

Facebook è un servizio pubblico?
**La controversia su CasaPound risolve la *quaestio* dell'inquadramento
giuridico dei social network**
di

Simona Piva*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La controversia sulla cancellazione di CasaPound. – 2.1. Tribunale Civile di Roma, sezione specializzata in materia d'impresa, ordinanza 12 dicembre 2019. – 2.2. Tribunale di Roma, XVII sezione civile, ordinanza 29 aprile 2020. – 3. Facebook "soggetto privato atipico" nell'interpretazione dell'ordinanza del Tribunale di Roma 12 dicembre 2019. – 4. Quale inquadramento giuridico per Facebook? – 4.1. Facebook come servizio pubblico. – 4.2. L'inquadramento giuridico di Facebook nel dibattito statunitense. – 4.2.1. Facebook come *public utility*. – 4.2.2. Facebook come soggetto privato. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il presente articolo ha avuto come *input* un recente caso giurisprudenziale, CasaPound *vs.* Facebook¹, che è stato al centro dell'attenzione generale in quanto focalizzato sull'importante tema dell'inquadramento giuridico di Facebook, al fine di valutare la necessità o meno di regolamentare la sua azione nel contesto della comunicazione politica. Di particolare interesse è la "nuova" prospettiva, individuata, nella prima ordinanza, dal giudice romano per affrontare la questione relativa all'inquadramento giuridico del *social*, che sta alla base della decisione adottata, che, anche nell'ipotesi in cui non costituisca per il futuro un precedente giurisprudenziale, ha certamente il pregio di aver risollevato una problematica che merita tutta la nostra attenzione.

*Specializzata SPISA – Università degli studi di Bologna, cultrice di Diritto Amministrativo presso l'Università degli studi di Modena-Reggio Emilia.

¹ Il caso ha avuto come *focus* due ordinanze: l'ordinanza del Tribunale di Roma, sezione specializzata in materia di Impresa, 12 dicembre 2019, e l'ordinanza del Tribunale di Roma, XVII sezione civile, 29 aprile 2020, avente per oggetto reclamo avverso la prima.

Al fine di meglio inquadrare il tema sviluppato in questo articolo, è opportuno richiamare in premessa il ruolo assunto, tramite l'utilizzo dei *Big Data*, dalle piattaforme digitali e, in particolare, dai *social network* nella *Internet society* e nella società reale.

Internet ha certamente rivoluzionato la nostra visione del mondo e le grandi piattaforme digitali da qualche anno² svolgono una funzione basilare nella vita degli individui dal momento che rappresentano per gli utenti una grande opportunità, poiché semplificano la loro vita, ma rappresentano anche una fonte di problematiche piuttosto importanti riguardanti l'economia³, il lavoro e la discriminazione dei lavoratori⁴, la circolazione e la protezione dei dati degli individui⁵, aspetti che attengono alla *privacy*⁶, e la comunicazione politica, che ha

² Per alcuni Autori «il momento in cui collocare l'inizio della rivoluzione digitale» è il 2001, anno che rappresenta un *tipping point* esemplare in quanto proprio quell'anno sono stati lanciati l'*iPod*, l'*iTunes Store* e l'*ADSL* per l'accesso ad *Internet* attraverso la rete fissa, «cambiamenti fondamentali, che hanno segnato l'esplosione della diffusione di *Internet*»: C. Quintarelli, *Capitalismo immateriale. Le tecnologie digitali e il nuovo conflitto sociale*, Torino, 2019, pp. 20-21.

³ In particolare è stato posto l'accento sul fatto che le grandi imprese del *web*, che operano sfruttando i dati personali di chi naviga in *Internet* e i dati *IoT*, possono determinare un *vulnus* alla dinamica concorrenziale attraverso nuove forme di abuso della posizione di dominanza economica, sul punto, v. M. Maggiolino, *I Big Data e il diritto antitrust*, Milano, 2018.

⁴ P. De Petris, *LA TUTELA CONTRO LE DISCRIMINAZIONI DEI LAVORATORI TRAMITE PIATTAFORMA DIGITALE*, IN WWW.DIRITTIFONDAMENTALI.IT, FASCICOLO 2/2020, PP. 1099-1128.

⁵ Sull'impatto dei *Big Data* nella tutela dei dati personali, v. Consiglio d'Europa, *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data*, Strasburgo, 2017. Sul tema anche tre Autorità indipendenti italiane (AGCM, AGCOM e Garante per la Protezione dei Dati Personali) hanno pubblicato, al termine di un'indagine conoscitiva sui *Big Data*, prima, le "Linee guida e raccomandazioni di policy" per i *Big Data* e, infine, il 10 febbraio 2020, un rapporto finale, articolato in 6 capitoli. Nel capitolo conclusivo sono delineate le linee guida e formulate le raccomandazioni di *policy* indirizzate al legislatore. Le tre *Authorities*, inoltre, si sono impegnate a collaborare in modo permanente in relazione agli interventi e allo studio dell'impatto dei *Big Data* su imprese, consumatori e cittadini.

⁶ I. S. Rubinstein, *BIG DATA: THE END OF PRIVACY OR A NEW BEGINNING?*, IN *INTERNATIONAL DATA PRIVACY LAW*, 3, 2013, PP. 74-87. CFR. F. Foer, *INTERNET HA BISOGNO DI NUOVE REGOLE*, IN *THE ATLANTIC*, 25 MARZO 2018, ACCESSIBILE ALL'INDIRIZZO [HTTPS://WWW.INTERNAZIONALE.IT/NOTIZIE/FRANKLIN-FOER/2018/3/25](https://www.internazionale.it/notizie/franklin-foer/2018/3/25), IN CUI SI AFFERMA CHE LA PRIVACY È UN BENE CHE RISCHIA DI ESSERE DISTRUTTO DA UN MERCATO SENZA REGOLE; M. Adams, *BIG DATA AND INDIVIDUAL PRIVACY IN THE AGE OF THE INTERNET OF THINGS*, IN *TECHNOLOGY INNOVATION MANAGEMENT REVIEW*, 7(4), 2017, PP. 12-24, IN [HTTP://TIMREVIEW.CA/ARTICLE/1067](http://timreview.ca/article/1067); P. Leonard, *CUSTOMER DATA ANALYTICS: PRIVACY SETTING FOR «BIG DATA» BUSINESS*, IN *INTERNATIONAL DATA PRIVACY LAW*, 4, 2014, PP. 53-68; V. Mayer-Schönberg – K. Cukier, *BIG DATA. UNA RIVOLUZIONE CHE TRASFORMERÀ IL NOSTRO MODO DI VIVERE E GIÀ MINACCIA LA NOSTRA LIBERTÀ*, MILANO, 2013; A.M. Froonkin, *THE DEATH OF PRIVACY?*, IN *STANFORD LAW REVIEW*, VOL. 52, 2000, N. 5, PP. 1461-1545.

