



Infocrazie, diritto e potere*

Roberta Montinaro

Prof. ord. dell'Università di Napoli, L'Orientale



1. Già nella Premessa al volume *Persona e pluralismo* e poi diffusamente nella sezione II del capitolo II, intitolata *Diritto e potere*, l'a. affronta il tema della emersione delle nuove autocrazie tra le quali si annovera i poteri privati 'forti' della sfera digitale. Questi ultimi sono connotati da α -territorialità e globalità¹, nonché dal fatto di manifestarsi attraverso contratti, vale a dire con la predisposizione unilaterale di regolamenti privati che ambiscono a sostituirsi alla legge degli Stati.

Le nuove autocrazie vanno minando le strutture delle democrazie costituzionali del secondo Novecento, le quali poggiano su dignità e inviolabilità dei diritti della persona, nonché sul pluralismo.

Persona e pluralismo sono due facce della stessa medaglia. Il pluralismo richiede la non assolutezza del potere, comporta una sua articolazione in luoghi e spazi plurimi, preconditione necessaria per garantire la tutela della persona. Viceversa, "il potere autocratico riconosce usa e talvolta distorce il concetto dell'umano"². Il mero potere di fatto, in assenza di una cornice di regole effettive, scivola nell'arbitrio con conseguenze sempre tragiche³.

* Il presente scritto riproduce, con l'aggiunta di note essenziali e di minime modifiche, la relazione tenuta in occasione del seminario di presentazione del libro di Giuseppe VETTORI, *Persona e pluralismo*, Firenze 2024, organizzato in data 25 ottobre 2025 dall'Associazione dei civilisti italiani e dall'Istituto Luigi Sturzo.

¹ IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2002, 625 ss.; ID., *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001. Cfr. altresì ID., *Autobiografia giuridica*, in Gatt, Montinaro (a cura di), *Storia di una ricerca*, Torino, 2023, 12: "Ansioso tentativo, che il giurista fa e soffre, per 'catturare' fenomeni ribelli: il mercato, superbo dei propri interessi, e impaziente di scrollarsi di dosso le leggi dello Stato, ed anzi ogni diritto come regola condizionante l'agire economico e il giuoco 'spontaneo' degli individui; la 'globalizzazione', la quale conduce il diritto a quella radicale ed estrema 'artificialità', che sia capace di sciogliersi dal vincolo territoriale e governare gli 'spazi planetari'".

² VETTORI, *Persona e pluralismo*, Firenze, 2024, 148.

³ BOBBIO, *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica*, Torino, 2020, pas-

Speciale attenzione è dedicata ad una particolare specie di autocrazie, che l'a. denomina *infocrazie* mutuando il neologismo coniato dal filosofo sud-coreano Byung-Chul Han⁴. Per il filosofo, l'infocrazia è un regime dell'informazione "che declassa gli esseri umani a *bestie da dati e consumo*".

L'elemento precipuo delle infocrazie è duplice.

Innanzitutto, esse creano e controllano le informazioni digitalizzate, i c.d. dati, nonché le tecnologie che sovrintendono alla loro analisi e impiego, e le infrastrutture tecniche ed economiche che permettono l'estrazione del valore dai dati e il suo sfruttamento. Secondo la teoria elaborata da Lawrence Lessig – per cui il codice è una modalità di regolazione che si auto-impone (*autopoietica*), perché traccia la linea tra ciò che è possibile materialmente e ciò che non lo è e, dunque, dà vita a posizioni di disponibilità in punto di fatto⁵ – anche le infocrazie tendono a imporre il dominio della 'fattualità' sul diritto.

Un'efficace analisi delle infocrazie, citata nel libro, è tratteggiata a partire dall'analisi di Maria Rosaria Ferrarese⁶. Le infocrazie sono innanzitutto poteri invisibili, in un duplice senso: per via della loro posizione di dominanza sul mercato, dovuta al monopolio sulle conoscenze e sulle risorse, e per l'influenza nascosta che esercitano sulla persona. Esse si servono, infatti, del contratto (dei c.d. "termini del servizio") per trasformare in capitale appropriabile il lavoro, le opere creative ed altri aspetti della personalità umana. Inoltre, disegnano le architetture della interazione della persona con le tecnologie, in maniera tale da condizionarne i comportamenti, le scelte negoziali, le decisioni di voto, etc.

Una seconda peculiarità delle infocrazie, portato della prima, è la loro "valenza infrastrutturale". Sempre grazie ai termini del servizio, queste si rendono artefici e controllori di infrastrutture essenziali, mercati virtuali e agorà mediatici, attraverso cui si esercitano diritti della personalità e libertà fondamentali, economiche e non. Gli effetti della loro attività si producono, dunque, non solo sulle singole controparti, ma anche sui gruppi e le comunità, e, quindi, in ultima istanza, sulla tenuta democratica e la stessa *rule of law*.

Profilo questo che non sfugge all'osservazione attenta del nostro a., laddove analizza la condizione dell'individuo come consumatore di informazioni, vittima della continua sollecitazione della propria psiche e delle proprie emozioni ad opera di forme di comunicazione basate sull'analisi e predizione di reazioni e comportamenti⁷. Effetto ultimo delle attività di tali entità è, dunque, quello di isolare l'individuo e impedirne il dialogo

sim.

⁴ BYUNG, CHUL HAN, *Infocrazia*, Torino, 2023, 3.

⁵ LESSIG, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, in *Harv. Law Rev.*, 12, 1999, 501 ss., 504.

⁶ FERRARESE, *Privatizzazioni, poteri invisibili e infrastrutture giuridiche globali*, in *Dir. Pub.*, 1, 2022, 872 ss.

⁷ PISTOR, *Rule by Data. The End of Markets?*, in *Law and Contemporary Problems*, 2020, 101 ss., 104.

con l'altro, mentre, al contrario, l'essenza della democrazia consiste nel riconoscere la con-presenza del pensiero altrui.

I caratteri descritti fanno sì che le infocrazie siano arbitre del destino di diritti fondamentali, democrazia e *rule of law*, della loro lesione come pure della loro tutela. Paiono così assumere il ruolo di regolatori, giudici ed esecutori dei rapporti cui esse danno vita e degli interessi incisi dalla propria attività d'impresa⁸. Recenti discipline del diritto UE, quali il Regolamento (UE) 2022/2065 relativo ad un mercato unico dei servizi digitali (c.d. Regolamento sui servizi digitali), sembrano anzi aver trasformato questi poteri privati in vere e proprie forme di poteri pubblici (cfr. *ultra*).

2. E il diritto, si domanda l'a.? Il controllo del potere – anche economico dei privati⁹ – attraverso la posizione di limiti allo stesso costituisce da sempre il mestiere del giurista, che tenta di opporsi alle autocrazie con le consuete armi: regolazione e interpretazione. Il problema del potere trova risposta nel diritto, nelle Costituzioni e nella costruzione delle categorie del diritto civile per via di interpretazione.

In plurimi luoghi del libro, si affronta invero l'arduo tema del metodo della scienza giuridica. Rifiutata la mera adesione al positivismo, l'a. manifesta affinità con la teoria del diritto come dottrina pratica, enunciata da Giuseppe Capograssi¹⁰.

Il controllo dei poteri privati richiede, secondo l'a., che si riconosca la storicità della dicotomia pubblico-privato, desumibile tanto dal sistema costituzionale delle fonti, quanto e soprattutto dallo spostamento dal pubblico al privato di ampi settori di rapporti socio-economici¹¹.

L'a. ne trae un'importante lezione di metodo¹²: si deve optare per la interazione e contaminazione di categorie e soluzioni proprie dell'uno e dell'altro ambito. Da qui il ruolo ineludibile della interpretazione, e dell'interprete, nella individuazione dei rimedi.

⁸ D'ALBERTI, *Google e le nuove autorità private: la metamorfosi dal fatto al diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 746 ss.

⁹ LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2021, 893 ss.

¹⁰ CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, IX ss.

¹¹ SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, 216 ss., nonché *Id.*, in *Diritto pubblico e diritto privato. La grande "dicotomia" ieri e oggi*, a cura di PISTELLI, Firenze, *Pers. merc.*, 2023, 32 ss. Cfr. altresì CAFAGGI, *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, in *Pol. dir.*, 2004, 205 ss. e GRONDONA, *Poteri dei privati, fonti e trasformazioni del diritto: alla ricerca di un nuovo ordine concettuale*, in Sirena, Zoppini (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca*, RomaTrE-Press, Roma, 2018, 5 ss.

¹² Sul metodo, cfr. già VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, in *Pers. merc.*, 1, 2009, 4 ss., 11, ove anche una ricostruzione della evoluzione del dibattito sul metodo dagli anni '70 del secolo scorso fino al tempo presente.

3. Un primo banco di prova di questa opzione metodologica è costituito dal dibattito circa il sindacato sulla disparità di potere negoziale. Tema ineludibile, secondo l'a., visto che le infocrazie basano i propri poteri sui termini del servizio.

Una lunga evoluzione, tanto del dato normativo quanto della tradizione dottrinale, ci restituisce, in estrema sintesi, il seguente quadro.

La correttezza è assunta a criterio per sindacare le disparità negoziali e in particolare il significativo squilibrio nei rapporti tra imprese e consumatori, rispetto ai contratti unilateralmente imposti dalle prime¹³.

Il *fairness test*, secondo l'interpretazione datane dalla Corte di giustizia UE, è duplice e si colloca nell'ottica del riequilibrio dei poteri¹⁴. Infatti, in base ad esso, occorre, in primo luogo, verificare se l'aderente avrebbe accettato la clausola, ove avesse avuto l'opportunità di negoziarla, secondo una logica che appare, dunque, squisitamente contrattuale perché attinente al rapporto tra i contrenti. Questa forma di sindacato, poi, implica che si confronti la clausola con il diritto dispositivo dei contratti da essa derogato, con il fine di ristabilire la gerarchia tra le diverse fonti, costituite dalla regolamentazione privata unilaterale, da un lato, e dal diritto nazionale che regola il contratto, dall'altro lato.

Anche al di fuori del campo dei contratti con i consumatori, si assiste ad un uso espansivo della clausola della buona fede e correttezza, in funzione di controllo del potere, pubblico come privato¹⁵.

Aspetto quest'ultimo che l'a. considera proprio con riguardo agli squilibri negoziali che si verificano nelle relazioni tra imprese, squilibri che rappresentano anch'essi una cifra distintiva delle infocrazie. Le piattaforme digitali utilizzano, infatti, la contrattazione di massa per regolare altresì in modo uniforme un numero indefinito di rapporti del tipo B2B. Basti pensare ai mercati online, come pure alle strutture economiche delle grandi imprese oligopolistiche del settore della c.d. intelligenza artificiale generativa¹⁶.

In prima battuta, spetta al diritto della concorrenza arginare queste forme di poteri privati¹⁷. Il diritto della concorrenza nell'ordinamento dell'Unione europea ha invero

¹³ CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 2005, 549 ss., nonché SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 426 ss.

¹⁴ Cfr. il *leading case* Corte di giustizia, 14 marzo 2013, *M Aziz v Caixa d'Estalís de Catalunya, Tarragona i Manresa*, C- 415/11, ECLI: EU:C:2013:164. Si veda su tale test applicato alle piattaforme online, HAJEK, *Online Platform Service Providers on Platform 9¾: A Call for an Update of the Unfair Contract Terms Directive*, in *European Review of Private Law*, 5, 2020, 1143 ss.

¹⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 405.

¹⁶ Cfr. VIPRA, KORINEK, *Market concentration implications of foundation models: The Invisible Hand of ChatGPT*, in *Working Paper, 79th Economic Policy Panel Meeting*, 2023, <https://doi.org/10.48550/arXiv.2311.01550>, nonché EDWARDS, SZPOTAKOWSKI, CIFRODELLI, SANGARÉ, STEWART, *Private Ordering and Generative AI. What can we learn from terms and conditions?*, in *CREA-Te Working Paper 2024/5*, anche in *Cambridge Handbook of Generative AI and the Law*, Cambridge, 2024.

¹⁷ BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Dir. Pubbl.*, 2022, 739 ss.

assunto nel tempo chiare connotazioni costituzionali¹⁸, facendosi carico del compito di limitare i poteri privati del settore digitale.

Non sfugge, tuttavia, al nostro a. la distinzione tra controllo del potere privato nel singolo atto di scambio, da un lato, e nel mercato, dall'altro. Dal punto di vista teorico, quest'ultimo è appannaggio del diritto della concorrenza, mentre il primo è di competenza della regolazione del contratto. Questa, per effetto di molteplici interventi settoriali, contempla oramai specifiche discipline aventi per obiettivo il riequilibrio dei rapporti contrattuali, a cominciare dalla legge sulla subfornitura nelle attività produttive¹⁹ e dal divieto ivi recato di abuso di dipendenza economica (art. 9 legge 18 giugno 1998, n. 192)²⁰. Quest'ultimo contiene altresì una presunzione di abuso di dipendenza economica per il caso di “servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale” avente un ruolo determinante nel raggiungere utenti finali e fornitori²¹.

E, tuttavia, così come il diritto della concorrenza – nota l'a. – ha assunto una più ampia vocazione alla luce dei mutamenti del contesto storico e ideologico che ha accompagnato l'adozione dei Trattati dell'Unione europea²² e del quadro delle fonti, parimenti, il diritto dei contratti, nella sua interpretazione e applicazione, non può disinteressarsi delle ricadute collettive di condotte pur poste in essere nel contesto di rapporti *inter partes*²³.

In merito, si scorge nel divieto di abuso di dipendenza economica una categoria dotata di *vis* espansiva anche al di fuori degli specifici rapporti oggetto di disciplina legislativa. Si attribuisce, in tal modo, rilevanza non ad una generica debolezza economica di una parte verso l'altra, bensì alla posizione dell'impresa predisponente il regolamento contrattuale rispetto al mercato di riferimento²⁴.

¹⁸ LIBERTINI, *Nel trentesimo anniversario della legge antitrust italiana. Un bilancio dell'attività dell'Autorità nazionale di concorrenza*, in *Riv. Reg. Mercati*, vol. 2, 2020, 240 ss.

¹⁹ Imprescindibili le osservazioni di SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile. Nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 678, nonché di P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. impresa*, 2006, 343 ss. Si veda altresì COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, *passim*. Per un accurato esame delle teorie su contrattazione d'impresa e asimmetrie di potere negoziale, come rilette alla luce all'affermarsi del modello economico delle piattaforme digitali, cfr. RUGGERI, *Poteri privati e mercati digitali. Modalità di esercizio e strumenti di controllo*, Roma, 2023, 39 ss.

²⁰ Si rinvia, per un'analisi sistematica della normativa e per rinvii bibliografici, BIFERALI, *Gli abusi di dipendenza economica*, in *Riv. dir. impr.*, 1, 2023, 203 ss.

²¹ Cfr. COLANGELO, *Dipendenza economica e mercati digitali*, in Colangelo, Minervini (a cura di), *La nuova stagione dell'abuso di dipendenza economica*, Bologna, 2023, 197 ss.

²² N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 18 ss.

²³ DI MARZIO, *Contratto e impresa*, in *Enc. dir.*, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano, 2021, 325 ss. Si veda già BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, *passim*, nonché ID., *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1995, 10 ss.

²⁴ Cfr. C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 770 ss.

4. Parimenti, il Regolamento (UE) 2022/1925 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (c.d. Regolamento sui mercati digitali)²⁵ qualifica come contrarie a correttezza le pratiche poste in essere dalle imprese designate gatekeepers e consistenti, inter alia, nell'adottare, nei rapporti con i propri utenti commerciali, condizioni contrattuali relative al posizionamento online dei propri utenti commerciali o all'accesso di costoro a negozi di applicazioni software, motori di ricerca online e social network, che non siano "eque, trasparenti e non discriminatorie" (cfr. art. 5, paragrafi 5 e 12 Regolamento sui mercati digitali)²⁶. Un difetto di fairness (di "equità" secondo la traduzione ufficiale nella lingua italiana) si ha in presenza di uno "squilibrio dei diritti e degli obblighi imposti agli utenti commerciali" (considerando n. 62 Regolamento sui mercati digitali). In sintesi, ad una posizione di potere nel mercato possono corrispondere relazioni contrattuali asimmetriche. Allorché una simile posizione venga accertata, mediante appunto la designazione di un'impresa come gatekeeper, in presenza di pratiche del tipo ivi previsto, si producono le conseguenze espressamente enunciate da tale Regolamento. Spetta all'interprete determinare se e quali effetti di diritto privato, caducatori o risarcitori, possano altresì trarsene, tanto nei rapporti B2C, che in quelli B2B. Per il primo ordine di rapporti, è lo stesso Regolamento sui mercati digitali a prevedere, come possibile follow up dell'intervenuto accertamento della scorrettezza delle pratiche dell'impresa gatekeeper, la possibilità di esperire azioni rappresentative, inibitorie o risarcitorie, a tutela dei consumatori ex direttiva (UE) 2020/1828²⁷ (cfr. art. 42 Regolamento sui mercati digitali). Per il secondo tipo di rapporti, il metodo della reciproca "impollinazione" tra ambiti e fonti, suggerito dall'a., potrebbe ugualmente condurre ad una soluzione affermativa, rigettando rigide distinzioni tra tutela dell'equilibrio del mercato e tutela delle posizioni giuridiche soggettive della parte, cui le condizioni inique vengono imposte²⁸.

5. La *correttezza* costituisce un parametro normativo da osservare anche nella comunicazione tra imprese del settore digitale e consumatori. Infatti, la correttezza intesa come diligenza professionale è clausola generale da applicare nel controllo dell'attività d'impresa secondo la direttiva 2005/29/CE²⁹. La interpretazione datane in dottrina e giurisprudenza ha reso quest'ultima strumento di tutela dell'autodeterminazione – e, in

²⁵ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (c.d. Regolamento sui mercati digitali), L 265/1.

²⁶ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Le piattaforme online tra Digital Services Act e Digital Markets Act*, in Grisi, Tommasi (a cura di) *Mercato digitale e tutela dei consumatori. Prove di futuro*, Torino, 2023, 19 ss., 27.

²⁷ Direttiva (UE) 2020/1828 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2020, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori.

²⁸ Cfr. RUTGERS, SAUTER, *Promoting fair private governance in the platform economy: EU competition and contract law applied to standard terms*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 23, 2021, 343 ss., 375.

²⁹ 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.

ultima analisi, della *libertà di scelta* della persona³⁰ – anche rispetto alle pratiche di sfruttamento della psiche della persona descritte dal filosofo sud-coreano.

Si pensi alla giurisprudenza della Corte di giustizia che, per la prima volta, ha attribuito rilevanza alle scienze cognitivo-comportamentali, al fine di stabilire quando una pratica commerciale sia scorretta perché idonea a distorcere la scelta di un consumatore medio. Osserva l'a: "La diligenza è professionale, perché il professionista conosce i propri beni o servizi [...] ma anche perché conosce, in quanto "li studia professionalmente", i consumatori ai quali si rivolge per orientarli, influenzarli. [...]. Da qui il dovere di diligenza professionale come dovere di fare attenzione (duty of care) alle condizioni di vulnerabilità decisionale dei consumatori"³¹. La previsione di simili doveri induce i professionisti a modificare, sin dalla sua concezione (*by design*, come si suole dire), l'architettura delle interazioni online con i consumatori.

Si tratta di un progresso verso la "declinazione in termini personalistici della figura di consumatore"³², riconoscendo che consenso e autonomia della persona presuppongono la libertà di questa da forme di assoggettamento, anche di tipo psicologico-comportamentale, ed esigono un ripensamento delle categorie e dei rimedi di diritto privato, da declinarsi alla luce del nuovo contesto di fonti dell'ordinamento nazionale, dell'Unione europea e sovranazionale.

Spetta all'interprete individuare simili rimedi, come previsto oramai dall'art. 27 cod. cons., il cui comma 15 *bis* riconosce al consumatore vittima di una pratica commerciale sleale il diritto di ottenere tutele proporzionate ed effettive.

Così, *inter alia*, utilizzare tecniche che sfruttano le debolezze cognitive dei consumatori, relativamente alla manifestazione del consenso al contratto, può consistere in un comportamento contrario ai doveri di diligenza professionale (pensiamo all'uso di termini del servizio lunghi e dal linguaggio oscuro che i consumatori omettono di leggere, come dimostrato da abbondante letteratura). Il Regolamento sui servizi digitali (cfr. art. 25, paragrafo 1, art. 44) ribadisce la sussistenza di simili doveri in capo ai prestatori di servizi intermediari ed anzi prevede l'adozione di standard tecnici per conformarvisi (ad es., l'uso di icone per richiamare l'attenzione verso clausole che prevedono dati effetti o di tecniche di classificazione per posizionare simili clausole in posizione eminente rispetto ad altre, etc.).

Il diritto dei contratti con i consumatori (con il principio di trasparenza ai sensi dell'art. 34, 2° comma, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, c.d. cod. cons.) e quello comune (per cui le condizioni generali di contratto non intelleggibili non sarebbero conoscibili³³)

³⁰ N. IRTI, *Persona e mercato*, in *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 65 ss., 71 e 78, libertà proclamata e difesa già dall'art. 41, 2° comma, Cost.

³¹ VETTORI, *Persona e pluralismo*, cit., 52-53, ove si rinvia a ORLANDO, *Pratiche commerciali aggressive*, in Vettori (a cura di) *Commentario al codice del consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, Padova, 2009, 60 ss., 86.

³² VETTORI, *Persona e pluralismo*, cit., 27.

³³ Cfr. C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto. Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VII,

offrono altresì possibili rimedi. Non si tratta di aderire al c.d. mito del consenso³⁴, bensì di aprire la strada a forme di controllo giuridiche, anche *ex post*, di quelle che in tutta evidenza sono manifestazioni abusive dell'autonomia privata³⁵. Da ultimo, il legislatore, con riguardo alle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli o formulari, ha esteso le tutele di *public enforcement* di cui al citato art. 27 cod. cons. alle clausole vessatorie e di contenuto non trasparente (art. 37-bis, commi 2-bis – 2-quater cod. cons.).

A tale proposito, torna utile l'osservazione dell'a.: “È possibile una integrazione tra tecniche diverse per frenare i poteri, privati e pubblici”³⁶.

6. Quest'ultima considerazione ci conduce ad esaminare un ulteriore aspetto, sempre a partire dagli spunti del libro.

Come già osservato, non sfugge all'analisi di cui al volume la dimensione sovra individuale dei temi che stiamo toccando, in particolare, gli effetti delle infocrazie su individui, società e democrazia.

La portata di una simile incidenza esige che si ravvisino forme di giuridicità *inter* e sovranazionale, in grado di contrastare il dominio della mera fattualità, imposto dalle infocrazie.

Emblematica di questa ricerca è la categoria normativa della responsabilizzazione (o *accountability*)³⁷, la quale è innanzitutto una tecnica di regolazione pensata per assoggettare al diritto uno spazio che sarebbe altrimenti appannaggio di mere scelte discrezionali dell'impresa. Come? Attribuendo una posizione di potere-dovere al soggetto stesso che crea, conosce e può controllare il rischio connesso allo svolgimento della propria attività implicante produzione e/o uso di date tecnologie. Si riconosce per vero la superiorità tecnica ed economica dell'impresa, ma si esige parimenti il rispetto del sistema delle fonti normative e l'adozione di misure adeguate di prevenzione del rischio per i diritti ed interessi – diritti fondamentali e *rule of law* – contemplati da tali fonti come limiti alle scelte discrezionali delle imprese.

Roma, 1988, 1 ss., 2.

³⁴ MANTELEO, *Personal Data for Decisional Purposes in the Age of Analytics: from an Individual to a Collective Dimension of Data Protection*, in *Comparative Law & Secur. Review* 32, 2016, 238 ss.

³⁵ Si veda C.M. BIANCA, *loc. ult. cit.*, il quale, in merito, osservava come l'art. 1431, 1° comma, c.c. prende atto di un dato di normalità, che gli aderenti, nell'accettare la prestazione dell'impresa, s'intende che accettino anche il regolamento contrattuale da essa predisposto. L'efficacia per gli aderenti delle condizioni generali ha titolo nel contratto e ciò “ne giustifica l'assoggettamento alla disciplina generale del contratto” (*ibidem*). Senza obliterare – ma anzi tenendo ben a mente – il dato di realtà, per il quale “l'imprenditore si avvale dello strumento contrattuale per esercitare un potere di fatto (*ibidem*)”.

³⁶ VETTORI, *Persona e pluralismo*, cit., 58.

³⁷ FINOCCHIARO, *Il principio di accountability*, in *Giur. it.*, 2019, 2778 ss. e CARLEO, *Il principio di accountability nel GDPR: dalla regola alla auto-regolazione*, in *Nuovo dir. civ.*, 2021, 359 ss.

Questa tecnica è solo all'apparenza nuova, giacché, a ben vedere, al diritto privato non sono estranei casi in cui l'atto negoziale, o l'attività d'impresa, creano una posizione di rischio per i diritti di terzi, inclusi i diritti della personalità, essendo l'impresa, al tempo stesso, in controllo del rischio (per conoscenze, mezzi, risorse)³⁸. Si pensi al contratto di lavoro e alla obbligazione di sicurezza che grava sul datore di lavoro (cfr. art. 2087 c.d.), come pure al dovere di adottare adeguati assetti organizzativi di cui all'art. 2086 c.c. il quale sembrerebbe essere assunto a principio generale che sovrintende al governo dell'attività dell'impresa tanto nei rapporti contrattuali, quanto verso i terzi.

