
Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer

CAPITOLO PRIMO

LA LIBERTÀ COMUNICATIVA NELLO SPAZIO DIGITALE E IL CONTROLLO SULL'ESERCIZIO DEI DIRITTI POTESTATIVI DEL GESTORE

SOMMARIO: 1. Premessa: sintesi dei risultati raggiunti in una precedente indagine. Flusso informativo-comunicazionale, autodeterminazione informativa, squilibrio epistemico. Individuazione di due momenti distinti, statico e dinamico. Attenzione dedicata al momento dinamico, articolato in due livelli. Profilo di rilevanza dell'atto (diritto potestativo) e dell'attività (obbligazione comunicazionale). – 2. La libertà comunicativa nello 'spazio digitale' e i discorsi di odio: esercizio di diritti fondamentali e mediato da un potere contrattuale. – 3. Linguaggio della seduzione commerciale e linguaggio della predisposizione unilaterale di clausole contrattuali. Disamina dei principali "*terms of policies*" di alcune tra le più note piattaforme di *social networking*. – 4. La manifestazione del pensiero mediante esercizio dei poteri contrattuali nelle piattaforme. Il difficile confine tra potere di modificazione del contenuto del rapporto e potere sanzionatorio per le violazioni dei doveri contrattuali. Configurazione dei poteri unilaterali di intervento nel rapporto da parte del gestore quale esercizio di diritti potestativi. Complessità delle situazioni soggettive: esigenza che il diritto potestativo abbia "una meritevole ragione giustificatrice da individuare nell'ambito delle situazioni soggettive delle quali esso è parte integrante". La correlativa posizione passiva di soggezione non esprime una sottomissione all'esercizio dell'altrui potere insindacabile. Il controllo sulla liceità e meritevolezza dell'esercizio dei diritti potestativi di fonte negoziale. Il dato caratterizzante la comunicazione su piattaforma è la correlazione diretta tra esercizio di diritti contrattuali e diritti fondamentali, ove il primo è la forma giuridica dell'effettività del secondo. – 5. La *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*: il modello legislativo di regolazione forte contro l'odio in Rete. La recente riforma: il *Digitale Dienste Gesetz*. Libertà di espressione del pensiero, artistica e culturale: lo "scandalo delle libertà dell'ordine costituzionale" e l'anticipazione della tutela.

1. FLUSSO INFORMATIVO-COMUNICAZIONALE, AUTODETERMINAZIONE INFORMATIVA, SQUILIBRIO EPISTEMICO

In una precedente occasione¹ – premessa una ricerca sulle metamorfosi dello spazio pubblico digitale del XXI secolo e sulla natura triangolare della libertà di espressione mediata da imprese private globali – si è delineato il rilievo civilistico della comunicazione sui *social media*, indicando nei concetti di flusso informativo-comunicazionale, autodeterminazione e fiduciarietà informativa, diritto fondamentale alla non manipolazione, i passaggi concettuali che consentono di cogliere un duplice profilo di rilevanza dell'interesse dell'utente alla comunicazione, dovuto all'insuperabile squilibrio epistemico tra gestore utente, squilibrio che richiede una attenta conformazione dei poteri negoziali organizzati nell'attività in rete. Sono stati pertanto individuati un momento statico, relativo all'organizzazione della piattaforma social, e un momento dinamico, relativo all'attività di rete e alle conseguenze derivanti dall'esercizio delle situazioni soggettive di fonte contrattuale.

Nella precedente indagine, pur non mancando cenni alla costruzione del momento dinamico, l'attenzione è stata prevalentemente concentrata intorno al momento statico, al profilo organizzativo e al rischio che la stessa strutturazione della piattaforma costituisca un veicolo di produzione e propagazione di comunicazioni manipolative e fin anche violente. Tale prospettiva ha consentito di costruire la fiduciarietà informativa, elaborata in area culturale nordamericana, come ufficio di diritto privato, in conformità alla direzione sistematica assunta dal vigente diritto civile costituzionale. All'ufficio di diritto privato si è collegato l'interesse legittimo, quale strumento di controllo dell'utente rispetto ad inefficienze organizzative nella progettazione e nella non trasparenza dei processi algoritmici impiegati². Delineata la responsabilità per violazione dei doveri inerenti l'ufficio si è aperta una strada (esemplificata nel problema della conoscibilità della reale identità dei comunicatori esplicitamente politici sui *social*) per una rinnovata vocazione collettiva del diritto civile, in conformità alla sua posizione costituzionale nei sistemi democratici.