visto rafforzare su *Internet* «fenomeni già in corso nei mezzi tradizionali, come quello della semplificazione esasperata, o anche “banalizzazione”, del messaggio politico e l’utilizzo di tecniche commerciali e di marketing per veicolare il messaggio come fosse un prodotto da vendere»⁷.

Tali problematiche sono diventate di fondamentale importanza per tutti noi in quanto la realtà economico-sociale, evolvendosi dinamicamente, ha determinato l’insufficienza e/o l’obsolescenza della regolamentazione giuridica⁸.

L’aspetto che più interessa in questa sede riguarda l’inquadramento giuridico e la possibile regolamentazione delle piattaforme di *Internet* dal momento che l’avvento dei *social* ha cambiato la modalità della comunicazione politica e i rapporti tra i cittadini e i *leader* politici per la loro capacità «di influenzare la formazione dell’opinione pubblica, specie alla vigilia di importanti appuntamenti elettorali, a seguito di strategie di *micro-targeting* politico di disinformazione, spesso alimentate da temi divisivi e da campagne di discriminazione o da espressioni d’odio (*hate speech*) nei confronti di gruppi o categorie di persone»⁹.

Tali modalità comunicative determinano importanti ricadute negative a scapito del pluralismo informativo dal momento che i *social media*, operando tramite algoritmi che non sono conoscibili né neutrali¹⁰, «ci espongono soprattutto a opinioni simili alle nostre, confermando quello che già pensiamo e contribuendo a polarizzarci»¹¹. Non solo: le strategie di *micro-targeting* politico ricorrono spesso

⁷ G. D’IPPOLITO, *Comunicazione politica online: dal messaggio politico commercializzato alle sponsorizzazioni sui social network*, in *Medialaws*, n.1/2020, p.165.

⁸ G. DEGREGORIO e R. TORINO, *Privacy, protezione dei dati personali e Big Data*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019, p. 449; G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, in *Diritto pubblico*, Fascicolo 1, gennaio-aprile 2019. Sulla nozione di regolazione: S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *ID.*, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003, pp. 124 ss.

⁹ M. Delmastro, A. Nicita, *BIG DATA. COME STANNO CAMBIANDO IL NOSTRO MONDO*, BOLOGNA, 2019, p. 21.

¹⁰ Cfr. F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, 2015; K. CRAWFORD, *Can an algorithm be agonistic? Ten scenes from life in calculated publics*, in *Science, Technology & Human Values*, 2016.

¹¹ M. ACCETTURA, *Siamo in pericolo*, in *DLUI*, maggio 2019, p. 39. A proposito della polarizzazione è stato affermato che «la gente notoriamente è molto portata a scegliere quelle notizie sul cui contenuto è già d’accordo, praticando una selezione delle opinioni nuove sulla

anche a *fake news*¹² per influenzare, modificando o radicando ancora di più, l'orientamento politico delle persone¹³.

La polarizzazione determina una situazione estremamente negativa a causa della quale «l'utente vive in una specie di "bolla" in cui riceve soltanto idee e informazioni coerenti con i suoi pregiudizi, che vengono rafforzati, mentre viene meno quella esposizione a idee e informazioni diverse che si realizzava nel mondo dei media tradizionali. Questo effetto è molto conosciuto e certamente favorisce la polarizzazione ideologica della società e contraddice la nozione, tanto cara alle liberaldemocrazie, dell'esistenza di un "marketplace of ideas" che permetterebbe al cittadino di confrontare opinioni diverse e poi di formarsene una»¹⁴.

2. La controversia sulla cancellazione di CasaPound

La controversia CasaPound contro Facebook si articola in due momenti fondamentali che verranno di seguito illustrati.

2.1. Tribunale Civile di Roma, sezione specializzata in materia d'impresa, ordinanza 12 dicembre 2019

Il 9 settembre dello scorso anno Facebook ha disattivato gli *account*, presenti sul *social network* e su *Instagram*, dei due movimenti di estrema

base di quelle già accettate»: C. WRIGHT MILLS, *La élite del potere*, Milano, 1971, p. 294. In generale, sui temi della polarizzazione e delle *fake news*, vedi M. DEL VICARIO - W. QUATTROCCHI - A. SCALA - F. ZOLLO, *Polarization and Fake News: Early Warning of Potential Misinformation Targets*, 5 febbraio 2018, in <https://arxiv.org/abs/1802.01400>.

¹² Questo neologismo, coniato nel 2016 da Sharyl Attkisson, è diventato intercambiabile con i termini *disinformation* o *misinformation* e implica due differenti aspetti: un contenuto falso e la modalità, la rete, con cui raggiunge i destinatari. Sulle *fake news*: O. POLLICINO, *Fake news, pluralismo informativo e responsabilità in rete. La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Rivista di diritto dei media*, n. 1/2018.

¹³ EMBLEMATICO IL CASO CAMBRIDGE ANALYTICA. LA VICENDA FACEBOOK-CAMBRIDGE ANALYTICA È VENUTA ALLA LUCE NEL MARZO 2018, QUANDO THE OBSERVER, THE GUARDIAN E THE NEW YORK TIMES HANNO RIVELATO CHE CAMBRIDGE ANALYTICA, AZIENDA DI CONSULENZE E MARKETING ONLINE, SPECIALIZZATA NELLA PROFILAZIONE DEGLI UTENTI DEI SOCIAL NETWORK, ATTRAVERSO UN'APPLICAZIONE CHIAMATA "THISISYOURDIGITALLIFE" E LE TRACCE LASCIATE ONLINE DAGLI UTENTI DI FACEBOOK, AVEVA RAGGIUNTO, UTILIZZANDO APPUNTO I DATI DEGLI UTENTI DI FACEBOOK, MILIONI DI ELETTORI STATUNITENSIS, CON MESSAGGI MIRATI DURANTE LA CAMPAGNA PRESIDENZIALE NEGLI USA DEL 2016, CHE VIDE IL SUCCESSO DI DONALD TRUMP.

¹⁴ G. PITRUZZELLA, *Fake news e odio in rete. Dopo il caso Facebook-CasaPound. L'autocontrollo delle piattaforme (una censura privata). O una disciplina introdotta dagli stati. E la concorrenza, in javascript:void(0)*, 22 settembre 2019.

destra CasaPound e Forza Nuova, per aver violato la *policy* del *social* contro la violenza e l'istigazione alla violenza, che ogni utente è tenuto a rispettare per poterlo utilizzare, con questo comunicato: «Le persone e le organizzazioni che diffondono odio o attaccano gli altri sulla base di chi sono non trovano posto su Facebook e Instagram. Candidati e partiti politici, così come tutti gli individui e le organizzazioni presenti su Facebook e Instagram, devono rispettare queste regole, indipendentemente dalla loro ideologia. Gli account che abbiamo rimosso oggi violano questa *policy* e non potranno più essere presenti su Facebook o Instagram»¹⁵.

Restringiamo la trattazione, anche se i due casi, pur presentando le stesse problematiche, hanno visto un epilogo diametralmente opposto¹⁶, alla vicenda relativa a CasaPound.

CasaPound Italia apre la sua pagina *Facebook* il 26 dicembre 2013; dopo quasi sei anni, *Facebook*, con una decisione che ha sollevato molte discussioni¹⁷, senza alcun

¹⁵ A questo proposito è opportuno ricordare che *Facebook*, insieme ad altri tre *social network*, in accordo con la Commissione europea, aveva adottato, il 31 maggio 2016, il *Codice di condotta per combattere le forme illegali di incitazione all'odio online*. Probabilmente sulla decisione di *Facebook* di disattivare gli *account* di CasaPound e di Forza Nuova ha inciso anche il fatto che la società di *Menlo Park*, dopo il caso *Cambridge Analytica*, era stata accusata, oltre che di aver ceduto e non aver tutelato i dati personali dei suoi iscritti, di non aver contrastato la diffusione di manifestazioni di odio e di *fake news*.

¹⁶ Vedi l'ordinanza 23 febbraio 2020 del Tribunale ordinario di Roma, sezione diritti della persona e immigrazione civile, emessa nel procedimento *ex art. 700 c.p.c.* In questo caso i ricorrenti, aderenti a Forza Nuova, lamentavano il fatto che *Facebook* avesse rimosso i loro *account* dal *social* e ne chiedevano la riattivazione. La rimozione era dipesa dal fatto che *Facebook* aveva ritenuto Forza Nuova una «organizzazione che incita all'odio secondo gli standard della comunità» e che la libertà di manifestazione del pensiero non include «discorsi ostili e discriminatori» e di conseguenza aveva bannato gli *account* dei ricorrenti, anche in virtù del fatto che gli «obblighi imposti dal diritto sovranazionale impongono di esercitare un controllo; obbligo imposto agli Stati ed anche, entro certi limiti [...] ai *social network* come *Facebook*, che ha sottoscritto l'apposito Codice di condotta». Pertanto, poiché, a parere del giudice, non è possibile «sottovalutare il ruolo spettante a *Facebook* in materia anche con riferimento al rischio della diffusione in forma "virale" di discorsi d'odio o di discriminazione, e dell'impatto sui diritti umani che una simile diffusione sul web può avere», il giudice ha rigettato il ricorso perché *Facebook* non solo poteva risolvere il contratto dal momento che erano state disattese dai ricorrenti le clausole contrattuali, ma aveva il dovere di rimuovere i contenuti ostili e discriminatori ai sensi della direttiva 2000/31/CE, in tema di servizi della società dell'informazione e di commercio elettronico, recepita col d.lgs. n. 70 del 9 aprile 2003, e del Codice di condotta sottoscritto con la Commissione Europea

¹⁷G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p.1. All'ordinanza sono stati dedicati numerosi articoli che ne hanno dato valutazioni contrastanti, v., ad esempio, P. VILLASCHI, *Facebook come la RAI?: note a margine*

preavviso, l'ha disattivata e ha disattivato contemporaneamente il profilo del suo amministratore e cancellato le pagine appartenenti a responsabili a vario livello dell'Associazione, per aver violato le proprie Condizioni d'Uso e gli *Standard* della *Community*, attraverso i quali il *social network* di Zuckerberg ha deciso di arginare la presenza sui propri spazi dei contenuti che incitano all'odio. In sostanza, il *social* ha disposto la chiusura definitiva degli *account* del movimento politico di estrema destra, operante dal 2009 nel panorama politico nazionale, e di numerosi aderenti ad esso, sulla base dell'accusa di essere un'organizzazione pericolosa, che incita all'odio e colpevole di promuovere azioni violente¹⁸.

Facebook ha individuato, dunque, in base agli *Standard* della *Community*, CasaPound come un'organizzazione che incita all'odio, dal momento che definisce tale «qualsiasi associazione di almeno tre persone organizzata con un nome, un segno o simbolo e che porta avanti un'ideologia, dichiarazioni o azioni fisiche contro individui in base a caratteristiche come razza, credo religioso, nazionalità, etnia, genere, sesso, orientamento sessuale, malattie gravi o disabilità». Nello specifico, *Facebook* punisce la promozione della violenza o gli atti di violenza e i discorsi e l'istigazione all'odio, non solo *online* ma anche *offline*, giudicando, in ultima analisi, discrezionalmente le finalità e l'"operato" delle organizzazioni non solo sul *social* in questione, ma anche nella società civile¹⁹.