Molteplici le previsioni, rinvenibili nelle normative applicabili al settore digitale, che ricollegano alla violazione delle regole di *accountability* una responsabilità di tipo risarcitorio (cfr., a titolo di esempi, l'art. 82 Regolamento UE/2016/679 (GDPR)³⁹, interpretato alla luce dell'art. 24 dello stesso⁴⁰, nonché l'art. 54 Regolamento sui servizi digitali).

7. Un esempio di tale nuova tecnica di regolazione è rinvenibile nell'art. 14 Regolamento sui servizi digitali, con cui si disciplinano le restrizioni imposte alle informazioni fornite dai destinatari di un c.d. servizio intermediario e, in particolare, l'attività di c.d. moderazione dei contenuti⁴¹ posta in essere dai prestatori di tali servizi. Questa attività non giova soltanto a discernere le informazioni fornite dal destinatario, che siano contrarie al diritto dell'Unione europea o di uno stato membro; essa costituisce spesso lo strumento attraverso cui le infocrazie forgianno, secondo i propri interessi, climi culturali e politici, a un tempo⁴².

Si enuncia la finalità di tale previsione normativa, consistente nella "prevenzione di risultati iniqui o arbitrari" (Considerando 45 del Regolamento). Il diritto intende invero riaffermare il proprio primato sull'ordine privato delle piattaforme, ibridando diverse prospettive, quella del diritto dei contratti, la disciplina dei diritti fondamentali e la re-

³⁸ In merito, cfr. RESTA, *Autonomia patrimoniale e diritti della personalità*, Napoli, 2005, *passim*, nonché ID., *Contratto e persona*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da ROPPO, IV, *Interferenze*, Milano, 2006, 2 ss.

³⁹ Regolamento 2016/679/UE del 27 aprile 2016 del Parlamento europeo e del Consiglio, 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 n. 1995/46/CE.

⁴⁰ SALANITRO, *Illecito trattamento dei dati personali e risarcimento del danno*, in GRISI, TOMMASI (a cura di), *Mercato digitale e tutela dei consumatori. Prove di futuro*, Torino, 2023, 135 ss., 151.

⁴¹ La «moderazione dei contenuti» per il regolamento: è "un'attività, automatizzata o meno, svolta dai prestatori di servizi intermediari con il fine di individuare, identificare e contrastare contenuti illegali e informazioni incompatibili con termini e condizioni [...]" (cfr. art. 3 (t) Regolamento sui servizi digitali). Cfr. V. CONFORTINI, *Poteri privati e libertà di espressione (intorno al digital services act)*, in *Nuovo dir. civ.*, 1, 2025, 52 ss.

⁴² Cfr. N. IRTI, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in A. CARLEO (a cura di) *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 19, sul mito della neutralità dei dati digitali, quanto dei dati usati per produrre conoscenza, quanto di quelli che sono frutto di un simile processo. Si veda, nello specifico e diffusamente, ORLANDO, *Data vs Capta: intorno alla definizione dei dati*, in *Nuovo dir. civ.*, 2022, 1 ss., 20.

sponsabilità sociale d'impresa. Si vuole così rendere possibile il sindacato delle autorità amministrative e giurisdizionale.

In primo luogo, vengono stabiliti dei requisiti di forma-contenuto, nonché di documentazione e trasmissione dei termini del servizio, secondo una modalità cui le discipline sui contratti con gli utenti/consumatori ci hanno reso adusi. Qualsiasi restrizione di contenuti digitali forniti dagli utenti deve, poi, essere regolata nei termini del servizio in modo trasparente. I requisiti di forma contenuto e di trasparenza concernono non solo la predisposizione delle clausole contrattuali, ma anche la loro applicazione ed esecuzione, mediante modalità meramente automatizzate o meno.

Inoltre, è ivi previsto che i prestatori di tali servizi, nella predisposizione come pure nella applicazione ed esecuzione – anche automatizzata – dei termini del servizio, tengano in debito conto altresì i diritti dei destinatari del servizio, di cui alla Carta di Nizza e alla Convenzione europea sui diritti umani e le libertà fondamentali, uniformandosi così agli standard di *due diligence* della responsabilità sociale d'impresa (cfr. considerando 47 Regolamento sui servizi digitali).

Per mettere mano alla comprensione di questo ibrido pare utile notare che i principi a tutela dei diritti fondamentali sono norme senza fattispecie, che non vanno interpretate ma applicate ricorrendo ad un bilanciamento degli interessi in conflitto, consistenti sovente in due o più diritti parimenti fondamentali. Questa metodologia è però problematica e richiede che si definisca: cosa siano i diritti fondamentali, rintracciando le fonti normative rilevanti, come debba avvenire il bilanciamento e, infine, come possano arginarsi i rischi di indeterminatezza e discrezionalità di colui che opera il bilanciamento⁴³.

