness e nuova sociologia economica: da Granovetter a Polanyi e Mauss*, in *Sociologia del lavoro*, vol. 93, 1998, pp. 103- 118.
- LESSIG LAWRENCE, *Code: Version 2.0*, Basic Books, New York, 2006.

- LIVELY J., *Can a One-Star Review Get You Sued? The Right to Anonymous Speech on the Internet and the Future of Internet "Unmasking" Statutes*, in 48 *J. Marshall Law Review of Intellectual Property Law* (2015), pp. 693-728.
- LUCA M., *Reviews, Reputation, and Revenue: The Case of Yelp.com*, Working Paper 12-016, https://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/12-016_a7e4a5a2-03f9-490d-b093-8f951238dba2.pdf.
- LYON L., *Surveillance, Snowden and Big Data: Capacities, Consequencies, Critique*, in 13 *Big Data and Society* (2014), pp. 1-13.
- LYONS K. N., *Disinfecting Market Pathogens: Astroturfing and Its Anticompetitive Impact*, 20 *Journal of Law Business & Ethics* (2014), pp. 121-127.
- MAC SÍTHGH D., SIEMS M., *The Chinese social credit system: A model for other countries?*, EUI Working Paper Law, European Institute, Firenze, n. 1/2019, pp. 1-30.
- MAGATTI M., *Sociologia economica e teoria sociale*, in *Stato e Mercato*, vol. 51, 1997, p. 458 ss.
- MAILATAH G. J., SAMUELSON L., *Affective Attachment in Electronic Markets: A Sociological Study of eBay*, in V. Nee – R. Swedberg (eds.), *The Economic Sociology of Capitalism*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2005.
- MANETTI M., *Libertà di pensiero e anonimato in rete*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica (II)*, n. 2/2014, pp. 139-152.
- MARCHETTI P., *Boicottaggio e rifiuto di contrarre*, Cedam, Padova, 1969.
- MARQUIS M., *La Federal Trade Commission e la Section 5 del Federal Trade Commission Act. Aspetti istituzionali e penombre giurisdizionali*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 3/2010, pp. 385- 430.

- MARX G. S., *Section 43(a) of the Lanham Act: A Statutory Cause of Action for False Advertising*, 40 *Washington & Lee Law Review* (1983), pp. 383-420.
- MASERA A., SCORZA G., *Internet, i nostri diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2016.
- MATTEI U. ARIANO E., *Il modello di common law*, Giappichelli, Torino, 2018.
- MAUGERI M., *Elementi di criticità nell'equiparazione, da parte dell'AEEGSI, dai "prosumer" ai "consumatori" e ai "clienti finali"*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 7-8/2015, p. 406- 410.
- MC SWEENEY T., *FTC 2.0: Keeping Pace with Online Platforms*, in 32 *Berkeley Technology Law Journal* (2017), pp. 1027-1050.
- MCAFEE R. P. et al., *What Is a Barrier to Entry?*, in 94 *American Economic Review* (2004), pp. 461- 465.
- MCCARTHY J. T., *Trademarks and Unfair Competition*, Rochester, New York, 1984.
- MCDONALD S., *Defamation in the Internet Age: Why Roommates.com Isn't Enough to Change the Rules of Anonymous Gossip Websites*, in 69 *Florida Law Review* (2010), pp. 259-284.
- MCKEEGAN H. T., *When All You Have is a Hammer*, in 80 *University of Pittsburg Law Review* (2018), pp. 191-209.
- MCMILLAN J., WOODRUFF C., *Private Order Under Dysfunctional Public Order*, in 98 *Michigan Law Review* (2000), pp. 2421- 2458.
- MERRY S., *Rethinking Gossip And Scandal*, in D. Black (ed.), *Toward a General Theory of Social Control*, Academic Press, New York, 1984, pp. 271-302.
- MIAO W., LEI W., *Policy review: The Cyberspace Administration of China*, in *Global Media and Communication*, n. 3/2016, pp. 337-340;