L'Associazione di Promozione Sociale CasaPound e Davide Di Stefano, dirigente nazionale della stessa e abilitato ad utilizzare la pagina *Facebook* dell'Associazione, dopo la disattivazione, ritenendo la decisione della società di *Menlo Park* illegittima, hanno agito in giudizio contro *Facebook*, chiedendo, *ex art. 700 c.p.c.*, un provvedimento cautelare per l'immediata riattivazione della pagina dell'Associazione, indicando, relativamente al *fumus boni iuris*, la violazione delle regole contrattuali da parte del *social network* e, con riferimento al *periculum in mora*,

dell'ordinanza del Tribunale di Roma del 12.12.2019 sul caso CasaPound c. Facebook, in Rivista AIC, Fasc. 2/2020, pp. 430-449; C. CARUSO, *La libertà di espressione presa sul serio. Casa Pound c. Facebook, atto I*, gennaio 2020, reperibile sul sito <https://www.unibo.it/sitiweb/corradocaruso>.

¹⁸ Per le stesse ragioni *Facebook*, nel 2018, aveva deciso la rimozione dell'*account* del gruppo di ultra-destra britannico *Britain First*.

¹⁹ Sul punto è opportuno ricordare che la valutazione intorno alle finalità eventualmente anticostituzionali attengono alla cognizione di merito e non al giudizio cautelare.

il grave pregiudizio, anche in termini di danno all'immagine, determinato dalla chiusura della pagina del movimento accusato di "diffondere odio", in quanto la disattivazione impediva l'esercizio di diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione italiana.

Dal momento che i procedimenti cautelari si basano su un giudizio sommario di cognizione e sono strumentali rispetto ad un successivo, ma eventuale, giudizio di merito, il giudice si è limitato a valutare la fondatezza del diritto invocato da CasaPound ai fini della tutela richiesta (*fumus boni iuris*) e il pericolo che avrebbe potuto essere determinato dal ritardo nell'adozione di un provvedimento cautelare (*periculum in mora*).

Ritenendo sussistenti entrambi i presupposti richiesti dalla legge per l'emissione del provvedimento di urgenza, il giudice del Tribunale civile di Roma, in accoglimento totale, il 12 dicembre 2019, in via cautelare, ha accolto il ricorso e ha ordinato a *Facebook Ireland Limited* l'immediata riattivazione della pagina dell'Associazione di Promozione Sociale CasaPound Italia e del profilo personale di Davide Di Stefano.

In ottemperanza al provvedimento, il 13 dicembre 2019, *Facebook* ha riattivato la pagina dell'Associazione di Promozione Sociale CasaPound Italia e il profilo personale del suo dirigente nazionale, riservandosi di studiare eventuali contromisure²⁰.

È importante sottolineare che il provvedimento, appena esaminato, restringe l'analisi al rapporto fra *Facebook* e i partiti politici (questo aspetto verrà approfondito nel §. 3) e non gli individui, dal momento che non vengono presi in considerazione né il principio della libertà di manifestazione del pensiero individuale (art. 21 Cost.), né la libertà di associazione (art.18 Cost.).

2.2. Tribunale di Roma, XVII sezione civile, ordinanza 29 aprile 2020

Contro la decisione, il 27 dicembre 2019, gli avvocati di *Facebook* hanno presentato reclamo al Tribunale competente per contestare l'inquadramento giuridico di

²⁰ «ABBIAMO RISPETTATO L'ORDINANZA DEL TRIBUNALE E RIPRISTINATO LA PAGINA IN QUESTIONE. STIAMO ESAMINANDO LA DECISIONE E VALUTANDO LE OPZIONI DISPONIBILI»: NOTA DI *FACEBOOK* INVIATA AL *CORRIERE*.

Facebook, operato dal giudice romano e rimarcare che l'iscrizione al *social* dà vita ad un contratto che prevede l'accettazione del suo regolamento, riconducendo in questo modo la vertenza ad una questione disciplinata dal diritto civile.

Il 29 aprile 2020, a scioglimento della riserva "presa" all'udienza del 14 febbraio 2020 è stata pronunciata l'ordinanza²¹, che ha ad oggetto il reclamo, presentato dagli avvocati di *Facebook*, ex art. 669 *terdecies* c.p.c., avverso l'ordinanza 12 dicembre 2019.

Il Collegio, dopo aver qualificato il rapporto fra *Facebook* e l'utente come un contratto atipico, nel quale il gestore fornisce gratuitamente un servizio e l'utente si impegna a rispettare le condizioni del suo utilizzo, secondo il modello del contratto per adesione, poiché i contratti per adesione sono predisposti e imposti ai clienti dalla parte fornitrice del servizio, ha statuito che la disciplina del rapporto non può essere demandata al solo rapporto fra le parti quando una di esse detiene una posizione tale da imporre la propria volontà non solo nella definizione del contratto, ma anche nella fase successiva, e che è giustificato il ricorso al giudice per riequilibrare il bilanciamento degli interessi ed evitare gli abusi di diritto e di posizione della parte più "forte". Questo al fine di precludere «all'autonomia privata la limitazione a carico di uno dei contraenti dell'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti», nel caso specifico la libertà di manifestazione del pensiero, protetta dall'art. 21, e la libertà di associazione, tutelata dall'art. 18, valori che, nella gerarchia costituzionale, occupano un posto più alto rispetto alla libertà di impresa, tutelata dall'art. 41, che salvaguarda la posizione del gestore del *social*.

²¹ ORD. 29 APRILE 2020, P. 1. PUÒ ESSERE INTERESSANTE RICORDARE CHE, NEL FRATTEMPO, ERA STATA PRONUNCIATA UN'ORDINANZA DI SEGNO OPPOSTO, RISPETTO A QUELLA, *SUPRA* ESAMINATA, DEL TRIBUNALE DI ROMA, RAGIONE PER CUI L'ESITO DEL RICORSO DI *FACEBOOK* CONTRO *CASAPOUND* ERA MOLTO INCERTO. L'ORDINANZA, CUI CI SI RIFERISCE, È DEL TRIBUNALE CIVILE DI SIENA, EMESSA, IL 19 GENNAIO 2020, IN SEDE CAUTELARE E RIGUARDANTE, ANCH'ESSA, LA DISATTIVAZIONE DELL'*ACCOUNT* E DELLA PAGINA *FACEBOOK* DI UN MILITANTE DI *CASAPOUND* A CAUSA DELLA PUBBLICAZIONE SUL *SOCIAL* DI ESPRESSIONI D'ODIO. IN QUESTO CASO, IL GIUDICE, PARTENDO DALL'ASSUNTO CHE IL RAPPORTO TRA *FACEBOOK* E L'UTENTE SIA UN CONTRATTO DI DIRITTO CIVILE E CHE, PERTANTO, LA VIOLAZIONE DELLE CONDIZIONI D'USO DEL *SOCIAL* SIA RAGIONE SUFFICIENTE PER LA DISABILITAZIONE DELL'*ACCOUNT* DI UN UTENTE, HA RIGETTATO IL RICORSO RITENENDO CHE *FACEBOOK* AVESSE LEGITTIMAMENTE DISABILITATO IL PROFILO DEL RICORRENTE.

Il Collegio, diversamente dal provvedimento reclamato, ha ritenuto irrilevante la questione della riconoscibilità a CasaPound della qualità di partito politico, dal momento che tale qualificazione non può «attribuire nei rapporti interpretati alcuna tutela ulteriore rispetto a quella già spettante in base agli artt. 18 e 21» in quanto «i limiti connessi al rispetto delle libertà di pensiero e di associazione hanno carattere generale e non sono riferibili a categorie speciali di utenti».

Per il Collegio, inoltre, è risultata senza fondamento, per le ragioni che abbiamo visto *supra*, la volontà di *Facebook* di imporre le sue condizioni in base al contratto per adesione sottoscritto dall'utente e di voler far risalire la chiusura dell'*account* di CasaPound per la sua incompatibilità con gli *standard Facebook* e con in principi costituzionali, sulla base della pubblicazione di *post sul social*, degli ideali dell'Associazione e di notizie di cronaca, fondando, come si vede, la sua valutazione anche su condotte dell'Associazione estranee all'utilizzo del *social*.

I giudici, dal momento che non era possibile individuare CasaPound come un'associazione illecita secondo l'ordinamento generale, hanno asserito che non è possibile «riconoscere ad un soggetto privato, quale Facebook Ireland, sulla base di disposizioni negoziali e quindi in virtù della disparità di forza contrattuale, poteri sostanzialmente incidenti sulla libertà di manifestazione del pensiero e di associazione, tali da eccedere i limiti che lo stesso legislatore si è dato nella norma penale»²².

Pertanto, a parere, dei giudici, il *social network* non è legittimato, in forza di un rapporto contrattuale, ad impedire la manifestazione del pensiero o l'attività di un'associazione operante nel panorama politico italiano, né, tantomeno, a dare una "patente di illiceità" a CasaPound, dal momento che tale valutazione è rimessa al controllo giurisdizionale diffuso. D'altro canto, il Collegio del riesame, respingendo il reclamo, precisa, opportunamente, che il suo rigetto non attribuisce in alcun caso all'Associazione CasaPound la "patente" di liceità²³.

²²*IVI*, P. 13.

²³*IBIDEM*. SUL PUNTO È OPPORTUNO RICORDARE CHE LA PROCURA DELLA REPUBBLICA DI ROMA, IN SEGUITO A DUE ESPOSTI, IL PRIMO DELL'ANPI NAZIONALE, DEL LUGLIO 2019, IN CUI SI CHIEDEVA LO SCIoglimento DI CASAPOUND, FORZA NUOVA E DELLE ALTRE ORGANIZZAZIONI NEOFASCISTE E LO

3. Facebook “soggetto privato atipico” nell’interpretazione dell’ordinanza del Tribunale di Roma 12 dicembre 2019

Affrontiamo ora l’aspetto nodale su cui si fonda la prima decisione assunta dal Tribunale di Roma, che ha considerato, partendo da un “nuovo” inquadramento giuridico del *social network* come soggetto privato atipico, la disattivazione della pagina di CasaPound contraria al libero dibattito pluralista dei partiti politici previsto dall’art. 49 Cost.²⁴.

SGOMBERO DELLA SEDE ROMANA DI CASAPOUND, OCCUPATA ABUSIVAMENTE DAL 2003, E IL SECONDO DELL’AGENZIA DEL DEMANIO, IN CUI SI CHIEDEVA LO SGOMBERO DELLA STESSA SEDE DI PROPRIETÀ DEL DEMANIO, HA CONTESTATO, ULTIMAMENTE, I REATI DI ASSOCIAZIONE A DELINQUERE FINALIZZATA ALL’ISTIGAZIONE ALL’ODIO RAZZIALE E DI OCCUPAZIONE ABUSIVA DI IMMOBILE A SEDICI APPARTENENTI A CASAPOUND, TRA CUI I VERTICI DELL’ASSOCIAZIONE. IN SEGUITO, QUANTO ALLO SGOMBERO DELL’IMMOBILE OCCUPATO ABUSIVAMENTE, È STATO DISPOSTO IL SEQUESTRO PREVENTIVO DELLA SEDE DI CASAPOUND. QUANTO, INVECE, ALLO SCIoglIMENTO DELLE ORGANIZZAZIONI NEOFASCISTE, RICHIESTO DALL’ANPI, LA PRASSI È MOLTO PIÙ COMPLESSA, IN QUANTO L’ART. 3, COMMA 1, DELLA LEGGE N. 645 DEL 1952: *NORME DI ATTUAZIONE DELLA XII DISPOSIZIONE TRANSITORIA E FINALE (COMMA PRIMO) DELLA COSTITUZIONE*, COME SOSTITUITO DALL’ART. 9, L. 22 MAGGIO 1975, N. 152, PREVEDE CHE IL MINISTRO PER L’INTERNO, SENTITO IL CONSIGLIO DEI MINISTRI, NEL CASO CHE «CON SENTENZA RISULTI ACCERTATA LA RIORGANIZZAZIONE DEL DISCIOLTO PARTITO FASCISTA, ORDINI LO SCIoglIMENTO E LA CONFISCA DEI BENI DELL’ASSOCIAZIONE, DEL MOVIMENTO O DEL GRUPPO». QUANTO PREVISTO DALL’ART. 3, COMMA 1, HA TROVATO APPLICAZIONE UNA SOLA VOLTA CON LO SCIoglIMENTO DI ORDINE NUOVO A SEGUITO DELLA SENTENZA DEL TRIBUNALE DI ROMA DEL 9 FEBBRAIO 1974.