Occorre adesso dedicare attenzione al profilo dinamico,

¹ V. CONTE, *Comunicare per contratto. Flusso informativo-comunicazionale e poteri privati nei social media*, Esi, Napoli, 2024.

² V. CONTE, *o.c.*, cap. 7, § 1 ss.

quindi alla rilevanza dell'esercizio dei poteri contrattuali sia entro il singolo rapporto negoziale tra *account* e gestore sia nella più ampia dimensione della rete (*rectius*: reticolo) contrattuale. Nel transitare dalla considerazione del momento statico a quello dinamico dell'esercizio concreto delle situazioni soggettive attive e passive messe in opera nell'attività del reticolo contrattuale *social*, si deve in primo luogo considerare che la loro ricostruzione avviene sotto il segno del criterio – avvalorato dalla disciplina eurounitaria – dell'*accountability*³, la quale dovrà poi essere ricostruita in armonia con l'architettura categoriale del sistema giuridico di riferimento.

Nel momento dinamico si presentano due aspetti, ulteriormente da distinguere: l'esercizio del potere nella singola dimensione di ciascun rapporto, all'interno quindi dello specifico contratto che collega sinallagmaticamente gestore e *account*; e nell'ambito dell'attività complessiva generata dall'interazione delle molteplici situazioni soggettive comunicative volta a volta aggregantesi, quindi non più al livello del singolo contratto, ma dell'attività unitariamente considerata. Nel primo caso (atto) viene in rilievo il diritto potestativo del gestore alla conformazione dei poteri soddisfatti dell'interesse; nel secondo caso (attività) viene, invece, in rilievo l'obbligazione comunicazionale del gestore, volta all'esatto adempimento della propria prestazione relativa alla soddisfazione dell'interesse informativo-comunicazionale degli utenti⁴.

³ Per tale concetto centrale è la generazione di fiducia: M. D'AMBROSIO, *Progresso tecnologico, "responsabilizzazione" dell'impresa ed educazione dell'utente*, Esi, Napoli 2017, p. 123 ss.; C. CAMARDI, *Liability and Accountability in the "Digital" Relationships*, in R. SENIGAGLIA, C. IRTI e A. BERNES (eds), *Privacy and Data Protection in Software Services*, Springer, Singapore 2022, p. 25 ss.; B. BORRILLO, *La tutela della privacy e le nuove tecnologie: il principio di accountability e le sanzioni inflitte dalle Autorità di controllo dell'Unione europea dopo l'entrata in vigore del GDPR*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, online; cfr., inoltre, E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori. Commento a Reg. UE 2016/679*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 106 ss.; A. BERNES, *Dalla responsabilità civile alla responsabilità sociale d'impresa nella protezione dei dati personali: alla ricerca del rimedio effettivo*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 18 (2023), p. 658 ss.; C. ALVISI, *Dati personali e diritti dei consumatori*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino 2019, p. 669 ss.

⁴ *Infra*, cap. 6, § 9.

2. LA LIBERTÀ COMUNICATIVA NELLO ‘SPAZIO DIGITALE’ E I DISCORSI DI ODOIO: ESERCIZIO DI DIRITTI FONDAMENTALI MEDIATO DA UN POTERE CONTRATTUALE

Quando sia in questione il rapporto tra gestore e utente in relazione ad un concreto atto di esercizio dei poteri contrattuali regolatori, (anche *lato sensu*) sanzionatori, o connessi all'esercizio da parte del gestore di uno *ius variandi* previsto nelle condizioni generali di contratto, la posizione del fiduciario informativo integra quella del titolare di un diritto potestativo (di fonte negoziale) alla conformazione e alla regolazione dell'attività contrattuale dell'utente: è il caso, assai frequente, della sospensione o disattivazione dell'*account* in caso di discorsi d'odio⁵ e di cyberbullismo⁶.

All'analisi che sarà svolta nella pagine seguenti è utile far precedere sin d'ora una riflessione su quanto delicati siano gli interessi coinvolti, nelle trame dei quali risuonano i momenti più cupi del secolo trascorso⁷. La memoria delle crudeltà che i discorsi d'odio hanno disseminato nella storia europea si fa ancor più vigile⁸, ove si consideri la strutturale inclinazione alla radicalizzazione del discorso e alla produzione di disinformazione, in altra sede rilevata⁹: i discorsi d'odio e le aggressioni online “subiscono l'effetto moltiplicatore dei *social* e sono facilitati dall'oscurità di rapporti tra persone soltanto virtualmente presenti”¹⁰.