- MICHELMAN F. I., *States' Rights and States' Roles: Permutations of 'Sovereignty' in National Leagues of Cities v. Users* in 86 *The Yale Law Journal* (1977), pp. 1165-1195.
- MILGROM P. R., NORTH D. C., WEINGAST B. R., *The Role of Institutions in the Revival of Trade: The Law Merchant, Private Judges, and the Champagne Fairs*, in 2 *Economics and Politics* (1990), pp. 1- 23.
- MONTPELIER D. J., *Diamonds are Forever? Implications of United States Antitrust Statutes on International Trade and the De Beers Diamonds Cartel*, in 24 *California Western International Law Journal* (1994), pp. 277- 344.
- MOROZOV E., *Silicon Valley: I signori del silicio*, Codice Ed., Torino, 2017 (Trad. it. Fabio Chiusi).
- MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milano, 1974.
- MUTTI A., *Reputazione*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, XLVIII, n. 4/2007, pp. 601-622.
- NARCISO M., *The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law*, in *European Review of Private Law*, n. 3/2019, p. 557-581.
- OHM P., *Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization*, in 57 *UCLA Law Review*, (2010), pp. 1701-1777.
- ORIGGI G., *Say goodbye to the information age: it's all about reputation now*, in *Aeon.it*, 14 marzo 2018, <https://aeon.co/ideas/say-goodbye-to-the-information-age-its-all-about-reputation-now>.
- ORIGGI G., *La reputazione. Chi dice che cosa di chi*, Università Bocconi, Milano, 2016.
- ORIGGI G., *A Social Epistemology of Reputation*, in 26 *A Journal of Knowledge, Culture and Policy* (2012), pp. 399- 418.

- ORIGGI G., *Designing Wisdom through the Web. Reputation and the Passion for Ranking*, in H. Landemore – J. Elster (eds.), *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 38- 55.
- PACE A., PETRANGELI F., *Cronaca e critica (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 2001.
- PACE F. L., *Diritto europeo della concorrenza. Divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, Cedam, Padova, 2007.
- PAIS I., MANIERI M., *Il fenomeno della sharing economy in Italia e nel mondo*, in *Equilibri*, n. 1/2015, pp. 11-20.
- PALMIERI P., *Tripadvisor e la responsabilità degli internet service providers*, in *Cyberlaws*, 29 ottobre 2018, <https://www.cyberlaws.it/2018/tripadvisor-e-la-responsabilita-degli-internet-service-provider/>.
- PATTERSON M. R., *Antitrust Law in the New Economy. Google, Yelp, Libor, and the Control of Information*, Harvard University Press, Londra, 2017.
- PELISSERO M., *Diritto di critica e verità dei fatti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3/1992, pp. 1227-1237.
- PERLINGIERI C., *Gli accordi tra i siti di social networks e gli utenti*, in C. Perlingieri – L. Ruggeri (a cura di), *Internet e diritto civile*, ESI, Napoli, 2013, pp. 201-220.
- PETRUSO R., *La responsabilità civile degli e-providers nella prospettiva comparatistica*, in *Europa e diritto privato*, 2011, pp. 1107-1174.
- PIRAINO F., *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, n. 4/2010, p. 1117-1194.

- PISELLI F., *Reti sociali e comunicative*, in F. Piselli (a cura di), *Reti. L'analisi di network nelle scienze sociali*, Donzelli, Roma, 2001, pp. IX-LXXIV.
- PIZZORNO A., *Il velo della diversità. Studi su razionalità e riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 2007.
- POLANYI K., *La grande trasformazione*, Einaudi, Torino, 1974.
- PONTE L. M., *A Glass Half Full? Small Business Frustrations Under the Consumer Review Fairness Act of 2016*, 15 maggio 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=296856.
- PORTES A., *Social Capital: Its Origins and Applications in Modern Sociology*, E.L. Lesser (ed.), *Knowledge and Social Capital: Foundations and Applications*, Butterworth Heinemann, Boston, 2000, pp. 43-67.
- POSNER R. A., *Social Norms and the Law: An Economic Approach*, in 87 *The American Economic Review* (1997), p. 365- 369.
- POSNER R. A., *Cardozo. A Study in Reputation*, University of Chicago Press, Chicago, 1990.
- POSNER R. A., *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, in 48 *The University of Chicago Law Review* (1981), pp. 6- 26.
- PROSSER W., *Libel Per Quod*, in 46 *Virginia Law Review* (1960), pp. 839-855.
- PROUST M., *À la recherche du temps perdu. Du côté de chez Swann*, vol. I, Gallimard, Paris, 1919.
- PRZEPIORKA W., *Reputation in Offline and Online Markets: Solutions to Trust Problems Social and Economic Exchange*, in 16 *Economic Sociology*, (2014), pp. 4- 10.
- PUTMAN R. D., *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*, Simon & Schuster, New York, 2000, pp. 134-147.