²⁴ «Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale».

Con l’articolo 49 della Costituzione i “Padri” costituenti hanno «valorizzato il radicamento dei partiti nella società, ponendo l’art. 49 tra i diritti fondamentali dei cittadini»: G. RIVOSECCHI, *I partiti politici nella giurisprudenza costituzionale*, in www.amministrazionein.cammino.luiss.it, 29 ottobre 2017, p. 2. Nella visione della Costituzione i partiti sono dunque soggetti ai quali l’ordinamento ha affidato il ruolo di mediazione tra lo Stato e la comunità (A. ALGOSTINO, *Partiti, conflitto e potere: spunti di riflessione sulla trasformazione del partito politico*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3-2015, pp. 10-11), tra l’autorità politica e le componenti sociali, e «vanno considerati organizzazioni proprie della società civile, alle quali sono attribuite dalle leggi ordinarie talune funzioni pubbliche, e non come poteri dello Stato»: Corte cost., ord. 24 febbraio 2006, n. 79.

Un aspetto che va menzionato, anche se in questa sede non è possibile approfondirlo, è quello che i costituenti avevano una visione molto diversa rispetto a quella che, nell’arco dei decenni, i partiti hanno poi assunto e che si può sintetizzare nel fatto che, nella stragrande maggioranza dei casi, essi non sono più partiti “organici” nella loro struttura e funzionali a rivestire il ruolo di mediazione tra lo Stato e la società civile, anche se, a ben vedere, rispetto al passato, «ciò che è radicalmente mutato è la perdita fattuale di centralità del partito, non certo la sua scomparsa dall’arena pubblica» in quanto i partiti occupano oggi «tutte le principali sfere istituzionali»: A. POGGI, *La democrazia nei partiti*, in *Rivista AIC*, Fasc. 4/2015, p. 22.

Seguiamo l'argomentazione della decisione: il giudice ha escluso un mero rapporto privatistico²⁵ tra *Facebook* e le associazioni o i partiti politici, osservando che è «evidente il rilievo preminente assunto dal servizio di *Facebook* (o degli altri *social network* ad esso collegati) con riferimento all'attuazione di principi cardine essenziali dell'ordinamento come quello del pluralismo dei partiti politici, al punto che il soggetto che non è presente su *Facebook* è in sostanza escluso (o fortemente limitato) dal dibattito politico italiano, come testimoniato dal fatto che la quasi totalità degli esponenti politici italiani quotidianamente affida alla propria pagina *Facebook* i messaggi politici e la diffusione delle idee del proprio movimento»²⁶.

Nell'ordinanza, partendo dall'importanza del ruolo che *Facebook* ha assunto negli ultimi anni nell'ambito della comunicazione politica, si fa derivare un'importante deduzione affermando che il rapporto tra *Facebook* e gli utenti che utilizzano i suoi servizi «non è assimilabile al rapporto tra due soggetti privati qualsiasi in quanto una delle due parti, *Facebook*, ricopre una speciale posizione» che «comporta che *Facebook*, nella contrattazione con gli utenti, debba strettamente attenersi al rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali finché non si dimostri (con accertamento da compiere attraverso una fase a cognizione piena) la loro violazione da parte dell'utente»²⁷.

La decisione in commento è, dunque, innovativa perché riconosce a *Facebook* un ruolo essenzialmente diverso da quello di semplice "gestore privato" di una piattaforma, che basa i suoi rapporti con gli utenti sull'autonomia contrattuale mediante un regolamento che gli utenti, fruitori del servizio, devono rispettare, ritenendolo un "servizio pubblico", a cui tutti hanno diritto di accedere, che lo

²⁵ Nel provvedimento, la problematica riguardante le regole contrattuali passa in seconda linea rispetto a quella del pluralismo dei partiti politici.

²⁶ ORD. 12 DICEMBRE 2019, P. 4.

²⁷ *IBIDEM*. QUESTA INNOVATIVA DEFINIZIONE DI *FACEBOOK* CONTRASTA CON LA VISIONE IN PRECEDENZA SOSTENUTA SIA DALLA GIURISPRUDENZA (CFR., *EX MULTIS*, CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. V PENALE, SENTENZA N. 4873/2017, IN CUI SI DEFINISCE IL *SOCIAL NETWORK FACEBOOK* «SERVIZIO DI RETE SOCIALE, BASATO SU UNA PIATTAFORMA SOFTWARE [...], CHE OFFRE SERVIZI DI MESSAGGISTICA PRIVATA ED INSTAURA UNA TRAMA DI RELAZIONI TRA PIÙ PERSONE ALL'INTERNO DELLO STESSO SISTEMA»), CHE DALLA DOTTRINA GIURIDICA, ENTRAMBE HANNO SEMPRE RITENUTO I *SOCIAL NETWORK* SOGGETTI PRIVATI DA INQUADRARE NELLA CATEGORIA DEGLI *INTERNET SERVICE PROVIDERS*, CHE OFFRONO AGLI UTENTI L'UTILIZZO DEI LORO SITI.

obbliga a rispettare «i principi costituzionali e ordinamentali», finché, come *supra* riportato, non sia dimostrato «(con accertamento da compiere attraverso una fase a cognizione piena) la loro violazione da parte dell'utente»²⁸. In sostanza, il rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali è per *Facebook* «condizione e limite nel rapporto con gli utenti che chiedano l'accesso al proprio servizio»²⁹.

In via cautelare, il giudice, con questa nuova definizione del *social*, che sta alla base della *ratio decidendi* dell'ordinanza e può rappresentare un precedente giurisprudenziale³⁰ di grande interesse, ha finito per assegnare esclusivo rilievo alle ragioni del pluralismo politico rispetto ad ogni altra considerazione avanzata in giudizio da *Facebook*.

4. Quale inquadramento giuridico per Facebook?

Partendo dalla considerazione che il rapporto tra la piattaforma *Facebook* e l'utente non è «assimilabile al rapporto tra due soggetti privati qualsiasi, in quanto una delle parti, *Facebook*, ricopre una speciale posizione», è opportuno, a questo punto, porsi la domanda in che cosa consista la “speciale posizione” di *Facebook* e, cioè, di come inquadrare giuridicamente il *social network* di *Menlo Park* (e, di conseguenza, anche gli altri *social*).

Il tema che più interessa in questa sede è, dunque, quello di cercare di capire se, dal punto di vista della comunicazione, *Facebook* è un servizio pubblico o è un soggetto privato *tout court* o, infine, è qualcosa ancora di diverso.

Innanzitutto, è utile precisare che l'inquadramento giuridico di *Facebook* e degli altri *social network* presenta parecchie difficoltà perché essi sono soggetti “estranei” alla tradizione giuridica e determinano la crisi del diritto di fonte statutale, in

²⁸ Ovviamente, nel caso che *Facebook* sia considerato *tout court* un soggetto privato, ne discende che esso sarebbe legittimato a stabilire un proprio regolamento che gli utenti dovrebbero rispettare per utilizzare i suoi servizi e a sanzionare liberamente i soggetti che non lo rispettano indipendentemente da ogni altra considerazione.

²⁹ ORD. 12 DICEMBRE 2019, P. 4.

³⁰ Si intende “precedente” «una decisione che successivamente viene considerata come una regola che si applica anche nei casi successivi [...]», con la precisazione che “precedente” «non è tutto ciò che si dice nella decisione in questione, bensì la *ratio decidendi*, ossia la regola di diritto a cui il giudice ha fatto riferimento per qualificare giuridicamente la fattispecie oggetto di decisione»: M. TARUFFO, *Considerazioni sul precedente*, in *www.aafder.Org/.../2015*, pp. 4-5.

quanto «le piattaforme, e i social media in particolare, sono diventati oggi i forum pubblici in cui si sviluppa il dibattito e il confronto delle idee», ma, a ben vedere, «si tratta di “agorà digitali” assai anomale, perché di fatto spazi di proprietà di piattaforme private che però esercitano a tutti gli effetti competenze, ad iniziare con le operazioni di bilanciamento [...] di natura schiettamente costituzionale»³¹ per cui grava sulle loro “spalle” una grande responsabilità.

Certamente, riuscire a qualificare in modo corretto la natura giuridica del *social* permetterebbe la soluzione di un'importante serie di problemi dal momento che i *social network* offrono un quadro d'insieme in continua evoluzione che presenta, nello stesso tempo, aspetti estremamente positivi, ma anche criticità altrettanto problematiche per gli utenti. Prendiamo ora in esame due visioni antitetiche su come affrontare tale questione, per poi trarre delle conclusioni relativamente alla necessità o meno di regolamentare i *social network* e, in caso di necessità, in quale modo farlo.

4.1. Facebook come servizio pubblico

Dal momento che *Facebook* non è soltanto una piattaforma *social-media* privata e un'impresa dominante, ma riveste la posizione importantissima di portale nel discorso politico odierno, ci si può porre il quesito giuridico se sia possibile inquadralo come servizio pubblico al fine di regolamentarlo per garantire i diritti fondamentali degli utenti³².

Per esaminare tale possibilità è necessario, prima di tutto, analizzare come, in giurisprudenza e in dottrina³³ è stato finora enucleato il concetto di servizio pubblico, che «è sfuggente, mutevole, storicamente condizionato» e «occupa una zona grigia tra diritto pubblico e diritto privato»³⁴, tanto che «è ritenuto tra i più tormentati del diritto amministrativo», in quanto «l'assenza di una definizione

³¹ O. POLLICINO, *Facebook e il pericoloso passo in avanti verso la privatizzazione della giustizia digitale*, in *Diritto e web*, 18 settembre 2019, in www.ilsole24ore.com.

³² Oltre al primato della libertà di espressione dei partiti politici e degli individui, collegati a tale esigenza sono sia il diritto alla *privacy* che il diritto all'oblio.

³³ U. Pototschnig, *I PUBBLICI SERVIZI*, PADOVA, 1964.

³⁴ F. Cintioli, *CONCORRENZA, ISTITUZIONI E SERVIZIO PUBBLICO*, MILANO, 2010, PP. 149-150.

normativa generale non è affatto compensata da definizioni, pur presenti nell'ordinamento, che di volta in volta utilizzano la locuzione assegnandole significato e ambito di rilevanza diversi a seconda del sistema normativo di riferimento»³⁵.

Per chiarezza espositiva ricordiamo che, diacronicamente, sono state individuate due differenti nozioni di servizio pubblico.

In un primo momento, quando era ancora preminente, nel secolo scorso, una visione del diritto pubblico improntata alla centralità dello Stato, è stata elaborata la concezione soggettiva di servizio pubblico, secondo la quale quest'ultimo si riferisce alle attività svolte dallo Stato in forme non autoritative.

In particolare, «anche sulla scorta dell'esperienza francese del *service public*, per servizio pubblico si intendeva un'attività: a) tesa a soddisfare un bisogno di interesse generale della collettività (elemento materiale); b) assunta come compito proprio e svolta da un soggetto formalmente pubblico (elemento organico); c) sottoposta a un regime giuridico speciale (elemento formale)»³⁶.