⁵ Cfr., sin d'ora, V. D'ANTONIO e S. SICA, *I diritti della personalità in rete*, in R. BOCCHINI (a cura di), *Manuale di diritto privato dell'informatica*, Esi, p. 91 ss.; G. ZICCARDI, *Le espressioni d'odio sulle piattaforme digitali: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in M. D'AMICO, M. BRAMBILLA, V. CRESTANI, N. FIANO (a cura di), *Il linguaggio dell'odio. Fra memoria e attualità*, Franco Angeli, Milano 2021, p. 159 ss.

⁶ A.C. NAZZARO, *Cyberbullismo*, in *Tecn. dir.*, 2020, p. 465 ss.

⁷ M. FRANCESCA, *Razza e diritto*, *Note introduttive sugli epigoni della discriminazione razziale*, in S. DONADEI, M. FRANCESCA e V. TONDI DELLA MURA (a cura di), *Razza, Identità, Culture. Un approccio interdisciplinare*, Esi, Napoli 2019, p. 3 ss.

⁸ Una disamina accurata in M. LUCIANI, *La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato*, Servizio Ricerca del Parlamento Europeo, Bruxelles 2019 (<http://www.europarl.europa.eu/thinktank>), pp. 1 ss. e spec. 39 ss.

⁹ V. CONTE, *Comunicare per contratto*, cit., cap. 7, § 9.

¹⁰ M. FRANCESCA, *Il grande gioco. Buon costume e buon costume stipulativo alla prova dei social network*, in *Teoria e prassi del diritto*, 2022, 2, p. 557; cfr., inoltre, S. SICA, G. GIANNONE CODIGLIONE (eds.), *Security and Hate*

Per tali ragioni, è estremamente duttile l'apprezzamento del profilo dinamico in relazione ad una fattispecie complessa di atti di predisposizione unilaterale del contenuto delle clausole contrattuali; la connessione funzionale negoziale ¹¹ (e funzional-

Speech. Personal Safety and Data Security: Rights in The Age of Social Media, il Mulino, Bologna 2019; G. ALPA, *Autonomia privata, diritti fondamentali e "linguaggio dell'odio"*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 45 ss.; F. VIGLIONE, *Riflessioni sui rimedi civilistici all'hate speech*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 775 ss.; I. GASPARINI, *L'odio ai tempi della rete: le politiche europee di contrasto all'online hate speech*, in *Jus*, 2017, 3, p. 505 ss.; A. QUARTA, *Disattivazione della pagina Facebook. Il caso CasaPound tra diritto dei contratti e bilanciamento dei diritti*, in *Danno e resp.*, 2020, 4, p. 489 ss.; EAD., *Property vs. Freedom of Speech: cronache americane di un cortocircuito metropolitano*, in *Pol. dir.*, 2015, 1, p. 157 ss.; G.M. RICCIO, *La giurisprudenza su Facebook/Casa Pound e l'esigenza di eteroregolazione del contratto con il social network*, in P. STANZIONE (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Giappichelli, Torino 2022, p. 339 ss.; A.Jr GOLIA, *L'antifascismo della Costituzione italiana alla prova degli spazi giuridici digitali. Considerazioni su partecipazione politica, libertà d'espressione online e democrazia (non) protetta in CasaPound c. Facebook e Forza Nuova c. Facebook*, in *Federalismi.it*, 2020, 18, p. 162 ss.; O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali*, in *Riv. dir. media*, 2021, 1, p. 173 ss.; I. LO PRESTI, *Casa Pound, Forza Nuova e Facebook. Considerazioni a margine delle recenti ordinanze cautelari e questioni aperte circa la relazione tra partiti politici e social network*, in *Quad. cost.*, 2020, p. 2 ss.; F. ABBONDANTE, *Il ruolo dei social network nella lotta all'hate speech: un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea*, in *Infor. dir.*, 2017, p. 65 ss.; A. SPATUZZI, *Hate speech e tutela della persona. tra incertezza del paradigma e declinabilità dei rimedi*, in *Dir. fam. pers.*, 2021, p. 888 ss.; A. MENDOLA, *Lo statuto giuridico degli illeciti online tra hate speech e fake news*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 18 (2023), p. 1392 ss.