Il Regolamento risponde a tali interrogativi stabilendo che i fornitori di servizi intermediari debbano compiere un bilanciamento tra i diritti fondamentali, tanto dell'impresa stessa, quanto dei destinatari del servizio e di terzi, usando i parametri normativi testé ricordati e la relativa interpretazione. Quindi, già nel redigere le clausole in parola, tali fornitori debbono avere considerazione per la giurisprudenza elaborata rispetto alle limitazioni alla libertà di espressione circa, ad esempio, i) cosa si debba intendere per disinformazione, incitamento all'odio o alla violenza, propaganda terroristica etc., e ii) quali misure procedurali di salvaguardia vadano adottare. Inoltre, nella esecuzione di tali clausole deve rispettarsi il principio di proporzionalità, con i suoi corollari, quali quello del ricorso in via preferenziale al “mezzo meno restrittivo” o quello per il quale la restrizione all'esercizio della libertà di espressione deve essere “limitata quanto ad ambito e durata”⁴⁴. Questi stessi parametri e fonti il giudice nazionale deve usare nell'esercizio del sindacato circa il bilanciamento compiuto dai fornitori di servizi intermediari.

⁴³ GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, n. 1, 183 ss.

⁴⁴ QUINTAIS, APPLEMAN, O FATHAIGH, *Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation*, in *German Law Journal*, 24, 2023, 881 ss., 895.

Possiamo allora ritenere che questa disciplina abbia attribuito ai prestatori di servizi intermediari delle vere e proprie funzioni pubbliche di regolazione, aggiudicazione ed esecuzione coattiva⁴⁵? La domanda ci riporta ad un vivace dibattito, che non può certo qui approfondirsi, circa la natura normativa delle condizioni generali di contratto e l'esistenza di forme di c.d. diritto dei privati⁴⁶. Dibattito riaccatosi con il manifestarsi della c.d. *Law of the Platform*, quale forma di legalità 'altra'⁴⁷ che appare urgente "recuperare al circuito della democrazia"⁴⁸.

Tanto è vero che molte voci critiche si sono levate contro l'uso della retorica dei diritti fondamentali, alla base di forme di regolazione, quali quelle sopra ricordate. Queste stesse voci affermano l'autosufficienza delle categorie e delle regole proprie del diritto dei contratti, argomentando, ad esempio, che, quando un'impresa come Meta oscura il contenuto di un utente, non ne restringe la libertà di espressione compiendo un atto di censura, ma semplicemente incorre in inadempimento della obbligazione scaturente dal contratto, cui è possibile reagire con i consueti rimedi⁴⁹. D'altro canto, lo stesso art. 14 "parla il linguaggio del diritto dei contratti" (con lemmi quali termini del servizio, clausole, esecuzione del contratto, etc.) ed usa tecniche tipiche del diritto dei contratti con i consumatori (requisiti di forma contenuto, di trasparenza, etc.).

Una simile argomentazione è solo parzialmente condivisibile, perché trascura un elemento rilevante ai fini della qualificazione di tali forme di poteri privati. Quello delle piattaforme con gli utenti è un ordine giuridico privato basato su contratti che regolano fasci di rapporti, verticali tra la piattaforma e gli utenti, e orizzontali, degli utenti tra loro⁵⁰. Rapporti compositi perché, oltre a concernere la prestazione del servizio, riguardano anche la predisposizione delle "regole della piattaforma", che agisce nella triplice veste di prestatore del servizio, di soggetto che regola le condotte degli utenti e che esegue

⁴⁵ PALKA, *Terms of service are not contracts: beyond contract law in regulation of online platforms*, in GRUNDMANN (a cura di), *European Contract Law in the Digital Age*, 2018 e ID., *Terms of Injustice*, in *West Virginia Law Review*, 126, 2023, 133-184 ss., 178, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4391666>. Cfr., inoltre, CREMONA, *Fonti private e legittimazione democratica nell'età della tecnologia*, in *DPCE online*, 2021, 1236 ss., 1261.

⁴⁶ Cfr. anche per i profili di teoria della scienza giuridica, SPANÒ, *Istituire o regolare? Le autorità private e la crisi della "topologia moderna"*, in SIRENA, ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, cit., 29 ss., 37.

⁴⁷ LOBEL, *The Law of the Platform*, in *Minnesota Law Review*, 2016, 101 ss., e ibidem, par. IV, *From Code as Law to Platform as Regulation*, 142 ss.

⁴⁸ CREMONA, loc. ult. cit., 1267, il quale, tra i molti, cita TEUBNER, *Autopoietic law: A new approach to law and society*, Berlino, 1988, *passim* e ID., *Diritti ibridi: costituzionalizzare le reti di governance private*, in ID., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili* (trad. it. a cura di PRANDINI), Roma, 2005, 128 ss.

⁴⁹ SCHULTZ, *Six Problems with Facebook's Oversight Board. Not enough contract law, too much human rights*, in BAYER, HOLZNAGEL, KOPISAARI, WOODS (a cura di), *Perspectives on Platform Regulation. Concepts and Models of Social Media Governance Across the Globe*, Baden-Baden, 2021, 145 ss., 153.

