

Internet e i diritti fondamentali: il caso Facebook

Dossier di approfondimento

29 aprile 2009

INTERNET E I DIRITTI

L'evoluzione di Internet dai primi anni '90 ad oggi mostra il crescente ruolo di questo strumento nella promozione di iniziative democratiche (ad esempio come foro di dibattito politico), nell'esercizio della libertà di espressione (si pensi ai *social network*), nonché nello sviluppo delle attività di carattere commerciale¹.

Infatti, il processo di convergenza tra tecniche di telecomunicazione e strumenti informatici, indotto dalla diffusione di Internet, ha sicuramente aperto nel mondo delle telecomunicazioni uno scenario nuovo, ad oggi non del tutto prevedibile nella sua portata e nelle sue implicazioni, ma di cui si avverte giorno per giorno la crescente importanza.

Se, dunque, è al quadro generale della disciplina delle telecomunicazioni che occorre in primo luogo rivolgersi per indagare il regime giuridico di questa nuova forma di comunicazione che è Internet, bisogna mettere in luce come la Rete, in quanto tale, ossia come fenomeno "acentrico" e diffusivo, presenta rilevanti peculiarità che la rendono diversa rispetto a tutte le altre forme di comunicazione a cui fino ad oggi eravamo abituati.

Lo dimostra il fatto che le regole di sviluppo di Internet sono state dettate più dagli standard di comunicazione proposti dal mercato, cioè dai privati al contempo creatori e fruitori del mezzo, che dall'intervento statale². Una delle conseguenze di ciò è il fatto che, mentre chiunque è potenzialmente in grado di aver accesso alle risorse disponibili sulla Rete, nessuno è pienamente in grado di controllarle³.

Una delle caratteristiche principali di Internet sta nel suo connotato di *sovrnazionalità*, in quanto coinvolge nel suo sviluppo e nelle sue manifestazioni giuridiche non già il singolo Stato, ma tutte le nazioni dotate di un'infrastruttura per le telecomunicazioni. Ovunque ci sia una linea telefonica, un modem ed un computer è possibile aggiungere un nodo alla rete o connettersi alla stessa.

¹ Si veda in particolare il considerando A della *Raccomandazione del Parlamento Europeo sul rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su Internet* del 26 marzo 2009, relatore ed estensore Stavros Lambrindis.

² Infatti chiunque, rispettando gli standard tecnici, è in grado di connettersi. Lo scambio dei dati sulla rete avviene per mezzo di un insieme di protocolli di comunicazione denominati TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*) Questo protocollo infatti si affermò *de facto* poiché utilizzato dai primigeni nuclei della Rete (le reti *ARPANET* e *MILNET*), nonostante che *de iure* fosse vigente uno standard internazionale, l'*OSI (Open System Interconnection)*, codificato dal *Consultative Committee for International Telephony and Telegraph (CCITT)*, emanazione dell'*International Telecommunications Unions (ITU)*, organizzazione affiliata all'ONU.

³ Cfr. RENZO RISTUCCIA e LUCA TUFARELLI, *La natura giuridica di Internet e la responsabilità dei providers*, del 19/06/1997, reperibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/ristufa.htm#n2> (ultima visita 25/04/2009).

Questo dato, della sovranazionalità del fenomeno Internet, ci mette di fronte ad un problema: le leggi nazionali non sono in grado di regolare tutte le attività che si svolgono in forma telematica.

Qualche esempio di complessità⁴.

E' possibile acquistare in rete beni e servizi. Poniamo un caso in cui l'acquirente si trovi in Italia e il venditore negli Stati Uniti: quale legge regola questa transazione, quale tribunale di quale nazione è competente per un'eventuale controversia? Il meccanismo di rinvii sui quali è fondato il diritto privato internazionale può rivelarsi molto complesso, talvolta non sufficiente se si considerano gli sviluppi quantitativi prevedibili a medio termine per il commercio telematico. Il susseguirsi di convenzioni internazionali⁵ dimostra una continua necessità di adeguamento che fatica a tenere il passo dietro gli avanzamenti tecnologici⁶.

Problemi simili si pongono in relazione ad una fattispecie penale. Nel caso in cui un hacker dalla Svezia attaccasse un sistema situato in Italia utilizzando abusivamente un altro sistema posto sul territorio australiano, in quale giurisdizione crimine sarebbe perseguibile?

Da questo quadro emerge chiaramente come uno dei punti nevralgici riguardanti la natura giuridica⁷ di Internet sia costituito dal suo carattere transnazionale, che rende molto spesso inefficace qualsiasi normativa statale. Il problema si riverbera quindi su quale giurisdizione si debba applicare ad Internet⁸.

Infatti, la natura complessa del sistema consente di aggirare più o meno facilmente le possibili limitazioni introdotte da un singolo paese. La situazione, inoltre, è ulteriormente aggravata dalla mancanza di un organo sovranazionale portatore di istanze di armonizzazione delle legislazioni dei diversi stati. Questo fatto è stato, per esempio, particolarmente evidente in relazione al problema del consenso in materia di trattamento dei dati personali, problema

⁴ Si veda MANLIO CAMMARATA, *Quali leggi "per il territorio Internet"?*, 19/06/1997, reperibile all'indirizzo <<http://www.interlex.it/regole/mcmeta1.htm>>, (ultima visita 25/04/2009).

⁵ Si pensi a convenzioni quali c.d. Roma I e Roma II.

⁶ Si veda sul tema il dialogo tra diritto e tecnica di Severino ed Irti.

⁷ Sono state avanzate alcune teorie riguardo alla natura giuridica di Internet in connessione con il problema della giurisdizione rilevante. Per una parte della dottrina, Internet non è un soggetto ma una struttura logica, fondata su regole tecniche che consente il collegamento tra un numero indefinito di soggetti. Per questa corrente di pensiero Internet è piuttosto un territorio, più correttamente un *meta territorio*, dove i confini non sarebbero di natura fisica, ma logica (si veda in particolare CAMMARATA, op. cit.).

Altri invece (JOHN PERRY BARLOW, *"Dichiarazione d' indipendenza del cyberspazio"*, 8 febbraio 1996, citato in) mettono in rilievo il carattere anarchico e libertario di Internet.

⁸ Si veda A. ODDENINO, *La governance di internet fra autoregolazione, sovranità statale e diritto internazionale*, Torino 2008, Giappichelli.

rispetto al quale USA ed UE sembrano aver preso strade divergenti⁹ e problema che diventa particolarmente pregnante rispetto alla continua richiesta di dati e informazioni personali a cui la Rete ci ha ormai abituati.

In questo senso si può cogliere l'invito che viene espresso dalla recente Raccomandazione del Parlamento UE¹⁰ sul rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali quando, all'articolo 1, lett. (ae), si afferma che “*conoscere che la natura universale e aperta di Internet richiede norme globali per la protezione dei dati, la sicurezza e la libertà di espressione ed in tale contesto - invita - gli Stati membri e la Commissione a prendere l'iniziativa di redigere tali norme*”.

Occorre infine chiedersi: che cosa si deve intendere per *regolamentazione di Internet*?

Assistendo al dibattito italiano, una delle questioni più sensibili riguarda la possibilità di introdurre un controllo dei contenuti illegali che vengono “postati” nei *blog* o nei *social network* come *Facebook* o *Myspace*, qualora tali contenuti istighino a delinquere o siano considerabili come apologia di reato¹¹. Ma questo non esaurisce lo spettro delle questioni alle quali il fenomeno Internet ci mette di fronte, quali ad esempio la diffusione dell'accesso alla Rete come strumento di crescita individuale e sociale e quindi come oggetto di un *diritto all'informazione*. Si deve poi aggiungere un secondo aspetto importante, quello della *certezza del diritto* per tutti i rapporti di rilevanza giuridica che si realizzano sulla rete, oltre che per eventuali comportamenti illeciti¹².

In effetti, in tema di *regolamentazione di Internet* una delle questioni di maggior rilievo si lega alla *tutela dei diritti fondamentali*.

⁹ Infatti “*rimane poco chiaro negli USA se la privacy è un diritto, e, anzi, un diritto fondamentale, o se è piuttosto un interesse che, nel rapporto tra privati, non riveste valore di per sé [...] la privacy diventa sempre negoziabile*”(UGO PAGALLO, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa*, Milano, 2008, p. 99 ss.). Differentemente la normativa europea, in special modo la direttiva 95/46/CE cerca di garantire una tutela generale della privacy tramite la definizione dei dati personali ed il loro trattamento (articolo 2 lett. a), la legittimazione all'uso di tali dati, cioè la prestazione del consenso (articolo 7 lett. a) ed il regime speciale per i dati sensibili (art. 8 n.1) quali l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché il trattamento dei dati relativi alla salute ed alla vita sessuale.

¹⁰ *Raccomandazione del Parlamento Europeo sul rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su Internet* del 26 marzo 2009, relatore ed estensore Stavros Lambrindis.

¹¹ Si veda in particolare la proposta di modifica n. 50.0.100 al Ddl. 733 in materia di disposizioni in materia di pubblica sicurezza (il cd “emendamento D'Alia”) consultabile all'indirizzo <http://mobile.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Emend&leg=16&id=00391198&idoggetto=00413875&parse=si&mobile=si&toc=no>, (ultima visita 25/04/2009). Cfr. infra.

¹² Si veda per questi rilievi il considerando Q ed M della *Raccomandazione del Parlamento Europeo sul rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su Internet* del 26 marzo 2009, relatore ed estensore Stavros Lambrindis.

In questo senso, considerando che la maggior parte dei diritti fondamentali coinvolti dal fenomeno di Internet comprende, seppure non in via esclusiva, il rispetto per la vita privata (in particolare alla luce dell'articolo 8 CEDU), la protezione dei propri dati personali con la connessa tematica della libera disposizione di essi tramite consenso e la libertà di espressione (come garantiti dall'articolo 10 della CEDU ed 11 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea), diviene di primario interesse comprendere le modalità di tutela di tali diritti fondamentali.

Da questo punto di vista occorre notare come, a livello comunitario, specie dalla Direttiva 95/46/CE¹³, scopo prioritario della normativa in tema di tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati, sia che *“l'istituzione e il funzionamento di un mercato interno [...] non solo richiedono che i dati personali possano spostarsi liberamente da uno Stato membro all' altro, ma anche che i diritti fondamentali delle persone fisiche siano del pari tutelati”*¹⁴.

Allo stesso modo l'obiettivo previsto dall'articolo 1, punto primo della medesima direttiva è quello di garantire *“la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche e particolarmente del diritto alla vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali”*.

Più in generale, si indirizzano in questa linea di tutela dei diritti fondamentali a livello globale gli sforzi verso la creazione di una “Carta dei Diritti Fondamentali di Internet” sia tramite la predisposizione ed approvazione ad opera di organizzazioni non governative di specifiche dichiarazioni di principi, quale per esempio la *Declaration on Freedom of Communications on the Internet*¹⁵, sia tramite le pressioni rivolte agli stati membri ed alle organizzazioni internazionali di cui la Raccomandazione del Parlamento UE¹⁶ sul rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali si è fatta espressamente latrice invitando a prendere *“in considerazione un'iniziativa che riunisca le varie parti interessate, condotta a vari livelli e orientata al processo nonché una combinazione di iniziative globali e locali, al fine di precisare e proteggere i diritti degli utilizzatori di Internet e di garantire così la legittimità, la responsabilità e l'accettazione del processo”*¹⁷.

¹³ La Direttiva 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati, è stata approvata il 24 ottobre 1995 dal Parlamento e dal Consiglio.

¹⁴ Preambolo della La Direttiva 95/46/CE, cit.

¹⁵ Questa dichiarazione è stata adottata dal Comitato dei Ministri degli Stati membri del Consiglio d'Europa il 20 maggio 2003.

¹⁶ Raccomandazione del Parlamento Europeo sul rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su Internet del 26 marzo 2009, relatore ed estensore Stavros Lambrindis.

¹⁷ *Ibidem*, articolo 1, lett. (ad).

LA TUTELA DEL DIRITTO ALLA PRIVACY SU INTERNET

Particolarmente a rischio su internet è il diritto alla privacy, inteso anche come diritto alla protezione dei dati personali. A dimostrare la rilevanza del problema, è la crescente attenzione che alla questione viene data a livello sia nazionale che comunitario. La prima direttiva europea sulla privacy è la n. 46 del 1995, attuata in Italia dal d.lgs. 196/2003 che detta norme a tutela dei dati personali e che istituisce l'apposito Garante; la direttiva ha inoltre istituito un *Working Party* con il compito di monitorare il livello di protezione della privacy negli Stati membri e di suggerire possibili evoluzioni normative. La seguente direttiva, la c.d. *e-privacy directive*, è stata emanata nel 2002, n. 58. Numerosi anche gli strumenti di soft law al riguardo, tra cui il *memorandum* di Roma, la *risoluzione sulla tutela della privacy nei servizi di social network*, la *Security Issues and Recommendations for Online Social Networks*.

Alla ribalta sono le problematiche relative ai social networks, in particolare a Facebook. L'enorme flusso di informazioni presenti su internet, strumenti (quali i cookies, gli API, i collegamenti ai motori di ricerca...) in grado di *catturare* dati personali presenti sulla rete afferenti alla medesima persona (preoccupante la questione dell'*ombra digitale*), l'extra-territorialità della rete sono alcuni tra i fattori che mettono a repentaglio la privacy degli utenti e che rendono difficoltosa una tutela giuridica adeguata dei diritti fondamentali. Oltre al problema giuridico, il problema sociologico relativo alla debole percezione dei rischi all'interno della rete e della conseguente poca attenzione da parte degli utenti a divulgare i propri dati personali in un ambiente (quello dei social networks) avvertito come sicuro; i problemi tecnici che rendono strutturalmente difficile una tutela effettiva.

La Corte di Strasburgo si è occupata del diritto alla privacy, ricavandolo dal diritto al rispetto alla vita privata¹⁸ (art.8 CEDU *Diritto al rispetto della vita privata e familiare*²). Il diritto in questione ha trovato applicazione in numerosi ambiti: nell'ambito del procedimento penale per quanto riguarda prelievi biologici, ritenzione dei dati del DNA, intercettazioni e riprese

¹⁸ *Vita privata è un termine ampio non suscettibile di una definizione esaustiva* sentenza CorEdu P.G. e J.H. vs Regno Unito, 25/09/2001, application no. 44787/98, § 56; sentenza CorEdu Niemietz vs Germania, 16/12/1992, application no. 13710/88, § 29.

² §1 *Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. §2 Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui*

videografiche³; in riferimento alla divulgazione di dati sensibili concernenti la salute⁴; con riguardo al controllo dei dipendenti⁵. La giurisprudenza della Corte riconosce anche un profilo particolare del diritto alla privacy, costituito dal diritto all'immagine, distinguendo le situazioni in base al carattere pubblico o privato delle fotografie⁶ ed in base all'utilizzo che di esse viene fatto, ed arrivando a considerare come violazione dell'art. 8 anche una mera detenzione dei negativi delle fotografie⁷. Per quanto concerne la tutela del diritto alla privacy su internet, la giurisprudenza della Corte⁸ non ha ancora affrontato i problemi posti dai social networks. Quest'ultimo possibile ambito di applicazione del diritto alla privacy pone, però, problemi assai delicati in quanto è l'utente stesso ad aderire ad un contratto contenente clausole non sempre compatibili con il suo diritto alla privacy.

Il nocciolo della questione risiede nella configurabilità o meno di una rinunciabilità ai diritti fondamentali da parte del diretto interessato. In altri termini, si può parlare di violazione di un diritto previsto dalla CEDU (in particolare del diritto alla privacy), nel momento in cui è la "vittima" stessa a consentire tale violazione? Potrebbe (o dovrebbe) lo Stato impedire una tale rinuncia, apprestando delle soglie minime di tutela?

La rinunciabilità dei diritti costituisce un tema assai spinoso, ancora più problematico in riguardo all'art. 8 che, prevedendo il diritto alla vita privata, implica una libertà di scelta in riferimento all'esercizio dei diritti. Si potrebbe infatti argomentare che chi dispone della divulgazione di proprie informazioni personali non stia rinunciando al diritto alla vita privata, ma stia, al contrario, esercitandolo⁹; e la previsione di tutele da parte dello Stato si configurerebbe, in questa prospettiva, come un'ingerenza illegittima. Inoltre la giurisprudenza della Corte è incerta e poco chiara sul tema della rinunciabilità dei diritti; ha infatti affermato più volte che *la natura di alcuni diritti salvaguardati dalla Convenzione è tale da escludere*

³ Sentenza CorEdu Marper vs Regno Unito, 4/12/2008, application no. 30562/04;30566/04, § 66-67; sentenza CorEdu Amann vs Svizzera, 16/02/2000, application no. 27798/95, § 44; sentenza CorEdu Malone vs Regno Unito, 02/18/1984, application no. 8691/79, § 64; sentenza CorEdu P.G. e J.H. vs Regno Unito, 25/19/2001, application no. 44787/98, § 57-58-59-60; sentenza CorEdu Craxi vs Italia, 17/07/2003, application no. 25337/94, § 57; sentenza CorEdu Van Vondel vs Paesi Bassi, 25/10/2007, application no. 38258/03, § 48-49; sentenza CorEdu Halford vs Regno Unito, 25/06/1997, application no. 20605/92, § 44.

⁴ Sentenza CorEdu I. vs Finlandia, 17/07/2008, application no. 20511/03, § 35-38; sentenza CorEdu Biriuk vs Lituania, 25/11/2008, application no. 23373/03, § 34-39; sentenza CorEdu Armoniene vs Lituania, 25/11/2005, application no. 36919/02, § 35-40; sentenza CorEdu Panteleyenkov vs Ucraina, 29/06/2006, applicatio no. 11901/02, § 47.

⁵ Sentenza CorEdu Copland vs Regno Unito, 03/04/2007, application no. 62617/00, § 41

⁶ Sentenza CorEdu Von Hannover vs Germania, 24/06/2004, application no. 59320/00, § 50-52-63

⁷ Sentenza CorEdu Reklous vs Grecia, 15/01/2009, application no., 1234/05, § 40-41-42-43

⁸ Sentenza CorEdu K.U. vs Finlandia, 02/12/2008, application no. 2872/02, § 46, sul problema dell'impossibilità di risalire, tramite internet, all'autore del reato.

⁹ F. Dreifuss-Netter, *Les manifestations de volonté abdicatives*, Paris, L.G.D.J., p. 245.

una rinuncia alla titolarità del loro esercizio, ma questo non può essere detto di altri diritti¹⁰, configurando così un possibile nesso tra la natura del diritto e la sua rinunciabilità, ma senza specificare ulteriormente il principio (inderogabilità e rinunciabilità? gerarchizzazione dei diritti?)¹¹. In altre sentenze la Corte sembra implicitamente ammettere la possibilità di rinunciare al diritto, ponendo il requisito dell'inequivocabilità della rinuncia¹². Sembra però chiaro che a poter essere oggetto della rinuncia sia l'esercizio del diritto, non il diritto stesso: altrimenti si avrebbe una gravissima lesione del principio di effettività della tutela dei diritti fondamentali, alla luce del quale bisogna interpretare e applicare la CEDU, in quanto non avrebbe senso riconoscere un diritto per poi prevedere per il singolo la facoltà di rinunciarvi.

In questo quadro, come si configura un eventuale intervento dello Stato? Nel caso di specie, l'utente rinuncia all'esercizio del suo diritto alla privacy a favore di Facebook¹³: il consenso prestato rappresenta una manifestazione della sua libertà contrattuale, tutelata in quanto espressione dell'autonomia privata dall'art. 8 CEDU. Un'ingerenza da parte dello Stato sarebbe dunque legittima solo in presenza dei motivi previsti dal § 2 dell'art. 8; tra questi, la *salute e la morale*, che la Commissione e la Corte di Strasburgo hanno ritenuto riferibili anche allo stesso titolare del diritto¹⁴, configurando una sorta di protezione dell'individuo *contro se stesso*¹⁵, cercando di mantenere il delicato equilibrio tra questa necessità di tutela e il rischio di una ricaduta paternalistica e autoritaria da parte dello Stato.

Non bisogna però dimenticare che il diritto alla libertà contrattuale va bilanciato con il diritto alla privacy, anch'esso ricavabile dall'art. 8, tenendo in considerazione che siamo di fronte a una situazione in cui le parti del contratto hanno forza diversa e potrebbe essere necessario

¹⁰ Sentenza CorEdu Albert e Le Compte vs Belgio, 10/02/1086, application no. 7299/75;7496/76, § 35; sentenza CorEdu H. vs Belgio, 30/11/1987, application no. 8950/80, § 54

¹¹ P. Frumer, *La renonciation aux droits et libertés*, Editions Bruylant – Editions de l'Université de Bruxelles 2001

¹² Sentenza CorEdu Neumeister vs Austria, 07/15/1974, application no. 1936/63, § 36, sentenza CorEdu Lustig-Prean e Beckett vs Regno Unito, 27/09/1999, application no. 31417/96;32377/96, § 63-64; sentenza CorEdu Smith e Grady vs Regno Unito, 27/09/1999, application no. 33985/96;33986/96, § 70-71, sentenza CorEdu M.S. vs. Svezia, 27/08/1997, application no. 20837/92, § 32

¹³ *an irrevocable, perpetual, non-exclusive, transferable, fully paid, worldwide license (with the right to sublicense) to use, copy, publicly perform, publicly display, reformat, translate, excerpt (in whole or in part) and distribute such User Content for any purpose, commercial, advertising, or otherwise, on or in connection with the Site or the promotion thereof, to prepare derivative works of, or incorporate into other works, such User Content, and to grant and authorize sublicenses of the foregoing*

¹⁴ Decisione CommEdu Acmanne vs Belgio, 10/12/1984, application no. 10435/83, p.253; decisione CommEDU Martin vs Regno Unito, 28/02/1996, application no. 27533/95, p. 169; decisione CommEdu X. vs Regno Unito, 06/03/1982, application no. 8231/78, p. 5; decisione CommEdu A.B. e G.I.A. vs Francia, 20/05/1998, application no. 28660/95

¹⁵ P. Frumer, *La renonciation aux droits et libertés*, Editions Bruylant – Editions de l'Université de Bruxelles 2001, pagg. 361 ss.

approntare una tutela maggiore (prevista infatti dai legislatori comunitario e europeo¹⁶) a favore della parte debole rappresentata dall'utente-consumatore. Inoltre, la "scelta" di limitare in maniera così incisiva il proprio diritto alla privacy non è finalizzata esclusivamente al raggiungimento dello scopo del contratto, ovvero la condivisione di informazioni con gli amici, ma per qualunque finalità stabilita da Facebook e non sempre controllabile dall'utente. Proprio in virtù del fatto che si tratta di una libertà contrattuale *sui generis*, si potrebbe sostenere che il bilanciamento penda a favore del diritto alla privacy, in quanto sull'altro piatto della bilancia non si ha una vera e propria libertà?

Ai fini della protezione del diritto alla privacy, da parte dello Stato non si ha solo un obbligo di non ingerenza, ma altresì un'obbligazione positiva di assicurare l'effettività di tale tutela, come ormai pacificamente riconosciuto dalla Corte anche con riferimento all'art. 8¹⁷, anche nei rapporti tra privati (c.d. effetto orizzontale). Quando tali rapporti si esprimono attraverso la conclusione di contratti, lo Stato ha spazio per intervenire a garanzia di un esercizio della libertà contrattuale compatibile con il rispetto dei diritti previsti nella CEDU, ponendo limiti a tale autonomia¹⁸.

¹⁶ Direttiva 95/46/CE, direttiva 2002/58/CE, d. lgs. 196/2003.

¹⁷ Sentenza CoreDU Airey vs Irlanda, 09/10/1979, application number 6289/73, § 32; sentenza CorEdu I. vs. Finlandia, 17/07/2008, application no. 20511/03, § 36; sentenza CorEdu X e Y vs Paesi Bassi, 26/03/1985, application no. 8978/80, § 23; sentenza CorEdu Botta vs Italia, 24/02/1998, application no. 21439/93, § 33; sentenza CorEdu Hannover vs Germania, 24/06/2004, application no. 59320/00, § 57; sentenza CorEdu Barreto vs Portogallo, 21/11/1995, application no. 18072/91, § 23; sentenza CorEdu Marckx vs Belgio, 13/06/1979, application no. 6833/74, § 31

¹⁸ Sentenza CorEdu Khurshid Mustafa e Tarzibachi vs Svezia, 16/12/2008, application no. 23883/06, § 33; sentenza CorEdu Pla e Puncenrau vs Andorra, 13/07/2004, application no. 69498/01, § 59

I TERMINI DI FACEBOOK ED I DIRITTI DEGLI UTENTI

Privacy Policy

In materia di privacy e di autonomia contrattuale, il modello americano della privacy si presenta come un sistema “settoriale” che disciplina i rapporti tra i privati sulla base della nozione cardine del consenso, e che affida perlopiù alle forme di autoregolamentazione privata la protezione dei dati personali: un sistema in cui la privacy è sempre in linea di principio negoziabile, per cui risulta dubbio se essa, più che un diritto fondamentale, sia considerata piuttosto un “interesse” che nel rapporto tra privati non riveste valore di per sé¹⁹.

Nel modello europeo, invece, si configura un’opposta visione “generale” e “protettiva” della privacy, che dispone un solido quadro normativo generale e fortemente garantista, ritenendo in taluni casi il consenso non sufficiente per disporre del proprio diritto alla riservatezza²⁰.

Sintomatica di tali divergenze è stata, pertanto, la sottoscrizione tra USA e UE di un accordo di “Safe Harbour” attraverso l’adozione della decisione 520/2000/CE (“Safe Harbour decision”), promosso dal Dipartimento del Commercio degli Stati Uniti in consultazione con l’Unione Europea, e resosi necessario dal divieto, posto dalla direttiva sulla privacy 95/46/CE, di trasferire dati personali a Paesi terzi che non garantissero un livello “adeguato” di protezione della riservatezza. L’adesione delle imprese americane è volontaria ed il sistema si basa su un nucleo di principi essenziali tratti dalla direttiva europea, i “Safe Harbour Principles”²¹, che

¹⁹ UGO PAGALLO, *La tutela della Privacy negli Stati Uniti d’America e in Europa: modelli giuridici a confronto*, 2008, Giuffré Editore, p.61 ss.

²⁰ Si veda a questo proposito la direttiva 95/46/CE, che all’art. 8.2 a) stabilisce il venir meno del divieto di trattamento dei dati sensibili qualora *la persona interessata abbia dato il proprio consenso esplicito a tale trattamento, salvo nei casi in cui la legislazione dello Stato membro preveda che il consenso della persona interessata non sia sufficiente per derogare al divieto.*

²¹ Tali principi, elencati nella decisione 520/2000/CE, sono:

- Notifica: gli interessati devono essere adeguatamente informati delle finalità e delle modalità di trattamento dei loro dati personali;
- Scelta: gli interessati devono poter scegliere se le informazioni personali che li riguardano vadano rivelate a terzi o utilizzate per fini incompatibili con quelli per cui erano state originariamente raccolte; per i dati sensibili il consenso deve sempre essere esplicito;
- Trasferimento successivo: il trasferimento dei dati a terzi è possibile soltanto se essi applicano i principi di adeguata protezione dei dati;
- Sicurezza: devono essere prese ragionevoli precauzioni per proteggere i dati personali da perdita ed abusi nonché da accesso, rivelazione, alterazione e distruzione non autorizzati;
- Integrità dei dati: le informazioni personali devono risultare pertinenti ai fini per cui sono state raccolte od a quelli successivamente autorizzati dagli interessati;
- Accesso: gli individui devono poter accedere alle informazioni personali che li riguardano ed altresì poterle correggere, emendare o cancellare;
- Garanzie d’applicazione: occorre disporre meccanismi volti a garantire il rispetto dei principi, la possibilità di ricorso per gli individui cui si riferiscono i dati che vedano lesi i propri interessi dal mancato rispetto dei principi stessi, e la non impunità di un’organizzazione che non rispetti i principi.

mirano a stabilire un punto di incontro tra i due differenti approcci in materia di privacy. Lo scopo è assicurare ai cittadini europei, i cui dati personali siano trasferiti negli Stati Uniti, un livello di tutela “adeguato”, anche se comunque non equivalente a quello attualmente previsto per i membri dell’Unione Europea²².

In relazione alle condizioni di utilizzo di Facebook, si può notare come la Privacy Policy del network dichiari la partecipazione al programma EU Safe Harbour, benché dalla lettura delle Condizioni di Utilizzo possano emergere alcune perplessità in merito alla reale adeguatezza del contratto agli standard europei come emergerà di seguito.

I termini di utilizzo

Rispetto alle divergenze tra l’approccio giuridico americano ed europeo e le problematiche affrontate sulla natura stessa di Internet, la questione si pone in concreto di fronte alla sottoscrizione da parte di un utente italiano di un contratto quale quello di Facebook, regolato, peraltro, dalla normativa statunitense secondo le clausole in esso contenute²³. Legittimo interrogativo, soprattutto alla luce di quanto esposto in relazione alla disponibilità dei diritti, è se ed in quale misura sia opportuno un intervento statale che ponga dei limiti all’autonomia contrattuale dell’utente, delle prevedendo maggiori garanzie come nel sistema europeo.

In relazione a tale questione, un raffronto è possibile con riferimento ad un ambito in cui lo Stato è già intervenuto sull’autonomia contrattuale del cittadino, ovvero la normativa relativa alla tutela del consumatore²⁴ nei contratti tra quest’ultimo e il professionista, valutati legislativamente come contratti in cui il “contraente forte”, ossia il professionista, può avvalersi della propria forza contrattuale per imporre al consumatore, “contraente debole”, condizioni contrattuali che provocherebbero, a danno del secondo, uno squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto²⁵. La *ratio* di tale intervento legislativo vuole essere dunque una *ratio* di tutela del contraente debole, in quanto finalizzato a garantire quell’informazione e trasparenza²⁶ giudicate come necessarie per “riequilibrare” il rapporto tra professionista e consumatore: il consenso dell’utente-consumatore europeo deve infatti essere sempre un

²² Si veda in proposito U. PAGALLO, op. cit.

²³ In particolare, Facebook stabilisce nelle Condizioni di Utilizzo che il contratto è governato dalle leggi dello Stato del Delaware, *without regard to principles of conflict of laws*, e che la giurisdizione, nei casi eccezionali in cui non si ricorra all’arbitrato, spetta alle Corti federali dello Stato della California.