¹¹ Si è già altrove rilevata (V. CONTE, *Comunicare per contratto*, cit., cap. 3, § 3) la peculiarità del *social*, *reticolo* e non *rete* contrattuale: ai riferimenti precedenti *adde*, con talune integrazioni su tale differenza, P. FEMIA, *Algorithmic reticularity and social media*, in A. PALMIERI, G. VERSACI (eds.), *European Legal Strategies for payment systems in the Open Banking Age*, Esi, Napoli 2023, p. 103 ss. Ciò non toglie, tuttavia, che l'ampia letteratura su collegamento e rete non offra utili elementi di conoscenza ai fini della presente indagine. La questione della interrelazione tra regolamenti contrattuali, fino alla considerazione unitaria di un'operazione negoziale: cfr. E. GABRIELLI, *Contratto e operazione economica*, in *Dig. Disc. Priv.*, Aggiornamento 6, Utet, Torino 2011, p. 243 ss.; per la riducibilità al principio funzionalistico del procedimento ermeneutico nel collegamento volontario tra negozi, F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico - Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Esi, Napoli 2000, p. 38 ss.; C. CREA, *Connessioni tra contratti e obblighi di rinegoziare*, Esi, Napoli 2013, p. 33 ss. La questione riceve poi un nuovo profilo nella considerazione unitaria della rete contrattuale, già prima della riforma legislativa, con partico-

mente eccedente, nel senso più volte precisato), che ha luogo nella complessiva attività di rete, si intreccia a delicate questioni ove contratto, attuazione e protezione dell'interesse esistenziale informativo-comunicazionale e garanzia del sistema democratico si muovono congiuntamente¹².

L'esigenza di controllo sulle concrete modalità di esercizio del potere formativo esprime il momento bilateralmente contrattuale nell'attività comunicativa. Nell'orizzonte dell'attività di rete, la questione si concentra nel conflitto tra due soggetti: il gestore e l'utente contro il quale sono stati adoperati poteri unilaterali sanzionatori o *conformativi*. È il grado più semplice del profilo dinamico (dinamica contrattuale), il quale, se pure ha concentrato molta attenzione per le immediate connessioni con il profilo delle restrizioni alla libertà di manifestazione del pensiero, si muove pur sempre entro ambiti consolidati di pensiero.

3. LINGUAGGIO DELLA SEDUZIONE COMMERCIALE E LINGUAGGIO DELLA PREDISPOSIZIONE UNILATERALE DI CLAUSOLE CONTRATTUALI

Ogni atto comunicativo è pertanto da considerarsi quale esercizio di poteri contrattuali nella titolarità di ciascun utente. L'accesso alla maggiore sfera pubblica della modernità è mediato da un atto di autonomia privata: "l'autonomia privata è quindi l'autonormatività del sistema contrattuale, della riflessione ne-

lare attenzione ai profili di meritevolezza e utilità sociale C. CREA, *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività d'impresa*, Esi, Napoli 2008, pp. 12 ss. e 105 ss.; rispetto alla riforma legislativa che ne ha introdotto la figura, reputa che il contratto di rete rappresenta uno "schema di sintesi" ovvero una "categoria trasversale", M. ANGELONE, *Sul "contenuto minimo essenziale" del contratto di rete*, in F. BRIOLINI, L. CAROTA, E.M. GAMBINI (a cura di), *Il contratto di rete un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, Esi, Napoli 2013, p. 137 ss.; cfr., inoltre, con varietà di posizioni: F. FESTI, *La nuova legge sul contratto di rete*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 538 ss.; F. MACARIO, *Il "contratto" e la "rete": brevi note sul riduzionismo legislativo*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 953. F. CALISAI, *Riflessioni in tema di contratto di rete: una stringata disciplina normativa con interessanti potenzialità*, in *Riv. dir. impr.*, 2010, p. 525 ss.; A. PISANI MASSAMORMILE, *Profili civilistici del contratto di rete*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, p. 354 ss.; G. VILLA, *Reti di imprese e contratto plurilaterale*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 948 ss.;

¹² S. SICA e G. GIANNONE CODIGLIONE, *Responsabilità delle piattaforme di condivisione e "democrazia" nei social media*, in C. CONTESSA e P. DEL VECCHIO (a cura di), *Testo Unico Servizi Media e Audiovisivi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2023, p. 145 ss.; G. PASSARELLI, *La metamorfosi dei social media. La rilevanza sociale nell'attuale agorà digitale di un servizio 'privatistico'*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 5, p. 1196 ss.

Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKL**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer