

L'ESCLUSIONE DA FACEBOOK TRA LESIONE DELLA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE E DINIEGO DI ACCESSO AL MERCATO

| 426

Di Shaira Thobani

SOMMARIO: *1. Il caso. 2. Il contratto per l'accesso al servizio fornito da Facebook. 3. Libertà di espressione e contratto: il recesso per giusta causa. 4. Libertà di espressione e illecito aquiliano: il concorso di responsabilità. 5. Libertà di espressione e accesso al mercato: il contratto come mezzo di fruizione di beni e servizi.*

ABSTRACT. Il contributo prende spunto da una decisione che ha confermato la legittimità dell'esclusione da Facebook di un'organizzazione di coloritura politica per analizzare il rapporto tra la piattaforma e gli utenti, in particolare sotto il profilo della possibilità per il gestore della prima di regolamentare i comportamenti dei secondi. La questione è esaminata alla luce degli interessi in gioco, evidenziandosi come ad essere coinvolta sia non solo la libertà di espressione degli utenti, ma anche la possibilità di accesso al mercato.

Starting from a court decision that confirms the suspension from Facebook of a political organization, the essay examines the relationship between the platform and its users, asking to what extent the former is allowed to legitimately regulate what the latter can or cannot do when using the social network. The issue is analyzed taking into account the different interests at stake, which include not only freedom of speech, but also market access.



1. Il caso.

Il caso¹, simile ad altri già presentatisi innanzi alle corti di merito, riguarda la disattivazione da parte di Facebook di alcune pagine riconducibili a organizzazioni di estrema destra. Nel caso di specie, l'organizzazione era la Federazione Nazionale Arditi d'Italia e i contenuti contestati avevano ad oggetto alcuni simboli legati ai corpi militari della Repubblica Sociale Italiana (in particolare, i labari della X^a flottiglia Mas ostentati durante una manifestazione pubblica), nonché la relativa bandiera. Facebook, ritenendo tale pubblicazione contraria ai c.d. standard della community, provvedeva inizialmente a rimuovere i contenuti contestati e in seguito a oscurare la pagina della Federazione e dei suoi amministratori.

L'associazione e gli amministratori adivano dunque il giudice in sede cautelare al fine di ottenere la riattivazione delle pagine, negando innanzitutto la sussistenza di una violazione delle regole della community e affermando in ogni caso la lesione del "diritto al pluralismo": considerato il rilievo politico della piattaforma, la disattivazione delle pagine avrebbe infatti illegittimamente compresso la "possibilità dell'associazione di interagire nel panorama delle associazioni d'arma e combattentistiche". Facebook contestava tali assunti, sia ribadendo l'intervenuta violazione degli standard della community, facenti parte delle condizioni contrattuali accettate dai ricorrenti in sede di accesso al servizio (le quali prevedevano la facoltà di Facebook di rimuovere contenuti o pagine a supporto di organizzazioni d'odio, quale il regime fascista), sia escludendo, in ogni caso, che l'esercizio di tale facoltà fosse lesivo della libertà di espressione. L'ordinanza in commento, rilevata l'evidente connessione del labaro al regime fascista, risolve la questione in senso favorevole a Facebook, di cui afferma la legittimità del recesso stante la violazione delle condizioni contrattuali, legittime in quanto volte a "prevenire abusi particolarmente odiosi ed altamente lesivi dei principi generalmente accettati dalla comunità degli utenti".

La questione, come si diceva, non è nuova, e ad essa i giudici di merito non hanno sinora dato soluzioni univoche. Limitando il richiamo a casi di oscuramento di pagine e profili di natura politica²,

¹ T. Trieste, 27 novembre 2020, reperibile online in <https://web.uniroma1.it/deap/ogid>.

² Un altro caso, sempre nei confronti di Facebook, (T. Siena, 19 gennaio 2020) riguardava invece la disattivazione dell'account di un utente che aveva pubblicato un post offensivo nei confronti dei migranti e un altro nei confronti di un personaggio pubblico in ragione del suo orientamento sessuale. Anche in questo caso il giudice affermava la legittimità della condotta di Facebook, ribadendo la natura privata del gestore del social

una prima decisione³, confermata in sede di reclamo⁴, ordinava a Facebook di riattivare la pagina dell'organizzazione CasaPound sulla considerazione che, pur essendo Facebook un soggetto privato e il contratto di accesso al servizio offerto da Facebook un negozio di diritto privato, il "rilievo preminente" del servizio in questione e la disparità della forza contrattuale delle parti impedivano a Facebook di riservarsi poteri incidenti sulla libertà di manifestazione del pensiero e di associazione degli utenti la cui condotta fosse lecita. Diversamente, un altro provvedimento rigettava il ricorso degli utenti che chiedevano la riattivazione di pagine riconducibili a Forza Nuova, affermando che Facebook, di cui si ribadiva la natura di soggetto privato, aveva non solo la facoltà contrattuale di risolvere il contratto ma anche il dovere legale di rimuovere i contenuti d'odio⁵.

Il dibattito, che ha conquistato gli onori della cronaca, riguarda i limiti dell'azione del gestore di una piattaforma privata nel controllare l'utilizzo del servizio: in che misura può il gestore decidere cosa possano fare gli utenti nell'utilizzare il servizio fornito e quali sono dunque le restrizioni che può loro imporre e a cui può reagire escludendoli dal social network? La difficoltà a rispondere a tale interrogativo risiede nel rilevato contrasto tra la natura privata del gestore della piattaforma e il ruolo che il relativo servizio ha assunto nella vita pubblica e di relazione. Da un lato, la natura privata di Facebook può portare ad affermare la possibilità per quest'ultimo di regolare come preferisce le condizioni di servizio, rispettando unicamente i consueti limiti di liceità operanti nei rapporti tra privati e in particolare nei rapporti di consumo; dall'altro, è la stessa natura privata di Facebook a far sorgere il dubbio se le condizioni che regolano un servizio il cui utilizzo ha un tale impatto sulla comunità non debbano essere sottoposte a vincoli più stringenti.

network e del servizio fornito e la liceità delle clausole che prevedono la cancellazione dell'account per mancato rispetto degli standard della community. In questa sede si tralasciano i numerosi casi in cui l'oscuramento delle pagine o degli account è dovuto alla violazione di diritti di privacy.

³ T. Roma, 12 dicembre 2019, in *Danno resp.*, 2020, 487 con nota di A. QUARTA, *Disattivazione della pagina Facebook. Il caso CasaPound tra diritto dei contratti e bilanciamento dei diritti*; in *Dir. inf.*, 2020, 104, con nota di B. MAZZOLAI, *La censura su piattaforme digitali private: il caso Casa Pound c. Facebook*; in *Dir. Internet*, 2020, 63, con nota di A. VENANZONI, *Pluralismo politico e dibattito pubblico alla prova dei social network*.

⁴ T. Roma, 29 aprile 2020, in *Foro it.*, 2020, 2889.

⁵ T. Roma, 23 febbraio 2020, in *Dir. inf.*, 2020, 552, con nota di B. MAZZOLAI, *Hate speech e comportamenti d'odio in rete: il caso Forza Nuova c. Facebook*.



La questione è stata dunque inquadrata come un problema di bilanciamento tra autonomia privata (di Facebook) e libertà di espressione (degli utenti) e si è intrecciata con l'ulteriore questione del ruolo delle piattaforme nella lotta ai contenuti e alle condotte illegali o comunque riprovevoli poste in essere grazie all'utilizzo della piattaforma stessa.

La pronuncia in commento, da leggersi tenendo a mente i limiti del processo cautelare, si inserisce in questo dibattito tramite una complessa sequenza argomentativa che è utile ripercorrere.

Preliminarmente, il giudice si pone il problema di come qualificare il rapporto tra il gestore della piattaforma e gli utenti, affermando che si tratta di un contratto atipico di fornitura di un servizio in cambio di dati personali, in quanto tale assoggettato, laddove applicabile, alla disciplina consumeristica⁶. Trattandosi di un rapporto contrattuale, la facoltà di Facebook, prevista dalle condizioni generali di contratto, di disattivare i profili costituisce un potere di recesso.

Tanto premesso, volendo riordinare l'iter argomentativo seguito dalla decisione, essa affronta innanzitutto la questione sotto il profilo dell'autonomia negoziale (dunque, dei rimedi contrattuali), chiedendosi (i) se la previsione contrattuale di recesso sia lecita (lo è, non ravvisando il giudice profili di vessatorietà); (ii) se il recesso sia stato esercitato in maniera conforme a quanto previsto contrattualmente (lo è stato); (iii) quali siano i poteri del giudice in caso di recesso illegittimo (condanna al risarcimento del danno e non ricostituzione del rapporto).

L'autonomia contrattuale di Facebook è stata dunque esercitata entro i consueti limiti di liceità: la clausola di recesso è valida e il recesso legittimo. A questo punto, il giudice si occupa della tutela della libertà di espressione, chiedendosi se essa non debba essere protetta tramite "rimedi esterni alla tutela contrattuale". In particolare, ci si interroga se il recesso sia lesivo di diritti assoluti degli utenti, con conseguente concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Il Tribunale sottolinea infatti come "esercitando il proprio diritto contrattuale di fruire dei servizi di Facebook, l'utente dia altresì sfogo a diritti primari, quale l'identità personale, la libertà di espressione e di pensiero, quella di associazione, ed altri", i quali "trascendono la specifica dinamica contrattuale" e sono "suscettibili di lesione autonoma qualora il recesso sia caratterizzato da un comportamento del tutto ingiustificato, tale da trascendere la dinamica

⁶ Nel caso di specie ad essere disattivati erano stati sia la pagina dell'associazione, sia i profili personali degli amministratori: solo in quest'ultimo caso risulta applicabile la disciplina a tutela dei consumatori.

contrattuale". Anche questa lesione è tuttavia esclusa, in quanto i ricorrenti "non si dolgono di una manifestazione trasmodante del recesso [...] ma denunciano semplicemente l'estraneità degli accadimenti rispetto alle fattispecie astratte indicate nei patti contrattuali".

In ogni caso (e qui pare risiedere l'argomento decisivo) la decisione esclude l'illiceità del comportamento di Facebook in quanto "la posizione di garanzia" di Facebook (equiparato a un *host provider*) e il suo "dovere di rimuovere i contenuti illeciti" legittimano la previsione di una "trama negoziale [...] ideata per prevenire abusi particolarmente odiosi ed altamente lesivi dei principi generalmente accettati dalla comunità degli utenti". Nel caso di specie, stante l'evidente connessione del labaro al regime fascista, l'esercizio del recesso non risulta dunque *prima facie* né trasmodante né abusivo.

Il gestore della piattaforma dunque può (anzi, deve) impedire i comportamenti illeciti posti in essere tramite la piattaforma. Non solo, esso può escludere dalla piattaforma anche chi tenga comportamenti particolarmente "odiosi". La questione, come si è detto, è stata affrontata tentando di individuare un punto di sintesi tra autonomia contrattuale e libertà di espressione: da qui occorre dunque prendere le mosse. Non si tratterà, invece, del profilo rimediabile (se, cioè, l'utente illegittimamente escluso da Facebook possa ottenere la ricostituzione del rapporto o il solo risarcimento del danno), cui pure il provvedimento dedica uno spazio importante⁷: si tratta di una questione che per la sua complessità richiederebbe un lavoro dedicato e che non può essere risolta con brevi cenni.

2. Il contratto per l'accesso al servizio fornito da Facebook

Perché si possa inquadrare la questione sotto il profilo dei limiti all'autonomia contrattuale, occorre preliminarmente chiedersi quale sia la natura del rapporto intercorrente tra Facebook e gli utenti. Facebook offre un servizio consistente nella messa a disposizione di uno spazio virtuale in cui gli utenti possono interagire tra di loro, manifestare i propri

⁷ Secondo il giudice "[l]e sole possibilità ripristinatorie, e quindi i soli casi di ricostituzioni reali del rapporto a fronte di un recesso nullo o illegittimo, sono quelle espressamente previste dalla legge, laddove la norma abbia inteso regolare in via speciale casi già socialmente caratterizzati da una posizione di debolezza (lavoratore, conduttore di immobili, etc.)", mentre nei restanti casi il contraente non può che ottenere il risarcimento del danno.





pensieri e interessi e visualizzare i contenuti proposti da Facebook. Trattandosi della fornitura di un servizio, non paiono esservi dubbi sulla qualifica come contrattuale del rapporto, che non può che essere un rapporto giuridico patrimoniale *ex art.* 1321 c.c.⁸. Il giudice spende in proposito uno sforzo argomentativo non indifferente, per cui c'è da chiedersi quali siano le perplessità. Esse possono essere ricondotte a due principali questioni.

La prima riguarda la coerenza di tali contratti: si è sottolineato come i termini d'uso di servizi online quali i social network sembrino volti principalmente a escludere la produzione di vincoli in capo al gestore, esonerandolo da responsabilità in caso di malfunzionamenti o mancata erogazione del servizio⁹. La previsione di esclusioni di responsabilità non fa tuttavia che confermare la sussistenza di un rapporto di tipo contrattuale tra le parti, fonte delle obbligazioni che le condizioni di utilizzo intendono (più o meno validamente) escludere¹⁰.

Il secondo ordine di perplessità riguarda la natura non patrimoniale del consenso al trattamento dei dati personali, affermata a più riprese dai garanti in sede sia nazionale che europea, per cui i dati non potrebbero essere usati come “corrispettivo” per accedere a una controprestazione¹¹. Si noti, tuttavia,

che tali dubbi, anche se fondati, possono eventualmente escludere la natura contrattuale del consenso al trattamento, ferma invece restando la natura contrattuale del rapporto di fornitura del servizio. In altre parole, si dubita certamente della liceità di prevedere uno scambio tra il servizio e i dati personali degli utenti; tuttavia tale illiceità riguarda il trattamento dei dati e non il contratto volto alla fornitura del servizio. Sul punto è infatti intervenuto il legislatore europeo, che ha espressamente riconosciuto ai consumatori l'esperibilità dei rimedi previsti in caso di inadempimento del fornitore del servizio anche nel caso in cui essi non abbiano pagato un prezzo in denaro ma abbiano acconsentito, per accedere al servizio, al trattamento dei propri dati, con ciò presupponendo che il contratto sia valido¹². Le

legislatore riconosce all'utente analogo tutela a fronte dell'inadempimento del fornitore del bene o servizio sia che l'utente abbia pagato un prezzo in denaro, sia che abbia acconsentito al trattamento dei dati – sia consentito il rimando a S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in *Riv. dir. media*, 2019, 3,131 ss. e alla bibliografia ivi contenuta.

¹² La direttiva UE 2019/770 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali afferma la sua applicabilità anche “nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico” (art. 3, par. 1), ribadendo al contempo che “la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce” (considerando 24). Tale formulazione segue a una precedente versione in cui si qualificavano i dati come “controprestazione non pecuniaria” (art. 3, par. 1 della Proposta di direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale, 9 dicembre 2015, COM(2015) 634), oggetto di contestazioni da parte del Garante europeo per la protezione dei dati personali (*Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for supply of digital content*, 14 marzo 2017). L'eliminazione del riferimento ai dati come controprestazione non ha però mutato la disciplina: la direttiva, nel delimitare il proprio campo di applicazione, contempla espressamente il caso in cui i dati sono scambiati con un bene o servizio, accostandolo a quello in cui i consumatori pagano un corrispettivo in denaro. Sul tema v. G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la direttiva (UE) 2019/770 e il regolamento (UE) 2016/679*, in A. D'ANGELO, V. ROPPO (diretto da), *Annuario del contratto 2018*, Torino, 2019, 125 ss. V. altresì la direttiva 2019/2161 per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori che, in materia di contratti conclusi a distanza e fuori dei locali commerciali, ha aggiunto il par. 1-bis all'art. 3 della direttiva 2011/83/UE, ai sensi del quale “La presente direttiva si applica anche se il professionista fornisce o si impegna a fornire un contenuto digitale mediante un supporto non materiale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali ai professionisti, tranne i casi in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati dal professionista esclusivamente ai fini della fornitura del contenuto digitale su supporto non

⁸ In generale, sulla qualificazione giuridica dei contratti per l'accesso a servizi forniti online, v., da ultimo, A. QUARTA, *Mercati senza scambi. La metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli, 2020, 300 ss.

⁹ Sul punto v. R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *AIDA*, 2011, 98; W. VIRGA, *Inadempimento di contratto e sanzioni private nei social network*, ivi, 221.

¹⁰ La liceità di tale esclusione è dubbia in particolare nel caso in cui l'utente sia un consumatore: sulla questione v. M. GRANIERI, *Le clausole ricorrenti nei contratti dei social networks dal punto di vista della disciplina consumeristica dell'Unione europea*, in *AIDA*, 2011, 125 ss. Si noti, in ogni caso, che nel corso del tempo le condizioni generali in questione hanno spesso finito per prendere espressamente atto della non derogabilità di talune norme.

¹¹ Comitato europeo per la protezione dei dati personali, *Guidelines 5/2020 on consent under Regulation 679/2016*, versione 1.1 del 4 maggio 2020, par. 26, secondo cui il Regolamento “ensures that the processing of personal data for which consent is sought cannot become directly or indirectly the counter-performance of a contract”. A tale soluzione si giunge interpretando il requisito di libertà del consenso al trattamento dei dati nel senso che non è libero il consenso richiesto come condizione per accedere a un bene o servizio (cfr. art. 7, par. 4 Regolamento 2016/679). Allo stesso risultato già era arrivato il nostro Garante sin dalle prime pronunce in materia, ribadite anche nel provvedimento di carattere generale *Linee Guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam*, in Registro dei provvedimenti 4 luglio 2013, n. 330. Sulla questione – che però qui non appare centrale dato che, come sottolineato subito dopo nel testo, indipendentemente dalla natura patrimoniale o meno del consenso al trattamento e dunque dalla possibilità di scambiare i dati con beni e servizi, il

conseguenze della affermata natura non patrimoniale del consenso non si riverberano dunque sul contratto, ma solo sul trattamento: se l'accesso al servizio è subordinato alla prestazione del consenso al trattamento dei dati e tale condizionamento è illecito (e dunque è illecito lo scambio di dati e servizi), allora ad essere illecito sarà non il contratto di erogazione del servizio ma solo il trattamento dei dati. La *ratio* è evidentemente quella di tutelare il consumatore, a cui giova di più far valere i rimedi per l'inadempimento¹³ (e che avrà a sua disposizione, oltre a questi, anche quelli per il trattamento illecito) che non invocare la nullità del contratto. In quest'ottica deve essere letta la ribadita sussistenza di un nesso di corrispettività tra servizio e dati da parte della decisione in commento: nel senso che essa comporta unicamente, ferma restando l'eventuale illiceità dello scambio tra servizio e dati e dunque l'eventuale illegittimità del trattamento, una tutela dell'utente *come se* il contratto fosse sinallagmatico.

Accertato che il rapporto tra Facebook e gli utenti è un contratto ed è un contratto valido, occorre chiarire di che tipo contrattuale si tratti. Come si è detto, il giudice lo qualifica come un contratto atipico per la prestazione di un servizio. Ne è invece esclusa la natura associativa: è infatti evidente come nel caso di un social network generalista come Facebook difficilmente possa ravvisarsi quello scopo comune per il perseguimento del quale si coordinano le attività di più persone necessario perché si abbia un'associazione¹⁴. Occorre in proposito non lasciarsi fuorviare dal termine *community*: esso indica semplicemente l'insieme degli utenti della piattaforma che condividono uno spazio virtuale, non invece un gruppo di persone aggregatesi per uno specifico fine condiviso. È chiara la rilevanza della questione ai nostri fini, viste le diverse coordinate della tutela della libertà di espressione nei contesti associativi.

materiale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui il professionista è soggetto, e questi non tratti tali dati per nessun altro scopo”.

¹³ Si noti tuttavia che, ai sensi della direttiva 2019/770, il rimedio della riduzione del prezzo è previsto solo qualora vi sia stato un pagamento in denaro (art. 14, par. 4).

¹⁴ La soluzione potrebbe essere diversa per social network più circoscritti, ma si tratta chiaramente di una valutazione da svolgersi caso per caso. V. W. VIRGA, *op. cit.*, 236, il quale, pur escludendo che si tratti di un contratto associativo, sottolinea come questo non significhi che i legami comunitari tra i fruitori del servizio siano giuridicamente irrilevanti. Nel senso di escludere una causa associativa v. anche F. ASTONE, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in AIDA, 2011, 110.

3. Libertà di espressione e contratto: il recesso per giusta causa.

Tanto premesso sulla natura del rapporto tra Facebook e gli utenti, torniamo alla questione che qui interessa e, cioè, come si concili l'autonomia contrattuale di Facebook nel predisporre le condizioni d'uso del servizio con la libertà di espressione degli utenti. Il riferimento è alle clausole che conferiscono a Facebook il diritto di sospendere o disabilitare in modo permanente l'account dell'utente nel caso in cui “Facebook stabilisca che l'utente abbia violato chiaramente, seriamente e reiteratamente le proprie condizioni o normative, fra cui in particolare gli Standard della community”¹⁵.

Prima di esaminare le argomentazioni del provvedimento, occorrerebbe chiarire in che misura, al di là delle previsioni contrattuali, Facebook possa liberarsi dall'obbligo di fornire il servizio. Secondo le regole generali, trattandosi di un contratto a tempo indeterminato, entrambe le parti dovrebbero poter recedere in qualunque momento (salvo eventualmente un obbligo di preavviso). Come vedremo più avanti, se sicuramente così è per l'utente, non altrettanto può dirsi per Facebook. Argomentare tale soluzione non è banale e ci dovremo tornare; nondimeno pare che essa sia condivisa, al punto da non necessitare di essere esplicitata né dal giudice né dalle parti, che sembrano dare per presupposto che Facebook non possa recedere al di fuori dei casi previsti dai termini d'uso, pur trattandosi di un contratto a tempo indeterminato.

Venendo alla previsione contrattuale sul diritto di Facebook di disabilitare l'account, il giudice si preoccupa innanzitutto di qualificarla come clausola di recesso e non, invece, come clausola risolutiva espressa: mentre la seconda reagisce a un inadempimento, la prima opererebbe, come nel caso di specie, “in presenza di fatti o comportamenti di una parte che, pur acquistando rilevanza giuridica rispetto all'interesse dell'altra parte alla prosecuzione del rapporto, non costituiscono

¹⁵ Diversi tra loro sono i casi di rimozione di singoli contenuti, sospensione temporanea e disabilitazione permanente dell'account. La cornice problematica è comune: la questione è infatti sempre quello di stabilire se e in che misura il gestore di una piattaforma possa regolamentare il comportamento degli utenti. In tale ottica, tutte e tre le ipotesi possono configurarsi come forme di pena privata per l'inosservanza del regolamento contrattuale: sulla questione v. W. VIRGA, *op. cit.*, 226 ss. Chiaramente, tuttavia, solo la disabilitazione dell'account apre i (più delicati) problemi legati alla cessazione del rapporto ed è dunque su tale ipotesi che ci si soffermerà.



tuttavia inadempimento vero e proprio”. Quello che la decisione sembra voler dire è che si tratta di un inadempimento di obblighi che non si pongono in un rapporto di corresponsività diretta rispetto all'erogazione del servizio (infatti la prestazione corrispettiva, se così la si può chiamare, è piuttosto costituita dalla possibilità di trattare i dati degli utenti), ma che comunque, come vedremo, rispondono a interessi contrattualmente rilevanti di Facebook. Nel caso di specie, la qualificazione della clausola in questione come recesso o come clausola risolutiva espressa non pare tuttavia avere conseguenze significative, almeno dal punto di vista sostanziale. Difatti, essendo lo scioglimento del rapporto previsto a fronte di violazioni chiare, serie e reiterate degli standard della community, che si tratti dell'una o dell'altro non cambia il contenuto del sindacato del giudice sulla legittimità della cessazione del rapporto, dovendo egli in ogni caso verificare se tali violazioni vi siano state e se esse abbiano le caratteristiche previste. La discrezionalità di tale valutazione e la procedimentalizzazione dell'iter di scioglimento del rapporto (per cui, ad esempio, si prevede che Facebook informi l'utente e che l'utente possa chiedere una revisione) non sembrano ad ogni modo consentire di ravvisare l'automatismo che caratterizza l'operare della clausola risolutiva espressa¹⁶, avvicinando invece maggiormente la previsione in esame a un recesso come mezzo di impugnazione del contratto¹⁷.

Affermato che si tratta di recesso, il giudice ne afferma la validità, in particolare escludendo che si tratti di clausola vessatoria: anche il consumatore ha diritto di recesso (con ciò escludendosi la vessatorietà *ex art. 33, lett. g, cod. cons.*)¹⁸ e il recesso è sorretto da giusta causa (il che è necessario, ai sensi dell'art. 33, lett. h, cod. cons in quanto si tratta di recesso che non richiede un preavviso). Valida la previsione del recesso, anche il suo esercizio è legittimo: la giusta causa c'è e il

¹⁶ Clausola che, anche in ragione di tale automatismo, è inefficace se prevista a fronte della violazione delle obbligazioni nascenti dal contratto genericamente indicate. La giurisprudenza sul punto (risalente e pacifica) è concorde nel qualificare la clausola come di stile: v., da ultimo, Cass. 12 dicembre 2019, n. 32681, reperibile sul sito www.dejure.it. La posizione della dottrina, concorde sull'esito, è più articolata: v., anche per i necessari riferimenti, M. COSTANZA, *sub art. 1456, in Della risoluzione per inadempimento*, I, 2, *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 2007, 54 ss.

¹⁷ Si fa riferimento alla nota tripartizione delle funzioni del recesso su cui G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985.

¹⁸ Nonostante sia chiaro il diverso impatto che il recesso di una parte ha sull'altra, sicuramente molto maggiore sull'utente che viene escluso dalla piattaforma che non su Facebook che perde un utente tra milioni.

recesso non è abusivo (non è volto, cioè, a raggiungere fini diversi da quelli per cui il diritto è previsto).

Dove si colloca in tutto ciò la libertà di espressione? Per individuarne il ruolo occorre analizzare la funzione del recesso, che ha qui chiaramente valenza impugnatoria in quanto reagisce a un inadempimento della controparte di obblighi che limitano la sua libertà di espressione. Come si è accennato, si tratta di obblighi che non si pongono in un rapporto di corresponsività diretta rispetto all'erogazione del servizio, ma che rispondono all'interesse di Facebook di controllare i comportamenti degli utenti sulla piattaforma e che il gestore invoca come giusta causa dello scioglimento del rapporto¹⁹. Si tratta di verificare se effettivamente tale causa sia “giusta”: in prima battuta, dunque, se l'interesse di Facebook a escludere gli utenti sia lecito e, in secondo luogo, se esso debba prevalere sui diritti e le libertà degli utenti. In ultima analisi, essendo il diritto di recesso previsto dalle condizioni contrattuali, occorre dunque chiedersi se gli utenti possano lecitamente obbligarsi a limitare la propria libertà di espressione su un social network.

Sicuramente Facebook ha un interesse lecito a determinare e mantenere le caratteristiche del servizio offerto. Proprio perché oggetto del contratto è un servizio costituito da una piattaforma in cui gli utenti interagiscono, ciò che gli utenti fanno su di essa influenza i caratteri stessi del servizio messo a disposizione degli altri fruitori del servizio (sia degli altri utenti, sia degli inserzionisti pubblicitari). Ne deriva la liceità dell'interesse di Facebook di regolamentare i comportamenti degli utenti al fine di preservare determinate caratteristiche del servizio, oggetto della prestazione a proprio carico.

Ferma la legittimità di tale interesse, occorre verificare se esso debba prevalere sui contrapposti interessi degli utenti a manifestare liberamente il proprio pensiero e la propria personalità. Nella misura in cui la risposta fosse negativa e si trattasse di diritti indisponibili, la clausola di recesso sarebbe nulla.

Per tentare di tracciare una soluzione, occorre distinguere tra comportamenti illeciti degli utenti,

¹⁹ Sugli interessi che le regole di comportamento dei social network soddisfano, v. W. VIRGA, *op. cit.*, 230 ss., il quale sottolinea come gli effetti pregiudizievoli delle condotte degli utenti possono rilevare, da un lato, nel rapporto tra social network e investitori pubblicitari e, dall'altro, nei rapporti orizzontali tra utenti (per cui le sanzioni previste dalle condizioni generali di contratto si configurerebbero come pene private endoassocie). In caso di comportamenti illeciti, chiaramente l'interesse è quello di evitare una responsabilità dello stesso gestore della piattaforma.

da un lato, e condotte lecite ma comunque non gradite al gestore della piattaforma, dall'altro.

Per quanto riguarda i comportamenti illeciti posti in essere sulla piattaforma, non c'è dubbio che debba prevalere l'interesse di Facebook a vietarli in quanto, a monte, non c'è alcun diritto degli utenti a porre in essere condotte illecite. La questione si intreccia con quella della responsabilità del provider ed è un caso in cui gli interessi interni al rapporto contrattuale (preservare un servizio sicuro) coincidono con quelli esterni ad esso (contrastare condotte illecite). Come afferma il giudice, la disciplina della responsabilità dei social network per le attività o i contenuti illeciti degli utenti può infatti essere ricondotta a quella dei fornitori dei servizi di *hosting* di cui all'art. 16, d.lgs. n. 70/2003, per cui il fornitore del servizio non è responsabile solo qualora “non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione”, o qualora “non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso”²⁰. Facebook, indipendentemente da quanto previsto nei termini d'uso, ha dunque sicuramente il potere (anzi, il dovere) di rimuovere i contenuti illeciti e di disabilitare l'accesso al servizio degli utenti che usano la piattaforma per porre in essere attività illecite (il che, in termini contrattuali, può tradursi nel recesso dal contratto); e in ogni caso, laddove Facebook non provveda autonomamente, potrà essere la competente autorità giudiziaria o amministrativa a ordinarlo.

È chiaro che il problema risiede nella difficoltà di determinare quando un contenuto o un'attività siano illecite: proprio per tale motivo la norma richiede, ai fini del sorgere di responsabilità risarcitoria in capo al provider, che l'illiceità sia “manifesta”. La questione è complessa. Per quel che qui interessa, basti tuttavia rilevare come, che sia Facebook a disabilitare l'account con una propria autonoma decisione o che sia un'autorità a ordinarlielo, che si riconosca a Facebook il potere di disabilitare autonomamente l'account o che si preveda come necessario l'intervento di un'autorità

²⁰ Sulla disciplina della responsabilità dei provider con particolare riguardo ai social network, v. G. SARTOR, *Social networks e responsabilità del provider*, in *AIDA*, 2011, 39 ss. Sul tema generale della responsabilità dei provider la bibliografia è ormai vasta: per una prospettiva civilistica si rimanda a F. PIRAINO, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli Internet Service Provider*, in *AIDA*, 2017, 468 ss. e ai riferimenti ivi contenuti.

pubblica, che l'autorità pubblica intervenga dunque all'inizio (ordinando a Facebook di disattivare il profilo) o in un secondo momento (verificando se Facebook abbia agito bene o male nel chiudere il profilo), in ogni caso gli utenti sicuramente non hanno diritto di svolgere attività illecite sulla piattaforma: pertanto, se alla fine si accerterà l'illiceità di tale attività, l'utente non potrà dolersi della disattivazione dell'account necessaria a far cessare l'illecito.

Piuttosto, ci si può chiedere se Facebook possa riservarsi un potere di recesso che vada oltre quanto necessario a far cessare l'illecito, prevedendo ad esempio la disattivazione dell'account a fronte della pubblicazione di un solo contenuto illecito senza pericolo di reiterazione. Le regole sul contratto in generale non sembrano porvi particolari ostacoli, purché la clausola di recesso contempli tali circostanze in maniera sufficientemente specifica. Difatti, se il recesso è previsto in via generica per una qualunque violazione degli standard della community, allora un'interpretazione di buona fede porterebbe facilmente a escluderne la legittimità se la violazione non è grave o non vi è pericolo di reiterazione. Sul punto torneremo in ogni caso più avanti.

La questione da ultimo menzionata in pratica finisce con l'essere strettamente connessa a quella che si pone nel valutare la legittimità delle clausole che conferiscono a Facebook un diritto di recesso a fronte di comportamenti degli utenti leciti ma comunque contrari agli standard della community. Così, potrebbe il gestore di un social network escludere dalla piattaforma chi utilizza un linguaggio volgare (anche se non ingiurioso), chi esprime idee appartenenti a un determinato orientamento politico, chi manifesta supporto a teorie complottistiche, chi diffonde informazioni false?

Si noti che, almeno concettualmente, si tratta di un problema diverso da quello relativo alla prevenzione di condotte illecite. Un conto è, preso atto della diffusione di condotte illecite tramite l'utilizzo delle piattaforme, coinvolgere le piattaforme stesse nel contrasto a tali condotte: si tratta, come si è detto, dei problemi affrontati dalla disciplina relativa alla responsabilità degli intermediari. Un altro, invece, è delineare i limiti entro cui una piattaforma può regolamentare i comportamenti (non illeciti) degli utenti. Una commistione tra i due profili è dovuta, come si accennava, alla difficoltà in molti casi di valutare l'illiceità, in senso stretto, di comportamenti che

pure l'ordinamento guarda con sfavore²¹. Si prenda il caso del c.d. *hate speech*²²: la difficoltà (del legislatore in primo luogo, e non solo degli interpreti) di individuare con precisione le fattispecie illecite può di fatto allargare l'area delle condotte la cui repressione è lasciata all'iniziativa delle piattaforme. In altre parole, i due casi (condotte illecite e condotte, forse lecite, ma contrarie agli standard della community) si avvicinano nella misura in cui, non essendo spesso chiaro se vi sia o meno un illecito, ci si chiede quanto il gestore della piattaforma possa cautelarsi rispetto al semplice rischio di illeciti, in un'ottica di prevenzione.

Si è detto che il gestore di un social network sicuramente ha un interesse contrattualmente rilevante a determinare e a preservare le caratteristiche della propria piattaforma e, dunque, a vietare certi comportamenti degli utenti. Secondo le regole generali in materia di autonomia privata, non paiono esservi particolari ostacoli a limitare in

particolari contesti la libertà di manifestare il proprio pensiero e di esprimere la propria personalità²³: è il caso del giornalista che deve attenersi alla linea editoriale della testata giornalistica, dell'ospite di un hotel che si impegna a rispettare rigide regole di silenzio, del cliente di un ristorante che è ammesso solo se vestito in un determinato modo. Se vuole, il giornalista può pubblicare altrove, l'ospite può scegliere una diversa struttura, l'avventore può cenare in un altro ristorante. Ci avviciniamo così al cuore del problema: l'utente escluso da Facebook ha la possibilità di manifestare il proprio pensiero altrove? Prima di affrontare la questione sotto questo profilo, analizziamo come il provvedimento ha impostato il problema.

4. Libertà di espressione e illecito aquiliano: il concorso di responsabilità

Il giudice, affermata la validità della clausola che prevede il recesso e la legittimità del suo esercizio, affronta la questione della tutela della libertà di espressione sul piano extracontrattuale, chiedendosi se vi siano diritti degli utenti, tutelati al di fuori e a prescindere dal rapporto contrattuale con il social network, lesi dall'esercizio del recesso convenzionalmente pattuito.

La decisione considera astrattamente configurabile un concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Il punto di partenza è costituito dall'osservazione per cui l'utente, usufruendo del servizio di social network, dà "sfogo a diritti primari, quali l'identità personale, la libertà di espressione e di pensiero, quella di associazione, ed altri", ed è risolta sulla base della considerazione per cui, essendo chiara la connessione tra il lavoro e il regime fascista, il recesso di Facebook non risulta *prima facie* "trasmodante o abusivo" e, dunque, lesivo di una situazione giuridica soggettiva tutelata al di fuori del contratto. Chiaramente, perché vi sia un concorso di responsabilità, la condotta deve essere illecita sia sul piano contrattuale sia su quello extracontrattuale: difatti, per risolvere la questione il giudice finisce per ribadire la validità e la legittimità del recesso di Facebook.

²¹ Cfr. R. CATERINA, *La libertà di comunicazione: il fenomeno dei social network*, in C. PERLINGIERI, L. RUGGERI (a cura di), *Internet e Diritto civile*, Napoli, 2015, 125 ss.

²² Sul difficile bilanciamento tra libertà di espressione e altri diritti, che possono in taluni contesti limitare l'utilizzo di espressioni d'odio, v., ad es., G. ALPA, *Autonomia privata, diritti fondamentali e "linguaggio dell'odio"*, in *Contr. impr.*, 2018, 45 ss. Sulle strategie civilistiche di contrasto all'*hate speech* v. F. VIGLIONE, *Riflessioni sui rimedi civilistici all'hate speech*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 775 ss. La lotta all'*hate speech* è in larga misura legata a quella contro le discriminazioni: sinora l'appiglio normativo per contrastare i discorsi d'odio è stato infatti individuato nel divieto di discriminazione, in ragione dell'allargamento delle nozioni di discriminazione alle molestie, definite come quei "comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi di [indicazione del fattore protetto], aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo" (così le norme interne di recepimento della disciplina antidiscriminatoria europea: art. 2, co. 3, d.lgs. n. 215/2003; art. 2, co. 3, d.lgs. n. 216/2003; art. 55-bis, co. 4, d.lgs. n. 198/2006). Nella stessa ottica si è mosso il legislatore penale nel punire la propaganda e l'istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa (art. 604-bis c.p.) e similmente il disegno di legge n. 624 presentato l'11 luglio 2018, recante "Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di contrasto dell'istigazione all'odio e alla discriminazione (*hate speech*)" ricollega la rilevanza giuridica dell'*hate speech* a ipotesi di discriminazione. Per le necessarie coordinate costituzionali sul tema v. O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di internet*, in *Riv. dir. media*, 2018, 49 ss. Con particolare riguardo ai social network v. F. ABBONDATE, *Il ruolo dei social network nella lotta all'hate speech: un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea*, in *Inf. dir.*, 2017, 41 ss. Un altro caso in cui il legislatore sembra faticare a individuare una linea di intervento è quello delle *fake news*, su cui v., per un primo inquadramento, M. BASSINI, G.E. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *Riv. dir. media*, 2017, 11 ss. Per un inquadramento generale di tali tematiche, v. G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017.

²³ Si sta parlando qui di limitazioni in negativo di tali libertà, e non di conformazioni in positivo: un conto è impegnarsi a non scrivere articoli che non rispettano la linea editoriale della testata giornalistica, un conto è impegnarsi a scrivere articoli che la rispettano. Sul tema v. V. ZENO-ZENCOVICH, *Limitazioni contrattuali alla manifestazione di libertà del pensiero*, in *Dir. inf.*, 1995, 995 ss.

Si noti che nel caso di specie, essendovi un'ostentazione di simboli legati al regime fascista, ci si potrebbe chiedere se la *ratio* della decisione non risieda nella illiceità della condotta degli utenti: questi ultimi non avrebbero, a monte, il diritto di esporre simboli fascisti. Come si è detto, il confine tra fattispecie illecite e fattispecie sgradite è però spesso difficile da tracciare²⁴: il giudice pare adombrare un'illiceità della condotta, laddove richiama l'obbligo del provider di rimuovere contenuti illeciti, ma non si addentra a esaminare la questione (affermando anzi di non voler “entrare in analisi storiche, politiche o sociologiche, né commentare decisioni di merito civili o penali anche recenti”) e sostiene in ogni caso che si tratta di “abusi particolarmente odiosi ed altamente lesivi dei principi generalmente accettati dalla comunità degli utenti”. Dunque: forse la condotta è illecita (e *prima facie* non può escludersi con certezza che non lo sia), ma in ogni caso essa sicuramente non è rispettosa delle (condivisibili) regole della community di Facebook. Come si è detto, tuttavia, il carattere lecito o meno della condotta degli utenti è un elemento dirimente per verificare se vi sia stata una lesione della libertà di espressione degli utenti. Se la condotta è illecita il problema è chi debba accertarne l'illiceità e se si possa giustificare una condotta prudenziale da parte del gestore della piattaforma; ma, che sia Facebook (in prima battuta) o una pubblica autorità, l'esito è il medesimo: se alla fine l'illiceità è accertata, gli utenti possono essere esclusi dalla piattaforma senza che si configuri una lesione della libertà di espressione. In altre parole, se la *ratio* della decisione risiedesse

²⁴ In questo caso i principali riferimenti normativi sono l'art. XII delle disposizioni transitorie e finali Cost., che vieta la riorganizzazione del disciolto partito fascista, e la l. n. 645/1952 (c.d. legge Scelba) che vieta, sanzionandole penalmente, oltre alla riorganizzazione del partito fascista, l'apologia del fascismo e le manifestazioni fasciste. La Corte Costituzionale ha chiarito che l'incriminazione di tali condotte non è incostituzionale nella misura in cui esse creino un pericolo di riorganizzazione del partito fascista (Corte cost. 16 gennaio 1957, n. 1; Corte cost. 25 novembre 1958, n. 74). Successivamente, il d.l. n. 122/1993 (convertito con l. 205/1993, c.d. legge Mancino) ha più in generale sanzionato la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, l'incitamento a commettere atti di discriminazione o di violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, la manifestazione esteriore o l'ostentazione di emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che incitano all'odio o alla discriminazione razziale. La giurisprudenza ha ribadito il carattere sussidiario della legge Mancino rispetto alla legge Scelba: Cass. pen., 7 maggio 1999, n. 7812, in *Cass. pen.*, 1045. Per una recente ricostruzione della questione, che non può essere qui chiaramente trattata neppure nelle sue linee fondamentali (il tema è quello dei reati di opinione), si rinvia, *ex multis*, a A. NOCERA, *Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in *Dir. pen. cont.*, 2018.

chiaramente nella ritenuta illiceità della condotta degli utenti, *nulla quaestio*. Sul punto il provvedimento è tuttavia ambiguo.

Il problema richiede invece una diversa impostazione se i comportamenti degli utenti sono leciti. Solo a fronte di condotte lecite, si può effettivamente ragionare in termini di concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana.

Come noto la giurisprudenza ammette il concorso di responsabilità per consentire una maggiore tutela del danneggiato con riguardo a fattispecie in cui nell'oggetto del contratto²⁵ rientra la cura di diritti della controparte che ricevono tutela anche al di fuori del rapporto contrattuale: così, l'integrità fisica e morale del lavoratore²⁶, l'incolumità del viaggiatore e delle sue cose²⁷, l'integrità fisica del paziente²⁸. Sicuramente ciascuno di tali soggetti ha diritto a che la propria integrità fisica non sia violata non solo dalla controparte contrattuale (e non solo nell'ambito del rapporto contrattuale) ma anche da qualunque consociato. Il concorso sorge tuttavia laddove si instauri un rapporto contrattuale in cui, in ragione dei rischi posti alla persona dalla prestazione da eseguire (l'attività lavorativa) o da ricevere (il trattamento sanitario, il trasporto), una parte assume lo specifico obbligo di tutelare l'altra da tali rischi.

Si può ritenere che rientri tra gli obblighi di Facebook quello di tutelare la libertà di espressione, di manifestazione del pensiero, di esplicazione della propria identità personale e di associazione degli utenti? Come previsto nelle condizioni di accesso, i servizi offerti da Facebook consistono, tra gli altri, nel “connettere l'utente con persone e a organizzazioni di interesse” e nell'offrire agli utenti “la possibilità di esprimersi e di comunicare in relazione agli argomenti di interesse dell'utente”²⁹. Oggetto della prestazione è dunque quello di mettere a disposizione una piattaforma su cui gli utenti possano manifestare il proprio pensiero ed entrare in contatto con altre persone. Sicuramente, dunque, il tipo di prestazione oggetto del contratto pone particolari rischi per i diritti sopra menzionati. C'è però una importante differenza rispetto ai casi

²⁵ Direttamente o in virtù degli obblighi di protezione: cfr. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 512. Sull'argomento v. D.M. FREDA, *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana: soluzioni empiriche e coerenza del sistema*, 2^a ed., Assago, 2013.

²⁶ V., ad es., Cass. 20 giugno 2001, n. 8381, in *Ragiusan*, 2002, 266.

²⁷ V., da ultimo, Cass. 24 giugno 2020, n. 12420, reperibile sul sito www.dejure.it.

²⁸ V., ad es., Cass. 7 agosto 1982, n. 4437, in *Resp. civ. prev.*, 1984, 78.

²⁹ <https://www.facebook.com/legal/terms>, pagina consultata il 21 maggio 2021.

in cui la giurisprudenza afferma il concorso di responsabilità, derivante dalla diversità della lesione e del bene protetto: là, la lesione dell'integrità fisica deriva da un comportamento che direttamente viola l'interesse protetto; qui la lesione della libertà di espressione del pensiero e della libera esplicitazione della propria identità deriva dalla mancata messa a disposizione di uno spazio dove esercitarla liberamente. In altre parole, mentre il datore di lavoro o il vettore che non adotta le misure di sicurezza adeguate viola in termini per così dire assoluti l'integrità fisica della controparte, Facebook, nel disattivare il profilo dell'utente, non gli impedisce di esprimersi liberamente in maniera assoluta, ma solo su Facebook. La questione è dunque non se l'utente abbia diritto di esprimersi liberamente, ma se abbia diritto di farlo nell'utilizzare il servizio fornito da controparte.

La questione è estremamente complessa e riguarda la tutela della libertà di espressione nell'ambito dei c.d. nuovi media³⁰. Il dato certo di partenza è che tra i mezzi di comunicazione rispetto ai quali il legislatore si è sinora preoccupato di dettare una specifica, espressa, disciplina a tutela della libertà di espressione e del pluralismo non rientrano i social network. Ci si chiede, ma non vi sono risposte sicure, se il rilievo pubblico della piattaforma possa giustificare un superamento di tale lacuna³¹. Per quel che qui interessa, basti rilevare la difficoltà di giungere a una conclusione condivisa a partire dalla questione della responsabilità extracontrattuale per violazione di un diritto fondamentale dell'utente, in un caso, come quello di specie, in cui è dubbia la sussistenza stessa

del diritto alla libera manifestazione del pensiero nel contesto di una piattaforma gestita da un soggetto privato. In altre parole, mentre alcuni diritti, come l'integrità fisica, sono tutelati a prescindere dal contesto in cui la persona agisce, la libertà di espressione e di manifestazione della propria personalità può subire compressioni a seconda del contesto: il punto è proprio determinare, a monte, la liceità di tali compressioni nel contesto di una piattaforma privata.

Per verificare la liceità di tale compressione pare utile chiedersi se, oltre alla libertà di espressione, non vi siano altri interessi in gioco. Difatti, a fronte di limitazioni della libertà di espressione su una piattaforma privata, ad essere oggetto di restrizione non è solo, a ben vedere, la libertà di espressione, ma anche la possibilità di accedere a un servizio. Chi intende manifestare il proprio pensiero in un determinato modo rischia infatti di essere escluso dal servizio fornito da Facebook. È chiaro infatti che, essendo l'oggetto di tale servizio quello di mettere a disposizione uno spazio in cui gli utenti possano esprimersi, chiedere a costoro di utilizzare la piattaforma senza manifestare il proprio pensiero e la propria identità equivale a negare l'utilizzo del servizio³². La questione può dunque essere considerata dal punto di vista della limitazione non solo (e non tanto) della libertà di espressione, quanto della possibilità di accedere a un servizio. In quest'ottica la domanda non è "deve Facebook garantire ai suoi utenti la libertà di manifestazione del pensiero?", ma "è Facebook tenuto a fornire il proprio servizio a chiunque a prescindere da quali pensieri manifesti?".

In un'economia di mercato come la nostra, il mezzo per accedere ai servizi offerti dai privati è il contratto. Torniamo dunque alla prospettiva contrattuale.

5. Libertà di espressione e accesso al mercato: il contratto come mezzo di fruizione di beni e servizi

La natura privata di Facebook da un lato è invocata per giustificare il diritto del gestore della piattaforma di determinare liberamente le condizioni di accesso e di utilizzo del proprio servizio, dall'altro è richiamata proprio per evidenziare i timori relativamente all'esercizio privato di un tale potere. Sulla scia dei dibattiti in merito alla tutela della libertà di espressione, la

³⁰ La questione fuoriesce chiaramente dai limiti del presente lavoro. Per una prima ricostruzione v. V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004, 125 ss.; G.L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, in *Riv. AIC*, 2018, 200 ss. Il discorso più ampio è quello della tutela della libertà di informazione e del pluralismo informativo, su cui cfr., *ex multis*, F. DONATI, *Il principio del pluralismo delle fonti informative al tempo di internet*, in *Percorsi cost.*, 2014, 31 ss.; G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Riv. dir. media*, 2018, 20 ss.; M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quad. cost.*, 2019, 811 ss. Con particolare riguardo a casi analoghi a quello in commento, v. A. JR. GOLIA, *L'antifascismo della Costituzione italiana alla prova degli spazi giuridici digitali. Considerazioni su partecipazione politica, libertà d'espressione online e democrazia (non) protetta in CasaPound c. Facebook e Forza Nuova c. Facebook*, in *federalismi.it*, 2020, 134 ss.

³¹ Cfr., con riguardo a un caso simile a quello in commento, le note di B. MAZZOLAI, *La censura su piattaforme digitali private*, cit., 116. Sul tema v. O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in *Percorsi cost.*, 2014, 45 ss.

³² Questo è ancora più evidente laddove si discuta della disabilitazione dell'account in ragione delle condotte tenute dagli utenti al di fuori della piattaforma o della esclusione di associazioni.



strada seguita dalla decisione in commento per limitare tale potere è quella di cercare di configurare una posizione giuridica soggettiva degli utenti esterna al contratto (la libertà di espressione, di associazione ecc.) da contrapporre al diritto di recesso di Facebook. Come si è detto, a ragionare in tal modo ci si scontra con l'incertezza del perimetro di tutela di tali diritti e libertà su una piattaforma privata.

Chiediamoci invece se l'autonomia privata di Facebook non possa essere limitata attraverso le regole sul contratto. Un soggetto privato può decidere liberamente a chi consentire l'accesso alle prestazioni che offre? Tendenzialmente la risposta è positiva in virtù del principio di autonomia contrattuale così come declinato in un sistema di libero mercato. Non tutti i mercati all'interno del nostro ordinamento sono però liberi; non sempre, cioè, a chi offre un bene o servizio è riconosciuta la libertà di decidere a chi offrirlo e come offrirlo. La questione è estremamente complessa e si tenterà qui solo di offrire una possibile traccia di lettura.

Così non è, innanzitutto, nel caso di beni o servizi pubblici³³. Lo Stato garantisce una serie di prestazioni ai consociati e per farlo può avvalersi dell'attività dei privati. In questa eventualità, tuttavia, la libertà contrattuale di chi eroga il bene o servizio è fortemente limitata. È il caso, ad esempio, dei servizi pubblici di linea, per cui il titolare della concessione amministrativa non è libero né di decidere con chi contrarre né di determinare le condizioni contrattuali (art. 1679 c.c.), e dei servizi universali³⁴.

Al di fuori dei servizi pubblici, la necessità di garantire l'accesso al mercato comporta una restrizione dell'autonomia privata laddove vi sia un solo soggetto a fornire determinati beni e servizi³⁵: è il caso del monopolista, che la legge obbliga a fornire la prestazione a tutti coloro che ne fanno richiesta e che non è dunque libero di decidere con chi contrarre e neppure di determinare del tutto liberamente le condizioni contrattuali, dovendo osservare la parità di trattamento (art. 2597 c.c.). La lettera della legge fa riferimento ai soli casi di monopolio legale, e così l'hanno intesa la

giurisprudenza³⁶ e parte della dottrina³⁷. Altre voci ne propongono l'estensione ai monopoli di fatto, agli oligopoli e ai casi di posizione dominante (di cui il rifiuto il contrarre può costituire un abuso)³⁸. Scopo di quest'ultima lettura è chiaramente quello di garantire a tutti la possibilità di accedere a qualunque prestazione offerta sul mercato indipendentemente da quanto essa sia essenziale³⁹.

Infine, anche se la prestazione non è essenziale ed è accessibile in un regime di concorrenza, chi offre beni e servizi al pubblico è soggetto a divieti di discriminazione⁴⁰. In particolare, in questo ambito ad essere espressamente vietata dal legislatore è la discriminazione sulla base di razza, etnia, nazionalità, religione e sesso⁴¹. Al di là degli

³⁶ V., *ex multis*, Cass. 23 gennaio 1990, n. 355, in *Giur. comm.*, 1992, 592; Cass. 23 febbraio 1994, n. 1785, in *Riv. dir. ind.*, 1993, 332; Cass. 7 maggio 1997, n. 3980, in *Foro it.*, 1998, 1590; Cass. 9 luglio 2008, n. 18833, reperibile sul sito www.dejure.it.

³⁷ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1956, 40; A. ASQUINI, *L'impresa dominante*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, 11; G.G. AULETTA, *sub Art. 2597*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1987, 198; P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrarre*, Padova, 1969, 335. V. anche M. LIBERTINI, P.M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, in *Dig. civ. disc. priv.*, XII, Torino, 1995, 492, i quali tuttavia, pur escludendo l'interpretazione estensiva dell'art. 2597 c.c., ritengono in ogni caso che un obbligo a contrarre più esteso possa ricavarsi dalla disciplina sulla concorrenza.

³⁸ In tal senso cfr. P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 90 ss.; L. MONTESANO, voce *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 527; M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ. Galgano*, IV, Padova, 1981, 312 ss.; L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, Padova, 1989, 93. Ravvisa un obbligo di parità di trattamento anche in capo al monopolista di fatto e all'impresa in posizione dominante G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970, 275 ss.

³⁹ Si discute se destinatari della tutela siano solo i consumatori o anche le altre imprese. A prevalere è la prima ipotesi: v. L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1992, 4; C. OSTI, *op. cit.*, 34. Che oggetto di tutela sia il consumatore è peraltro opinione anche di chi dubita della possibilità di estendere l'ambito di applicazione dell'art. 2597 c.c. al di fuori dei monopoli legali: v., per tutti, A. ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, Torino, 1925, 16. Secondo quest'ultima prospettiva, tuttavia, la *ratio* della disposizione è da individuarsi nella necessità riequilibrare (pur sempre a favore degli utenti) la posizione di vantaggio attribuita dal legislatore all'impresa monopolistica. La questione è complessa e riguarda il rapporto tra l'obbligo legale di contrarre e la disciplina sulla concorrenza, su cui cfr. M. LIBERTINI, P.M. SANFILIPPO, *op. cit.*, 485 ss.

⁴⁰ In questo caso gli interessi protetti fuoriescono dal mercato e riguardano anche la dignità dell'individuo: A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 228;

⁴¹ Il quadro normativo è complesso e frastagliato: il d. lgs. n. 286/1998 (t.u. immigrazione), con riguardo ai beni e servizi offerti al pubblico, vieta la discriminazione sulla base di razza, religione, etnia e nazionalità; il d.lgs. n. 215/2016, con riguardo

³³ Sulla nozione di servizio pubblico v. G. DI GASPARE, *Il servizio pubblico tra teoria e storia*, in *Econ. dir. terziario*, 2005, 441 ss.

³⁴ V., ad es., l'art. 88, r.d. n. 1198/1941 per la rete telefonica urbana; l'art. 53, d.lgs. n. 259/2003 per i servizi di comunicazione elettronica; l'art. 24, d.lgs. n. 164/2000 per l'accesso al sistema del gas. Sulla questione degli obblighi a contrarre in caso di servizi universali v. C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004, 97 ss.

³⁵ Prima dell'avvio del processo di liberalizzazioni, i due casi spesso coincidevano nella misura in cui i monopoli legali erano riconosciuti nei settori dei servizi essenziali.



specifici fattori protetti dalla richiamata disciplina, si afferma che sarebbe in ogni caso illegittimo il rifiuto discriminatorio dell'imprenditore di contrattare, in quando contrario all'ordine pubblico, laddove motivato da ragioni politiche o da particolari condizioni sociali o personali⁴².

Occorre dunque riesaminare l'ambito della libertà contrattuale di Facebook sulla base delle disposizioni richiamate.

De iure condito non può affermarsi che Facebook offra un servizio essenziale. Il dibattito sulla possibilità di configurare il servizio di un social network generalista e diffuso quanto Facebook come *public utility* è sicuramente suggestivo, ma senza un intervento del legislatore non pare che si possa agevolmente arrivare a una tale soluzione⁴³.

Sicuramente, invece, Facebook è soggetto al divieto di discriminazione, perlomeno sulla base dei fattori protetti indicati dalle norme sopra menzionate. Questo significa, ad esempio, che non potrebbe escludere dal servizio (né negare l'accesso a) una persona appartenente a una determinata etnia o religione in ragione di tale appartenenza ed eventuali clausole di recesso che prevedano un

all'accesso a beni e servizi, vieta la discriminazione sulla base di razza e origine etnica; il d.lgs. n. 198/2006 vieta la discriminazione sulla base del sesso nella fornitura di beni e servizi a disposizione del pubblico e che sono offerti al di fuori dell'area della vita privata e familiare. Per un quadro delle diverse questioni v. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1387 ss.

⁴² C.M. BIANCA, *Il contratto*, 3ª ed., Milano, 2019, 183 s. Sulla possibilità di ravvisare un più generale divieto di discriminazione che vada oltre i fattori espressamente protetti dalle norme antidiscriminatorie, v. D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007, 179 ss. Un obbligo di offrire la prestazione a chiunque ne faccia richiesta, sovente richiamato nel trattare dei divieti di discriminazione, è inoltre previsto con riguardo agli esercizi pubblici: ai sensi dell'art. 187, r.d. n. 635/1940, "[s]alvo quanto dispongono gli artt. 689 e 691 del codice penale, gli esercenti non possono senza un legittimo motivo, rifiutare le prestazioni del proprio esercizio a chiunque le domandi e ne corrisponda il prezzo". Per le attività commerciali al dettaglio, l'art. 3, d.lgs. n. 114/1998, rubricato "Obbligo di vendita", dispone che "[i]n conformità a quanto stabilito dall'articolo 1336 del codice civile, il titolare dell'attività commerciale al dettaglio procede alla vendita nel rispetto dell'ordine temporale della richiesta". Con riguardo a quest'ultima norma, è chiaro che, se siamo all'interno della fattispecie di cui all'art. 1336 c.c. (offerta al pubblico), la mera accettazione di chi è interessato al bene o servizio concluderà il contratto senza necessità di invocare un obbligo a contrarre. Il problema però è proprio stabilire, a monte, se si tratta di un'offerta al pubblico: sulla questione v. T. ASCARELLI, *op. cit.*, 41; P. MARCHETTI, *op. cit.*, 399 ss.

⁴³ Sulla questione v., con particolare riguardo al caso di esclusione da parte di Facebook di un gruppo di estrema destra, S. PIVA, *Facebook è un servizio pubblico? La controversia su CasaPound risolve la questione dell'inquadramento giuridico dei social network*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, 1203 ss.

simile diritto sarebbero sicuramente nulle. Chiaramente questo vale nei limiti in cui opera il divieto di discriminazione. Non sarebbe probabilmente vietato offrire un servizio di social network solo a chi appartiene a una determinata categoria (le donne, i membri di una religione) laddove scopo del social network sia proprio quello di caratterizzarsi in un determinato modo⁴⁴: così sarebbe lecito creare un social network solo per donne se lo scopo è quello di dar vita a uno spazio per discutere di questioni che solitamente interessano solo a queste ultime, mentre non sarebbe lecito escludere gli uomini da un social network offerto a tutti indistintamente⁴⁵.

Veniamo infine alla possibilità di limitare l'autonomia contrattuale di Facebook in ragione della sua posizione sul mercato. Sicuramente, perlomeno con riguardo al mercato dei social network generalisti, Facebook ha una posizione dominante⁴⁶. Se si ritiene che l'art. 2597 c.c. sia volto a tutelare non il godimento dei soli servizi essenziali, ma l'accesso al mercato, ne discende l'obbligo di Facebook di fornire il servizio⁴⁷ a tutti coloro che ne fanno richiesta osservando la parità di trattamento. Qui torna in gioco la libertà di espressione e di manifestazione della propria identità, che risulta in quest'ottica protetta non di per sé ma indirettamente tramite la tutela dell'accesso al mercato a condizioni di parità: tutelare l'accesso al mercato da parte del consumatore significa infatti garantire a tutti,

⁴⁴ Si potrebbero a tal fine richiamare le norme che, in ambito giuslavoristico, ammettono una deroga al divieto di discriminazione per le c.d. organizzazioni di tendenza (art. 3, co. 5, d.lgs. n. 216/2003), su cui v., da ultimo, P. BELLOCCHI, *La tutela della tendenza nei rapporti di lavoro: una rivisitazione*, in *Dir. merc. lavoro*, 2020, 79 ss.

⁴⁵ Si è osservato che il divieto di discriminazione gravante su chi offre beni e servizi a un pubblico di massa impone, in caso di esclusione dal servizio, un obbligo di motivazione: essendo quello tra Facebook e l'utente un rapporto spersonalizzato, è necessario poter verificare se i casi di esclusione dal servizio concretino una discriminazione vietata, per cui sta al gestore della piattaforma spiegare le ragioni dell'esclusione: R. CATERINA, *La libertà di comunicazione*, cit., 131. Tale obbligo è peraltro previsto espressamente nella proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE del 15 dicembre 2020, COM(2020) 825 final, art. 15.

⁴⁶ In tal senso si è pronunciata l'autorità garante tedesca in un provvedimento (Bundeskartellamt, B6—22/16, 6 febbraio 2019) poi confermato in sede giudiziaria (Bundesgerichtshof, KVR 69/19, 23 giugno 2020). Sul caso v. A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Abuso di posizione dominante e condizioni generali di contratto: un "revival innovativo"*, in *Foro it.*, 2019, 144 ss.

⁴⁷ Si tralascia qui la questione se l'art. 2597 c.c. ponga un obbligo di contrarre o di fornire la prestazione. Per una ricostruzione delle varie ipotesi v. A. DI MAJO, voce *Obbligo a contrarre*, in *Enc. giur.*, XXIV; M. LIBERTINI, P.M. SANFILIPPO, *op. cit.*, 495 ss.

indipendentemente da quali pensieri esprimano e da come si manifesti la loro identità, il godimento di un bene o servizio che, in ragione della posizione monopolistica o dominante di chi lo offre, non avrebbero modo di procurarsi altrove.

Questo non significa che Facebook non possa vietare i comportamenti degli utenti che ledono la qualità della prestazione offerta. Sicuramente, come si è detto, Facebook può escludere non solo chi pone in essere condotte illecite, ma anche chi tiene comportamenti che comunque comportano un deterioramento del servizio: così, ad esempio, sarebbero valide le previsioni che consentono a Facebook di escludere chi usa espressioni volgari o diffonde notizie palesemente false, pur senza commettere un illecito. In proposito occorre tuttavia effettuare alcune precisazioni.

Innanzitutto, non sembra che Facebook possa escludere l'utente dal servizio salvo casi di particolare gravità tali da compromettere la fiducia in comportamenti appropriati dell'utente: di fronte a un unico episodio, l'unica reazione appropriata pare infatti essere quella di rimuovere il singolo contenuto.

In secondo luogo, dovendo osservare la parità di trattamento, le condizioni di Facebook non potrebbe prevedere, tra chi usa espressioni parimenti volgari, odiose o false, di escludere l'uno e non l'altro. Realisticamente, è chiaro che difficilmente tale discriminazione sarà prevista nelle condizioni di accesso al servizio, essendo piuttosto con più probabilità praticata di fatto. Problematica è in questo caso l'individuazione dei rimedi in favore dell'escluso: la riammissione al servizio o l'esclusione degli altri? La seconda soluzione pare difficilmente percorribile, stante l'assenza di un interesse di un utente a veder esclusi gli altri. La prima potrebbe invece fondarsi sul seguente percorso argomentativo: la reiterata tolleranza di Facebook rispetto a determinate condotte in contrasto con le regole della community potrebbe valere a interpretare tali regole, solitamente sufficientemente elastiche, nel senso di escludere che le tipologie di condotte tollerate, da chiunque poste in essere, ne costituiscano una violazione.

Infine, occorre che le condizioni contrattuali, seppure necessariamente elastiche, siano delineate in maniera sufficientemente chiara e definita da rendere possibile una verifica sulla sussistenza delle ragioni che hanno condotto all'esclusione, in modo da non lasciare spazi di arbitrarietà in capo del gestore⁴⁸. Tale previsione potrebbe non essere

necessaria solo a fronte di condotte degli utenti che, secondo dati di comune esperienza, comportano un chiaro e oggettivo deterioramento del servizio reso dalla piattaforma: così, come si ammette la possibilità di far scendere dal pullman di linea il passeggero che dà in escandescenze, anche in assenza di una chiara previsione si dovrebbe poter ammettere l'esclusione da Facebook di chi, ad esempio, compie atti di estrema volgarità.

Rimane la questione se Facebook possa prevedere l'esclusione dal servizio di chi manifesta determinati pensieri o modi d'essere perché semplicemente sgraditi al gestore della piattaforma. Non pare che tale esclusione sia lecita nella misura in cui Facebook si presenta come un social network generalista: così Facebook, affermando da un lato di essere aperto a tutti, non potrebbe poi dall'altro negare il servizio a chi appartiene a un determinato orientamento politico o a chi diffonde idee non condivise dalla pluralità dei consociati. Se invece esso si connotasse espressamente come social network per persone di un determinato orientamento politico, o anche apolitico (nel senso di affermare espressamente che non sono ammesse sulla piattaforma manifestazioni di pensiero politico), non pare vi sarebbero problemi, nei limiti sopra menzionati del divieto di discriminazione, ad ammettere la validità di clausole di esclusione di chi manifesti determinate idee politiche o idee politiche in generale. E questo perché il perimetro entro cui tutelare l'accesso al mercato è determinato dal pubblico di riferimento: a tutti va consentito l'accesso a un social network generalista (che si offre, per l'appunto, a tutti), mentre l'accesso a un social network orientato politicamente non può che essere garantito solo a tutti quelli che si riconoscono in tale orientamento politico (e la parità di trattamento opera in questo caso all'interno di tale gruppo). Di per sé e perlomeno al di fuori dei monopoli legali, l'art. 2597 c.c. non obbliga infatti a offrire un servizio con determinate caratteristiche, ma obbliga a offrirlo a tutti, così come è, in condizioni di parità di trattamento (e finché dura la situazione di monopolio o dominanza).

La lettura del problema in termini di accesso al mercato, pur se meno esplorata rispetto alla prospettiva della tutela della libertà di espressione, sembra correre sottotraccia e spiega la diffusa convinzione, sopra menzionata, per cui Facebook non potrebbe recedere *ad nutum* dal contratto nonostante si tratti di un contratto a tempo indeterminato: Facebook non è sicuramente obbligato a fornire il servizio in eterno ma, in virtù dell'obbligo di contrarre e della parità di trattamento, può modificarlo o farlo cessare purché la modifica o la cessazione riguardino il servizio in

⁴⁸ Sulla centralità della trasparenza nel valutare la legittimità degli spazi di discrezionalità lasciati ai gestori di social network, v. R. CATERINA, *La libertà di comunicazione*, cit., 130 ss.





sé e dunque tutti gli utenti, e non invece singoli rapporti.

Dunque, a prescindere dalla soluzione data in merito alla sussistenza di un obbligo in capo a Facebook di garantire agli utenti uno spazio ove manifestare liberamente il proprio pensiero e la propria identità, pare in ogni caso potersi affermare che la libertà di espressione non risulta sguarnita di protezione, pure se in via indiretta tramite la tutela dell'accesso al mercato: come si è detto, le due trovano un punto di incontro nell'affermazione per cui occorre garantire a tutti, indipendentemente dai pensieri che manifestano, l'accesso ai servizi offerti (a tutti) sul mercato.

Ad ogni modo, che si legga la questione in termini di tutela della libertà di espressione o dell'accesso al mercato, in entrambi i casi occorrerebbe distinguere tra comportamenti leciti e illeciti: è ovvio che non c'è un diritto a porre in essere condotte illecite. Il problema è tuttavia stabilire quando una condotta è illecita, questione particolarmente complessa laddove sia in gioco la libertà di manifestazione del pensiero. L'impressione è che tale difficoltà porti gli interpreti ad accomunare ipotesi di condotte illecite, da un lato, e condotte riprovevoli almeno secondo una parte dell'opinione pubblica, dall'altro, in modo da non dover risolvere a monte il nodo della liceità dei comportamenti degli utenti. Del resto, è lo stesso legislatore a creare un'interferenza tra i due piani affidandosi alla discrezionalità delle piattaforme: emblematica in proposito è l'emanazione da parte della Commissione europea di un codice di condotta per contrastare l'illecito incitamento dell'odio online⁴⁹. La tendenza sembra in altre parole quella di evitare di risolvere nel merito questioni sicuramente complesse mediante una scelta politica netta, limitandosi a garantire invece la trasparenza delle scelte dei gestori delle piattaforme e il rispetto di alcune minime garanzie procedurali e lasciando spazio nella sostanza alle dinamiche socio-economiche del web⁵⁰.

⁴⁹ Codice di condotta adottato nel 2016 da Facebook, Microsoft, Twitter e YouTube, a seguito della decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio del 28 novembre 2008 sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale. Se, per quanto riguarda l'incitamento all'odio, le attività di contrasto rimesse alle piattaforme sono, almeno apparentemente, legate all'illiceità delle condotte degli utenti, tale nesso è decisamente allentato per quanto riguarda la lotta alla disinformazione, su cui pure è stato promosso un codice di condotta (Codice di buone pratiche dell'UE sulla disinformazione del 2018).

⁵⁰ Anche la proposta di regolamento relativo a un mercato unico dei servizi digitali sembra andare in tal senso. Sicuramente essa rafforza la lotta ai contenuti illegali, mentre per quanto riguarda la regolamentazione da parte dei gestori dei comportamenti non illegali degli utenti sembra che la linea sia quella di affidarsi alla

discrezionalità delle piattaforme. Così, si pone in capo alle "piattaforme online di dimensioni molto grandi" l'obbligo di effettuare una valutazione dei "rischi sistemici" riguardanti non solo la diffusione di contenuti illegali, ma anche "eventuali effetti negativi per l'esercizio dei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e familiare e alla libertà di espressione e di informazione, del diritto alla non discriminazione e dei diritti del minore [...]" e alla "manipolazione intenzionale del servizio [...] con ripercussioni negative, effettive o prevedibili, sulla tutela della salute pubblica, dei minori, del dibattito civico, o con effetti reali o prevedibili sui processi e sulla sicurezza pubblica", precisando che in tale valutazione occorre tenere conto in particolare "del modo in cui i loro sistemi di moderazione dei contenuti, di raccomandazione e di selezione e visualizzazione della pubblicità influenzano i rischi sistemici [...], compresa la diffusione potenzialmente rapida e ampia di contenuti illegali e di informazioni incompatibili con le loro condizioni generali" (art. 26), e si rimanda ai codici di condotta "per contribuire alla corretta applicazione del presente regolamento, tenendo conto in particolare delle sfide specifiche connesse alla lotta ai diversi tipi di contenuti illegali e ai rischi sistemici" (art. 35). Anche con riguardo ai diversi rapporti tra utenti commerciali e piattaforme, in cui a venire in gioco sono interessi diversi rispetto alla libertà di espressione, il legislatore europeo si limita a porre in capo ai fornitori di servizi di intermediazione online obblighi di trasparenza e di rispetto di garanzie procedurali minime (v. il regolamento 2019/1150 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online).