- QASIR S., *Anonymity in Cyberspace: Judicial and Legislative Regulations*, in 81 *Fordham Law Review* (2012), pp. 3651-3691.
- QUADRA A., *Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy. Prestatori di servizi e prosumers: primi spunti*, in *Europa e diritto privato*, n. 2/2017, pp. 667- 681.
- RANCHORDÁS S., *Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy*, in *Critical Analysis of Law*, n. 1/2018, pp. 127-147.
- RANCHORDÁS S., *Regulation or Reputation? Innovation Friendly Rules for the Sharing Economy*, in J. Ponce Solé – A. Cerillo Martínez (eds.), *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*, INAP, Madrid, 2017, pp. 39-61.
- RAZ J., *Il concetto di sistema giuridico: un'introduzione alla teoria del sistema giuridico*, Il Mulino, Bologna, 1977.
- RESNICK P., ZECKHAUSER R., *Trust Among Strangers in Internet Transactions: Empirical Analysis of eBay's Reputation System*, in M. Baye (Ed.), *The Economics of the Internet and E-commerce (Advances in Applied Microeconomics, Vol. 11)*, Emerald Group Pub. Limited, Bingley, pp. 127-157.
- RESTA G., *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica (II)*, n. 2/2014, pp. 171-205.
- RESTA G., *Circolazione delle informazioni e responsabilità civile del Warentest (nota a sentenza Trib. Roma, 18 giugno 1997)*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica (II)*, n. 2/1998, pp. 285-298.
- RICCIO G. M., *La responsabilità degli internet service providers nel d.lgs 70/2003*, in *Danno e responsabilità*, vol. 12, 2003, pp. 1157-1169.

- RICCIO G. M., *Diritto all'anonimato e responsabilità civile del provider*, in L. Nivarra – V. Ricciuto (a cura di), *Internet e il diritto dei privati. Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 25-40.
- RICHARD R., *Information Politics on the Web*, MIT Press, Boston, 2005.
- RICHMAN B. D., *Stateless Commerce. The Diamond Network and the Persistence of Relational Exchange*, Harvard University Press, Cambridge, 2017.
- RICHMAN B. D., *The Antitrust of Reputation Mechanisms: Institutional Economics and Concerted Refusals to Deal*, in *95 Virginia Law Review* (2009), p. 325- 387.
- RICHMAN B.D., *How Community Institutions Create Economic Advantages: Jewish Diamond Merchants in New York*, in *31 Law & Social Inquiry* (2006), pp. 383-420.
- RICHMAN B. D., *Firms, Courts and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering*, in *104 Columbia Law Review* (2004), pp. 2328- 2353.
- RIETJENS B., *Trust and Reputation on eBay: Towards a Legal Framework for Feedback Intermediaries*, in *15 Information & Communication Technology Law* (2006), pp. 55- 73.
- RITZER G., DEAN P., JURGENSON N., *The Coming of Age of the Prosumer*, in *56 American Behavioural Scientist* (2012), pp. 379-398.
- RITZER G., JURGENSON N., *Produzione, consumo, prosumerismo: la natura del capitalismo nell'era del "prosumer" digitale*, in *Sociologia della Comunicazione*, vol. 43, 2012, pp. 17- 40. (Trad. it. P. Degli Espositi, *The Nature of Capitalism in the Age of Digital "Prosumer"*, in *Journal of Consumer Culture*, 2010).
- RODOTÁ S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012.
- RODOTÁ S., *Tecnopolitica*, Laterza, Bari, 1997.

- ROSSI CARLEO L., *L'autorità "Garante" del consumatore e della concorrenza tra regolazione e decisione*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, pp. 845-854.
- ROSSI CARLEO L., *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e diritto privato*, n. 3/2010, pp. 685-710.
- RUOTOLO G. M., VAIRA D., *Il caso Uber nel mercato unico digitale*, in *La Comunità Internazionale*, n. 3/2018, pp. 429- 444.
- RYAN V., *The Internet of Things: Data Goldmine and Social Nightmare*, in *CFO*, 20 maggio 2014, <https://www.cfo.com/it-value/2014/05/internet-things-data-goldmine-social-nightmare/>.
- SALERNO A., *Rating nei servizi commerciali e responsabilità* (nota a sentenza Trib. Rimini 7 maggio 2013, n. 712), in *Diritto dell'informazione e dell'informatica (II)*, n. 3/2014, pp. 389-403.
- SALVADORI L., RUMIATI R., *Reputation and Efficiency in Social Interaction: An Exemple of Networks Effects*, in *96 American Journal of Sociology* (1990), pp. 626-654.
- SENA G., *Il boicottaggio. Un aspetto della disciplina della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 1966.
- SHEPARD M., BELMAS G., *Anonymity, Disclosure and First Amendment Balancing in the Internet Era: Developments in Libel, Copyright, and Election Speech*, in *15 Yale Journal Law & Technology* (2012), pp. 92-138.
- SHIMABUKURO J. O., STAMAN J. A., *Mandatory Arbitration and the Federal Arbitration Act*, Congressional Research Service, 20 settembre 2017, <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44960.pdf>.

- SIMONE A., *Neoliberalismo, giustizia sociale e crisi della fiducia nelle società contemporanee. Note su un'asimmetria*, in L. D'Alessandro – A. Montanari (a cura di), *Diseguaglianze crisi della fiducia. Diritto, politica e democrazia nella società contemporanea*, Franco Angeli, Milano, 2018, pp. 269-280.
- SIMONE S., *Le istruttorie dell'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette: profili procedurali*, in *Obbligazioni e contratti*, n. 11/2012, pp. 675-680.
- SINGH GREWAL D., PURDY J., *Introduction: Law and Neoliberalism*, in *77 Law & Contemporary Problems* (2014), pp. 1-23.
- SMITH A., *Teoria dei sentimenti morali*, BUR, Milano, 2009.
- SMITH EKSTRAND V., IMFELD JEYARAM C., *Our Founding Anonymity: Anonymous Speech During the Constitutional Debate*, in *28 American Journalism* (2011), pp. 35-60.
- SMORTO G., *Regulating (and Self-regulating) the Sharing Economy in Europe: An Overview*, in M. Bruglieri (ed.), *Multidisciplinary Design of Sharing Services*, Springer, Milano, 2018, pp. 111-126.
- SMORTO G., *La tutela del contraente debole nella platform economy*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 2/2018, pp. 423-443.
- SMORTO G., *Economia della condivisione e antropologia dello scambio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2017, pp. 119-138.
- SMORTO G., *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Europa e diritto privato*, n. 1/2016, p. 199-218.
- SMORTO G., *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2/2015, pp. 245-278.

- SOLUM L. B., *Models of Internet Governance*, in *Public Law Research Paper NO. 07-25* (2008), pp. 48-91.
- SOMMA A., *Dal diritto dei consumatori al reddito di cittadinanza: un percorso neoliberale*, in G. Conte - A. Fusaro - A. Somma -V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, Roma, 2018, pp. 515- 536.
- SOMMA A., *Informazione e nuovi paradigmi economici*, Relazione tenuta durante il Progetto Dottorale in Diritto, mercato e persona dal tema "Informazione e diritto" nell'a.a. 2018/2019, Università Ca' Foscari di Venezia, 19 settembre 2018.
- SOMMA A., MOSTACCI E., *Il caso Uber. La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Egea, Milano, 2016.
- SOMMA A., *Uscire dal capitalismo. Come e con chi*, in *MicroMega*, 18 novembre 2016, <http://temi.repubblica.it/micromega-online/uscire-dal-capitalismo-come-e-con-chi/>.
- SOMMA A., *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014.
- SPADA S., *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette nella prospettiva remediale*, in *Il Diritto industriale*, n. 11/2011, pp. 45-48.
- STRHILEVITZ L. J., *Less Regulation, More Reputation*, in H. Masuum – M. Tovey (eds.), *The Reputation Society. How online Opinion Are Reshaping the Offline World*, The MIT Press, Cambridge, 2011, pp. 64- 74.
- STRAHILEVITZ L. J., *Social Norms from Close-Knit Groups to Loose Knit Group*, in *70 University of Chicago Law Review* (2003), pp. 359-372.
- STROPPIANA L., *Stati Uniti*, Il Mulino, Bologna, 2013.

- SUNSTEIN C. R., *Social Norms and Social Roles*, in 96 *Columbia Law Review* 903 (1996), pp. 903- 968.
- THIERER A., KOOPMAN C., HOBSON A., KUIPER C., *How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the “Lemons Problem*, in 70 *U. Miami L. Rev.* (2016), pp. 830-878.
- TOFFLER A., *The Third Wave*, Bantam, New York, 1980.
- TOMMASI S., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell’attività negoziale*, Cacucci, Bari, 2012.
- TOSI E., *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al D.lgs 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Contratto e Impresa/Europa*, n. 6/2014, pp. 1264-1315.
- TURNER D. F., *The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal*, in 75 *Harvard Law Review* (1962), pp. 655- 706.
- VAGO S., *Law and Society*, Routledge, New York, 2012.
- VAN ERP J., *Reputational Sanctions in Private and Public*, in 5 *Erasmus Law Review* (2008), pp. 145-162.
- VILALTA A. E., *Reputational Feedback Systems and Consumer Rights: Improving the European Online Redress System*, in *International Journal of Online Dispute Resolution*, n. 1/2019, pp. 122-142.
- VIZZONI L., *Recensioni non genuine su tripadvisor: quali responsabilità?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 2/2018, pp. 706-722.
- VOLANT J., *Online Consumer Reviews. The case of misleading or fake reviews*, EPRS – European Parliamentary Research Service, ottobre 2015,

<https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/online-consumer-reviews---the-case-of-misleading-or-fake-reviews.pdf>.

WATSON K. D., *The Tor Network: A Global Inquiry Into the Legal Status of Anonymity Networks*, in 11 *Washington University Global Studies Law Review* (2010), pp. 715- 737.

WEBER M. Weber, *From Max Weber: Essays in Sociology*, Routledge, London, 1991.

WEBER M., *Max Weber on Law in Economy and Society*, M. Rheinstein (ed.), Harvard University Press, Cambridge, 1954.

WEIGMAN BURNS J., *Confused Jurisprudence: False Advertising under the Lanham Act*, in 79 *Boston University Law Review* (1999), pp. 809- 819.

WHITE G. E., *The First Amendment Comes of Ages: The Emergence of Free Speech in Twentieth-Century America*, in 95 *Michigan Law Review* (1996), pp. 299- 392.

WILLIAMSON O. E., *Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange*, in 73 *The American Economic Review* (1983), pp. 519-540.

WILLIAMSON O. E., *The Mechanisms of Governance*, Oxford University Press, New York, 1996.

WILLIAMSON O. E., *Economic Institutions: Spontaneous and Intentional Governance*, in 7 *Journal of Law, Economics, & Organization* (1991), pp. 159- 187.

WINERMAN M., *The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control, and Competition*, in 71 *Antitrust Law Journal* (2003), 1-97.