⁵⁰ Cfr. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, *The Legal Anatomy of Electronic Platforms*, in *Italian Law Journal*, 2017, 3 n. 1, 156 ss., 159.

queste stesse regole in caso di loro inosservanza da parte degli utenti. La predisposizione delle “regole della piattaforma” è eminentemente espressione dell'autonomia privata e può essere compresa usando categorie con cui abbiamo familiarità. Il rapporto obbligatorio, oltre che dalla prestazione principale può compendiare anche obblighi di protezione degli interessi che a causa del rapporto obbligatorio e nel corso della esecuzione della prestazione siano esposti al rischio di lesione. Obblighi di protezione ha il fornitore del servizio verso ciascun utente in relazione alle condotte degli altri utenti; ma obblighi di tal fatta, tradotti in regole di condotta inserite nei termini del servizio, gravano altresì sugli utenti nei reciproci rapporti e, sempre in connessione con il servizio che ricevono, nei confronti del fornitore (il quale vanta anch'egli un interesse protetto all'esercizio dell'attività d'impresa, avente il rango di diritto fondamentale secondo la Carta, ad es. l'interesse a che certi contenuti, piuttosto che altri, vengano diffusi attraverso la propria infrastruttura digitale).

La qualificazione delle condotte delle parti, alla luce della complessità dei rapporti e della interrelazione tra le molteplici e differenziate situazioni giuridiche coinvolte, presuppone il bilanciamento. Invero, quando il prestatore del servizio intermediario sospende l'*account* di un utente, il suo comportamento può consistere o in un inadempimento della prestazione principale (con correlata responsabilità contrattuale anche per eventuali danni non patrimoniali), o nell'adempimento di un obbligo di protezione (nel caso, ad es., che il contenuto sia suscettibile di ledere un interesse protetto di un altro utente), a seconda dell'esito del bilanciamento. Parimenti, lo stesso interesse dell'impresa va bilanciato con quello degli utenti, secondo parametri, però predeterminati dal diritto e sindacabili. Inoltre, sul piano delle conseguenze giuridiche, può così aversi responsabilità contrattuale del fornitore del servizio per i danni patiti da un utente a causa dell'inadempimento degli obblighi di protezione connessi alla moderazione dei contenuti.

Torna utile l'insegnamento del nostro a., per il quale il ricorso alle categorie del diritto civile schiude la strada a conseguenze giuridiche anche in tale campo⁵¹.

Usare il linguaggio del diritto dei contratti o della responsabilità civile non equivale, tuttavia, a obliterare l'ineludibilità dell'intervento della regolazione pubblica e delle autorità amministrative.

Valgano ancora una volta le considerazioni del nostro a. sulla invisibilità di questi poteri e sul “controllo del codice” come principale elemento su cui poggiano le infocrazie. Espressione enfatica che, oltre a celare una disponibilità di fatto di dati, dell'algoritmo etc., sottende talvolta anche una protezione giuridica sotto forma di segreto industriale, proprietà intellettuale, etc., di cui sono titolari i fornitori di questi servizi.

⁵¹ Cfr. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., 88: “Appartiene alla tradizione, infatti, il riconoscimento che la volontà dei privati deve arrestarsi dinanzi alle norme imperative e ai principi di ordine pubblico, cioè ai principi giuridici che la coscienza sociale intende come condizioni essenziali di convivenza”.

La regolazione pubblica serve a istituire autorità di controllo e a dotarle di poteri, senza i quali non vi sarebbe modo di assoggettare le infocrazie a controllo né amministrativo, né giurisdizionale.

Pensiamo ai poteri spettanti alle autorità di vigilanza secondo il Regolamento sui servizi digitali (e.g. art 72 Regolamento sui servizi digitali⁵²), che includono il potere di accesso ai dati e agli algoritmi (cfr. art. 69 Regolamento sui servizi digitali⁵³) anche quando siano oggetto di segreto industriale o diritti di privativa.

In chiusura di queste brevi notazioni, giova tornare alla programmatica consapevolezza, espressa dall'a., che "il potere nudo è sempre in agguato e che sarà sempre il diritto a dover svolgere il compito, arduo ma ineliminabile di definirlo e arginarlo"⁵⁴.

⁵² "[...] La Commissione può ordinare loro [ai fornitori della piattaforma online di dimensioni molto grandi e del motore di ricerca online di dimensioni molto grandi] di fornire accesso alle sue banche dati e ai suoi algoritmi e di fornire spiegazioni al riguardo. Testo tra parentesi nostro.

⁵³ "I funzionari e le altre persone che li accompagnano, autorizzati dalla Commissione a svolgere un'ispezione, hanno il potere di: [...] chiedere a qualsiasi rappresentante o membro del personale del fornitore della piattaforma online di dimensioni molto grandi o del motore di ricerca online di dimensioni molto grandi in questione [...] di fornire accesso e chiarimenti relativi all'organizzazione, al funzionamento, al sistema informatico, agli algoritmi, alla gestione dei dati e alle pratiche commerciali dell'impresa nonché di registrare o documentare i chiarimenti forniti [...]"

⁵⁴ VETTORI, *Persona e pluralismo*, cit., 177, ove si cita GRECO, *Saggio introduttivo a il problema del potere*, in BOBBIO, *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica*, cit., LIII.

