

DIFFAMAZIONE E DISCORSO D'ODIO IN INTERNET

Note a margine di Cass., [ord.] 16.5.2023, n. 13411

Di Claudia Confortini

| 693

SOMMARIO: 1. *Libertà d'espressione e social network.* - 2. *Il ruolo dei cd. Tech Giant nel governo del discorso pubblico online alla luce del quadro regolatorio europeo.* - 2.1. *Il regime della responsabilità per contenuti illeciti.* - 3. *Moderazione dei contenuti tra contratto e legge.* - 4. *Verso una leadership europea nel governo del digitale?.*

ABSTRACT. Una recente pronuncia di legittimità (Cass., [ord.] 16.5.2023, n. 13411), nel precisare i limiti del legittimo esercizio del diritto di critica (politica) all'interno di una piattaforma digitale come Twitter (oggi "X"), offre l'occasione per riflettere su problemi che circondano la tutela, nell'ambiente digitale, di diritti fondamentali della persona come la libertà di espressione, la privacy e il diritto a non esser discriminati. Il contributo si sofferma, in particolare, sul ruolo delle maggiori società di tecnologia dell'informazione (cd. Big Tech) nel governo del discorso pubblico online alla luce del quadro regolatorio europeo come modificato dal cd. Digital Services Act (Reg. UE 2022/2065).

A recent decision (Cass., [ord.] 16.5.2023, no. 13411), in specifying the limits of the legitimate exercise of the right to (political) criticism within a digital platform such as Twitter (now "X"), offers an opportunity to reflect on issues surrounding the protection, in the digital environment, of fundamental personal rights such as freedom of expression, privacy and the right not to be discriminated. The paper focuses, in particular, on the role of major information technology companies (so-called Big Tech) in governing online public speech in light of the European regulatory framework as amended by the so-called Digital Services Act (EU Reg. 2022/2065).



1. Libertà d'espressione e social network.

| 694

Un caso di recente portato all'attenzione della Corte di cassazione offre l'occasione per riflettere su problemi che circondano la tutela, nell'ambiente digitale, di diritti fondamentali della persona come, *in primis*, quello di manifestare liberamente il proprio pensiero, informarsi e informare, radicato nell'art. 21 Cost., ma anche il diritto alla *privacy* e a non essere discriminati.

Si dà l'opportunità, in particolare, di analizzare il ruolo che le maggiori società di tecnologia dell'informazione (cd. *Big Tech*) e in specie, i gestori di piattaforme *social* come Meta, Instagram, Tik-Tok o "X" rivestono nel governo del discorso pubblico *online*, alla luce del quadro regolatorio europeo come modificato dal cd. *Digital Services Act*¹, in un contesto caratterizzato dall'avvenuta migrazione da un Internet delle reti a un Internet delle piattaforme e dalla progressiva crescita di un'economia basata sui dati (cd. "*data driven economy*"²).

L'impiego di Internet oggi consente di estrarre, memorizzare, diffondere ed elaborare una mole d'informazioni e dati³ enorme, influenzando gli stessi paradigmi della conoscenza, sempre meno umana e senziente e sempre più automatizzata e predittiva⁴ nonché originando nuove forme di vulnerabilità, legate alla stessa condizione umana al cospetto della potenza dirompente della tecnica⁵.

¹ Il Reg. UE 2022/2065 si applica a decorrere dal 17.2.2024, fatta salva la sua applicazione anticipata nei confronti dei fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi.

² Cfr. *European Commission, European Data Market study (SMART 2013/0063)*, IDC, 2016; *Updated European Data Market (EDM) study (SMART 2016/0063)*, 2020; *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, "Costruire un'economia dei dati europea"*, COM/2017/09 final.

³ Se si guarda alle definizioni legali del diritto europeo, si vede come le parole "informazioni" e "dati" siano spesso impiegate come sinonimi. Una definizione univoca del termine "dati" manca. Eppure, una concettualizzazione da parte dei giuristi sarebbe quanto mai proficua proprio per creare categorie generali (cd. "*future proof*") capaci, di fronte al rischio di obsolescenza normativa, di resistere alle innovazioni tecnologiche. Cfr. S. ORLANDO, *Data vs Capta: intorno alla definizione di dati*, in *Nuovo dir. civ.*, 2022, 4, 19 ss.

⁴ Cfr. V. ZENO ZENCOVICH e G. GIANNONE CODIGLIONE, *Ten Legal Perspectives on the 'Big Data Revolution'*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016, 23 (Numero speciale *Big Data e concorrenza*, a cura di F. DI PORTO), 29 ss. Sui rischi della «conoscenza artificialmente derivata» v. S. ORLANDO, *Data vs Capta: intorno alla definizione di dati*, cit., 41 ss.

⁵ Anche nel dibattito tra giuristi, si è progressivamente diffusa l'idea che la rivoluzione di Internet e l'impiego massivo di sistemi d'intelligenza artificiale sempre più sofisticati abbiano reso la persona umana molto più vulnerabile. Cfr., nella varietà di accenti e prospettive, L. GATT e I.A. GAGGIANO, *Consumers*

Nell'ordinanza che ha dato spunto alle considerazioni affidate a queste pagine (Cass., [ord.] 16.5.2023, n. 13411), i giudici di legittimità, precisando i limiti del legittimo esercizio del diritto di critica politica all'interno di un *social network* come Twitter (oggi "X", una piattaforma *online*⁶ d'informazione e *microblogging* con circa 550 milioni di utenti), chiariscono come i peculiari caratteri del mezzo tecnologico adoperato non valgano a giustificare condotte diffamatorie: ciò che è vietato *offline* è vietato *online*.

Il provvedimento, di là dal contenuto specifico, è d'interesse perché sollecita una riflessione sulla necessità di moderare i contenuti nelle piattaforme *online* assicurando l'equo temperamento di contrapposti interessi e insieme sulla difficoltà d'istituire un buon governo di Internet nell'«economia delle piattaforme»⁷ ossia in uno

and digital environments as a structural vulnerability relationship, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2022, 2, 8 ss.; M. PÉREZ, ESCOLAR e F. CANET, *Research on vulnerable people and digital inclusion: toward a consolidated taxonomical framework*, in *Univers. Access Inf. Soc.*, 2022, 1059 ss.; A. MOLLO, *La vulnerabilità tecnologica. Neurorights ed esigenze di tutela: profili etici e giuridici*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2021, 1, 199 ss.; B. RABAI, *The role of technology and innovation in digital and social inclusion. The case of disability in a public perspective*, in *Rivista di diritto dei media*, 2022, 1, 199 ss.; P. PASSAGLIA, *La problematica definizione dell'accesso a Internet e le sue ricadute su esclusioni sociali e potenziali discriminazioni*, in *Rivista di diritto dei media*, 2021, 3, 1 ss. In chiave interdisciplinare, invece, possono vedersi B. S. TURNER, *Vulnerability and human rights*, University Park, 2006; O. GIOLO e B. PASTORE (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma (Carocci), 2018. Con particolare riguardo alla vulnerabilità del *data subject*, per una interpretazione del GDPR che riposi sulla consapevolezza dell'esistenza di nuove forme di vulnerabilità nell'età digitale si segnala G. MALGIERI, *Vulnerability and Data Protection Law*, Oxford, 2023, *passim*.

⁶ Per una definizione legislativa della locuzione "piattaforma online" si rinvia all'art. 3, lett. i, Reg. UE 2022/2065 sui servizi digitali, che fa riferimento a «un servizio di memorizzazione di informazioni che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde informazioni al pubblico [...]». La categoria, peraltro, al proprio interno non è unitaria: a es., «I cd. *aggregators*, a partire dai motori di ricerca generalisti, hanno caratteristiche autoctone e creano problemi 'locali', in quanto assai diversi da quelli che connotano le *transaction platforms*, come Amazon and the like». Cfr. R. PARDOLESI, *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, in *Dir. pubb.*, 2021, 5, 943-944; G. RESTA, *Digital Platforms and the Law: Contested Issues*, in *Media Laws*, 2018, 1, 232 ss., che auspicava l'accoglimento di una nozione ampia e comprensiva di piattaforma digitale e una regolazione trasversale ai vari settori di attività delle piattaforme *online* (social media, motori di ricerca, sistemi di pagamento ecc.); E. MURATI, *What are digital platforms? An overview of definitions, typologies, economics, and legal challenges arising from the platform economy in Eu*, *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2021, 1, 19 ss.

⁷ «Una delle tante definizioni della società attuale è quella di "società delle piattaforme". Pur con tutti i limiti propri di ogni generalizzazione, tra le tante proposte questa è quella che co-



scenario contraddistinto dall'egemonia, in campo non solo commerciale, ma anche sociale e politico, delle (poche) multinazionali che gestiscono infrastrutture tecnologiche d'importanza nevralgica.

In limine, forse è bene precisare che un esame esaustivo nel merito della vicenda devoluta all'esame della Suprema Corte non è possibile dal momento che il provvedimento non riporta per intero i contenuti dei *tweet* oggetto del giudizio.

Nelle linee essenziali, a ogni modo, i fatti di causa possono riassumersi in questi termini: la Consob chiama in giudizio davanti al Tribunale di Roma un ex parlamentare chiedendo la sua condanna al risarcimento dei danni sofferti per aver egli messo in atto una campagna denigratoria attraverso comunicati stampa e messaggi su Twitter tesi a ingenerare nell'opinione pubblica il dubbio che l'Autorità avesse agito col fine di difendere gli interessi dei soggetti vigilati, in collusione con taluni operatori del mercato finanziario colpevoli di gravi illeciti.

Il Tribunale di Roma accoglie la domanda e, accertata la natura diffamatoria di alcune delle dichiarazioni incriminate, condanna il convenuto al risarcimento di danni liquidati nella cifra di 15.000,00 euro.

La sentenza viene impugnata, ma la Corte d'appello di Roma conferma la statuizione di primo grado.

L'appellante ricorre per cassazione, lamentando l'omessa considerazione del contesto entro cui le dichiarazioni erano state rese. I giudici di merito, a dire del ricorrente, avrebbero dovuto tenere conto delle caratteristiche della piattaforma sulla quale le dichiarazioni sono state pubblicate e delle modalità (concise e telegrafiche) con le quali le affermazioni circolano sulla stessa.

Nell'articolare i motivi di ricorso, il ricorrente deduce, altresì, che i giudici di merito avrebbero errato nel non considerare il *tweet* scriminato dall'esercizio del diritto di critica politica, dal momento che egli era stato un senatore della Repubblica fino a poco tempo prima.

A detta del ricorrente, le frasi pubblicate su Twitter avrebbero dovuto considerarsi libera manifestazione di un pensiero critico, espresso in relazione alla sua individuale attività istituzionale. In ogni caso, egli ha aggiunto, non si sarebbero potute reputare lesive dell'onore o dell'immagine del resistente.

glie, più di ogni altra, un dato caratterizzante il contesto attuale: la centralità del potere assunto dalle piattaforme, in un ambito che non si limita più soltanto al mercato ma investe, più in generale, i diritti civili, sociali e politici». P. STANZIONE, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme*, Torino, 2022, 1.

A questo proposito, i giudici di cassazione non mancano di precisare che l'accertamento della lesività delle dichiarazioni come quello della sussistenza della esimente dell'esercizio di critica politica costituiscono apprezzamenti riservati al giudice di merito insindacabili in sede di legittimità, se sorretti da argomentata motivazione. Il controllo affidato alla Corte di cassazione, in questi casi, si limita alla verifica dell'avvenuto esame, da parte del giudice del merito, della sussistenza dei requisiti della continenza, della veridicità dei fatti narrati e dell'interesse pubblico alla diffusione delle notizie⁸.

In punto di diritto, poi, il collegio ribadisce, in linea con un orientamento consolidato⁹, che contrariamente a quanto assunto dal ricorrente, il legittimo esercizio del diritto di critica – anche in ambito largamente politico – sebbene comprenda il ricorso a toni aspri e di disapprovazione più pungenti e incisivi rispetto a quelli comunemente adoperati nei rapporti tra privati, resta nondimeno condizionato dal limite della continenza intesa come correttezza formale dell'esposizione e non eccedenza dai limiti di quanto strettamente necessario per il pubblico interesse.

Nella formulazione di qualunque giudizio critico, si possono utilizzare espressioni anche lesive della reputazione altrui, purché siano strumentalmente collegate alla manifestazione di un dissenso ragionato¹⁰ dall'opinione o comportamento preso di mira, e non si risolvano, invece, in un'aggressione gratuita e distruttiva dell'onore e della reputazione del soggetto interessato¹¹.

⁸ Nel senso che l'accertamento della capacità diffamatoria delle espressioni in contestazione è estraneo al giudizio di legittimità v. Cass., 9.6.2022, n. 18631, in *Giust. civ. Mass.*, 2022; Cass., 28.2.2019, n. 5811, in *Giust. Civ. Mass.*, 2019 e *Guida al diritto*, 2019, 40.

⁹ Cfr. Cass., 12.4.2022, n. 11767, in *Giust. civ. Mass.*, 2022 e *Diritto & Giustizia*, 2022, 13 aprile; Cass., 27.5.2019, n. 14370, per cui «il limite immanente all'esercizio del diritto di critica politica è, pertanto, costituito dal fatto che la questione trattata sia di interesse pubblico e che comunque non si trascenda in gratuiti attacchi personali»; Cass., 20.1.2015, n. 841, in *Giust. civ. Mass.*, 2015.

¹⁰ L'opinione negativa deve essere adeguatamente motivata. Cfr. A. RICCI, *La reputazione: dal concetto alle declinazioni*, Torino, 2018, 220.

¹¹ In questo senso cfr. Cass. pen., 10.7.2023, n. 29621, per cui la critica non può trascendere in attacchi personali finalizzati ad aggredire moralmente l'altro. Il dissenso nei confronti dell'avversario politico può essere anche aspro ma non può sfociare in un attacco personale lesivo della dignità morale di questi: «l'espressione "Che schifo di persona! Mi viene da vomitare", utilizzata dal cittadino in riferimento al sindaco, costituisce un argomento rivolto contro la persona e che non rispetta il limite della continenza, sia perché costituisce un'offesa alla persona e non al suo operato politico», per l'appunto, «sia perché è formulata con l'utilizzo di termini apertamente dispregiativi e volgari». E «non si scorge alcuna funzionalità della frase rispetto alla manifestazione di un'opinione sull'operato politico della

Il limite della continenza delle singole espressioni impiegate non può valutarsi in termini meno rigorosi in caso di critica politica: le esternazioni di un parlamentare non sono *legibus solutae*¹².

Inoltre – chiarisce la Suprema Corte – nel valutare il carattere diffamatorio delle dichiarazioni, la circostanza che esse siano rese tramite un *tweet* è irrilevante giacché a esse deve guardarsi in maniera atomistica, avulsa dal mezzo che le ha veicolate.

Il post in Twitter non si sottrae al necessario rispetto della continenza espressiva e non concretizza una manifestazione del pensiero irresponsabile solo perché veicolata tramite un peculiare mezzo, contraddistinto da forme espressive brevi e per questo, tendenzialmente, assertive e immotivate.

Ciò che è vietato *offline* è vietato *online*. Anzi, proprio in caso di uso dei servizi di una piattaforma come Twitter o di altre equivalenti, vale il limite della continenza: il giudizio che si posta e condivide non può andar disgiunto dal contenuto e dalla forma espressiva.

La stessa satira – che pur costituisce una modalità corrosiva e spesso impietosa del diritto di critica, al punto da esser sottratta, nel paradosso della narrazione, anche all'obbligo di riferire fatti veri – resta soggetta al limite della continenza e della funzionalità delle espressioni o delle immagini rispetto allo scopo di denuncia sociale o politica perseguito¹³.

Né la circostanza che un messaggio sia divulgato tra i *follower* toglie alle dichiarazioni il carattere di pubblicità (in questo senso, in linea di continuità, la cassazione si è pronunciata anche in altra, recente sentenza¹⁴): il fatto che sul *social-network* i messaggi vengano trasmessi privatamente soltanto a determinati seguaci non ha valore esimente. Si tratta,

persona offesa, quanto una contumelia tesa a far confluire sulla persona, e non già sul politico, il pubblico disprezzo dei lettori del post» pubblicato su 'Facebook'.

¹² Cfr. C. Cost., 1.12.2022, n. 241, in *Guida al diritto*, 2022, 47; C. Cost., 23.3.2018, n. 59, in *Foro it.*, 2018, 5, I, 1463 ss.: «La prerogativa parlamentare di cui all'art. 68, primo comma, Cost., infatti, non può essere estesa "sino a ricomprendere gli insulti – di cui è comunque discutibile la qualificazione come opinioni – solo perché collegati con le "battaglie" condotte da esponenti parlamentari" (sentenza n. 137 del 2001; analogamente sentenza n. 257 del 2002)».

¹³ Cfr. Cass. (ord.), 20.3.2018, n. 6919, in *Resp. Civ. Prev.*, 2018, 2, 631.

¹⁴ Cfr. Cass., 26.5.2023, n. 14836, in *Giust. civ. Mass.*, 2023, per cui: «La manifestazione del proprio pensiero sui social network, anche se inizialmente indirizzata ad una cerchia limitata di persone (gli "amici" su facebook) deve comunque avvenire nel rispetto del criterio formale della continenza e, ove sia accertato che abbia contenuti lesivi dell'altrui dignità, può integrare gli estremi della molestia discriminatoria se rivolta verso un determinato gruppo etnico, in quanto è potenzialmente capace di raggiungere un numero indeterminato, o comunque quantitativamente apprezzabile di persone».

infatti, pur sempre di messaggi, affermazioni e giudizi rivolti a un numero indiscriminato (e sempre più rilevante) di persone, sicché in quella cerchia essi sono e restano comunque "pubblici" per definizione.

«In conclusione» scrivono i giudici nell'ordinanza *de quo* «è infondato affermare – come invece assume il ricorrente – che nell'attuale contesto sociale l'utilizzo di un social-network, e segnatamente di twitter, consentendo di esprimere e condividere brevi ma incisivi messaggi di testo, imponga una valutazione dei medesimi in modo meno rigoroso quanto al necessario rispetto dei noti limiti che circondano l'esercizio del diritto di critica. Va di contro affermato l'opposto principio: l'uso di una piattaforma come twitter, o altre equivalenti, implica l'osservanza del limite intrinseco del giudizio che si posta in condivisione, il quale, come ogni giudizio, non può andar disgiunto dal contenuto che lo contraddistingue e dalla forma espressiva».

Il contenuto della decisione che si è sinteticamente riassunta appare condivisibile dal momento che non è seriamente immaginabile di riservare ai privati una *safe harbour* sol che essi scelgano di affidare le proprie dichiarazioni a un social come Twitter ("X"): *online* come *offline* della libertà di espressione è ammesso e tutelato l'esercizio, ma è vietato e sanzionato l'abuso¹⁵.

Non si possono invocare diritti costituzionali — come la libertà di espressione — al fine di farne un utilizzo incostituzionale. Lo stesso art. 17 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo vieta di avvalersi di una libertà come quella di manifestare il proprio pensiero liberamente, protetta dal precedente art. 10, per mettere in pericolo altri diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione stessa¹⁶.

Già a metà del secolo scorso, del resto, Karl Popper ammoniva: una tolleranza indiscriminata porterebbe a esser travolti e dominati dalle frange intolleranti della collettività. Sicché l'intolleranza nei confronti dell'intolleranza stessa è necessaria, se si vogliono preservare i caratteri fondanti di una società aperta. In nome della tolleranza, scriveva Popper in *La società aperta e i suoi nemici*, dovremmo

¹⁵ Oramai «il mondo digitale *online* trabocca nel mondo analogico *offline*, con il quale si sta mescolando [...]. In misura crescente conduciamo le nostre vite *onlife*». Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, 47.

¹⁶ In base all'art. 17 CEDU: «Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione».



proclamare «il diritto di non tollerare gli intolleranti»¹⁷.

Nessuna società democratica può accogliere il principio della tolleranza in termini assoluti e illimitati, se non al costo di mettere a repentaglio i capisaldi alla base della propria sopravvivenza.

Si rende, allora, opportuno mettere in atto meccanismi di autodifesa o protezione, come hanno fatto le democrazie europee, memori dell'esperienza dei regimi totalitari: le cd. democrazie "protette" respingono le ideologie estremiste che inneggiano all'odio e alla violenza e tengono fuori dall'arco costituzionale le forze politiche che le incarnano.

Persino negli USA – dove pure il Primo Emendamento della Costituzione impone al potere statuale di astenersi dal turbare l'esercizio della libertà di espressione («*Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press*») e l'idea ancora oggi culturalmente dominante¹⁸ è che «*the remedy for speech that is false is speech that is true*»¹⁹: nel «*free marketplace of ideas*»²⁰, la *content regulation* (a livello giudiziario o legislativo) non porterebbe benefici superiori rispetto all'incondizionato dispiegarsi della libertà di espressione²¹ – uno Stato può, in base alla cd. «*clear and present danger doctrine*»²², vietare discorsi che

incitano alla violenza o a violare la legge se tale propaganda sia diretta a incitare o determinare un'imminente²³ condotta illecita e sia probabile che inciti o determini tale condotta. Minacce o istigazioni alla violenza, dunque, non potrebbero beneficiare della copertura costituzionale, ove siano dirette a causare un imminente pregiudizio per la tenuta democratica del sistema e sia probabile che lo provochino come nel caso, per esempio, della diffusione di comunicati da parte di organizzazioni terroristiche o della divulgazione a opera di Governi stranieri di *fake news* capaci d'interferire col fisiologico funzionamento di processi democratici quali le elezioni politiche.

2. Il ruolo dei cd. *Tech Giant* nel governo del discorso pubblico online alla luce del quadro regolatorio europeo.

Se per la sopravvivenza stessa di una società democratica è necessario respingere ideologie estremiste che inneggino all'odio o alla violenza e moderare il discorso pubblico (*offline* come *online*), assicurando un equo temperamento tra diritti fondamentali, è di tutta evidenza come l'attuazione di diritti della persona quali la libertà d'espressione e d'informazione, che implica libertà e pluralismo dei media, il diritto alla vita privata e alla protezione dei dati, il diritto alla non discriminazione o quello all'onore e la stessa salvaguardia di valori democratici essenziali, oggi, dipendano, sempre più, dalle condotte dei gestori delle più grandi piattaforme digitali²⁴.

Esemplare, in questo senso, è la vicenda che ha visto protagonista, negli Usa, Donald Trump: dopo l'assalto dei suoi sostenitori al Congresso, avvenuto il 6 gennaio 2021, Twitter, effettuando un bilanciamento tra libertà d'espressione e interesse alla pubblica sicurezza, ha deciso di disattivare permanen-

ected to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action».

²³ «*no danger flowing from speech can be deemed clear and present, unless the incidence of the evil apprehended is so imminent that it may befall before there is opportunity for full discussion. If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence».* Cfr. *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 377 (1927) (Brandeis, J., *concurring*).

²⁴ Cfr. l'imprevedibile analisi di J.M. BALKIN, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, *U.C. Davis L. Rev.*, 2018, 1149 ss. e già ID., *Old-School/New-School Speech Regulation*, *Harv. L. Rev.*, 127 (8), 2014, 2296 ss.; ID., *To Reform Social Media, Reform Informational Capitalism*, in L.C. BOLLINGER e G.R. STONE (a cura di), *Social Media, Freedom of Speech and the Future of our Democracy*, New York, 2022, 233 ss.

¹⁷ «Se estendiamo l'illimitata tolleranza anche a coloro che sono intolleranti, se non siamo disposti a difendere una società tollerante contro l'attacco degli intolleranti, allora i tolleranti saranno distrutti e la tolleranza con essi. [...] dovremmo quindi proclamare, in nome della tolleranza, il diritto di non tollerare gli intolleranti. Dovremmo insomma proclamare che ogni movimento che predica l'intolleranza si pone fuori legge e dovremmo considerare come crimini l'incitamento all'intolleranza e alla persecuzione, allo stesso modo che consideriamo un crimine l'incitamento all'assassinio, al ratto o al ripristino del commercio degli schiavi». K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici, vol. I: Platone totalitario*, Roma, 2004.

¹⁸ Un'idea maturata sul terreno offerto dalle teorie liberiste di J. MILTON, *Aeropagitica. A speech of Mr. John Milton for the liberty of unlicensed printing to the Parliament of England*, London, 1644 (il testo, pubblicato in Italia, per la prima volta, nel 1933 dalla casa editrice Gius. Laterza & figli nella traduzione di Salvatore Breglia, è stato di recente riedito, con prefazione di Claudio Signorile, su *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2021, 2, 15 ss.) e J.S. MILL, in *On Liberty*, Gertrude Himmelfarb ed., 1985.

¹⁹ *U.S. v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012).

²⁰ S. INGBER, *The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth*, in *Duke Law Journal*, 1984, 1, 2 ss.

²¹ In chiave critica, v. R. SUNSTEIN, *Does the Clear and Present Danger Test Survive Cost-Benefit Analysis?*, *Cornell L. Rev.*, 2020, 104, 1775 ss. In arg., nella letteratura italiana, cfr. O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, *Media Laws*, 2018, 1, 55; V. G. PITRUZZELLA e O. POLLICINO, *Disinformation and hate speech*, Bocconi University Press, 2020, VI, 168.

²² Cfr. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969): «*[T]he constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is di-*

temente l'*account* dell'ex Presidente per il rischio di ulteriori incitamenti alla violenza.

È indubbio che spazi di comunicazione telematica come *social network* e *blog* siano oramai luoghi di esercizio del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, incardinato nell'art. 21 della Costituzione italiana, nell'art. 10 della Convenzione EDU e nell'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali UE²⁵.

I *social network*, in particolare, sono capaci di porre in relazione un numero indiscriminato di persone; consentono di comunicare in modo immediato e interattivo e tuttavia, destano preoccupazione per il potenziale impatto negativo che può derivare dalla diffusione, sulla piattaforma, di contenuti illeciti (es. materiale pedopornografico, istigazioni a delinquere ecc..) o anche semplicemente da una progettazione dei servizi asservita a modelli di *business* che mirano a massimizzare il profitto col ricorso a sofisticate tecniche di *neuromarketing*²⁶; la formulazione di offerte d'acquisto e messaggi pubblicitari sempre più personalizzati²⁷ attraverso pratiche di

«*microtargeting*» e «*price differentiation*»²⁸ (di per sé, non vietate)²⁹.

Mediante la profilazione³⁰, il *web* è in grado di conoscere con esattezza i bisogni umani e scommettere sui comportamenti futuri degli utenti, minimizzando il rischio d'impresa e massimizzando automazione e profitti per un'efficienza economica massima³¹.

Questo modello di *business* è fonte di molteplici rischi per la persona: *in primis*, di manipolazione, esclusione e discriminazione³². Ne va degli stessi equilibri democratici e di giustizia sociale: non si può seriamente pensare di affidarli al singolo contratto o alla singola operazione economica³³.

La rivoluzione di Internet e l'impiego massivo di sistemi d'intelligenza artificiale sempre più sofisticati hanno reso l'essere umano molto più vulnerabile. A nessuno sfugge più come le società di tecnologia dell'informazione cd. *over the top* esercitino uno strapotere in ambito non solo commerciale, ma anche politico, proprio perché dispongono d'infrastrutture tecnologiche, indifferenti ai confini nazionali³⁴, le quali offrono un ambiente vastissimo in cui scambiare informazioni e opinioni, ma anche

²⁵ Cfr. Cass. pen., S.U., 29.1.2015, n. 31022, in *Cass. Pen.*, 2015, 10, 3437 ss., con nota di L. PAOLONI, *Le Sezioni unite si pronunciano per l'applicabilità alle testate telematiche delle garanzie costituzionali sul sequestro della stampa: ubi commoda, ibi et incommoda?*; *Giur. Cost.*, 2015, 3, 1055 ss., con nota di L. DIOTALLEVI, *La Corte di cassazione sancisce l'«equiparazione» tra giornali cartacei e telematici ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di sequestro preventivo: un nuovo caso di «scivolamento» dalla «nomofilia» alla «nomopoesi»?*; *Dir. inform.*, 2015, 6, 1041 ss., con nota di G. CORRIAS LUCENTE, *Le testate telematiche registrate sono sottratte al sequestro preventivo. Qualche dubbio sulla «giurisprudenza legislativa»*; *Resp. civ. prev.*, 2015, 6, 2002 ss.; *Guida dir.*, 2015, 38, 82 ss. con nota di C. MELZI D'ERIL e E. VIGEVANI, *Il sequestro di una pagina web può essere disposto imponendo al service provider di renderla inaccessibile*. La S.C. ha ivi chiarito come questi nuovi mezzi, informatici e telematici, di manifestazione del pensiero (forum, blog, newsletter, pagine Facebook...) non possano essere ricompresi nel concetto di «stampa», sebbene interpretato in modo evolutivo e costituzionalmente orientato, lì dove invece il termine «stampa» inteso in senso ampio comprende i giornali telematici che affollano l'ambiente virtuale.

²⁶ In arg., si segnala il recente e ampio contributo di S. GUIDA, *Affrontare il potere della neurotecnologia: il neuromarketing tra azzardo morale, impatti sulla personalità dell'utente e tutela dei neurodiritti*, *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2023, 1, 1 ss.

²⁷ Cfr., a es., R.M. WEISS e A.K. MEHROTRA, *Online Dynamic Pricing: Efficiency, Equity and the Future of E-Commerce*, in *Virginia Journal of Law & Technology*, 2011, 6, 11; O. LYNKEY, H.W. MICKLITZ e P. ROTT, *Personalised Pricing and Personalised Commercial Practices*, in N. HELBERGER et al., *EU Consumer Protection 2.0: Structural asymmetries in consumer markets*, 2021, disponibile al link https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2021-018_eu_consumer_protection_2.0.pdf, 92 ss.

²⁸ Cfr. OECD, *Personalised Pricing in the Digital Era. Background Note by the Secretariat*, 28 November 2018, consultabile al link [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf).

²⁹ Cfr. R. MONTINARO, *I sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori: il punto di vista del diritto dei consumi (e non solo)*, in *Questa rivista*, 2022, 3, 73.

³⁰ In base all'art. 4.4 GDPR per «profilazione» s'intende: «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica». In dottrina, cfr. R. MESSINETTI, *Trattamento dei dati per finalità di profilazione e decisioni automatizzate*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Padova, 2019, 167 ss.

³¹ M. FERRARIS, *Documanità*, Bari-Roma, 2021, 62.

³² Sui rischi, in particolare, di discriminazione e compromissione dell'autodeterminazione della persona legati all'impiego, nelle comunicazioni commerciali ai consumatori, di algoritmi che orientano la scelta di contenuti informativi disponibili online, sulla base della previsione degli interessi e delle preferenze degli utenti, impiegando una mole notevole di dati (cd. *recommender* o *recommendation systems*) cfr. R. MONTINARO, *I sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori: il punto di vista del diritto dei consumi (e non solo)*, cit., 375 ss.

³³ Sul concetto di operazione economica la letteratura è assai estesa. Ci si limita a segnalare il recente contributo di E. GABRIELLI, voce «Operazione economica», in G. D'AMICO (diretto da), *I tematici*, I-2021, *Il contratto*, Enc. dir., Milano, 2021, 729 ss.

³⁴ Con riferimento alle piattaforme online, si parla di «private transnational legal orders». Cfr. F. BASSAN, *Digital Platforms and Global Law*, Cheltenham, 2021, 84 ss.



estrapolare, memorizzare e aggregare una enorme quantità di dati e frammenti di dati riguardanti gli utenti (*i.e.* il petrolio della moderna algocrazia³⁵): informazioni destinate a esser sottoposte a trattamenti automatizzati col rischio di seri pregiudizi per la dignità e la stessa identità umana. Proprio come il petrolio ha molti impieghi produttivi, ma è anche causa d'inquinamento così un'economia basata sulla estrazione³⁶, memorizzazione ed elaborazione di enormi quantità di dati (*Big Data*)³⁷ può portare grandi benefici all'umanità, ma è al contempo foriera di serie minacce per la *privacy*, legate a possibili (e invero frequenti) perdite di dati (cd. *data spill*), ma soprattutto alla privazione della riservatezza quale mezzo di realizzazione della personalità di ciascun individuo (cd. *glass house effect*)³⁸.

Le cd. *Big Tech*, individuate con l'acronimo G.A.F.A.M.³⁹, sono centri di straordinaria concentrazione di potere, conoscenza e ricchezza, estranei a qualsivoglia circuito democratico⁴⁰.

Di fatto, si tratta di soggetti privati⁴¹ con poteri para-statali⁴², in passato esercitati per mano di autorità pubbliche, giudiziarie o amministrative⁴³.

³⁵ Faceva menzione dei rischi legati alla "dittatura dell'algoritmo" S. RODÒTA, in *Il mondo della rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014; più di recente, v. E. CALZOLAIO (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Padova, 2020, *passim*.

³⁶ Si parla, a proposito, di *data mining*. Cfr. U.M. FAYYAD-G. PIATETSKY-SHAPIRO -P. SMYTH, *From data mining to knowledge discovery: an overview*, in U.M. FAYYAD (Ed.), *Advances in Knowledge Discovery and Data Mining*, Menlo Park, CA, 1996.

³⁷ V. ZENO ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Media Laws*, 2018, 2, 32 ss.

³⁸ Cfr. *Personal Data: The "New Oil" of the 21st Century, Panel Discussion of the World Economic Forum on Europe & Central Asia* (June 9, 2011), reperibile al link <http://www.weforum.org/sessions/summary/personal-data-new-oil-21st-century>; D.D. HIRSCH, *The Glass House Effect: Big Data, The New Oil, and the Power of Analogy*, *Me. L. Rev.*, 2014, 66, 373 s.

³⁹ Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft.

⁴⁰ Per un'analisi dei tratti della cd. *surveillance economy* e dei rischi collegati a un capitalismo che sta minacciando la sovranità del popolo, espropriando dei suoi diritti fondamentali v. S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The fight for a human future at the new frontier of power*, Public Affairs, New York, 2019. Critica, invece, l'idea che il *web* sia espressione di un capitalismo di sorveglianza M. FERRARIS, *Documanità*, cit., 32 ss.

⁴¹ Sul possibile inquadramento teorico delle piattaforme *online* quali formazioni sociali *ex art. 2 Cost.* o luoghi aperti al pubblico anche alla luce dell'esperienza statunitense v. M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, *Riv. it. inform. e dir.*, 2019, 1, 43 ss.

⁴² Giuridicamente, possono concepirsi come enti: si tratta di imprese che, nell'esercizio dell'autonomia privata, usano un potere normativo nei confronti degli utenti (professionisti e consumatori) come qualsiasi altra impresa. Tuttavia «sono an-

Le «*community*» che i giganti della tecnologia dell'informazione virtualmente ospitano sulle proprie piattaforme *online*, entro una prospettiva istituzionalista⁴⁴, appaiono come ordinamenti autonomi, con proprie regole e sanzioni, propri organi di giustizia interna e meccanismi di *enforcement*⁴⁵.

Le società di tecnologia dell'informazione cd. *over the top* (come Facebook, "X" o YouTube), mosse dall'intento di creare un ambiente digitale che rifletta le aspettative degli utenti, a tutto vantaggio del margine di profitto, sono le prime a ergersi come promotrici di valori di non discriminazione, tolleranza e rispetto nonché della libertà di espressione nel mondo *online*, rivendicando per sé, quali forme di organizzazione della società civile, un ruolo fondamentale nel governo di Internet⁴⁶ e specialmente, nella moderazione dei contenuti⁴⁷. Così, nell'esercizio della libertà d'impresa – radicata, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, nell'art. 41 della Cost. – e della propria autonomia contrattuale, si riservano sia il potere di stabilire (*ex ante*) in termini generali e astratti, attraverso le condizioni generali di contratto, quali contenuti ospitare e quali escludere dallo spazio condiviso della piattaforma, poiché d'incitamento all'odio, razzisti ecc. sia il potere di decidere (*ex post*) nel caso concreto, all'esito di procedure interne di con-

cor più temibili sia per la loro posizione sul mercato, che le fa assimilare agli oligopolisti, sia per la loro attività nel mondo della comunicazione, che le fa assimilare a veri e propri Stati»: G. ALPA, *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, *Contr. impr.*, 2022, 3, 727. Pur analizzando le dinamiche di «sovrapposizione tra sfera pubblica per la manifestazione del pensiero e dimensione privata del rapporto tra utenti e social network» reputa «preferibile resistere fermamente a ogni velleità di qualificazione in senso pubblicistico dei social network» M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati"*. *Spunti di comparazione*, *Riv. it. inform. e dir.*, 2021, 2, 43 ss.

⁴³ M. BASSINI, *Fundamental rights and private enforcement in the digital age*, in *European Law Journal*, 2019, 25 (2), 186.

⁴⁴ Il riferimento è ovviamente a S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, [prima ed. 1917-1918], Macerata, 2018; W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, [prima ed. 1929], Macerata, 2018.

⁴⁵ Nella diffusione delle *community* che si formano all'interno delle piattaforme digitali, la teoria istituzionalista dell'organizzazione trova un nuovo banco di prova. Cfr. A. QUARTA, *L'espulsione del socio dal partito tra risoluzione e sanzione: nuovi profili civilistici della disattivazione dell'account*, in P. SIRENA e A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018, 90.

⁴⁶ Lo si evince anche da una lettura del codice di condotta per lottare contro le forme illecite di incitamento all'odio *online* adottato dalla Commissione Europea nel 2016.

⁴⁷ Ove si discorre di moderazione dei contenuti si vuole alludere all'insieme di quei meccanismi di regolazione che, nella combinazione tra autonomia privata ed eteronomia, strutturano la partecipazione a una comunità su una piattaforma *online*, col fine di prevenire e contrastare abusi. Cfr. J. GRIMMELMANN, *The Virtues of Moderation*, in *Yale Journal of Law and Technology*, 2015, 17, 42 ss.

tent moderation, quali contenuti rimuovere perché giudicati contrari alle condizioni d'uso del servizio. Di fatto, il gestore di una piattaforma ha il potere di *regolare* i termini della prestazione del servizio, predisponendo le condizioni generali del contratto con l'utente; *controllare* l'applicazione degli stessi, affidandosi a *team* di revisori e soprattutto, a sistemi d'intelligenza artificiale; *arbitrare* eventuali controversie che possano scaturire nell'esecuzione del contratto (si pensi al ruolo dell'*Oversight Board* di Facebook: un comitato, dalla composizione variegata, deputato a esaminare i ricorsi degli utenti su decisioni riguardanti i contenuti).

Generare e preservare la fiducia degli utenti nella sicurezza di un ambiente digitale "controllato", che presenti pochi rischi e meccanismi di funzionamento prevedibili⁴⁸ è, infatti, interesse primario del gestore di una piattaforma *online*, che all'uopo si ammanta della prerogativa di bilanciare interessi potenzialmente in conflitto, avocando a sé poteri autoritativi para-statali: nelle vesti di *autorità private*⁴⁹, i cd. *Tech Giant* sono in condizione sia di dettare *unilateralmente* i termini d'uso del servizio sia di applicarli *autoritativamente*, bilanciando nelle proprie decisioni diritti e libertà fondamentali⁵⁰.

Sino a ora, i gestori di piattaforme *online* hanno esercitato i propri poteri decisionali in veste di autorità private *di fatto* ossia in virtù – non di peculiari prerogative giuridiche, bensì – di «comuni posizioni giuridiche di libertà e di autonomia ugualmente spettanti ai privati»⁵¹: facendo leva sulle condizioni generali d'uso della piattaforma. A seguito dell'entrata in vigore del regolamento sui servizi digitali, tuttavia, sembrano aver assunto – come si vedrà – la veste di autorità *di diritto*⁵².

Formalmente, è indubbio che gli individui soggiacciono alle decisioni del gestore del servizio per aver accettato i termini e le condizioni d'uso; sostanzialmente, però, l'autonomia contrattuale

dell'aderente è assai evanescente⁵³, per la presenza di monopoli naturali e asimmetrie informative.

Nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, è chiaro come, ove i costi legati all'acquisizione d'informazioni siano superiori ai vantaggi che possano trarsi, l'aderente preferisca "chiudere gli occhi" e accettare le condizioni contrattuali, conformandosi al comportamento di gruppo. Ciò, peraltro, è tanto più verosimile che accada lì dove non sia richiesta una controprestazione in denaro per il servizio offerto e la contropartita consista nella "cattura" di dati dell'utente, come è accaduto fino a ora nel modello di *business* adottato dalle multinazionali che gestiscono le maggiori piattaforme digitali⁵⁴.

In questo quadro, la domanda da porsi è se e in quale misura le tecnologie digitali favoriscano l'esercizio arbitrario di poteri che possano compromettere quell'autonomia individuale che è alla base dello stato di diritto⁵⁵ e come si possano contenere simili, indesiderabili effetti dell'impiego delle tecnologie digitali.

Come accennato, deve anche considerarsi che il *vulnus* potenzialmente conseguente alle decisioni del gestore di una piattaforma non riguarda soltanto i diritti del singolo utente, ma anche interessi generali, dati il ruolo e la forza che le piattaforme *online* hanno sul piano economico e sociale⁵⁶.

Oscurando l'*account* dell'esponente di un partito politico, per esempio, Facebook può impedirne la partecipazione dibattito pubblico, incidendo su un

⁵³ Come la «*deep mediatization*», nella società delle piattaforme digitali, limiti (con l'autonomia negoziale) l'autodeterminazione individuale è ben messo in luce, dal punto di vista della scienza della comunicazione, nell'analisi di A. HEPP, *Deep Mediatization*, London and New York (Routledge), 2020, 194 ss., spec. 197.

⁵⁴ Cfr. R. PARDOLESI, in *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, cit., 950 ss. A proposito del riconoscimento normativo del "valore monetario" dei dati raccolti in conformità del GDPR e della loro funzione di "remunerazione" della fornitura di servizi di comunicazione elettronica cfr. S. ORLANDO, *Il coordinamento tra la direttiva 2019/770 e il GDPR. L'interessato-consumatore*, in *Questa rivista*, 2023, 2, 222 ss.; V. RICCIUTO, *Lo scambio dei dati con i contenuti e i servizi digitali: una nuova modalità di contrarre?*, *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2023, 1, 23 ss.; ID., *I dati personali come oggetto di operazione economica. La lettura del fenomeno nella prospettiva del contratto e del mercato*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, cit., 95 ss.

⁵⁵ O. POLLICINO, *Costituzionalismo, privacy e neurodiritti*, *Rivista di diritto dei media*, 2021, 2, 12.

⁵⁶ «la dimensione digitale, propiziando un "extreme return to scale", amplificando a dismisura le esternalità di rete e creando *ex novo* il "potere dei dati", ha innescato minacce fondamentalmente diverse da quelle con cui ci si è misurati nel passato», R. PARDOLESI, *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, cit., 942.

⁴⁸ Cfr. T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, *The Legal Anatomy of Electronic Platforms*, in *Ital. Law Journ.*, 2017, 162 ss.

⁴⁹ Ci riferisce qui alle "autorità private" per indicare quei casi nei quali un privato ha il «potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni». Cfr. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 4 ss. Per una lettura dell'opera di Cesare Massimo Bianca che tiene conto dei mutamenti introdotti dall'avvento di Internet e identifica tra le autorità private proprio gli ISP v. S. MARTINELLI, *L'autorità privata del provider*, in P. SIRENA e A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, cit., 555 ss.

⁵⁰ G.E. VIGEVANI, *Piattaforme digitali private, potere pubblico e libertà di espressione*, *Dir. cost.*, 2023, 1, 41 ss.

⁵¹ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., 56.

⁵² Sulla distinzione tra autorità private di diritto e di fatto cfr. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., 4 ss.



valore democratico fondamentale come il pluralismo del pensiero⁵⁷.

Si comprende allora come, in questo contesto, si sia molto discusso di efficacia orizzontale dei diritti fondamentali nell'età digitale⁵⁸.

La potenza della tecnologia impiegata – capace di replicare e diffondere un contenuto su una scala di grandezza in passato inimmaginabile (*viralità*), assicurando un servizio caratterizzato da *ubiquità* – fa della piattaforma *online* un potenziale mezzo di

gravi pregiudizi sia individuali sia collettivi⁵⁹. E ad accrescere i rischi per la tutela dei diritti fondamentali, dalla libertà di pensiero all'autodeterminazione è proprio la circostanza che le più grandi piattaforme digitali occupino posizioni oligopolistiche o di monopolio sul mercato⁶⁰.

Nell'ambito dell'*e-commerce*, la disattivazione di un *account* su una piattaforma come *eBay* rappresenta, a esempio, una condotta potenzialmente lesiva dell'immagine, del posizionamento sul mercato nonché della sopravvivenza stessa dell'impresa che ivi operi⁶¹.

Il passaggio da un Internet delle reti a un Internet delle piattaforme ha comportato una migrazione da un ambiente decentralizzato in cui la libertà sembrava essere norma, a un'economia centralizzata e chiusa, controllata da pochi attori privati, ove la libertà appare molto più precaria e l'autonomia privata delle multinazionali dell'*information technology* aspira a farsi potere ordinativo tendenzialmente au-

⁵⁷ Sono fin troppo note le vicende giudiziarie che hanno coinvolto Casa Pound. Cfr., sull'istanza *ex art. 700 c.p.c.*, Trib. Roma, (ord.) 12.12.2019, n. 59264, 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 ss., con nota di B. MAZZOLAI, *La censura su piattaforme digitali private: il caso Casa Pound c. Facebook*; in *Dir. Internet*, 2020, 63 ss., con nota di A. VENANZONI, *Pluralismo politico e dibattito pubblico alla prova dei social network*; in sede di reclamo, Trib. Roma, 29.4.2020, in *Foro it.*, 2020, 2889 ss. e poi, Trib. Roma, 5.12.2022, n. 17909, in *Dejure*, in cui si passano in rassegna fonti di diritto interno e internazionale, a partire dalla cd. legge Mancini e dalla cd. legge Scelba, dalle quali derivano limiti alla libertà di manifestazione del pensiero nel bilanciamento con altri diritti fondamentali. Sul caso, si segnalano G.M. RICCIO, *La giurisprudenza su Facebook/CasaPound e l'esigenza di eteroregolazione del contratto con il social network*, in P. STANZIONE (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme*, cit., 339 ss. e G.E. VIGEVANI, *Dal "caso Casapound" del 2019 alla "sentenza Casapound" del 2022: piattaforme digitali, libertà d'espressione e odio on line nella giurisprudenza italiana*, in *Media Laws*, 2023, 2, 142 ss. Protagonista di altra nota vicenda giudiziaria è stato, poco dopo, il movimento politico di estrema destra "Forza Nuova" (v. Trib. Roma, 23.2.2020, in *Dir. inf.*, 2020, 552, con nota di B. MAZZOLAI, *Hate speech e comportamenti d'odio in rete: il caso Forza Nuova c. Facebook*). Nello stesso filone giurisprudenziale, s'inseriscono: Trib. Trieste, 27.11.2020, n. 2032, in *Giur. it.*, 2021, 2089 ss., con nota di S. MARTINELLI, *La chiusura dell'account Facebook di un'associazione: quale tutela?*; in *Riv. dir. Internet*, 2021, 1, 1 ss., col commento di P. MAZZA, *L'esperibilità del rimedio ex art.700 c.p.c. a seguito della disattivazione dell'account su Facebook: l'ultimo episodio della saga chiude (ma non del tutto) le porte alla concessione della tutela d'urgenza*; Trib. Siena, 19. 1.2020, in *Dir. Internet*, versione *online*, 21.1.2020, col commento di G. CASSANO, *Gira la ruota per CasaPound, a Siena prevale il regime privatistico del rapporto, ed il profilo rimane disattivato*. Ancor più eclatante è il caso che ha visto protagonista, negli Usa, Donald Trump. Dopo l'assalto dei suoi sostenitori al Congresso, il 6 gennaio 2021, Twitter, l'8 gennaio 2021, ha permanentemente disattivato l'account dell'ex Presidente per il rischio di ulteriori incitamenti alla violenza.

⁵⁸ S. GARDBAUM, *The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights*, *Michigan Law Review*, 2003, 102, 387 ss.; G. TEUBNER, *Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case on the Digital Constitution Italian Law Journal*, 2017, 3(1), 193. In Italia, v. A. GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1, 183 ss.; A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le "libertà fondamentali" (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 3, 712 ss.

⁵⁹ P. STANZIONE, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme*, cit., 9.

⁶⁰ Abbandonare una piattaforma *online* è spesso più difficile e costoso del previsto. L'evidenza empirica, inoltre, sembra denotare che: «*there is no competition between social media platforms themselves, as Post suggests, because they are complementary, not substitute, goods*». Cfr. K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, *Harv. L. Rev.*, 2018, 131, 1630. V. anche F. PASQUALE, *Privacy, Antitrust, and Power*, in *George Mason Law Review*, 2013, 20 (4), spec. 1015 ss.; L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, *Yale Law Journal*, 2017, 126, 710 ss.

⁶¹ Cfr. Trib. Messina, 7.7.2010, in *Giur. merito*, 2011, 7-8, 1807 ss. (s.m.) con nota di P. PERRI, *Sospensione dell'account del venditore dalla piattaforma eBay a seguito di feedback negativi: profili civilistici e informatico-giuridici*, *Dir. inf.*, 2011, 118 ss., con nota di I.P. CIMINO, *Sospensione di account di vendita nel marketplace di eBay, tutela del contratto e della libertà di impresa nel commercio elettronico*, ove i giudici scrivono chiaramente: «la presenza sulla piattaforma di eBay appare indispensabile ai fini della sopravvivenza» (p. 119); Trib. Catanzaro, 30.4.2012, in *Dir. inf.*, 2012, 1174 s., con nota di G. ARANGUENA, *Sospensione di un account su eBay: il contratto telematico B2B tra accettazione point and click e tutela dell'accesso al mercato del commercio elettronico*, spec. 1180, ove si afferma come: «l'esclusione a tempo indeterminato da eBay non si traduca semplicemente in una mera perdita di clienti, ma abbia un'incidenza molto più pesante che può arrivare sostanzialmente ad escludere l'impresa dal mercato stesso». Da segnalare è l'art. 33, l. 5.8.2022, n. 118, cd. Legge annuale per il mercato e la concorrenza, che ai sensi dell'art. 47, l. 23.7.2009, n. 99 ha modificato l'art. 9, l. 18.6.1998, n. 192 come segue: «si presume la dipendenza economica nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità di dati». In arg. v. M. MAUGERI, *Ddl Concorrenza e piattaforme digitali*, in *www.personaemercato.it*, 2022; M. LIBERTINI, *La presunzione di dipendenza economica nei mercati digitali. Un commento all'art. 33 della l. 5 agosto 2022, n. 118*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2023, 1, 9 ss.

tosufficiente e refrattario a interventi del legislatore⁶².

Il monopolio delle piattaforme si è consolidato via via sulla base di idee anarco-libertarie e in un clima d'incondizionata fiducia nelle reti decentralizzate, lo stesso che ha alimentato le prime utopie di Internet degli anni 90 del secolo scorso⁶³, una tecnologia pensata, per impiegare una nota metafora, come l'agorà di Atene, ossia come una immensa piazza virtuale, nella quale poter ricreare le condizioni di una democrazia diretta⁶⁴.

Internet è stata a lungo guardata in modo utopistico: come uno spazio anarchico; un luogo, liberamente accessibile, d'interazione sociale e libertà creativa; un territorio autonomo e indipendente, immune da pressioni esterne.

Questo anarco-libertarismo ha portato a un'avversione rispetto alla regolamentazione⁶⁵: a predicare l'autonomia del *cyberspace* e la sua capacità di regolarsi da sé.

Se non che una simile impostazione è stata oggetto di aspre critiche, anche nel panorama statunitense⁶⁶.

In Europa, fortunatamente, già dai primi anni del nuovo millennio si è abbandonato un atteggiamento conservatore in favore di uno riformista, mutando paradigma nelle politiche digitali e nelle scelte di *governance* di Internet.

Uno dei segnali di cambiamento più importanti, nella direzione di un governo «personalista» dell'innovazione tecnologica, in ambito europeo, è stato rappresentato dall'adozione del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 «relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati» (Reg.

UE 2016/679, cd. «GDPR», acronimo dall'inglese *General Data Protection Regulation*)⁶⁷.

Successivamente, a simboleggiare un'altra, decisiva svolta è stata l'approvazione, da parte del Parlamento Europeo, nel 2022, del cd. pacchetto sui servizi digitali, comprensivo di un regolamento sui servizi digitali (Reg. UE 2022/2065, cd. *Digital Services Act*, di seguito, per brevità DSA)⁶⁸ e di un regolamento sui mercati digitali (Reg. UE 2022/1925, cd. *Digital Markets Act*, breviter, DMA)⁶⁹, recanti norme di armonizzazione massima destinate ad affiancarsi a quelle preesistenti in materia di *e-commerce*, protezione dei dati, tutela dei consumatori⁷⁰, proprietà intellettuale, *antitrust*.

Per quanto concerne, specificamente, la moderazione dei contenuti, al fine di assicurare agli utenti della rete un ambiente digitale «pulito e sicuro», nel quale i diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (*i.e.*, CDFUE) siano tutelati debitamente, il legislatore europeo ha scelto di combinare *private* e *public governance* del discorso pubblico *online*, consolidando la *cooperazione* e la *cooptazione* tra poteri pubblici e privati. Le tecniche di regolazione del discorso pubblico «tradizionali», basate su prescrizioni indirizzate ai singoli individui e su strumenti di *deterrenza* come ingiunzioni, sanzioni penali o risarcimento del danno (diretti a provocare un effetto cd. *chilling* sulle condotte degli utenti) non sono certo venute meno. Semplicemente, si è scelto di percorrere un ulteriore, parallelo binario: il potere statale, attraverso la minaccia di conseguenze risarcitorie unita alla promessa d'immunità per il caso d'ottemperanza, induce i privati gestori delle infrastrutture tecnologiche a collaborare e a vigilare sui contenuti, filtrandoli o bloccandoli *ex ante*, in un'ottica di *prevenzione* e di controllo «silenzioso».

Nel «nuovo corso» della regolazione, le tecniche di moderazione dei contenuti sono quasi invisibili agli utenti, a tutto vantaggio di un modello di *business* – fondato sulla raccolta massiva, ma per lo più silenziosa di dati – che trae profitto dal cd. *chill out*

⁶² Sui percorsi dell'autonomia privata negli ultimi decenni v. S. MAZZAMUTO e L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, *passim* e spec. P. FEMIA, *Autonomia e autolegislazione*, *ivi*, 11 ss. Nella letteratura statunitense si segnala M. COHEN e A. SUNDARARAJAN, *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, in *Un. Chicago Law Review Dialogue*, 2015, 82, 116 ss.

⁶³ Cfr. E. BIETTI, *A Genealogy of digital platform regulation*, *Geo. L. Tech. Rev.*, 2023, 7, 1.

⁶⁴ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 380.

⁶⁵ L. LESSIG, *Code 2.0: Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 2006; J. REIDENBERG, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, *Texas Law Review*, 1997, 76, 553.

⁶⁶ Cfr. J. GOLDSMITH, *Against Cyberanarchy*, *The University of Chicago Law Review*, 1998, 65, 1199; D.R. JOHNSON e D. POST, *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, *Stanford Law Review*, 1996, 48(5), 1367; D. POST, *Against "Against Cyberanarchy"*, *Berkeley Technology Law Journal*, 2002, 17(4), 1365.

⁶⁷ Cfr. G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, in *Diritto pubblico*, 2022, 3, 817 ss.

⁶⁸ Il Reg. UE 2022/2065 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 27.10.2022 ed è entrato in vigore il 16.11.2022.

⁶⁹ Il Reg. UE 2022/1925 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 12.10.2022 ed è entrato in vigore il 1.11.2022.

⁷⁰ Per un inquadramento dello «sfrangiato» rapporto tra due plessi di discipline come quella a tutela della *privacy* e quella a protezione del consumatore, apparentemente «recalcitranti a tentativi di razionalizzazione sistematica» v. S. PAGLIANTINI, *L'interferenza ascosa tra GDPR e diritto dei consumatori: appunti per una tassonomia*, *Giur. it.*, 2023, 10, 2212 ss.

effect: è chiaro che l'internauta lascerà più tracce ove si senta inosservato⁷¹.

Richiamando il principio di sussidiarietà, espresso nel nostro ordinamento all'art. 118 Cost., si è parlato anche di una *co-regolazione*⁷² quale unica soluzione capace di contemperare le ragioni dell'economia (sottese alla delega di potere alle piattaforme *online*) con quelle di giustizia legate alla tutela dei diritti fondamentali degli individui *offline* come *online*⁷³.

Se si pensa alla quantità delle decisioni in tema di *content moderation* assunte ogni mese da una multinazionale come Facebook, è agevole convincersi dell'impossibilità di accogliere una diversa opzione, che devolva, in via primaria o esclusiva, alla giurisdizione domestica la composizione dei potenziali conflitti sul controllo dei contenuti nelle piattaforme *online*: la mole del possibile contenzioso non può non incidere, strutturalmente, sulle scelte di politica legislativa in materia e sull'impianto della regolazione. Già nel noto caso *Google Spain*, del resto, la Corte di giustizia aveva deciso di affidare alle piattaforme *online* (dunque, a un attore privato) il compito di operare un bilanciamento fra interesse pubblico alla conoscenza e divulgazione di una informazione e interesse individuale alla rimozione di notizie private e personali⁷⁴.

È la stessa potenza della tecnologia impiegata (come detto, un contenuto può presto diffondersi in modo "virale") a esigere la messa a punto di misure di *governance* di Internet prontamente attivabili⁷⁵.

Codici di condotta, autodisciplina e *soft law* si sono rivelati sin qui strumenti utili, ma non sufficienti per assicurare una adeguata tutela dei diritti degli utenti *online* e un buon governo del mercato unico dei servizi digitali, apparso incapace di *regolarsi da sé*⁷⁶.

⁷¹ Cfr. J. BALKIN, *Old School/New School Speech Regulation*, cit., 2296 ss., spec. 2311.

⁷² R. CARLEO, *Piattaforme digitali e contratto*, *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2022, 1, 80 ss.

⁷³ M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms*, cit., 45; C.T. MARSDEN, *Internet Co-Regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*, Cambridge, 2011.

⁷⁴ Cfr. S. SICA e V. D'ANTONIO, *La procedura di deindicizzazione*, in G. RESTA e V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma (RomaTre Press), 2015, 147 ss.; G.M. RICCIO, *Diritto all'oblio e responsabilità dei motori di ricerca*, *ibidem*, 199 ss.

⁷⁵ Cfr. W. SCHULZ, *Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online - the Case of the German NetzDG*, *HIIG Discussion Paper Series*, 2018, 3.

⁷⁶ Per L. FLORIDI, *The End of an Era: from Self-Regulation to Hard Law for the Digital Industry*, in *Philos. Technol.*, 2021, 34, 621, le carenze della *self-regulation* sono state poste in luce modo eclatante dallo scandalo Facebook-Cambridge Analytica nel 2018 e lo stesso *Oversight Board* di Facebook, istituito nel 2020, rappresenta un anacronismo: «a belated reaction to the

Così, scelta la via della cooptazione degli attori privati, si è adottato lo strumento unificatore del regolamento per introdurre una disciplina trasversale e organica, non rivoluzionaria, ma di sicura (e forse risolutiva) importanza⁷⁷, modulata alla luce della oramai matura consapevolezza che specialmente le piattaforme e i motori di ricerca *online* di dimensioni molto grandi possono essere utilizzati in modo da influenzare fortemente non soltanto il commercio *online*, a danno, *in primis*, dei consumatori, ma anche la sicurezza pubblica, la formazione dell'opinione pubblica e la definizione del dibattito civico: i rischi riguardano sia lo svolgimento dei processi democratici ed elettorali sia il benessere fisico e mentale delle persone nonché la stessa dignità umana⁷⁸.

2.1. Il regime della responsabilità per contenuti illeciti.

Il regolamento sui servizi digitali ha introdotto una disciplina di carattere generale uniforme ed equilibrata, che innova, ma non implica mutamenti radicali. Le nuove norme, infatti, in certa misura, si pongono in linea di continuità con previsioni di diritto europeo già vigenti; in parte, riflettono il contenuto di provvedimenti legislativi precedentemente adottati in ambito nazionale e anzi, sono frutto proprio della volontà politica di superare la frammentazione normativa preesistente in ambito europeo. Il riferimento è a leggi come la cd. *Loi Avia*⁷⁹ francese di contrasto ai contenuti d'odio in Internet, la legge tedesca per il miglioramento dell'applicazione delle norme sulle reti sociali (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*) cd. *NetzDG*, entrata in vigore il 1° ottobre 2017 e pienamente efficace dal gennaio del 2018⁸⁰ o la legge federale austriaca sulle misure di protezione degli utenti sulle piattaforme di comunicazione (*Kommunikationsplattformen-Gesetz*), promulgata il 23 dicembre 2020 ed entrata in vigore il 1° gennaio

end of an era during which self-regulation failed to make a significant difference».

⁷⁷ Cfr. P. STANZIONE, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme*, cit., 11.

⁷⁸ Cfr. spec. i cons. 79, 82 e 83 del Reg. UE 2022/2065 (cd. *Digital Services Act*).

⁷⁹ La «Loi n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet», detta «Loi Avia» dal nome della deputata relatrice Laetitia Avia, è stata giudicata in molte parti contraria alla Costituzione francese dal Consiglio costituzionale, con decisione del 18 giugno 2020 (Décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020) ed è stata promulgata dal presidente Macron il 24.6.2020, epurata delle disposizioni censurate.

⁸⁰ In Germania, i lavori preparatori che hanno dato luce al cd. *Network Enforcement Act* hanno ricevuto forte impulso anche per il timore che *fake news* e *hate speech* potessero influenzare le elezioni del Bundestag nell'autunno del 2017.

2021, di recente giudicata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella causa C-376/22 *Google Ireland e a.*, incompatibile col diritto europeo perché non conforme al principio del controllo nello Stato membro d'origine⁸¹.

| 704

Il nuovo regolamento sui servizi digitali è stato adottato proprio con l'obiettivo di dettare una disciplina uniforme per favorire lo sviluppo di servizi digitali innovativi nel mercato interno e si è inserito all'interno di un quadro di fonti articolato, in cui la base normativa è offerta appunto dalla direttiva sull'*e-commerce* (dir. 2000/31/CE dell'8.6.2000, recepita in Italia con il d.lgs. 9.4.2003, n. 70), come integrata dalla dir. 2018/1808/UE (di modifica e aggiornamento della dir. 2010/13/UE del 10.3.2010 sui servizi di media audiovisivi) con l'imposizione di maggiori obblighi a una categoria di piattaforme *online*: le piattaforme di condivisione video⁸².

In parte, come accennato, il regolamento sui servizi digitali è assonante col disposto della direttiva sul commercio elettronico. Ricalca, a esempio, il contenuto dell'art. 14 (che, con le dovute differenze, rappresenta l'equivalente europeo della *section 230* del *Communications Decency Act* statunitense⁸³) laddove esclude la sussistenza in capo ai fornitori del servizio (cd. *Internet Service Provider*, di seguito, *breviter*, *ISP*) di un generale obbligo di sorveglianza sui contenuti condivisi in piattaforma: in base all'art. 8 del DSA⁸⁴, il *provider* continua a non

avere l'obbligo di accertare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, incorrendo in responsabilità soltanto ove – venuto a conoscenza del contenuto illecito – non si attivi prontamente per rimuoverlo⁸⁵.

La moderazione dei contenuti, in altre parole, resta reattiva (non proattiva): l'obbligo di rimozione è soltanto successivo.

Mantenendo il filtro a valle anziché a monte, si è preferito evitare d'ingessare il mercato, raggiungendo un compromesso tra l'esigenza di non disincentivare gli operatori di mercato a prestare servizi d'intermediazione e l'intento di assicurare il rispetto, *online* come *offline*, dei diritti fondamentali⁸⁶.

La soluzione è da accogliere con favore poiché capace di coniugare le istanze di tutela della libertà d'impresa col bisogno di garantire la libertà d'espressione e d'informazione e diritti inviolabili della persona come quello all'onore.

La posizione a livello europeo di un generale obbligo di sorveglianza attiva non soltanto avrebbe accresciuto il rischio di arbitrarie compressioni delle libertà fondamentali degli utenti (cd. "*over removal*" o "*collateral censorship*")⁸⁷: avrebbe compor-

che tali prestatori trasmettono o memorizzano, né di accertare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illegali).

⁸⁵ A venire in rilievo è qui l'art. 6, § 1, DSA, per cui l'intermediario che memorizza informazioni e le rende fruibili non è responsabile delle informazioni memorizzate su richiesta dell'utente (destinatario del servizio, nella terminologia del DSA) a meno che a) sia effettivamente a conoscenza di contenuti illeciti o b) non appena ne venga a conoscenza ometta di attivarli per rimuoverli. Come si dirà, peraltro, il *provider* deve mettere a punto un meccanismo per consentire la segnalazione dei contenuti illeciti (v. art. 16 DSA), di modo che sia chiaro a quali condizioni il prestatore debba considerarsi venuto a conoscenza del contenuto (v. cons. 50 ss. DSA, art. 16, § 3 DSA. Cfr. spec. cons. 53, per cui si dovrebbe ritenere che la segnalazione dia luogo a una conoscenza o a una consapevolezza effettiva dell'illegalità ove contenga informazioni sufficienti per consentire a un prestatore diligente di servizi di memorizzazione d'informazioni d'individuare la manifesta illegalità del contenuto senza dover condurre un esame giuridico dettagliato).

⁸⁶ Ai fini del discorso che si sta svolgendo, interessano soprattutto le misure inerenti ai rischi di diffusione di contenuti illeciti e amplificazione della disinformazione, ossia le misure consistenti ne: «b) l'adeguamento delle condizioni generali e la loro applicazione; c) l'adeguamento delle procedure di moderazione dei contenuti, compresa la velocità e la qualità del trattamento delle segnalazioni concernenti tipi specifici di contenuti illeciti e, se del caso, la rapida rimozione dei contenuti oggetto della notifica o la disabilitazione dell'accesso agli stessi, in particolare in relazione all'incitamento illegale all'odio e alla violenza online, nonché l'adeguamento di tutti i processi decisionali pertinenti e delle risorse dedicate alla moderazione dei contenuti (...)» (art. 35 DSA).

⁸⁷ Cfr. J. BALKIN, *Free Speech and Hostile Environments*, *Columbia Law Review*, 1999, 99(8), 2295: «*Although to my knowledge no court has yet recognized collateral censorship as a distinct doctrinal category, it appears to be a fairly common phenomenon. For example, editors and publishers, driven by*

⁸¹ I giudici lussemburghesi hanno statuito la contrarietà della legge nazionale austriaca cd. «KoPl-G» all'art. 3, § 4, dir. 2000/31/CE, chiarendo che, nel contrasto alla diffusione di contenuti illeciti su Internet, uno Stato membro non può imporre al fornitore di una piattaforma di comunicazione stabilito in un altro Stato membro obblighi generali e astratti; il diritto dell'Unione assicura la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione attraverso il principio del controllo nello Stato membro di origine del servizio interessato e assoggettare i gestori delle piattaforme a normative diverse nel territorio dell'UE lederebbe la libera prestazione dei servizi e quindi, il buon funzionamento del mercato interno.

⁸² Norme speciali riguardano poi la lotta al terrorismo, all'abuso e allo sfruttamento sessuale dei minori o la tutela del diritto d'autore nel mercato unico digitale. Cfr. la dir. 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13.12.2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile; il reg. UE 2021/784 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29.4.2021, relativo al contrasto della diffusione di contenuti terroristici *online*; la dir. 2019/790/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17.4.2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale.

⁸³ Su cui, v. la recente decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Reynaldo Gonzalez et al., v. Google LLC* 598 U.S. (2023). «*Section 230 immunity and, to a lesser extent, § 512 safe harbors have been among the most important protections of free expression in the United States in the digital age*». Cfr. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, cit., 2313.

⁸⁴ Che prevede: «Ai prestatori di servizi intermediari non è imposto alcun obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni



tato il concreto pericolo di una “*over surveillance*” e di trattamenti invasivi della *privacy* degli utenti⁸⁸.

Al regolamento sui servizi digitali dev’esser, peraltro, riconosciuto il duplice pregio di aver precisato quando il *provider*⁸⁹ debba considerarsi “*on notice*” (ossia a conoscenza del contenuto illecito) e di aver stabilito espressamente che la conoscenza dei contenuti illeciti non è implicita nel fatto, assai ricorrente nella prassi, che il *provider* svolga di propria iniziativa indagini volontarie per identificare e rimuovere contenuti illeciti ovvero utilizzi tecnologici algoritmiche a questo scopo (art. 7 DSA): il senso della nuova disciplina non si coglierebbe a pieno se trascurasse di considerare che l’art. 16 DSA impone alle piattaforme di predisporre meccanismi per consentire a qualsiasi persona o ente di notificare loro la presenza di informazioni che asseritamente costituiscano contenuti illeciti.

Ma il DSA ha avuto meriti ulteriori; in specie, quello di aver sancito un dovere di diligenza in capo ai cd. *ISP*, specificandolo attraverso l’enucleazione di una serie di obblighi sia materiali sia di rito: i *provider* devono, a seguito di una segnalazione, decidere in modo tempestivo, diligente, non arbitrario e obiettivo (art. 16, § 5.6); motivare chiaramente e puntualmente eventuali restrizioni (art. 17) (come, a es., l’oscuramento di d’informazioni; la sospensione o la chiusura dell’*account* del destinatario del servizio) imposte allorché le informazioni fornite dal destinatario del servizio costituiscano contenuti illeciti o siano incompatibili con le proprie condizioni generali; predisporre un sistema interno di gestione dei reclami (art. 20); notificare preventivamente la sospensione nella fornitura dei servizi dovuta a reiterate pubblicazioni di contenuti illeciti (art. 23)⁹⁰.

fear of defamation suits, may refuse to run stories by their reporters. Internet service providers, fearing that they may be held liable for contributory infringement of copyrighted materials, may attempt to ban messages from parties suspected of disseminating such materials»; ID., Old-School/New-School Speech Regulation, cit., 2309.

⁸⁸ Cfr. F. PIRAINO, *La responsabilità dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti “online”*, *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 1, 154.

⁸⁹ Gli “*intermediary services providers*” sono definiti dal legislatore europeo come coloro i quali offrono *network infrastructure* (i.e., *Internet access providers*) la categoria include: *intermediary services, hosting services* (i.e., *cloud*), *online platforms* (i.e., *social media platforms*) e *very large online platforms*, quattro categorie destinatarie della disciplina del DSA.

⁹⁰ Il service *provider* ha anche l’obbligo, tra gli altri, ove riceva un ordine di contrastare uno o più specifici contenuti illeciti, emesso da un’autorità giudiziaria o amministrativa nazionale competenti, sulla base del diritto dell’Unione o del diritto nazionale applicabili in conformità con il diritto dell’Unione, d’informare senza indebito ritardo l’autorità che ha emesso l’ordine, o qualsiasi altra autorità specificata nell’ordine, del seguito dato all’ordine, specificando se e quando gli sia stato dato seguito.

Previsioni speciali sono poi dettate per i gestori di piattaforme *online* e di motori di ricerca di dimensioni molto grandi⁹¹. In particolare, a venire in rilievo sono i cons. 79 ss. e gli artt. 34 e 35 DSA, che, innovando rispetto alla disciplina previgente, impongono ai suddetti soggetti obblighi supplementari di analisi, valutazione e attenuazione di eventuali rischi sistemici come quelli associati alla diffusione di contenuti illeciti, a forme illecite d’incitamento all’odio, agli effetti reali o prevedibili del servizio sull’esercizio dei diritti fondamentali tutelati dalla Carta, primi fra tutti la dignità umana, la libertà di espressione e d’informazione, il pluralismo dei media, il diritto alla vita privata, la protezione dei dati, i diritti dei minori e il diritto alla non discriminazione.

In summa: per quanto concerne la *liability* (ossia il regime della responsabilità) dell’*ISP*, è chiaro come il nuovo regolamento non abbia del tutto scardinato il sistema del cd. *Safe Harbour* (negli anni, a dire il vero, temperato dalla giurisprudenza con la creazione della figura dell’intermediario *hosting* attivo⁹², verosimilmente destinata a tramontare

La Corte di Giustizia UE, nel caso *Eva Glawishnig – Piesczek c. Facebook Ireland* C-18/18 del 3.10.2019, aveva già avuto modo di rilevare che, sebbene l’art. 14 della dir. 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 8.6.2000 esentasse da responsabilità le società di servizi e di informazione, nel caso in cui esse non fossero a conoscenza della attività illecita o agissero immediatamente per rimuovere il contenuto, ciò non precludesse ai giudici degli Stati membri di esigere di porre fine alle violazioni, ordinando la rimozione dei contenuti. La questione pregiudiziale era stata sollevata dalla Corte Suprema austriaca, chiamata a occuparsi del caso di una deputata del Parlamento nazionale, vittima di diffamazione su Facebook. Il provvedimento che aveva ordinato la rimozione del contenuto era stato confermato in tutti i gradi di giudizio *ex art. 1330* del codice civile austriaco. Tuttavia, la Corte Suprema aveva ritenuto che potesse ravvisarsi un contrasto con la dir. 2000/31/CE, poiché il provvedimento aveva interessato un prestatore di servizi di *hosting* quale un *social network*; così aveva sollevato questione pregiudiziale. Per un commento alla sentenza cfr. G. DE GREGORIO, *Google v. CNIL e Glawishnig – Piesczek c. Facebook Ireland: content and data in algorithmic society*, in *Media Laws*, 2020, 1 e P. CAVALIERE, *Glawishnig – Piesczek c. Facebook on the expanding scope of Internet service providers’ Monitoring Obligation*, in *European Data Protection Law Review*, 2020, 4.

⁹¹ V. Capo III, sez. 5, reg. UE 2022/2065. F. PIRAINO, *La responsabilità dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti “online”*, cit., 155, discorre di «obblighi a geometria variabile a seconda del ruolo e della dimensione degli operatori». Si è parlato anche di doveri «a pervasività crescente e progressiva in rapporto alla natura dei servizi prestati e alle dimensioni del fornitore». Cfr. R. SABIA, *L’enforcement pubblico del Digital Services Act tra Stati membri e Commissione europea: implementazione, monitoraggio e sanzioni*, in *Media Laws*, 2023, 2, 90. Inoltre, i gestori di piattaforme *online* e motori di ricerca di maggiori dimensioni devono sottoporsi a proprie spese, almeno una volta l’anno, a *audit* indipendenti (art. 37 DSA).

⁹² Secondo la quale l’intermediario è passibile di responsabilità per i contenuti illeciti immessi nella rete da parte di terzi quan-

alla luce del succitato art. 7 DSA, rubricato «Indagini volontarie promosse di propria iniziativa e rispetto degli obblighi normativi»⁹³). L'impianto generale della responsabilità del *provider* resta imperniato sulla tecnica delle cause di esonero (cd. *exceptions*) importata dal *Digital Millennium Copyright Act* statunitense del 1998⁹⁴, per cui il fornitore è esente da responsabilità ove (la sua attività sia fra quelle considerate neutrali⁹⁵ ed esso) non sia a conoscenza di un contenuto illecito: restano intatti i due pilastri della disciplina previgente, *i.e.*: *i*) l'esonero da responsabilità del prestatore del servizio di memorizzazione d'informazioni ove difetti l'effettiva conoscenza della natura illecita delle attività o dei contenuti illeciti e, per quanto attiene a domande risarcitorie, ove manchi la consapevolezza di fatti o circostanze che rendano manifesta l'illiceità dell'attività o dei contenuti; nonché nel caso in cui, non appena divenga cosciente di tali attività o contenuti illeciti o consapevole di tali fatti o circostanze, il prestatore agisca immediatamente per rimuovere i contenuti illeciti o per disabilitare l'accesso agli stessi, secondo il modello del *notice and take down* (art. 6 DSA); *ii*) l'assenza di un obbligo di sorveglianza sulle informazioni immesse

do, anziché essere in una posizione neutrale, abbia partecipato alla gestione degli stessi. Cfr., nella più recente giur. di legittimità, Cass., 13.12.2021, n. 39763; in *Resp. civ. prev.*, 2022, 4, 1185; *Foro it.*, 2022, 9, I, 2832; in ambito europeo, Corte giustizia UE, 22.6.2021, n. 682 in *Resp. civ. prev.*, 2021, 6, 1838. Nella giur. di merito, *ex aliis*, si segnalano Trib. Roma, 22.1.2021, in *AIDA*, 2021, 1, 786; Trib., Milano, 19.10.2020, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2021, 2, 271; Trib. Milano, 9.9.2011, n. 10893, in *Riv. dir. ind.*, 2011, 6, II, 364 ss. In dottrina, v. R. BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in *Giur. it.*, 2017, 3, 639; E. TOSI, *L'evoluzione della responsabilità civile dell'Internet Service Provider passivo e attivo*, in *Il Diritto industriale*, 2019, 6, 590 ss.

⁹³ «La disposizione estende l'esenzione di responsabilità anche all'ipotesi in cui i prestatori svolgano di propria iniziativa, e non per effetto di un obbligo, attività volte a individuare e a rimuovere contenuti illeciti. Si è voluto forse evitare che il *provider* venga considerato attivo, secondo i canoni della figura giurisprudenziale sopra descritta, per il solo fatto di agire mosso da una propria volontaria iniziativa». F. PIRAINO, *op. cit.*, 156.

⁹⁴ La *section 512 (g)* del cd. *DMCA* offre un *safe harbor* soltanto sul presupposto che si adotti un meccanismo di *notice-and-takedown*. Questa previsione costituisce un incentivo alla rimozione di contenuti che avrebbero la copertura costituzionale offerta dal *First Amendment*. In arg. v. J. BALKIN, *Old School/New School Speech Regulation*, cit., 2314.

⁹⁵ La giurisprudenza, non senza oscillazioni, anche in passato si era mostrata incline a reputare che l'immunità concessa agli intermediari dalla direttiva sull'*e-commerce* valesse in quanto l'intermediario fosse neutrale rispetto ai contenuti immessi nella rete da parte di terzi: ove partecipi nella gestione degli stessi (cd. *hosting* attivo) è passibile di responsabilità.

dagli utenti e di accertamento attivo di fatti illeciti (art. 8 DSA)⁹⁶.

Si dà, tuttavia, che a norme in materia di responsabilità (cd. *liability*) dell'*ISP* il legislatore europeo abbia affiancato norme che impongono ai gestori delle più grandi piattaforme d'impegnarsi per rendere il loro operato trasparente, tracciabile, controllabile e giudicabile (cd. *accountability*)⁹⁷, in un'ottica di controllo e gestione dei rischi sistemici, non soltanto di deterrenza e riparazione dei danni⁹⁸.

Vieppiù: alla previsione di puntuali obblighi, materiali e procedurali, in capo ai gestori delle piattaforme ha fatto da *pendant* l'istituzione di un regime di *public enforcement*⁹⁹ dall'architettura reticolare, fondato sulla cooperazione sia transnazionale sia interistituzionale tra organismi nazionali (i coordinatori dei servizi digitali) e autorità europee (il

⁹⁶ Come già detto, tutti i *service provider* hanno, poi, l'obbligo di: consentire la segnalazione dei contenuti illeciti e di esaminarli (art. 16 DSA); motivare la decisione al destinatario; predisporre un sistema di reclamo interno alla piattaforma medesima (art. 20 DSA); notificare preventivamente la sospensione della fornitura dei servizi dovuta a reiterate pubblicazioni di contenuti illeciti (art. 23 DSA). Cfr. Cons. 54 DSA, che chiarisce la strumentalità di questo onere «tenuto conto delle conseguenze negative che tali decisioni possono comportare per il destinatario, anche per quanto concerne l'esercizio del suo diritto fondamentale alla libertà di espressione» (v. anche cons. 58-59 sul diritto di contestazione accompagnato dall'obbligo di predisposizione di mezzi di reclamo da parte del fornitore e la procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie).

⁹⁷ «Il significato della parola "accountability" presenta una difficoltà di traduzione in lingua italiana giacché contiene in sé contestualmente vari significati, quali quelli di libertà, responsabilità, prova e rendicontazione». Cfr. R. CARLEO, *Piattaforme digitali e contratto*, cit., 76 ss., il quale ivi evidenzia come l'affermazione di questo principio nella legislazione europea (inizialmente, in materia di tutela della *privacy*) abbia segnato l'adozione di una nuova tecnica normativa in grado di espandere l'efficacia della disciplina della protezione dei dati personali nello spazio senza confini della rete, ben al di là del territorio europeo.

⁹⁸ G. GIORDANO, *La responsabilità degli intermediari digitali nell'architettura del "Digital Services Act": è necessario che tutto cambi affinché tutto rimanga com'è?*, *Comp. dir. civ.*, 2023, 1, 193 ss.

⁹⁹ Per assicurare il rispetto degli obblighi sanciti dal nuovo regolamento è istituito un sistema di *enforcement* pubblico, cui sono dedicate le previsioni del Capo IV del DSA: se gli *ISP* violano gli obblighi del regolamento sui servizi digitali sono passibili di misure inibitorie (cons. 142) e sanzionatorie (cons. 117) da parte delle autorità competenti. Ad assumere un ruolo di centrale *governance*, entro una vera e propria "rete" di autorità e organismi con poteri d'indagine e ispettivi, d'ingiunzione e sanzionatori, è la Commissione europea, la quale esercita le sue funzioni di vigilanza e monitora l'osservanza degli obblighi stabiliti nel DSA in collaborazione, a livello nazionale, con i coordinatori dei servizi digitali. Mentre a un livello "intermedio", con una funzione di raccordo (e poteri di *referral*) si colloca il Comitato europeo per i servizi digitali (tutte le decisioni prese dalla Commissione a norma del DSA sono soggette al controllo della Corte di giustizia dell'Unione europea conformemente al trattato).



Comitato europeo per i servizi digitali e la Commissione europea)¹⁰⁰.

Si è scelto di *funzionalizzare* il contratto tra ISP e utente per allinearli col raggiungimento di precisi obiettivi politici¹⁰¹.

Il legislatore europeo ha fortemente limitato la libertà d’iniziativa economica e l’autonomia privata delle *Big Tech*: ne ha temperato il potere contrattuale, in certa misura, *burocratizzandolo*¹⁰² in modo da renderne l’esercizio funzionale ad assicurare un ambiente digitale pulito e sicuro, nel quale i diritti fondamentali della Carta siano tutelati debitamente¹⁰³.

Il contratto, s’intende, resta pur sempre espressione di un potere privato e tuttavia, è fortemente inciso da una regolazione europea che ne integra il contenuto, in vista della costituzione di un ordine giuridico del mercato¹⁰⁴, presidiato dall’ordine politico, in cui la tutela della libera concorrenza si coniughi con la protezione dei diritti fondamentali della persona, *offline* come *online*.

3. La moderazione dei contenuti tra contratto e legge.

Alla luce delle considerazioni svolte è chiaro come, nel quadro giuridico europeo, se *per contratto*, ossia in base alle condizioni d’uso accettate dall’utente, il gestore di una piattaforma quale Twitter (oggi “X”) ha il *diritto* di rimuovere i contenuti illeciti, *per legge* (europea) ha anche l’*obbligo* di farlo, ove abbia acquisito effettiva conoscenza di essi.

La combinazione di fonti eteronome e autonomia privata nella disciplina della moderazione dei

contenuti caricati sulle piattaforme *online* appare evidente anche dal punto di vista dell’utente. Premesso che, com’è noto, l’area dei contegni “censurabili” dal gestore della piattaforma sulla scorta delle condizioni contrattuali non coincide con quella dei comportamenti illeciti e, in buona misura, la complessità della questione risiede proprio nella sottile distinzione tra *hate crimes* e *hate speech*¹⁰⁵, si dà che: nell’ipotesi di pubblicazione di contenuti illeciti (perché, a es. integranti il reato di diffamazione), l’utente incorra – oltre che nelle conseguenze previste dalle condizioni contrattuali – negli effetti (*in primis*, di tipo risarcitorio) che dalla sua condotta derivino sulla base delle *leggi* (nazionali) civili e penali applicabili; nel caso di pubblicazione di contenuti (non illeciti, ma) semplicemente “vietati” dalle *Condizioni* o dagli *Standard della Community*, egli violi il *regolamento contrattuale*, andando incontro alle sole conseguenze da questo previste.

Per il caso di pubblicazione di contenuti asseritamente illeciti o comunque “inappropriati” secondo la *policy* interna, il gestore della piattaforma, infatti, è solito riservarsi espressamente il potere di rimuovere il contenuto, sospendere il servizio o interromperlo definitivamente¹⁰⁶.

Come debbano inquadrarsi simili previsioni, sul piano civilistico, è ancora dubbio.

Per l’ipotesi di rimozione di contenuti asseritamente illeciti o sospensione di un *account* per reiterata violazione degli *Standard della Community*, si è immaginato di fare riferimento all’art. 1460 c.c.¹⁰⁷ Tuttavia, il ragionamento ci sembra da svolgere, piuttosto, sul piano dell’oggetto del contratto almeno quante volte il gestore della piattaforma dichiara espressamente di offrire spazio in piattaforma per alcuni contenuti, con esclusione di altri.

Se si prende, a esempio, una società come Meta Platforms Ireland Limited, si vede come, nelle condizioni d’uso, specifichi l’oggetto della propria pre-

¹⁰⁰ Per un’analisi dell’architettura dell’*enforcement* pubblico disegnata dal reg. UE 2022/2065 sia consentito il rinvio a R. SABIA, *L’enforcement pubblico del Digital Services Act tra Stati membri e Commissione europea: implementazione, monitoraggio e sanzioni*, cit., 88 s.

¹⁰¹ Non si discorre, qui, di una funzionalizzazione in chiave dirigitica come quella che aveva caratterizzato gli interventi regolatori della seconda metà del secolo scorso. Cfr. M. GRONDONA, *Poteri dei privati, fonti e trasformazioni del diritto: alla ricerca di un nuovo ordine concettuale*, in P. SIRENA e A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, cit., 14.

¹⁰² C’è chi parla addirittura di un «processo di “amministrativizzazione” del potere privato delle grandi piattaforme digitali in funzione della tutela dei diritti di libertà, che dunque si risolve in una pubblicizzazione (non sostanziale, ma) funzionale». Cfr. E. CREMONA, in *Le piattaforme digitali come public utilities: perché non applicare alcuni principi di servizio pubblico?*, *Giur. Cost.*, 2023, 1, 467 ss.

¹⁰³ Cfr. considerando 75 e 76 del reg. UE 2022/2065.

¹⁰⁴ Sul mercato come *locus artificialis* costituito dal diritto è d’obbligo il riferimento a N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, *passim*.

¹⁰⁵ P. STANZIONE, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *I “poteri privati” delle piattaforme*, cit., 7. Critico rispetto all’importazione nel linguaggio giuridico di locuzioni come “*illegal hate speech*” V. ZENO ZENCOVICH, *The EU Regulation of Speech. A Critical View*, *Media Laws*, 2023, 1, 12: l’idea di normare l’odio è velleitaria tanto quanto quella di normare il suo opposto, ossia l’amore.

¹⁰⁶ Nel senso che la clausola con cui il gestore di una piattaforma di *social networking*, in un contratto con il consumatore-utente, si riserva il potere di adottare misure come la rimozione di un contenuto e la sospensione dell’*account* dell’utente a fronte della pubblicazione da parte di questi di *post* veicolanti disinformazione in materia di vaccinazioni anti-Covid-19, non comportando un eccessivo squilibrio tra diritti e obblighi del consumatore, non può ritenersi vessatoria v. Trib. Varese, (ord.), 2.8.2022, n. 1181, in *Giur. it.*, 2023, 7, 1542 ss., con nota di A. AMIDEI, *Il vaglio di validità delle clausole contrattuali di content moderation online*.

¹⁰⁷ A. AMIDEI, *Il vaglio di validità delle clausole contrattuali di content moderation online*, cit., 1549.

stazione chiarendo di non dare spazio a «contenuti che incitano alla violenza o a comportamenti criminali (come i contenuti che promuovono, sostengono o elogiano organizzazioni pericolose), che compromettano la sicurezza delle persone (come il bullismo e le intimidazioni, il suicidio e l'autolesionismo e lo sfruttamento sessuale di minori o adulti), che siano deprecabili (come l'incitamento all'odio), che siano non autentici (come lo spam, la disinformazione o i profili falsi) o che violino la proprietà intellettuale di qualcun altro». Vieppiù: il predisponente s'impegna espressamente a promuovere l'integrità dei servizi, la lotta ai comportamenti dannosi e la sicurezza della *community*, adottando misure idonee come avvisi all'utente, rimozione di contenuti o limitazione dell'accesso a determinate funzioni, disabilitazione dell'*account*, coinvolgimento delle forze dell'ordine. In questo quadro, eventuali restrizioni all'uso del servizio offerto parrebbero da inquadrare nel perimetro della prestazione cui è tenuto il gestore della piattaforma.

Quanto invece alla clausola attributiva del diritto di disattivazione dell'*account* dell'utente a fronte di reiterate violazioni delle Condizioni d'uso e degli *Standard della Community*, sembrerebbe corretto discorrere di un patto di recesso (in autotutela) più che di una clausola risolutiva espressa¹⁰⁸. Sempre

¹⁰⁸ Cfr. Trib. Trieste, 27.11.2020, n. 2032, cit. Per la tesi del recesso cfr. anche Trib. Catanzaro, 30.4.2012, cit. Nel senso che la violazione degli *Standard della community* «che sono sostanzialmente regole di convivenza civile, può ben dunque essere valutata alla stregua di un inadempimento contrattuale che, ove esistente, abilita la controparte a sospendere la propria prestazione, rimuovendo o bloccando i contenuti che violino tali disposizioni contrattuali» v., successivamente, App. L'Aquila, 9.11.2021, n. 1659, in *Diritto & Giustizia*, 2022, 15 febbraio e in *Ridare.it*, 2022 con nota di I. ALAGNA, ove i giudici sostengono, con ampia argomentazione, che: «L'adesione dell'utente comporta quindi il sorgere di obbligazioni corrispettive, che, semplificando, dal lato dell'utente vanno individuate nella concessione a (*omissis*) della facoltà d'uso dei dati personali [...] e, dal lato del gestore, nella messa a disposizione di strumenti che consentono agli utenti di connettersi fra di loro, creare *community* e far crescere aziende». In dottrina, per un inquadramento civilistico dei rapporti tra l'utente e la piattaforma si rinvia alle analisi di C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, 55 ss., e ID., *Gli accordi tra i siti di social networks e gli utenti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 104 ss. V. anche A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, 77 ss.; ID., *La vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, 2019, 15 ss. e ID., *Il «pagamento» mediante dati personali*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO e R. D'ORAZIO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 1381 ss.; C. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jus civile*, 2021, 870 ss.; C. IRTI, *Consenso negoziato e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021; V. RICCIUTO e C. SOLINAS, *Forniture di servizi digitali e «pagamento» con la prestazione dei dati personali*, Padova, 2022; S. THOBANI, *L'esclusione da Facebook tra lesione della libertà di espressione e diniego di accesso al mercato*, in *Questa rivista*, 2021, (no-

che, entro una visione contrattualista, si voglia ragionare di una misura rimediabile, fondata sopra un preciso presupposto giustificativo, diretta a provocare lo scioglimento unilaterale del vincolo più che di un provvedimento con funzione afflittiva, volto a determinare l'esclusione di un membro dalla *community*¹⁰⁹.

A favore dell'opzione ricostruttiva che individua nella disattivazione dell'*account* per reiterate violazione delle regole della *community* una forma di recesso cd. «d'impugnazione»¹¹⁰ militano diversi argomenti.

ta a Trib. Trieste, 27.11.2020, n. 2032), 428 s. Sulla questione della natura giuridica dei *social network* v. 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.

In relazione al contratto di *hosting* tra eBay e un venditore, nel senso che «la sospensione dell'*account*, operata peraltro a tempo indeterminato, può certamente essere equiparata, alla luce degli effetti prodotti dalla stessa, alla risoluzione per inadempimento [...] pertanto, affinché si possa procedere alla sospensione dell'*account*, è necessario l'accertamento del presupposto di un grave inadempimento del debitore, sotto il profilo della gravità della violazione o del numero delle condotte non conformi alle regole contrattuali [...] l'attribuzione all'hoster di un potere di decidere, anche in assenza di qualsiasi valutazione circa la gravità dell'inadempimento, la risoluzione del contratto e la sospensione dell'*account*, attribuirebbe in realtà allo stesso un potere di recedere unilateralmente dal rapporto, clausola da considerarsi certamente vessatoria» v. Trib. Messina, 7.7.2010, cit.

In dottrina, per la tesi della clausola risolutiva espressa cfr. G. SCORZA, *La sospensione e il blocco degli account nei servizi della società dell'informazione*, in *Corr. merito*, 2011, 1, 46.

¹⁰⁹ L'oscuramento d'informazioni, la sospensione o la chiusura dell'*account* del destinatario del servizio per V.W. VIRGA, *Inadempimento di contratto e sanzioni private nei social network*, in *AIDA*, 2011, 226 rappresentano altrettante pene private per la violazione del regolamento contrattuale. Anche in Trib. Roma, 12.12.2019, cit., si legge: «In caso di violazione delle regole pattizie da parte dell'utente, il suddetto regolamento contrattuale prevede l'irrogazione di misure qualificabili *latu sensu* quali sanzionatorie rappresentate (in ordine di crescente gravità) dalla rimozione di contenuti, dalla sospensione dall'utilizzo del Servizio Facebook e nei casi più gravi viene prevista la disabilitazione dell'*account* (sia temporanea che definitiva)».

¹¹⁰ Già prima dell'entrata in vigore del codice del 1942, la dottrina aveva distinto il «recesso ordinario», avente la funzione di dare un termine ai contratti di durata che ne siano privi dal «recesso straordinario» quale atto capace di alterare il regolamento contrattuale a fronte di patologie del rapporto (cfr. G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Individuazione della fattispecie*, Milano, 1962, 205 ss.). Successivamente, è invalso introdurre, nell'ambito della categoria del recesso «straordinario», una ulteriore distinzione a seconda che il potere di sciogliere unilateralmente il vincolo sia espressione della supremazia di una parte; strumento d'impugnazione del contratto a fronte di un vizio originario o sopravvenuto ovvero espressione della facoltà per la parte di pentirsi della regola contrattuale (cfr. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 13 s.; G. GABRIELLI e F. PADOVINI, voce *Recesso*, *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1998, 29 s.; M.



In primis, sembra possibile osservare come, qui, pare di essere dinnanzi a fatti o comportamenti di una parte che, pur rivestendo sicura rilevanza giuridica avuto riguardo all'interesse dell'altra parte alla prosecuzione del rapporto, non rappresentano la mancata esecuzione di una prestazione che si ponga in rapporto sinallagmatico con la erogazione del servizio (a es., di condivisione di messaggi, foto e video, di socializzazione ecc...) ¹¹¹. Questa avviene piuttosto in cambio di dati dell'utente ¹¹².

In secondo luogo, per la tesi del recesso come strumento di reazione, sembra far propendere la considerazione che alla disattivazione dell'*account* si giunge all'esito di un *iter* che implica valutazioni discrezionali non senza un coinvolgimento dell'utente stesso: difetta, dunque, l'automaticità propria del meccanismo della clausola risolutiva espressa ¹¹³.

Si aggiunga che una clausola formulata in modo non specifico, bensì con generico riferimento a gravi o reiterate violazioni delle "Condizioni d'uso" o degli "Standard della community" sarebbe di stile e dunque, da considerare come non apposta ¹¹⁴ (diversa e specifica è invece, per fare un altro esempio, la formulazione della clausola, contenuta nelle condizioni dell'*Accordo per l'utente* di eBay, con la quale il gestore della piattaforma si riserva, ai sensi dell'art. 1456 c.c., il diritto di terminare i propri servizi ove l'utente abbia ricevuto un numero totale di Feedback negativi e/o neutri tale da comprometterne l'affidabilità).

D'altra parte, neppure si può trascurare come la giurisprudenza, non solo domestica, ravvisando

l'esistenza (non sempre pacifica) di un rapporto di lavoro subordinato, abbia in molti casi qualificato la disattivazione dell'*account* nei termini di un licenziamento. Il più eclatante di questi casi riguarda Uber e i suoi *driver* ¹¹⁵.

¹¹⁵ Cfr. A. QUARTA, *L'espulsione del socio dal partito tra risoluzione e sanzione: nuovi profili civilistici della disattivazione dell'account*, cit., 86. Nel Regno Unito, già nel 2015, i giudici si erano espressi nel senso che i *driver* di Uber devono essere considerati lavoratori dipendenti (*Aslam vs Uber BV, Employment Tribunals*: caso n. 2202550/2015) come ha poi confermato la Suprema Corte (*Uber BV and others vs Aslam and others*: caso 0029/2019). In Francia, v. Cour de Cassation, Chambre sociale, 4.3.2020, n. 374, in *Lab. & Law Iss.*, 2020, 1, 11, con nota di A. DONINI, *Secondo la Cassazione francese Uber è datore di lavoro*. In Italia, hanno fatto riferimento all'art. 2094 c.c. Trib. Torino 18.11.2021; Trib. Bologna, 14.4.2020, in *Rep. Foro it.*, 2020, Lavoro (rapporto di), n. 1319; *Foro it.*, 2020, I, 1770; *Dir. relazioni ind.*, 2020, 841 (m), con nota di Biasi; *Notiziario giurisprudenza lav.* 2020, 161; *Giur. it.*, 2020, 2193, con nota di Miraglia, *ADL* 2020, 1267, con nota di D'Ascola; *Riv. giur. lav.* 2020, II, 485 (m), con nota di Bologna; *Labor*, 2020, 766, con nota di Donini: «alla luce della recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale di tutela dei riders» scrivono i giudici bolognesi «non pare oggi potersi dubitare della necessità di estendere anche a tali lavoratori, a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato dalle parti nel contratto di lavoro, l'intera disciplina della subordinazione»; Trib. Palermo, 24.11.2020, in *Arg. Dir. Lav.*, 2021, 1, 105 ss., su cui cfr. F. CARINCI, *Tribunale Palermo 24/11/2020. L'ultima parola sui rider: sono lavoratori subordinati*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2021, 1, 1 ss.; A. PERULLI, *Il rider di Glovo: tra subordinazione, etero-organizzazione e libertà*, in *ADL*, 2021, 1, 37 ss.; P. TOSI, *Riders: qualificazione del rapporto e rappresentanza sindacale*, in *Guida lav.*, 2020, 48, 12; M. ARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *Lab. & Law Iss.*, 2020, 2, 63 e ss.; G. CAVALLINI, *Libertà apparente del rider vs. poteri datoriali della piattaforma: il Tribunale di Palermo riapre l'opzione subordinazione*, in *Giustiziavivile.com*, 21 dicembre 2020. Aveva invece escluso la possibilità di qualificare il rapporto tra Foodora e i suoi *rider* come di lavoro subordinato Trib. Torino, 7.5.2018, n. 778 in *ADL*, 4-5, 2018, 1220 e ss., con nota di M. BIASI, *Il Tribunale di Torino e la qualificazione dei riders di Foodora*, cui adde P. ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, 294 ss.; P. TULLINI, *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2018, 1, 1 ss.; V. FERRANTE, *Subordinazione ed autonomia: il gioco dell'oca*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 4, 1196 ss.; E. GRAMANO, *Dalla eterodirezione alla eterorganizzazione e ritorno. Un commento alla sentenza Foodora*, in *Labor*, 2018, 609 ss.; E. DAGNINO, *Foodora, esclusa la subordinazione per i rider*, in *Guida lav.* 2018, 21, 12 ss.; G. A. RECCHIA, *Gig economy e dilemmi qualificatori: la prima sentenza italiana*, in *Lav. giur.*, 2018, 7, 726 ss.; C. SPINELLI, *La qualificazione giuridica del rapporto di lavoro dei fattorini di Foodora tra autonomia e subordinazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, II, 371 ss. (anche se Cass., 24.10.2020, n. 1663, in *Dir. rel. ind.*, 2020, 1, 145, con nota di A. MARESCA, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni organizzate*; cui adde M. BIASI, *Le (in)attese ricadute di un approccio rimediabile*

FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, *Comm. Schlesinger*, Milano, 2013, 367.

¹¹¹ Nel senso che la previsione contrattuale del diritto del gestore della piattaforma di disabilitare l'*account* configura una clausola di recesso e non una clausola risolutiva espressa perché si è «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 tuttavia inadempimento vero e proprio» v. Trib. Trieste, 27.11.2020, n. 2032, cit. Per la tesi del recesso cfr. anche Trib. Catanzaro, 30.4.2012, cit.

¹¹² Trib. Trieste, 27.11.2020, n. 2032, cit. Cfr. l'art. 3, § 1, 2° co., dir. 2019/770/UE relativa a «determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali» che estende espressamente la sua disciplina «altresì nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico...».

¹¹³ Lo evidenzia S. THOBANI, *L'esclusione da Facebook tra lesione della libertà di espressione e diniego di accesso al mercato*, cit., 431.

¹¹⁴ Si veda, in questo senso, Trib. Catanzaro, 30.4.2012, cit., che ribadisce, in proposito, come una clausola risolutiva espressa è validamente apposta allorché rechi «una indicazione specifica delle obbligazioni che devono essere adempiute a pena di risoluzione».

Di là dai problemi d'inquadramento sistematico di queste previsioni, v'è da sottolineare come, ove il gestore di una piattaforma sospenda o disattivi un *account* oppure rimuova un contenuto asseritamente illecito o comunque, "giudicato" in contrasto con le condizioni di contratto, l'utente (ferme le procedure di reclamo interne alla piattaforma) può pur sempre adire l'autorità giudiziaria competente, lamentando la violazione del contratto e chiedere il risarcimento del danno¹¹⁶ oltre, in alcuni casi, alla riattivazione dell'*account*¹¹⁷.

al lavoro tramite piattaforma digitale, in *Giur. it.*, 2020, 7, 1809; M. PERSIANI, *Note sulla vicenda giudiziaria dei riders*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2020, 1, 1 e ss.; F. CARINCI, *Il percorso giurisprudenziale sui rider*. Da Tribunale Torino 7 maggio 2018 a Tribunale Palermo 24 novembre 2020, *ADL*, 2021, 8 ss. si è pronunciata per l'esistenza di una collaborazione etero-organizzata ex art. 2, d.lgs. 15.6.2015, n. 81 con applicazione della disciplina lavoristica del lavoro subordinato).

¹¹⁶ Secondo App. L'Aquila, 9.11.2021, n. 1659, cit.: «un'ingiustificata limitazione delle relazioni interpersonali e delle comunicazioni private dell'attore, conseguite a quattro illegittime azioni di rimozione di post e sospensioni temporanee del profilo dell'utente, rappresentano dunque comportamenti certamente idonei a produrre conseguenze dannose sia in termini di sofferenza interiore, che in termini di impedimento della possibilità di coltivare appunto quelle relazioni quotidiane costituenti manifestazione della personalità che avevano costituito la ragione stessa dell'adesione».

¹¹⁷ Quanto ai rapporti tra rimedi, in giurisprudenza si sono registrate posizioni differenti. V'è, in altre parole, contrasto sul punto: se l'utente illegittimamente escluso dai servizi della piattaforma possa ottenere la ricostituzione del rapporto o soltanto il risarcimento del danno. Si segnala, in particolare, Trib. Trieste, 27.11.2020, n. 2032, cit., per cui, attesa la specialità della disciplina lavoristica, non può condividersi la valutazione operata, nel caso Casa Pound, dal collegio del reclamo del Tribunale di Roma (v. Trib. Roma, 29.4.2020, cit., che aveva richiamato il «paradigma del divieto di licenziamento del lavoratore per motivi politici»): «[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». Neppure potrebbe darsi luogo a una nuova attivazione, in tempi assai ravvicinati, del rapporto contrattuale pacificamente sciolto poiché ciò costituirebbe «un aggiramento della chiara volontà legislativa di vietare la reviviscenza del rapporto a seguito del recesso contrattuale». Per l'orientamento contrario, in linea con la suddetta pronuncia del Trib. Roma, 29.4.2020, cit., cfr. Trib. Messina, 7.7.2010, cit., che in favore di una società operante su eBay aveva emesso in sede cautelare un ordine di riattivazione dell'*account*, specificando: «l'eventuale adozione di un provvedimento avente ad oggetto un obbligo infungibile attesa la coercibilità dello stesso a seguito della previsione della *astrantes* appare assolutamente legittima e non può essere considerata un attentato una libertà contrattuale di un soggetto giuridico atteso che tale libertà deve necessariamente venire meno di fronte a condotte illegittime e contrarie ai doveri contrattuali che lo stesso si è liberamente assunto; rilevato che l'autonomia contrattuale e la libertà di determinare contrattualmente le regole della condotta delle parti deve necessariamente soccombere

Che il gestore di una piattaforma *online* possa esercitare un potere "censorio" senza limiti è da escludere per almeno due ordini di considerazioni.

In primo luogo, il regolamento contrattuale è pur sempre passibile di un vaglio giurisdizionale alla luce dell'art. 1322, secondo comma, ma anche degli artt. 1418 e 1343; 1341 ss. c.c.¹¹⁸ nonché degli artt. 33 ss. cod. cons., ove il rapporto sia tra professionista e consumatore¹¹⁹: se il problema concerne la definizione dei limiti di un legittimo esercizio del cd. potere di *private censorship*, al fine d'impedire arbitrarie compressioni della libertà di espressione e violazioni del diritto di non discriminazione, la soluzione muove dall'individuazione dei limiti all'autonomia contrattuale dei gestori delle piattaforme, *in primis*, rappresentati dal (buon costume e) dall'ordine pubblico¹²⁰, la contrarietà al quale varrebbe a rendere la clausola "censoria" nulla per illiquidità.

In secondo luogo, la valutazione del contegno dell'utente "giudicato" in contrasto con norme di legge o semplicemente, inappropriato e riprovevole secondo le previsioni pattizie, compiuta dai moderatori all'interno della piattaforma, ferme le procedure di reclamo predisposte dall'*ISP*, resta suscettibile di

di fronte alla disciplina di legge». In dottrina, nel senso che «è precluso di ordinare la ricostituzione del rapporto, ormai irrimediabilmente sciolto, posto che l'ingiustificato recesso giustifica al più la condanna della controparte contrattuale al risarcimento del danno; dall'altro, in caso di mera sospensione ("congelamento") dell'*account*, effettuata in virtù di una patteggiamento che la consenta, inserendosi nel paradigma dell'*exceptio non adimpleti contractus*, il Giudice potrà disporre il rimedio ripristinatorio» si è espresso, di recente, A. AMIDEI, *Il vaglio di validità delle clausole contrattuali di content moderation online*, cit., 1550.

¹¹⁸ Se e come debba esser soddisfatto il requisito della specifica approvazione per iscritto per le clausole di *content moderation* nei contratti stipulati in Internet e se sia sufficiente un *flag* sopra una apposita casella è questione ancora aperta. In arg. v. G. FINOCCHIARO, *Il perfezionamento del contratto on line: opportunità e criticità*, in *Dir. scambi internaz.*, 2018, 1/2, 194 ss.; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Specifiche approvazione per iscritto delle clausole vessatorie e contrattazione "on line"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 3, 404 ss.; E. TOSI, *Diritto privato delle nuove tecnologie digitali*, Milano, 2021, 291 ss. In giur., cfr. Cass., 22.3.2006, n. 6314, in *Foro it.*, 2006, 7-8, 2035; Trib. Catanzaro, 30.4.2012, cit.

¹¹⁹ In arg. v., di recente, A. AMIDEI, *Il vaglio di validità delle clausole contrattuali di content moderation online*, cit., 1548 ss., il quale si sofferma sulla «(indiretta) efficacia che i precetti costituzionali spiegano nel controllo giudiziale delle previsioni contrattuali» e, in particolare, sulla incidenza che l'art. 21 Cost. avrebbe nel vaglio della validità delle clausole di *content moderation*; U. RUFFOLO, *Piattaforme e content moderation nella dialettica tra libertà di espressione ed autonomia privata*, *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2023, 1, 12 ss.

¹²⁰ G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019.

un controllo *ex post* da parte dell'autorità giudiziaria competente¹²¹.

È indiscutibile che siano gli stessi utenti del servizio ad accettare, con la propria adesione al regolamento contrattuale, che il gestore della piattaforma vigili sulle condotte dei membri della *community* e assuma, sempre sulla base del contratto, determinazioni ove rilevi violazioni, esercitando in autotutela il diritto potestativo di disattivare l'*account* dell'utente a fronte della reiterata pubblicazione di contenuti "illeciti" o semplicemente "riprovevoli" poiché "offensivi", "razzisti" ecc. Purtuttavia, è altrettanto indubitabile che arbitro del confine tra il lecito e l'illecito, tra libertà di espressione e condotte istigative o apologetiche sia (e non possa che essere) il giudice¹²².

I poteri privati dei gestori di piattaforme *online* incontrano i confini segnati dalle norme sul contratto in generale e dalla disciplina consumeristica¹²³; soprattutto (nonostante la previsione di procedure di reclamo interne alle piattaforme) spetta all'autorità giudiziaria competente il controllo, in definitiva, sia sulla validità dell'atto di autonomia privata (specie sotto il profilo della liceità della causa e dell'oggetto ovvero della violazione di norme imperative) sia sulla liceità del contegno esecutivo del contratto. Nell'ipotesi, in particolare, di disattivazione dell'*account* dell'utente, un giudice valuterà la legittimità del recesso, specialmente alla luce del canone della buona fede, da intendere anche come dovere di non perseguire intenti discriminatori. Salva l'eventualità di un ipotetico vaglio delle condotte dei gestori delle piattaforme nel prisma dell'art. 2043 c.c.¹²⁴, sull'assunto che un unico comporta-

mento potrebbe essere suscettibile di doppia qualificazione ove lesivo sia di diritti derivanti dal contratto sia di diritti esterni all'oggetto della prestazione¹²⁵. Altri direbbero che una lesione di questo tipo, piuttosto, potrebbe rappresentare un campo elettivo di applicazione dei c.d. obblighi di protezione¹²⁶. La protezione dell'utente di una piattaforma *online* va oltre la protezione del contraente in quanto tale poiché attiene alla tutela di diritti garantiti a livello costituzionale (es., all'art. 21 e all'art. 3) e ascrivibili fra quelli fondamentali dell'uomo.

Certo è che nessuna autorità privata può considerarsi (né aspirare a essere) *legibus soluta*¹²⁷.

Anzi, nell'età contemporanea si è assistito – parallelamente all'ascesa di poteri privati come quelli rappresentati dalle cd. *Big Tech* e all'accentuarsi del pluralismo dei centri di produzione di norme giuridiche – a un rafforzamento del ruolo della regolazione e dell'*enforcement* statuali. Lì dove la statualità è da declinarsi, per quel che qui interessa, in una dimensione sovranazionale, quella euro-unitaria. Il perimetro della regolazione europea si è progressivamente dilatato, comprendendo il campo dei mercati e dei servizi digitali, per garantire un ordine giuridico del mercato comune conforme ai principi di una società democratica, aperta e tollerante, basata sul rispetto dei diritti fondamentali della persona oltre che sul principio di libera circolazione dei capitali e delle merci.

4. Verso una *leadership* europea nel governo del digitale?

Nel governo del discorso pubblico *online*, l'Europa sembra aver delineato un quadro regolatorio armonizzato, moderno e strutturato che, tenuto conto dell'avvenuta migrazione verso un Internet delle piattaforme, combina una regolazione (di tipo cd. *top-down*) tesa ad assicurare la trasparenza e la prevedibilità (l'*accountability*) dell'operato delle *Big Tech* con forme di vigilanza dall'alto (cd. *top-down*) e di controllo dal basso (cd. *bottom-up*). A questo riguardo giova, infatti, notare come il mec-

¹²¹ Nel senso invece che l'*ISP* non possa operare autonomamente una valutazione circa la lesività dei contenuti e debba attendere un ordine dell'autorità competente prima di procedere alla rimozione degli stessi a meno che, ricevuta una diffida, si trovi innanzi a contenuti "univocamente lesivi" dei diritti di terzi cfr. App. Roma, 19.2.2018, n. 1065 e il commento di M. BELLEZZA, *Responsabilità ISP: chi decide se un contenuto è diffamatorio*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, 2, 377.

¹²² P. STANZIONE, *ibidem*.

¹²³ Cfr. U. RUFFOLO, *Piattaforme e content moderation nella dialettica tra libertà di espressione ed autonomia privata*, cit., 11 ss., il quale osserva, in tema di *content moderation*, come «Il generale fenomeno potrebbe, invece, trovare sufficiente governo mediante la logica e la disciplina codicistica (integrata da quella consumeristica e dei contratti), nella quale confluiscono anche i limiti desumibili sia dalla efficacia "orizzontale" di norme costituzionali – in particolare dell'art. 21 Cost.».

¹²⁴ Cfr. Trib. Trieste, 27.11.2020, n. 2032, cit.: «Se quindi il contratto intercorso tra FACEBOOK ed i suoi utenti viene in considerazione oltre che come un atto, anche come un fatto giuridico, può allora comprendersi come all'inadempimento possano conseguire come effetto non solo la lesione della posizione contrattuale che innesca il relativo sistema rimediabile, ma anche - ed in chiave extracontrattuale - quella di diritti della persona direttamente tutelati dalla Costituzione. Affinché possa concretarsi una responsabilità extracontrattuale del gestore del

servizio è però necessario che venga allegato dal danneggiato un comportamento valutabile non quale mera inadempienza alle disposizioni che regolano il contratto di servizio, ma quale violazione delle regole sulla responsabilità per fatto illecito».

¹²⁵ Cass., 13.3.1980, n. 1696, in *Giur. it.*, 1980, 1, I, 1460.

¹²⁶ Sulla categoria la letteratura è sterminata ma v. C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XXI, 1 ss.; ID., *Responsabilità civile*, Milano, 2018 e anche M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, in G. D'AMICO (diretto da), *I tematici*, 1-2021, *Il contratto*, *Enc. dir.*, Milano, 2021, 996 ss.

¹²⁷ Si discorre di autorità privata nel senso espresso da C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., 4 ss.

canismo delle segnalazioni valga a promuovere un controllo “diffuso”: con la previsione dell’obbligo di predisporre un sistema di *notice and action*, si è scelto d’incentivare, nella moderazione dei contenuti, accanto a una cooperazione, *in senso verticale*, tra Stati e *Internet Service Provider*, una collaborazione, *in senso orizzontale*, tra privati, onerando gli utenti di concorrere, in un’ottica partecipativa, alla salvaguardia di un ambiente digitale “pulito”.

Per quanto riguarda, in particolare, la responsabilità per i contenuti illeciti caricati in piattaforma, nei Paesi Membri, si ha una regolazione multilivello: il regime è a doppio binario dal momento che le leggi statali si indirizzano ai privati, utenti del servizio, limitandone la libertà di espressione *offline* come *online* per assicurare il bilanciamento di questo diritto con altri diritti fondamentali come quello alla reputazione e all’onore; parallelamente, la legge europea si rivolge ai fornitori di servizi su Internet¹²⁸, sancendone la responsabilità (sussidiaria) per il caso d’inerzia colpevole (la responsabilità, come detto più volte, scaturisce allorché il *provider* sia negligente e, venuto a conoscenza di attività o contenuti illeciti, non agisca immediatamente per rimuovere i contenuti o per disabilitare l’accesso agli stessi).

Nuove forme di regolazione si affiancano agli strumenti della *regulation* tradizionale senza sostituirli nel controllo del discorso pubblico¹²⁹.

La stessa combinazione di *private* e *public enforcement* rappresenta un importante tassello nell’articolato quadro della regolazione europea in materia di servizi digitali: l’utente che lamenti la violazione dei propri diritti nella *content moderation*, salve le procedure di reclamo interne alla piattaforma, può adire l’autorità giudiziaria competente, ma il gestore della piattaforma il quale abbia violato

¹²⁸ «Nation states, [...] have developed new techniques for speech regulation. In addition to targeting speakers directly, they now target the owners of private infrastructure, hoping to coerce or coopt them into regulating speech on the nation state’s behalf. ...In a dyadic model, there are two central actors: the power of the state threatens the individual’s right to speak. Instead, the digital age features a pluralist model of speech control. In the pluralist model individuals may be controlled, censored, and surveilled both by the nation state and by the owners of many different kinds of private infrastructure, who operate across national borders in multiple jurisdictions. In fact, the largest owners of private infrastructure are so powerful that we might even regard them as special-purpose sovereigns. They engage in perpetual struggles for control of digital networks with nation states, who, in turn, want to control and coopt these powerful players». J.M. BALKIN, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, cit., 1153.

¹²⁹ «New-school regulations of digital networks and intermediaries are layered on top of old-school techniques, which do not go away in a digital world». Cfr. J. BALKIN, *Old School/New School Speech Regulation*, cit., 2306

gli obblighi in materia di moderazione dei contenuti posti dal regolamento europeo sui servizi digitali resta passibile di misure inibitorie (cons. 142 DSA) e sanzionatorie (cons. 117 DSA) da parte delle autorità pubbliche competenti, *in primis*, i coordinatori dei servizi digitali e la Commissione Europea¹³⁰.

Mentre fuori dai confini europei v’è ancora opacità attorno alle modalità con le quali i gestori delle piattaforme agiscono nella moderazione dei contenuti¹³¹, palese risvolto di un “conflitto” per il riparto di poteri con gli stati nazionali, in Europa si è tracciato un indirizzo di politica legislativa chiaro, che colloca la persona in una posizione centrale, sulla scia dell’art. 9 del *Bill of Rights* del 1689 e dell’art. 11 della Dichiarazione universale dell’Uomo e del Cittadino del 1789¹³², nonostante il rischio che il mercato dei servizi digitali dell’UE possa risultare meno attrattivo.

L’Unione Europea ha offerto prova di essere capace di agire da *game changer* e di saper coniugare, attraverso la propria azione legislativa, elevati livelli di tutela dei diritti fondamentali con una pregnante regolazione dei servizi e dei mercati digitali, percorrendo una propria via per la *governance* di Internet, distante tanto dal modello neoliberale statunitense promosso dalle grandi *corporation*¹³³ quanto dal dirigismo e dalle derive sovraniste dei regimi autoritari¹³⁴, nel segno di un governo antropocentrico della tecnica.

¹³⁰ Anche i coordinatori – oltre ad avere poteri d’indagine – sulla base dell’art. 52 DSA, hanno il potere di irrogare sanzioni pecuniarie (*fine*) e penalità di mora (*periodic penalty payment*) volte ad assicurare il rispetto di un ordine di cessazione delle violazioni o di uno degli ordini di indagine). *Funditus* R. SABIA, *L’enforcement pubblico del Digital Services Act tra Stati membri e Commissione europea: implementazione, monitoraggio e sanzioni*, cit., 88 ss.

¹³¹ Si veda, per un’analisi riferita al contesto statunitense, K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, *Harv. L. Rev.*, 2018, 131, 1598 ss.

¹³² Il modello europeo ha il proprio cardine nell’art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e all’art. 10 della CEDU, per cui: «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». Soprattutto, l’art. 17 CEDU sanziona, come anzi detto, l’abuso dell’esercizio di un diritto umano riconosciuto dalla Convenzione.

¹³³ Cfr., in chiave critica, L.M. KHAN, *Amazon’s Antitrust Paradox*, cit., 710 ss.

¹³⁴ Cfr. SANTANIELLO, *Sovranità digitale e diritti fondamentali: un modello europeo di Internet governance*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2022, 1, 47 ss.



Restano, tuttavia, aperte alcune grandi sfide, a voler tacere, in questa sede, del problema del contrasto a disinformazione e *deepfake*¹³⁵.

La prima è quella di garantire la *consistency* nelle decisioni delle piattaforme concernenti la moderazione dei contenuti *online*¹³⁶.

A tal proposito, si deve considerare che – non solo il novero delle condotte illecite (per esempio, da considerare diffamatorie) varia al mutare della giurisdizione di riferimento¹³⁷ sicché un comportamento potrebbe costituire un reato, in un dato ordinamento; un comportamento lecito, altrove, ma – le piattaforme definiscono autonomamente e in modo non uniforme il concetto di comportamento vietato – poiché “improprio” (come l’“incitazione all’odio” o la “violenza esplicita”) oppure “offensivo” – e dunque, sanzionabile ai sensi dei propri termini e condizioni d’utilizzo. Senza dire della difficoltà di stabilire, in concreto, quando una condotta sia illecita, laddove sia in gioco la libertà di manifestazione del pensiero¹³⁸.

A giustificare l’esercizio da parte del gestore della piattaforma di un potere di autotutela come quello di disattivare l’*account* dell’utente di un *social network*, del resto, come si è detto, può essere – non soltanto un comportamento contrario alla legge (certamente rilevante) come, per esempio, una condotta integrante il reato di l’apologia del fascismo, ma – anche un contegno non *illegal*¹³⁹, ma giudicato riprovevole o dannoso (*harmful*) secondo la *policy* aziendale. Ed è soprattutto qui che si annida il pericolo d’irragionevoli discriminazioni, magari guidate dall’aprioristica inclinazione verso una o altra posizione ideologica, politica, filosofica o religiosa¹⁴⁰.

¹³⁵ In arg. v., di recente, U. RUFFOLO, *Piattaforme e content moderation nella dialettica tra libertà di espressione ed autonomia privata*, cit., 17 ss.; A. OKAN ARIK, *Privacy invasion and disinformation: Navigating the challenges of information and communication Technologies*, EJPL, 2023, 1 ss., ma anche J. F. SANCHEZ BARRILAO, *La difesa della democrazia pluralista dinanzi alla paura e alla disinformazione*, *Rivista di diritto dei media*, 2021, 2, 44 ss.

¹³⁶ La *content moderation* è divenuta sempre più granulare specie grazie al passaggio dagli *standard* alle *rule*. Cfr. K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, cit., 1631.

¹³⁷ A. TURILLAZZI, M. TADDEO, L. FLORIDI e F. CASOLARI, in *The Digital Services Act: An Analysis of Its Ethical, Legal, and Social implications*, *Law, Innovation and Technology*, 2023, 15 (1), 94 (consultabile su: <https://doi.org/10.1080/17579961.2023.2184136>).

¹³⁸ Cfr. S. THOBANI, *L’esclusione da Facebook tra lesione della libertà di espressione e diniego di accesso al mercato*, cit., 439.

¹³⁹ In questi termini v. App. L’Aquila, 9.11.2021, n. 1659, cit.

¹⁴⁰ Cfr. S. THOBANI, *L’esclusione da Facebook tra lesione della libertà di espressione e diniego di accesso al mercato*, cit., 427 ss., spec. 438: siccome monopolista di fatto, Facebook deve osservare la parità di trattamento, sicché «le condizioni di Facebook non potrebbero prevedere, tra chi usa espressioni pari-

Un pericolo mitigato dall’obbligo, che incombe su chi operi in regime di monopolio, di diritto o di fatto, di osservare la parità trattamento, nel momento (*normativo*) della predisposizione delle condizioni generali di contratto come nel momento (*applicativo*) della moderazione dei contenuti caso per caso.

Non soltanto le *policy* dei gestori di piattaforme *online* possono esser differenti l’una dall’altra quanto alla definizione dei contenuti non ammessi (a es., perché violenti), ma di volta in volta i moderatori possono stabilire eccezioni anche sulla base di *rationales* di natura politica. Per non dire dei pericoli di una censura “asimmetrica” la quale finisca per privilegiare, all’atto dell’accoglimento dei reclami, i personaggi pubblici, dando luogo a ingiustificate discriminazioni o dei condizionamenti nella *content moderation* derivanti da valutazioni di carattere economico¹⁴¹.

La sfida più delicata tra tutte, peraltro, è quella di assicurare il carattere non discriminatorio delle decisioni delle *tech firm* contenendo il rischio, serio e attuale, della violazione del principio di uguaglianza sostanziale connesso all’impiego di sistemi di rilevamento automatizzato dei contenuti illeciti¹⁴².

Se è inimmaginabile che i gestori delle piattaforme e dei motori *online* di maggiori dimensioni possano affidarsi totalmente o principalmente alle risorse umane per la moderazione dei contenuti e l’unica soluzione transita per l’impiego di algoritmi, allora al problema di base si aggiunge un’ulteriore difficoltà (e forse, la cura è peggiore del male) atteso che l’intelligenza artificiale si basa su logiche inferenziali e non sull’analisi caso per caso, a discapito della diversità ossia di quel valore fondamentale che nutre di sé ed è consustanziale alla libertà di espressione¹⁴³.

menti 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. Sui criteri ai quali l’ISP dovrebbe improntare la propria azione “repressiva” v. M. CIANCIMINO, *La libertà di espressione nel mondo digitale: alcune coordinate civilistiche in tema di contenuti controversi sui social network*, *Dir. fam. pers.*, 2022, 1, II, 384 ss.

¹⁴¹ Cfr. M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms*, cit., 37 ss., il quale riporta l’interessante esempio della sistematica rimozione da parte di Facebook dell’immagine di nudo della bambina vietnamita in fuga da un attacco al napalm americano (la c.d. *napalm girl*): dopo aver respinto precedenti reclami, Facebook ha accolto l’istanza (affatto analoga alle precedenti) di ripristino della suddetta fotografia proposta dal direttore di un giornale norvegese *Aftenposten*.

¹⁴² Cfr. R. MONTINARO, *I sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori: il punto di vista del diritto dei consumi (e non solo)*, cit., spec. 376 ss.

¹⁴³ Su questi profili, v. le riflessioni critiche di V. ZENO ZENCOVICH, *The EU Regulation of Speech. A Critical View*, cit., 18.

V'è da auspicare che, quanto meno, gli algoritmi impiegati a questi fini siano addestrati con *set* di dati adeguatamente differenziati, in primo luogo, in relazione alla regione geografica.

È noto come l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale possa condurre a esiti (*output*) imprevedibili e non spiegabili a posteriori nonché a forme oscure di catalogazione e discriminazione tanto che si parla correntemente dell'algoritmo come di una scatola nera (cd. *black box*)¹⁴⁴.

In questo contesto, tuttavia, deve rilevarsi come l'Unione Europea agisca (e sia percepita) come un potente attore, a livello globale, nel campo della «*digital regulation*»¹⁴⁵. La stessa scelta di emanare un provvedimento come l'*Artificial Intelligence Act*¹⁴⁶ contribuisce ad alimentare il vento che soffia da Bruxelles¹⁴⁷; dà ulteriore forma e sostanza all'azione legislativa dell'Unione Europea nel governo di Internet¹⁴⁸, accrescendo la speranza che

possa compiersi un passo avanti verso l'affermazione di un suo ruolo di *leadership* nella definizione dell'ordine giuridico del mercato globale.

| 714

¹⁴⁴ F. PASQUALE, *The Black Box Society. The secret algorithms that control money and information*, Cambridge-London, 2015, 3 ss.; E. PELLECCIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 5, 1209 ss., spec. 1212 ss.

¹⁴⁵ Per un ampio studio teso a dimostrare perché l'Unione Europea sia il più potente attore, a livello globale, nel campo della «*digital regulation*» v. T. CHRISTAKIS, 'European Digital Sovereignty': *Successfully Navigating Between the 'Brussels Effect' and Europe's Quest for Strategic Autonomy*, 7 dicembre 2020, consultabile al link: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3748098>.

¹⁴⁶ Una sintesi dei principali contenuti del testo risultante dall'accordo politico provvisorio raggiunto dal Consiglio e dal Parlamento europeo il 9.12.2023 è offerta dal dossier consultabile al link <https://documenti.camera.it/Leg19/Dossier/Pdf/AT026.Pdf>. Per un'analisi dell'impianto dell'*AI Act* e delle principali questioni che la regolamentazione proposta solleva può vedersi A. TARTARO, *Regulating by standards: current progress and main challenges in the standardisation of Artificial Intelligence in support of the AI Act*, *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2023, 1, 147 ss.; da altra prospettiva, v. L. FLORIDI, *The European Legislation on AI: a Brief Analysis of its Philosophical Approach*, in (34) *Philos. Technol.*, 2021, 215 ss., consultabile al link: <https://doi.org/10.1007/s13347-021-00460-9>, per il quale «*the ALA will place the EU in a position of "leadership by example" for the good governance of AI technologies*»; S. TOMMASI, *Digital Services Act e Artificial Intelligence Act: tentativi di futuro da armonizzare*, in *Questa rivista*, 2023, 2, 279 e ss.

¹⁴⁷ A. BRADFORD, *The Brussels Effect – How the European Union rules the world*, Oxford, 2020, *passim*.

¹⁴⁸ Cfr. L. FLORIDI, *The End of an Era: from Self-Regulation to Hard Law for the Digital Industry*, cit., 619 ss.: «*It is a regulatory movement likely to generate a vast Brussels effect, replacing soft-regulation, which never really took off, with legal compliance and penalties. [...] The time has come to acknowledge that, much as it might have been worth trying, self-regulation did not work. [...] Self-regulation needs to be replaced by the law; the sooner, the better. Dura lex, sed lex digitalis is why the EU is at the forefront in the debate on digital governance*». Resta fermo che «non ci sarà mai "il" legisla-

tore digitale». Cfr. G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, cit., 826.