WYRWICH T., *A Cure for a "Public Concern": Washington's New Anti-SLAPP*, in 86 *Washington Law Review* (2011), pp. 663-692.

ZANSBERG S. D., *Supporting Anti-SLAPP Legislation*, in 29 *Communications Lawyer* (2013), pp. 1-3.

ZENO ZENCOVICH V., *Comunicazione, reputazione, sanzione*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica (II)*, 2007, pp. 263-275.

ZENO ZENCOVICH V., *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1985.

Estratto per riassunto della tesi di dottorato

Studentessa: Fabiana Accardo

Matricola: 956279

Dottorato: Diritto, Mercato e Persona

Ciclo: XXXII

Titolo della tesi: Sistemi reputazionali e responsabilità civile. Un'analisi comparata delle esperienze italiana e statunitense

ABSTRACT IN ITALIANO:

Il frammentato panorama dell'economia dell'informazione è ad oggi contraddistinto dall'emersione di peculiari fenomeni nello scenario della Rete. Uno di questi è costituito dai sistemi reputazionali. Si tratta di strumenti elaborati al fine di ridurre i fallimenti di mercato derivanti dalle situazioni di asimmetria informativa e predisposti ex ante allo scopo preordinato di stabilire la credibilità del singolo. I sistemi reputazionali sono stati definiti come «strutture informative che aggregano e diffondono dati relativi alla reputazione individuale entro un certo contesto di riferimento, con la funzione di offrire indicazioni utili alla conclusione degli affari e favorire la creazione di fiducia nel mercato». È evidente che essi siano forieri di molteplici problematiche e che in misura sempre più rilevante informino il contesto giuridico. A tal proposito, innumerevoli sono le controversie recentemente sorte sul contenuto di questi sistemi: recensioni e feedback online stanno causando degli effetti distorsivi rispetto allo scopo della loro originaria elaborazione. In questo contesto è l'apporto giurisprudenziale a fornire i primi risultati tangibili sul tema, ma il pieno sviluppo degli orientamenti sulla responsabilità eventualmente ascritta alle piattaforme che elaborano i sistemi di reputazione è tuttora ostacolato dalle lacune normative sul punto. Da ciò ne deriva la difficoltà di fornire un chiaro indirizzo sulle modalità utilizzate per affrontare il dilagante fenomeno delle recensioni false ed ingannevoli, le cui conseguenze lesive sono pregiudizievoli sia

nei confronti di operatori economici presenti sulla Rete che dei consumatori, spesso fuorviati nel loro consenso contrattuale. Occorre allora valutare se, allo stato dell'arte, sia possibile intravedere delle proposte di regolazione o se i sistemi di reputazione siano lasciati alle incontrollabili logiche di mercato dei grandi "colossi" dell'informazione.

ABSTRACT IN INGLESE:

Nowadays the panorama of the information economy is fragmented and characterized by the emergence of unique phenomena in the scenario of the Internet. One of these is represented by the reputational systems, tools developed in order to reduce market failures which result from cases of information asymmetry. Therefore the reputational systems are created to develop an *ex ante* action with the aim of establishing the credibility of the individuals. These systems have been defined as "informative structures that aggregate and disseminate data relating to individual reputation, within a given framework of reference with the function of offering useful clues for the conclusion of business and fostering the creation of trust within the market". Nevertheless they are the source of several problems, above all to a greater extent in the legal field. In this regard, recently there have been countless disputes arising over these systems: online reviews and feedbacks are causing distorting effects compared to the purpose of their original creation. In this context, it is the case law's analysis which provides the first tangible results on the subject, but the full developments on the liability attributed to the platforms that realize the reputation systems are still hampered by regulatory gaps. As a result, it is difficult to provide a clear guidance to deal with this widespread phenomenon. The harmful consequences of false and misleading reviews are detrimental both to economic operators on the Internet and to consumers, who are often misled in their contractual consent. It is therefore necessary to assess, as things stand, whether it is possible to imagine new proposals for their regulation or whether reputation systems are only left to the market's logico of the big "giants" of information.