²⁴ Si fa riferimento al “Codice del Consumo” (d.lgs. 206/2005), con cui si è posta in essere un’operazione di armonizzazione e di riordino delle disposizioni vigenti in materia di tutela del consumatore, introdotte in attuazione della normativa europea.

²⁵ F. GALGANO, *Diritto Privato*, XIII ediz. (2006), Cedam, p. 305.

²⁶ All’art.2.2 del Codice del Consumo vengono infatti riconosciuti agli utenti *come fondamentali i diritti: c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; e) alla correttezza, alla trasparenza ed all’equità nei rapporti contrattuali.*

*consenso informato*²⁷. In questa prospettiva, tale intervento potrebbe ragionevolmente essere letto non tanto come limite all'autonomia contrattuale²⁸, bensì come *garanzia*, attribuzione di diritti ulteriori di cui viene peraltro espressamente sancita l'irrinunciabilità, anche qualora al contratto si applichi una legislazione diversa da quella italiana²⁹.

In proposito, si potrebbe ulteriormente constatare che tale forte tutela è accordata dallo Stato laddove i contraenti dispongano di diritti patrimoniali: perché allora - *a fortiori* - non pensare che possa rendersi necessaria laddove in gioco vi sia la disposizione dei diritti fondamentali della persona, quale è il diritto alla privacy?

Dopo tali considerazioni, la questione sull'opportunità o meno di un intervento legislativo sulla libertà di disporre dei propri dati personali sottoscrivendo un contratto quale quello di Facebook potrebbe essere riletta alla luce del se e come l'utente italiano debba essere tutelato in quanto utente-consumatore.

Infatti, non si potrebbe forse rilevare la presenza di uno squilibrio tra diritti e obblighi dell'utente e del fornitore, laddove all'utente, per perseguire una determinata finalità, ovvero "mantenere e condividere i contatti con le persone della tua vita"³⁰, viene necessariamente richiesta l'accettazione di condizioni che esulano da tale finalità, tra le quali l'attribuzione automatica a Facebook, attraverso la pubblicazione dei contenuti sul sito, di "*an irrevocable, perpetual, non-exclusive, transferable, fully paid, worldwide license (with the right to sublicense) to use, copy, publicly perform, publicly display, reformat, translate, excerpt (in whole or in part) and distribute such User Content for any purpose, commercial, advertising...*"?

²⁷ In *I contratti di Internet. Sottoscrizione, nuovi contratti, tutela del consumatore, privacy e mezzi di pagamento*, a cura di ANDREA LISI, 2006, collana Giurisprudenza Critica, ed. Utet giuridica, p.171 ss., si rileva come il contratto del consumatore venga considerato da alcuni autori l' "ultima frontiera dell'autonomia privata" (IRTI, 2008), "nuovo paradigma contrattuale" che individua nello squilibrio delle posizioni il proprio tratto caratterizzante (ROPPO, 2001), e in relazione al quale assume un'importanza fondamentale il ruolo dell'informazione: ad essere fortemente tutelato è infatti l'interesse del consumatore ad acquisire una conoscenza il più possibile completa della vicenda contrattuale in funzione dell'adesione di una adesione consapevole (SCALIS, 1993). Si parla appunto, a questo proposito, di "contratto informato" che proporrebbe una sorta di "dogma dell'informazione" in luogo del tradizionale "dogma della volontà" (MUSY, 1999).

²⁸ Nel *Commentario al codice del consumo*, a cura di P.STANZIONE e G.SCIANCALEPORE, ed. Ipsoa, si parla di "nuova autonomia privata" fondata sulla consapevolezza delle scelte del consumatore, del citando le considerazioni di G. Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1998, 21 ss.

²⁹ Si veda l'art.143 del Codice del Consumo, rubricato "Irrinunciabilità dei diritti":

1. *I diritti attribuiti al consumatore dal codice sono irrinunciabili. È nulla ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice.*

2. *Ove le parti abbiano scelto di applicare al contratto una legislazione diversa da quella italiana, al consumatore devono comunque essere riconosciute le condizioni minime di tutela previste dal codice.*

³⁰ Così come riportato nella homepage di Facebook.

Rispetto alla normativa italiana (ed europea), e in particolare rispetto alla tutela accordata al consumatore, le Condizioni di Utilizzo di Facebook peraltro contengono alcune clausole piuttosto “controverse”, la cui compatibilità col nostro sistema parrebbe dubbia.

Tra queste, a sollevare i maggiori interrogativi e perplessità sono soprattutto:

1) Iscrizione a Facebook - Modalità di conclusione del contratto

In Facebook la conclusione del contratto avviene senza che sia richiesta un'espressa dichiarazione di accettazione delle condizioni contrattuali, e senza necessariamente passare in lettura il contratto: l'iscrizione avviene semplicemente attraverso l'accesso, cliccando il tasto “iscriviti”.

Tale modalità di conclusione del contratto sembrerebbe contrastare con la *ratio* stessa della normativa sulla tutela del consumatore, in quanto non vengono posti in essere quei meccanismi necessari a garantire la prestazione di un consenso informato: così il Codice del Consumo, all'art.5.3 stabilisce che *“le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore”*. A questo scopo, per rendere più effettiva la conoscenza dell'utente, molto spesso nei contratti *on line* si creano percorsi obbligati nella fase di conclusione dell'accordo, facendo ad esempio accedere l'aderente al “tasto negoziale” solo previa *scrolling* a video delle condizioni generali³¹, o perlomeno richiedendo di dichiarare espressamente di averle lette.

2) Parziale traduzione del contratto in italiano

Lo stesso contratto prevede che l'unica versione legalmente vincolante sia quella in lingua inglese e la traduzione in italiano é fornita esclusivamente a titolo informativo, lasciando ampie parti non tradotte o del tutto mancanti. Ciò pare però in contrasto con quanto stabilito dal Codice del Consumo all'art. 9: *“1. Tutte le informazioni destinate ai consumatori e agli utenti devono essere rese almeno in lingua italiana. 2. Qualora le indicazioni di cui al presente titolo siano apposte in più lingue, le medesime sono apposte anche in lingua italiana e con caratteri di visibilità e leggibilità non inferiori a quelli usati per le altre lingue”*.

³¹ *I contratti di Internet. Sottoscrizione, nuovi contratti, tutela del consumatore, privacy e mezzi di pagamento*, a cura di ANDREA LISI, 2006, collana Giurisprudenza Critica, ed. Utet giuridica, p.231.

3) Modificabilità unilaterale delle condizioni contrattuali senza alcun avviso

Nell'incipit del contratto (non riprodotto nella versione italiana!) Facebook stabilisce di riservarsi *“the right, at his sole discretion, to change, modify, add, or delete portions of these Terms of Use at any time without further notice”*, indicando soltanto all'inizio della pagina relativa ai Terms of Use la data dell'ultima modifica. Dunque è soltanto dell'utente la *“responsibility to regularly check the Site to determine if there have been changes to these Terms of Use and to review such changes”*. Non è pertanto richiesta l'accettazione espressa delle modifiche contrattuali, considerandosi come accettazione tacita il semplice utilizzo continuato (*“your continued use”*) del servizio o del sito a seguito di tali cambiamenti. Nella Privacy Policy, inoltre, viene specificato che mentre i *“material changes”* producono i loro effetti dopo 30 giorni dalla loro pubblicazione, i *“non-material changes”* hanno effetto immediato, ma non è chiaro quale sia la differenza tra *“material”* e *“non-material”*.

Ci si interroga, dunque, se una clausola simile possa ritenersi compatibile col nostro sistema contrattuale, posto che il Codice del Consumatore, all'art. 33.2 lett. l) e m) attribuisce addirittura il carattere di *“vessatorietà”* alle clausole che hanno per oggetto il *“prevedere l'estensione dell'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto”* e il *“consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso”*.

4) Possibilità di contrarre ai minori di 18 anni (maggiori di 13)

Facebook richiede che gli utenti abbiano almeno 13 anni, e, se minori di 18, che frequentino attualmente la *high school* o il *college*; per gli utenti della fascia di età compresa tra i 13 e i 18 anni inoltre, nella Privacy Policy si raccomanda di chiedere il permesso ai genitori prima di inviare qualunque informazione personale. Ci si chiede a questo proposito quale valore possa avere il contratto di Facebook concluso da un minore, posto che il nostro ordinamento stabilisce inequivocabilmente che la capacità di agire si acquista col diciottesimo anno di età, e che dunque il consenso prestato da un minore è un consenso non valido che rende il contratto annullabile³².

Per quanto riguarda i minori di 13 anni, Facebook dichiara di non raccogliere o richiedere loro consapevolmente informazioni personali né di permettere consapevolmente loro di registrarsi, e aggiunge inoltre che nel caso in cui venisse a conoscenza che sono state raccolte informazioni personali da un minore di 13 anni senza averne verificato il consenso da parte dei genitori,

³² Art. 2.1 c.c. *“La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno”*; art. 1425.1 c.c. *“Il contratto è annullabile se una delle parti era legalmente incapace di contrattare”*.

eliminerà tali informazioni il prima possibile; a questo scopo predispone un modulo in cui segnalare qualsiasi sospetto relativamente al suo possesso di informazioni da o relativamente a un minore di 13 anni. Ma è facilmente immaginabile che un minore di 13 anni possa comunque agevolmente iscriversi dichiarando un'età falsa: il problema è certamente di ampio respiro e non riguarda solo Facebook e i social network³³, ma Internet in generale, in quanto dovuto alla sua stessa natura.

5) Conservazione a tempo indeterminato dei dati anche dopo la disattivazione dell'account

Facebook attribuisce all'utente la possibilità di "cancellare" il proprio profilo: "*you may remove your User Content from the Site at any time*"; da quel momento, la licenza sostanzialmente illimitata sui contenuti accordata a Facebook attraverso la loro pubblicazione "*will automatically expire*", ma "*the Company may retain archived copies of your User Content...*", senza dunque specificare per quanto tempo. Infatti, una volta disattivato il proprio account, sarà sempre possibile riattivarlo semplicemente reinserendo la propria mail e la password senza ricorrere ad una nuova iscrizione, e il profilo verrà ripristinato esattamente nello stato in cui era al momento della disattivazione. Si può parlare dunque di una vera e propria facoltà di recesso in capo all'utente o no, ritenendo che in sostanza si sia piuttosto in presenza di un contratto perpetuo? E' possibile cioè ottenere la cancellazione dell'iscrizione da Facebook con la conseguente eliminazione dei propri dati o con l'iscrizione l'autonomia contrattuale verrebbe esercitata una volta per tutte rinunciando così alla possibilità di un ripensamento e determinando, per altro, non solo una disposizione ma una totale perdita di controllo e perciò alienazione dei propri dati personali?

Il nostro codice civile è ispirato ad un principio generale di sfavore per i rapporti contrattuali perpetui, in quanto considerati come una "*rinuncia alla libertà contrattuale*" con cui "*il singolo disporrebbe, con un unico (ed estremo) atto di libertà, di tutta la sua libertà futura*"³⁴; inoltre, se si interpretasse la clausola come una sostanziale negazione della facoltà di recesso in capo all'utente, verrebbe in considerazione quanto stabilito dal Codice del Consumo, che elenca tra

³³ Il problema è stato anche recentemente sollevato dalla Commissaria Vivien Reding nel suo videomessaggio del 14-03-2009 "Protecting Privacy in the digital age", in cui afferma: "*I firmly believe that at least the profiles of minors must be private by default and unavailable to internet search engines. The European Commission has already called on social networking sites to deal with minors' profiles carefully, by means of self-regulation. I am ready to follow this up with new rules if I have to. But only if there is no other way*".

³⁴ F. GALGANO, *Diritto Privato*, XIII ediz. (2006), Cedam, p. 324. L'A. rileva inoltre che in merito alla questione dell'ammissibilità dei contratti atipici perpetui nel nostro ordinamento, prevale l'opinione dell'inammissibilità di tali vincoli come principio di ordine pubblico.

le clausole “vessatorie” anche quella avente ad oggetto il “*riconoscere al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto*”³⁵.

Per quanto riguarda la questione strettamente relativa alla conservazione di copie del profilo dell’utente, verrebbero poi in rilievo le norme del Codice della Privacy (d.lgs. 196/03), che stabiliscono all’art.7.3 lett.b) che “*l’interessato ha diritto di ottenere la cancellazione, la trasformazione in forma anonima o il blocco dei dati trattati in violazione di legge, compresi quelli di cui non è necessaria la conservazione in relazione agli scopi per i quali i dati sono stati raccolti o successivamente trattati*” e all’art. 11 lett.e) che “*i dati personali oggetto di trattamento sono conservati in una forma che consenta l’identificazione dell’interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati*”.

6) Rapporto con i Terzi (Websites, Applications, Software, Content)

Posto che il Sito contiene collegamenti ad altri Siti, e a contenuti (articoli, fotografie, informazioni, applicazioni, software,...) che appartengono a Terzi, Facebook dichiara che essi “*are not investigated, monitored or checked for accuracy, appropriateness, or completeness*” ed inoltre di non essere “*responsible for any Third Party Sites accessed through the Site or any Third Party Applications, Software or Content posted on, available through or installed from the Site, including the content, accuracy, offensiveness, opinions, reliability, privacy practices or other policies of or contained in the Third Party Sites or the Third Party Applications, Software or Content*”. E’ dunque onere dell’utente controllare le Condizioni di Utilizzo e la Privacy Policy di ciascun Sito su cui si naviga attraverso Facebook o collegato alle applicazioni installate attraverso Facebook.

Sostanzialmente dunque, trasmettendo dati personali - anche sensibili - a Facebook, essi possono entrare in possesso di Terzi senza che Facebook assicuri alcuna forma di controllo. A questo proposito si potrebbero dunque richiamare l’art. 33.2 lett. s) del Codice del Consumo, che attribuisce il carattere vessatorio alla clausola avente per oggetto il “*consentire al professionista di sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti dal contratto, anche nel caso di preventivo consenso del consumatore, qualora risulti diminuita la tutela dei diritti di quest’ultimo*”.

³⁵ Art.33.2, lett g).

7) Esclusione di responsabilità

Facebook dichiara che *“under no circumstances will the Company be responsible for any loss or damage, including any loss or damage to any User Content or personal injury or death, resulting from anyone's use of the Site or the Service, any User Content or Third Party Applications, Software or Content posted on or through the Site or the Service or transmitted to Users, or any interactions between users of the Site, whether online or offline”*. Tale esclusione di responsabilità sembrerebbe contrastare con l'art. 1341 co. 2 c.c. che prevede l'inefficacia, *“se non sono specificamente approvate per iscritto”*, delle condizioni generali di contratto predisposte unilateralmente da una parte, *“che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità”*. Inoltre, in riferimento all'esclusione di responsabilità in caso di *“personal injury or death”*, viene in rilievo l'art. 33 co. 2 lett.a) del Codice del Consumo, che considera vessatoria la clausola avente per oggetto l'*“escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista”*.

8) Risoluzione del contratto

Si stabilisce che *“the Company may terminate your membership, delete your profile and any content or information that you have posted for any reason, or no reason, at any time in its sole discretion, with or without notice”*, accordando dunque al fornitore un diritto di recesso del tutto incondizionato. Tale diritto, nel nostro sistema, è però negato dall'art. 1341.2 c.c., che sancisce l'inefficacia delle condizioni generali di contratto *“che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, facoltà di recedere dal contratto”*.

9) Clausola compromissoria e deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria

Tra le Condizioni di Utilizzo vi è la clausola compromissoria che appunto stabilisce che *“the sole and exclusive forum and remedy for any and all disputes and claims relating in any way to or arising out of these terms of use, the site and/or the service shall be final and binding arbitration”*, salvo alcuni casi eccezionali per il quali è accordata la tutela giurisdizionale presso le corti federali dello Stato della California. Entrambi i casi sarebbero inammissibili nel nostro sistema: da un lato infatti, vengono considerate inefficaci le clausole compromissorie predisposte unilateralmente da una sola parte³⁶, dall'altra si presumono vessatorie le clausole

³⁶ Art. 1341.2 c.c. relativo alle “Condizioni generali di contratto”: *“In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte,(...) clausole compromissorie”*.

che sanciscono *“a carico del consumatore, deroghe alla competenza dell’autorità giudiziaria”*³⁷ e che stabiliscono *“come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore”*³⁸.

Alla luce di tutto ciò, appare evidente come la tutela dei diritti, anche in ambito civilistico, sia molto complessa e delicata. Da una lato, infatti, il diritto tradizionale dei contratti difficilmente si concilia con le esigenze proprie della rete e necessita, dunque, di strumenti appositi di regolamentazione, oggi in continua elaborazione; dall’altro, pur senza prevedere un’ingerenza sostanziale nell’autonomia del contraente, il c.d. “consenso informato” e la tutela approntata al consumatore dal nostro ordinamento possono apparire sistemi idonei di tutela dei diritti.

³⁷Codice del Consumo, art.33.2 lett. t).

³⁸Codice del Consumo, art.33.2 lett. u).

LIBERTA' DI ESPRESSIONE E INTERNET

Tanto a livello nazionale, quanto a livello internazionale “*cyberspace requires that [human rights] be considered anew*”³⁹. Fin dal 1982, il Consiglio d’Europa, con l’adozione della *Declaration on the Freedom of Expression and Information*, non solo ha riaffermato la portata dell’art. 10 della CEDU, ma ha definito la libertà di espressione “*a fundamental element [of] the principles of genuine democracy, the rule of law and respect of human rights*”⁴⁰, riconoscendo che “*the continued development of information and communication technology should serve to further that right, regardless of frontiers, to express, seek, to receive and to impart information and ideas, whatever their source*”⁴¹. Un ulteriore passo avanti nell’affermazione dei principi da osservare a tutela dei diritti fondamentali nell’uso delle nuove tecnologie di comunicazione è stato, poi, offerto dalla *Declaration on Freedom of Communications on the Internet* adottata, nel maggio del 2003, dal Comitato dei Ministri degli Stati membri del Consiglio d’Europa, al fine di indicare agli Stati come agire per non interferire nella libertà di espressione su Internet⁴². Consapevoli, ormai, che la soluzione ai problemi che creano allarme sociale su Internet non può risolversi con interventi di legge da parte di singoli governi ma, piuttosto, con lo sviluppo di pratiche di cooperazione più efficaci per la repressione dei crimini, associate a campagne di educazione degli utenti della rete, da più parti si auspica l’adozione di una vera e propria “Carta dei diritti” da applicare alle “networked communications technologies”. Ad un tale progetto sta lavorando il Centre for Innovation Law and Policy and the International Human rights Clinic della facoltà di Toronto⁴³: l’art. 2 (Freedom of Expression)⁴⁴ e l’art 6 (Diversity of Expression)⁴⁵ della “NCFC - Networked

³⁹ RICHARD C. OWENS, “*Human Rights and the Internet - Balance and exercise of fundamental rights online*”, CRi 6/2008, pp. 161-168.

⁴⁰ Art. 1 “Declaration on the Freedom of Expression and Information” (adopted by the Committee of Ministers on 29 April 1982 at its 70th Session) , online: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=686067&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>.

⁴¹ Art 5 “Declaration on the Freedom of Expression and Information”.

⁴² Council of Europe, “Declaration on Freedom of Communication on the Internet” (May 28, 2003), online: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=37031>.

⁴³ Vedi nota 1.

⁴⁴ Art. 2 - FREEDOM OF EXPRESSION

- (1) Everyone has the right to freedoms of thought, belief, opinion and expression. This right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any networked communication technology, regardless of borders.
- (2) Freedom of networked communication is both a fundamental human right in itself and an indispensable means of realising other fundamental human rights and freedoms.

⁴⁵ Art. 6 - DIVERSITY OF EXPRESSION

- (1) Everyone has the freedom to participate in a diversity of networks of expression, networks of knowledge and networks of communities.

Communications Freedom Charter” evidenziano come l’attenzione per la tutela della libertà di espressione nell’uso delle moderne tecnologie sia il corollario dell’ormai consolidato riconoscimento della libertà di espressione quale diritto umano fondamentale a livello di legislazione internazionale (art. 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo; art. 19 Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici), regionale (art. 10 Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo; art. 13 American Convention on Human Rights; art. 9 African Charter on Human and peoples’ Rights) e nazionale (art. 21 Costituzione italiana), con conseguente necessaria riconfigurazione del diritto stesso alla luce dei nuovi mezzi di comunicazione.

Nel contesto di società globale nel quale viviamo, l’accesso ad un’informazione esente da qualsiasi tipo di censura e la piena libertà di comunicazione sono prerogative fondamentali del diritto alla libertà di espressione. Per questo, nel suo report del gennaio 2002, lo Special Rapporteur dell’Onu, Hussain Abid, ha affermato che *“excessively stringent regulation [in order to control illegal material] betrays a paternalistic attitude and frustrates the Internet’s potential to ensure respect in practice for the right to freedom of expression”*⁴⁶.

Nell’ambito del Consiglio d’Europa, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha elaborato la giurisprudenza del diritto alla libertà di espressione, tutelato dall’articolo 10 CEDU,⁴⁷ fin dalla sentenza Handyside c. Regno Unito:

“Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it is applicable not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the

(2) Diversity of expression, as a means of literacy, education and participation, shall be directed to the full development of the human personality and to the strengthening of respect for human rights and fundamental freedoms.

⁴⁶ Hussain Abid (Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression), “Civil and Political Rights, Including the question of Freedom of Expression” E/CN. 4/2002/75, online: United Nations <https://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G02/103/96/PDF/G0210396.pdf> , § 93 in RICHARD C. OWENS, “Human Rights and the Internet - Balance and exercise of fundamental rights online”, Cri 6/2008.

⁴⁷ Articolo 10 . Libertà di espressione

1. Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive.
2. L’esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all’integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l’autorità e l’imparzialità del potere giudiziario.

*State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society". This means, amongst other things, that every "formality", "condition", "restriction" or "penalty" imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued*⁴⁸.

Secondo la Corte, qualsiasi restrizione alla libertà di espressione deve essere prescritta dalla legge, perseguire uno scopo legittimo (in base all'art 10 § 2) ed essere necessaria in una società democratica; inoltre i principi dell'art. 10 si differenziano a seconda del mezzo cui si applicano: la natura e l'estensione delle restrizioni dipendono dal potenziale impatto del mezzo stesso⁴⁹. Infatti la Corte ha applicato la libertà di espressione in modi diversi rispetto ai diversi media, come nella sentenza *Jersild c. Danimarca*⁵⁰ in cui ha affermato che: *"the potential impact of the medium concerned is an important factor"*⁵¹ nella valutazione dell'ingerenza ai fini dell'art. 10.

Se qualsiasi azione da parte del governo deve essere effettiva (nel senso che deve ragionevolmente servire ad uno degli scopi previsti) e proporzionata (vale a dire non eccessiva)⁵², numerosi sono i problemi che si pongono in relazione alla libera espressione via Internet, sotto entrambi i profili: quanto all'effettività, ad esempio, la natura stessa di Internet fa sì che gli utenti possano agilmente aggirare eventuali moniti censori della legislazione (semplicemente cercando "host" in paesi che non applicano misure restrittive, adottando identità false o agendo in anonimato, ecc.); in merito alla proporzionalità, invece, ogni Stato deve tener presente che una limitazione alla libertà di espressione non può essere ammessa nel caso in cui lo stesso scopo possa essere perseguito in modo alternativo e meno restrittivo. Ciò implica che, per la definizione di regole efficaci in materia informatica, il legislatore dovrebbe avvalersi di esperti tecnici ed informatici. Il rischio in cui si incorre altrimenti è che una previsione normativa sul filtraggio in Internet non possa essere efficacemente applicata e, anche qualora si cercasse di osservarla, potrebbe aumentare la discriminazione tra quegli utenti che comunque riuscirebbero ad aggirare l'ostacolo ed i meno esperti.

Ritroviamo nella recente giurisprudenza della Corte esempi di come lo Stato possa ingerirsi nella libera espressione degli individui su Internet. Nel caso *Zaoui c. Svizzera*⁵³, nel quale il ricorrente, membro e promotore del *Conseil consultatif national du Front Islamique du Salut* (CCFIS), denunciava la violazione dell'art. 10 per sequestro del suo fax, negazione di accesso

⁴⁸ Sentenza CorEDU *Handyside c. Regno Unito*, 7/12/1976, Application no. 5493/72, § 49

⁴⁹ *Case Law of the European Court Relevant on the Internet*, su www.cdt.org/gilc/report.html

⁵⁰ Sentenza CorEDU *Jersild c. Danimarca*, 23/09/1994, Application no. 15890/89

⁵¹ *Ibid.*, §31.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Decisione CorEDU *Zaoui c. Svizzera*, 18/01/2001, Application no. 41615/98.

alla posta elettronica e alla rete Internet e minaccia di sequestro dei suoi apparecchi telefonici, la Corte ha dichiarato, all'unanimità l'irricevibilità del ricorso in quanto *“la saisie des moyens de communication afin d'empêcher le requérant de poursuivre de la propagande pour le CCFIS peut être justifiée comme nécessaire dans une société démocratique à la sécurité nationale et à la sûreté publique”*⁵⁴.

Allo stesso modo, nella decisione *Perrin c. Regno Unito*, la Corte ha stabilito che *“the applicant's criminal conviction could be regarded as necessary in a democratic society in the interests of the protection of morals and/or the rights of others”*⁵⁵, così respingendo la prospettata violazione dell' art. 10 per la condanna a tre mesi di reclusione inflitta dai tribunali inglesi (in applicazione dell'Obscene Act) a danno del ricorrente Perrin, titolare di un sito, accessibile a chiunque durante la navigazione in Internet, la cui prima pagina presentava immagini dal forte contenuto erotico.

Infine, nella recentissima sentenza *Times Newspapers Ltd (NOS 1 and 2) c. Regno Unito*⁵⁶, *“the Court ... [concludes] that in the present case, the finding by the domestic courts in the second action that the applicant had libelled the claimant by the continued publication on the Internet of the two articles was a justified and proportionate restriction on the applicant's right to freedom of expression”*⁵⁷, statuendo, all'unanimità, la non violazione dell'art 10 in un caso riguardante un processo di diffamazione per articoli pubblicati a mezzo stampa e a mezzo Internet.

In Italia, la questione della tutela della libertà di espressione sotto il profilo considerato è stata recentemente affrontata tanto a livello giurisprudenziale, quanto a livello legislativo.

Innanzitutto, la Cassazione⁵⁸ ha stabilito che forum, blog, newsletter e newsgroup non sono assimilabili alla stampa e, di conseguenza, essi, da un lato, non sono soggetti agli stessi obblighi e, dall'altro, non godono delle stesse tutele del mezzo stampa.

Nel caso di specie, originato da un ricorso presentato dall'Aduc (Associazione per i diritti degli utenti e dei consumatori) che contestava la legittimità di un sequestro preventivo di alcune pagine WEB di un sito Internet in cui comparivano messaggi ed espressioni offensive del comune sentimento religioso, la Cassazione, dopo aver affrontato la questione in punto di

⁵⁴ *Ibid.*, § 2.

⁵⁵ Decisione CorEDU *Perrin c. Regno Unito*, 18710/2005, Application no. 5446/03, § 1.

⁵⁶ Sentenza *Times Newspapers Ltd (NOS 1 and 2) c. Regno Unito*, 10/03/2009, Applications 3002/03 and 23676/03.

⁵⁷ *Ibid.*, § 49.

⁵⁸ Cassazione, sentenza n. 10535 Ud. 11 dicembre 2008, deposito 10 marzo 2009.

offese a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone (art. 403 c.p.) ha escluso l'applicabilità della legge 8 febbraio 1948, n. 47 in materia di stampa⁵⁹:

“[...]Il Collegio ritiene che esattamente il tribunale del riesame ha dichiarato che nel caso di specie non trova applicazione l'art. 21, comma 3, Cost., secondo cui “Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili”, dato che la concreta fattispecie in esame non rientra nella più specifica disciplina della libertà di stampa, ma solo in quella più generale di libertà di manifestazione del proprio pensiero di cui all'art. 21, comma 1, Cost.^{60]}”

Gli interventi dei partecipanti al forum in questione, invero, non possono essere fatti rientrare nell'ambito della nozione di stampa, neppure nel significato più esteso ricavabile dall'art. 1 della legge 7 marzo 2001, n. 62^{61]}, che ha esteso l'applicabilità delle disposizioni di cui all' articolo 2 della legge 8 febbraio 1948, n. 47^{62]} (legge sulla stampa) al “prodotto editoriale”, stabilendo che per tale, ai fini della legge stessa, deve intendersi anche il “prodotto realizzato ... su supporto informatico, destinato alla pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico”.

Il semplice fatto che i messaggi e gli interventi siano visionabili da chiunque, o almeno da coloro che si siano registrati nel forum, non fa sì che il forum stesso, che è assimilabile ad un gruppo di discussione, possa essere qualificato come un prodotto editoriale, o come un giornale online, o come una testata giornalistica informatica. Si tratta quindi di una semplice area di discussione, dove qualsiasi utente o gli utenti registrati sono liberi di esprimere il proprio pensiero, rendendolo visionabile a tutti gli altri soggetti autorizzati ad

⁵⁹ Legge 8 febbraio 1948, n. 47, Disposizioni sulla stampa, G.U. 20 febbraio 1948, n. 43

⁶⁰ Art. 21, comma 1 Costituzione “Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione”.

⁶¹ Art. 1 della legge 7 marzo 2001, n. 6 *Definizioni e disciplina del prodotto editoriale*:

1. Per «prodotto editoriale», ai fini della presente legge, si intende il prodotto realizzato su supporto cartaceo, ivi compreso il libro, o su supporto informatico, destinato alla pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico, o attraverso la radiodiffusione sonora o televisiva, con esclusione dei prodotti discografici o cinematografici.

2. Non costituiscono prodotto editoriale i supporti che riproducono esclusivamente suoni e voci, le opere filmiche ed i prodotti destinati esclusivamente all'informazione aziendale sia ad uso interno sia presso il pubblico. Per «opera filmica» si intende lo spettacolo, con contenuto narrativo o documentaristico, realizzato su supporto di qualsiasi natura, purchè costituente opera dell'ingegno ai sensi della disciplina sul diritto d'autore, destinato originariamente, dal titolare dei diritti di utilizzazione economica, alla programmazione nelle sale cinematografiche ovvero alla diffusione al pubblico attraverso i mezzi audiovisivi.

3. Al prodotto editoriale si applicano le disposizioni di cui all' articolo 2 della legge 8 febbraio 1948, n. 47. Il prodotto editoriale diffuso al pubblico con periodicità regolare e contraddistinto da una testata, costituente elemento identificativo del prodotto, è sottoposto, altresì, agli obblighi previsti dall'articolo 5 della medesima legge n. 47 del 1948.

⁶² Art. 2 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 *Indicazioni obbligatorie sugli stampati*

Ogni stampato deve indicare il luogo e l'anno della pubblicazione, nonché il nome e il domicilio dello stampatore e, se esiste, dell'editore.

I giornali, le pubblicazioni delle agenzie d'informazioni e i periodici di qualsiasi altro genere devono recare la indicazione:

del luogo e della data della pubblicazione;

del nome e del domicilio dello stampatore;

del nome del proprietario e del direttore o vice direttore responsabile.

All'identità delle indicazioni, obbligatorie e non obbligatorie, che contrassegnano gli stampati, deve corrispondere identità di contenuto in tutti gli esemplari.

accedere al forum, ma non per questo il forum resta sottoposto alle regole ed agli obblighi cui è soggetta la stampa (quale quello di indicazione di un direttore responsabile o di registrazione) o può giovare delle garanzie in tema di sequestro che l'art. 21, comma 3, Cost. riserva soltanto alla stampa, sia pure latamente intesa, ma non genericamente a qualsiasi mezzo e strumento con cui è possibile manifestare il proprio pensiero. D'altra parte, nel caso in esame, neppure si tratta di un forum strutturalmente inserito in una testata giornalistica diffusa per via telematica, di cui costituisca un elemento e su cui il direttore responsabile abbia la possibilità di esercitare il controllo (così come su ogni altra rubrica della testata)

Acutamente il difensore del ricorrente sostiene che la norma costituzionale dovrebbe essere interpretata in senso evolutivo per adeguarla alle nuove tecnologie sopravvenute ed ai nuovi mezzi di espressione del libero pensiero. Ma da questo assunto, non può farsi derivare che i nuovi mezzi di comunicazione del proprio pensiero (newsletter, blog, forum, newsgroup, mailing list, chat, messaggi istantanei, e così via) possano, tutti in blocco, solo perché tali, essere inclusi nel concetto di stampa ai sensi dell'art. 21, comma 3, Cost., prescindendo dalle caratteristiche specifiche di ciascuno di essi.

In realtà i messaggi lasciati su un forum di discussione (che, a seconda dei casi, può essere aperto a tutti indistintamente, o a chiunque si registri con qualsiasi pseudonimo, o a chi si registri previa identificazione) sono equiparabili ai messaggi che potevano e possono essere lasciati in una bacheca (sita in un luogo pubblico, o aperto al pubblico, o privato) e, così come quest'ultimi, anche i primi sono mezzi di comunicazione del proprio pensiero o anche mezzi di comunicazione di informazioni, ma non entrano (solo in quanto tali) nel concetto di stampa, sia pure in senso ampio, e quindi ad essi non si applicano le limitazioni in tema di sequestro previste dalla norma costituzionale”.

Tale esonero dei siti internet e dei blog dagli obblighi della legge sulla stampa non ha mancato di suscitare reazioni in rete: secondo alcuni⁶³, la pronuncia della Cassazione taciterebbe i timori dei blogger dal momento che non vi sarebbe, infatti, più alcun obbligo di registrazione al tribunale, né l'imposizione di avere un direttore responsabile, né, soprattutto, vi sarebbe l'obbligo di controllo sui commenti, del cui contenuto sarebbero responsabili solo i loro autori; altri⁶⁴ (e, tra questi, la stessa Aduc che preannuncia un ricorso alla Corte Europea dei diritti dell'Uomo), invece, definiscono la sentenza come “liberticida”, in quanto determinerebbe libertà diverse tra giornalisti e normali cittadini.

Anche il Parlamento è da poco intervenuto in materia di libertà di espressione a mezzo Internet. La proposta di modifica n. 50.0.100 al DDL n. 733 sulla sicurezza pubblica (nota come emendamento D'Alia, dal nome del senatore proponente Gianpiero D'Alia), già approvata al Senato, prevede l'introduzione nel codice penale dell'art 50 bis *Repressione di attività di apologia o incitamento di associazioni criminali o di attività illecite compiute a mezzo internet*⁶⁵. In risposta ai recenti episodi di cronaca, che tramite lo sfruttamento dei social

⁶³ Si veda Politica Attiva, “Sentenza della Cassazione: blog e forum non sono stampa”, 11/3/2009, <http://politicattiva.myblog.it>.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ “1. Quando si procede per delitti di istigazione a delinquere o a disobbedire alle leggi, ovvero per delitti di apologia di reato, previsti dal codice penale o da altre disposizioni penali, e sussistono concreti elementi che consentano di ritenere che alcuno compia detta attività di apologia o di istigazione in via telematica sulla rete *internet*, il Ministro dell'interno, in seguito a comunicazione dell'autorità

network - ed in particolare Facebook - hanno promosso attività di organizzazioni mafiose e terroristiche, il ddl sulla sicurezza configurerebbe una responsabilità dei Provider, che dovrebbero filtrare le pagine web incriminate; ad essi, infatti, viene attribuito un compito di controllo e filtro sui contenuti, pena corresponsabilità in reati di opinione.

Tale previsione ha suscitato numerose reazioni su più fronti. Facebook risponde lanciando una provocazione: chiudereste una ferrovia se una sola stazione è presa di mira dai vandali⁶⁶? Come a dire: perché filtrare Facebook per intero quando risultano da oscurare solo pagine marginali? I Provider chiedono che l'articolo venga stralciato e numerosi esperti del settore, prima fra tutti ISOC Italia⁶⁷, hanno sottolineato come sia tecnicamente impossibile l'interruzione dell'attività indicata secondo le modalità e nei termini previsti dall'emendamento, in quanto gli strumenti di filtraggio richiamati dall'art 50 bis del ddl 733 in oggetto non esistono e non esiste una tecnologia per implementarli⁶⁸.

Se all'interno di blog, siti internet e social network emergono contenuti riconducibili alle fattispecie di apologia di reato ed istigazione a delinquere, l'emendamento D'Alia non lascia più ai singoli siti di rimuoverne il contenuto, ma impone agli stessi Internet Service Provider (Telecom, Fastweb,...) l'obbligo, a comunicazione giudiziaria, di interrompere le attività vietate. Il rischio è che in alcuni casi, non avendo la possibilità concreta di bloccare la singola pagina o il singolo contenuto, il provider si trovi costretto, a pena di incorrere nelle sanzioni di legge, a inibire un intero server (ad esempio, bloccare l'accesso a Facebook a tutti coloro che accedono a Internet finché Facebook non rimuove il contenuto), con la conseguenza di dover percorrere il delicato crinale che divide libertà di espressione e reato di opinione. Come

giudiziaria, può disporre con proprio decreto l'interruzione della attività indicata, ordinando ai fornitori di connettività alla rete *internet* di utilizzare gli appositi strumenti di filtraggio necessari a tal fine.

2. Il Ministro dell'interno si avvale, per gli accertamenti finalizzati all'adozione del decreto di cui al comma 1, della polizia postale e delle comunicazioni. Avverso il provvedimento di interruzione è ammesso ricorso all'autorità giudiziaria. Il provvedimento di cui al comma 1 è revocato in ogni momento quando vengano meno i presupposti indicati nel medesimo comma.

3. Entro 60 giorni dalla pubblicazione della presente legge il Ministro dello sviluppo economico, con proprio decreto, di concerto con il Ministro dell'interno e con quello della pubblica amministrazione e innovazione, individua e definisce, ai fini dell'attuazione del presente articolo, i requisiti tecnici degli strumenti di filtraggio di cui al comma 1, con le relative soluzioni tecnologiche.

4. I fornitori dei servizi di connettività alla rete *internet*, per l'effetto del decreto di cui al comma 1, devono provvedere ad eseguire l'attività di filtraggio imposta entro il termine di 24 ore. La violazione di tale obbligo comporta una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 50.000 a euro 250.000, alla cui irrogazione provvede il Ministero dello sviluppo economico.

5. Al quarto comma dell'articolo 266 del codice penale, il numero 1) è così sostituito: "col mezzo della stampa, in via telematica sulla rete *internet*, o con altro mezzo di propaganda".

⁶⁶ Si veda Facebook NEWS, "Ddl sicurezza, Facebook risponde all'Italia", 16/2/2009, www.facebooknews.splinder.com.

⁶⁷ [Sezione Italiana di Internet Society \(ISOC\)](#), organizzazione internazionale di supporto e coordinamento alla Rete Internet, si veda Yahoo Italia Notizie, "ISOC Italia: comunicato in merito all'art. 50-bis del DDL 733 sulla sicurezza pubblica", 13/2/2009.

⁶⁸ *Ibid.*

sottolinea l'Avvocato Minotti⁶⁹ in un'intervista rilasciata a "Punto informatico"⁷⁰, *"i reati di opinione non sono inquadrati dalla legge in maniera definitiva [...] e potrebbero sovrapporsi con la manifestazione del pensiero dell'individuo. [...] I provider potrebbero trovarsi ad agire come setacci della libera espressione in quanto il filtraggio può essere dichiarato qualora sussistano concreti elementi che consentano di ritenere che sia stato commesso un reato."*

⁶⁹ Avvocato penalista, esperto in diritto delle nuove tecnologie.

⁷⁰ GAIA BOTTÀ, *"Italia, libertà filtrate?"*, in Punto informatico, Anno XI n. 3158, venerdì 6 febbraio 2009, De Andreis Editore.

LA PAROLA AGLI UTENTI

Il 6 Febbraio 2009 il famoso social network Facebook ha modificato le proprie condizioni di utilizzo senza darne un pubblico avviso, poiché il sito fa ricadere sugli utenti la responsabilità di controllare costantemente le condizioni di utilizzo e le loro eventuali modifiche⁷¹. Le nuove condizioni di utilizzo sono apparse fortemente onerose in capo agli utenti perché comportavano una perpetua autorizzazione nei confronti del sito per l'utilizzo di tutto il materiale che vi è condiviso⁷². La reazione a questa nuova normativa non si è fatta attendere e immediatamente si sono creati gruppi di protesta⁷³ (sullo stesso social network come altrove), dure critiche sono giunte da diverse fonti⁷⁴ e l'Electronic Privacy Information Center⁷⁵ ha dichiarato di essere pronta a presentare un reclamo federale se Facebook non fosse tornata alle precedenti condizioni di utilizzo⁷⁶.

Il 17 Febbraio 2009 il sito ha ripristinato la precedente normativa, ma ha anche dichiarato di avere intenzione di elaborare dei nuovi termini di utilizzo che potessero essere compresi con maggiore facilità dagli utenti⁷⁷.

Nei mesi successivi il social network ha compiuto un'indagine tra i propri utenti ed associazioni esterne per capire quali fossero i punti da cambiare nell'attuale normativa, così da poter raggiungere un alto grado di soddisfazione nei fruitori del servizio ed evitare le forti reazioni provocate dalle precedenti modifiche. Il risultato di questa indagine è stata l'elaborazione di nuove Condizioni di utilizzo⁷⁸ che sono state oggetto di votazione in contrapposizione alle attuali Condizioni di utilizzo. La votazione è iniziata il 16 Aprile e si è conclusa il 23 Aprile con una partecipazione di più di 600.000 utenti che ha decretato vincenti le nuove Condizioni di utilizzo con il forte margine del 74.4% di preferenze. Il quorum che avrebbe dovuto essere raggiunto perché il voto fosse vincolante era del 30% (52 milioni circa), ma nonostante il mancato raggiungimento della soglia prevista, i portavoce di Facebook, dopo che dei

⁷¹ Terms of use 23/09/08, si veda *supra*.

⁷² Si veda *Facebook and the Law of Stealth Changes in Consumer Contracts*, su <http://www.litigationandtrial.com/2009/02/articles/the-law/for-people/facebook-and-the-law-of-stealth-changes-in-consumer-contracts>.

⁷³ Quali "People Against the new Terms of Use", "Against the new Facebook +Terms of Service", "Millions against Facebook's New Layout&Terms of Service" ed altri.

⁷⁴ Per l'informazione, si veda <http://consumerist.com/5150175/facebooks-new-terms-of-service-we-can-do-anything-we-want-with-your-content-forever>, http://news.cnet.com/8301-13505_3-10164909-16.html?tag=mncol, <http://www.litigationandtrial.com/2009/02/articles/the-law/for-people/what-do-facebooks-new-terms-of-use-mean-for-your-content/>.

⁷⁵ Si tratta di una importante organizzazione americana sulla privacy, composta da avvocati.

⁷⁶ <http://epic.org/privacy/socialnet/default.html>.

⁷⁷ Si veda <http://blog.facebook.com/blog.php?post=54746167130>.

⁷⁸ Statement of Rights and Responsibilities.

controllori esterni avranno controllato la validità della votazione, hanno dichiarato di voler adottare i nuovi termini vista la netta preferenza che è stata espressa⁷⁹.

Le nuove condizioni

L'aspetto che emerge immediatamente da un confronto tra la precedente normativa e la nuova versione è una maggiore accessibilità per chiunque non sia un giurista, a cominciare dal linguaggio molto più semplice e meno tecnico, per continuare con la lunghezza del testo che è stata dimezzata, mentre la stessa impaginazione sembra favorire la comprensibilità.

Analizzando, poi, le novità contenutistiche si nota prima di tutto la nuova formulazione della Sezione 2 (“Sharing your Content and Information”), la parte che si era rivelata il punto più sensibile nella discussione che ha preceduto l'elaborazione delle nuove Condizioni, e che riguarda la natura della licenza d'uso che si concede al sito sui materiali che si pubblicano. Dall'indagine compiuta da Facebook, infatti, emergeva come i timori principali degli utenti fossero da un lato la possibilità di un utilizzo commerciale non autorizzato dei propri contenuti da parte del social network, dall'altro la possibilità che i propri materiali fossero conservati anche dopo la cancellazione dal sito⁸⁰. Nella nuova versione della normativa, Facebook ha cercato di chiarire come i contenuti restino di proprietà di chi li ha pubblicati e la licenza d'uso (che rimane “non esclusiva, trasferibile, con il diritto alla cessione in sublicenza, libera da diritti e valida in tutto il mondo”) serve unicamente a offrire il servizio di social network: la licenza non è più irrevocabile o perpetua, ma termina una volta cancellati il contenuto e l'account da parte dell'utente stesso. E' possibile, comunque, che rimangano copie di backup del materiale cancellato per un “ragionevole periodo di tempo” che non è, però, specificato in altro modo.

L'utente, poi, ha sempre la possibilità di stabilire, tramite le proprie impostazioni di privacy, quali soggetti potranno accedere ai suoi contenuti e quali no. Inoltre, Facebook ha ritenuto di dichiarare di non aver mai venduto materiale o informazioni pubblicate dagli utenti, né di avere intenzione di farlo in futuro⁸¹.

Altra modifica di notevole rilevanza è l'eliminazione dell'obbligo, per qualsiasi reclamo o disputa che potesse sorgere, di utilizzare esclusivamente il meccanismo dell'arbitrato e rinunciare, quindi, ad ogni altro tipo di tutela giurisdizionale: questo vincolo è stato completamente eliminato nelle nuove Condizioni di utilizzo.

⁷⁹ <http://blog.facebook.com/blog.php?post=79146552130>

⁸⁰ http://www.facebook.com/fbsitegovernance?ref=ts#/note.php?note_id=183535615300

⁸¹ http://www.facebook.com/fbsitegovernance?ref=ts#/note.php?note_id=183535615300

Infine, Facebook ha previsto che, per le successive modifiche alla normativa, dovrà darne un preavviso sul sito, permettendo agli utenti di commentare la modifica proposta. Se almeno 7000 utenti la commenteranno, allora Facebook si impegna ad organizzare una votazione al riguardo, in modo tale da garantire delle alternative: il voto sarà vincolante se vi parteciperà almeno il 30% degli utenti attivi. Rimane, però, la possibilità per il social network di apportare modifiche per ragioni legali o amministrative senza nessuna possibilità di commento.

Queste previsioni, presentate nella Sezione 12 dello Statement of Rights and Responsibilities, sono un'importante cambiamento non solamente rispetto alle precedenti previsioni che, come già detto, facevano ricadere sugli utenti la responsabilità di controllare costantemente le condizioni di utilizzo e le loro eventuali modifiche, ma anche rispetto alle condizioni generalmente imposte dai siti Internet, i quali si riservano la possibilità di cambiare unilateralmente in ogni momento i termini di utilizzo a sola condizione di darne avviso all'utente⁸².

Sembra, così, che un sito Internet abbia intrapreso la strada della democrazia, e questa appare essere l'interpretazione suggerita dal creatore di Facebook, Mark Zuckerberg, il quale ha dichiarato: “Più di 175 milioni di persone usano Facebook. Se fosse uno Stato, sarebbe il sesto Stato più popolato al mondo. Le nostre condizioni di utilizzo non sono solamente un documento che protegge i nostri diritti; è il documento che governa il modo in cui il servizio è utilizzato da ognuno in ogni parte del mondo”⁸³. Pare quindi possibile immaginare che il rapporto sito-utenti possa diventare un rapporto Stato-cittadini, e, in una Nazione non autoritaria, i cittadini hanno il diritto di partecipare attivamente nella gestione dello Stato, prima di tutto attraverso il voto⁸⁴.

Dall'altro lato, è possibile invece avere una diversa visione del fenomeno: Facebook basa la propria esistenza sulla vendita di spazi pubblicitari e, dunque, sulla quantità di potenziali clienti che navigano sul sito ogni giorno⁸⁵. E' evidente, quindi, che l'interesse è nel mantenere il massimo grado di soddisfazione tra gli utenti, cosicché continuino a farlo e aumentino sempre di più in numero. Si può, dunque, pensare che le regole del mercato e gli interessi economici abbiano portato a una soluzione decisamente nuova nel panorama del web: una sorta di “autoregolamentazione” per la quale coloro che usufruiscono del servizio offerto dal sito Internet hanno anche la possibilità di intervenire nel processo di regolamentazione del servizio stesso.

⁸² <http://chronicle.com/wiredcampus/index.php?id=3721>

⁸³ <http://blog.facebook.com/blog.php?post=54746167130>

⁸⁴ <http://chronicle.com/wiredcampus/index.php?id=3721>

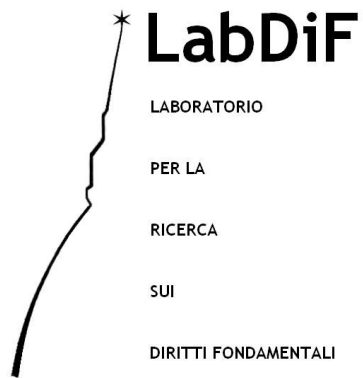
⁸⁵ <http://nova.ilsole24ore.com/nova24ora/2007/10/facebook-un-oce.html>

<http://www.guardian.co.uk/business/2009/feb/01/facebook-seeks-to-exploit-user-information>

Infine, ancora degna di nota è l'opinione di alcuni studiosi per cui: “i nuovi termini di Facebook rappresentano un autentico passo in avanti in riferimento alla chiarezza di alcune aree, ma sono un più grande passo indietro nell'uso del teatro della democrazia per coprire il fatto che Facebook sia un'attività commerciale e la sua ultima responsabilità sia nei confronti degli azionisti”⁸⁶. La loro idea è, infatti, che le nuove condizioni non riconoscano nessun vero potere in capo agli utenti, ma piuttosto diano un'apparenza di democrazia tale da permettere al social network di mettersi al riparo da future critiche.

L'esperimento di “democrazia partecipativa” operato da Facebook in queste ultime settimane può essere dunque letto in diverse prospettive. Da un lato, può dimostrare come l'autoregolamentazione del sistema possa essere uno strumento efficace, dovendo il servizio comunque rispondere alle logiche di mercato e, perciò, al principio di soddisfazione degli utenti; dall'altro, nonostante i cambiamenti operati nelle condizioni, alcune zone d'ombra restano oscure lasciando spazio applicativo alle tutele legislative per il consumatore.

⁸⁶ <http://www.lightbluetouchpaper.org/2009/03/29/commentary-on-facebooks-terms-of-service/>



www.labdif.org – info@labdif.org

Coordinati da: Enrica Voena

hanno lavorato al progetto ed alla stesura del dossier:

Annalisa Falconi

Chérie Faval

Kristi Nasto

Stefano Ronco

Cristina Sala

Shaira Thobani