Tale visione è stata illustrata in modo efficace affermando che la concezione soggettiva di servizio pubblico «trova il suo nucleo essenziale nella decisione della P.A. di procedere all'assunzione di un'attività come servizio pubblico, così conseguendone la titolarità (da non confondere con l'esercizio, che può benissimo essere affidato a privati, senza con ciò perdere l'intrinseco legame con la struttura organizzativa della collettività). Nell'ottica del diritto amministrativo, pertanto, servizio pubblico in senso stretto si può avere solo in rapporto a compiti che il soggetto pubblico consideri come propri nell'ambito delle sue competenze istituzionali: a siffatti compiti sono chiamati a partecipare anche persone fisiche o giuridiche private (tramite un provvedimento tradizionalmente ritenuto di natura concessoria), giacché il loro svolgimento non implica di norma esercizio di poteri autoritativi, ma l'attività rimane comunque riferita all'organizzazione pubblica

³⁵ D. De Grazia, *L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI NELLA PROSPETTIVA DELLA TUTELA DEGLI UTENTI*, IN *PERSONA E MERCATO*, N. 3/2012, P. 202.

³⁶ M. Clarich, *MANUALE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO*, BOLOGNA 2013, P. 187.

globalmente intesa»³⁷. In questo modo «la riserva nella mano pubblica delle attività dirette alla produzione di servizi pubblici attraverso il meccanismo della riserva-gestione e della riserva-concessione è strettamente connessa alla teoria del servizio pubblico in senso soggettivo, secondo la quale è pubblico il servizio imputabile allo Stato o ad altro ente pubblico e da questo gestito direttamente o indirettamente»³⁸.

In seguito, con l'avvento dello Stato regolatore³⁹, determinato dalla fine dello Stato imprenditore e dai fenomeni della privatizzazione e della liberalizzazione dei settori economici in mano pubblica, la materia dei servizi pubblici ha acquisito autonomia rispetto a quella dell'organizzazione dei poteri pubblici: il compito dello Stato non è più, infatti, quello di erogare direttamente i servizi, ma quello di garantire attraverso gli strumenti della regolazione che essi siano forniti alla collettività.

A partire da questo momento si è venuta contrapponendo alla nozione soggettiva di servizio pubblico una nozione oggettiva di servizio pubblico, secondo la quale sono servizi pubblici quelle attività, svolte, indifferentemente, da imprese pubbliche o private, che siano in grado di soddisfare interessi di carattere generale e che siano sottoposte a regolazione pubblicistica.

La tesi oggettiva ha trovato una puntualizzazione in una serie di decisioni giurisprudenziali, tra cui, in un primo momento, il parere del Consiglio di Stato, ad. gen., 12 marzo 1998, n. 30 e l'ordinanza n. 1/2000 sempre del Consiglio di Stato, volte ad includere nella nozione di pubblico servizio ogni forma di attività «finalizzata al perseguimento dell'interesse collettivo»⁴⁰, e, pertanto, il servizio

³⁷ TAR TOSCANA, SEZ. II, 31 MAGGIO 2011, N. 964.

³⁸ CONS. STATO, AD. PLEN., 30 GENNAIO 2014, N. 7.

³⁹ Sul punto, cfr. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, in ID, a cura di, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari 2012⁵. A partire da questo momento, col passaggio dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore, diminuisce la presenza pubblica diretta nell'economia, perché il ruolo dello Stato imprenditore, per effetto delle privatizzazioni, viene ridimensionato, tuttavia lo Stato continua a far sentire la sua presenza, anche se in una diversa forma, nell'economia del Paese, in quanto abbandona il ruolo dello Stato imprenditore, per assumere quello dello Stato regolatore, cioè dello Stato che pone regole all'attività delle imprese private, in particolare di quelle che operano nel campo dei servizi pubblici. Per la distinzione tra «vecchia» e «nuova» costituzione economica, cfr. S. CASSESE, *op. cit.*, pp. 18-35, 319-330.

⁴⁰ Cons. Stato, ad. plen, ordinanza 30 marzo 2000, n. 1.

pubblico si sostanzia nell'erogazione di utilità essenziali per la collettività al fine di assicurare la soddisfazione di bisogni collettivi previsti dal diritto positivo.

Il Consiglio di Stato ha ribadito la propria adesione alla tesi oggettiva della natura giuridica dei pubblici servizi in una successiva importante ordinanza affermando che «la delimitazione della nozione di servizio pubblico [...] va compiuta secondo criteri diversi rispetto a quelli tradizionali della cd. concezione soggettiva, che identifica la pubblicità nella imputabilità del servizio all'organizzazione pubblica complessiva, nella titolarità dello stesso in capo all'apparato pubblico, ancorché disgiunta dall'effettivo esercizio»⁴¹.

Sempre secondo l'ordinanza in esame, sulla base della nozione oggettiva della natura dei servizi pubblici, è possibile «affermare che i fattori distintivi del pubblico servizio sono, da un lato, la connotazione del servizio, sul piano finalistico, dall'idoneità a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti, e, dall'altro, la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi [...] volti a conformare l'espletamento dell'attività a norme di continuità, regolarità, capacità e qualità, cui non potrebbe essere assoggettata, invece, una comune attività economica»⁴².

Dunque, per la concezione oggettiva di servizio pubblico, ormai diventata nettamente prevalente in dottrina⁴³ e giurisprudenza, l'elemento centrale, che caratterizza la nozione di servizio pubblico, non è rappresentato dalla titolarità, ma dalla natura dell'attività erogata e dalla sua rispondenza a un interesse generale, in sintesi «il servizio pubblico viene inteso come attività pubblica o privata destinata a soddisfare fini sociali e soggetta a programmi e controlli ai sensi dell'art. 41, co. 3, Cost., secondo cui: "La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché

⁴¹ CONS. STATO, SEZ. V, 12 OTTOBRE 2004, N. 6574.

⁴² *IBIDEM.* CFR., ANCHE, LA DEFINIZIONE DATA DAL CONS. STATO, SEZ. VI, 12 OTTOBRE 2012, N. 5268: «IL SERVIZIO PUBBLICO CONSISTE IN UNA ATTIVITÀ, CHE VIENE SVOLTA AL RICORRERE DI DETERMINATI PRESUPPOSTI DI FATTO, DISCIPLINATA DA FONTI DI RANGO PRIMARIO, CHE È SVOLTA (ANCHE) A FAVORE DI UNA COLLETTIVITÀ INDETERMINATA DI BENEFICIARI, MIRA AL PERSEGUIMENTO DI UN INTERESSE PUBBLICO E, INFINE, CONSISTE IN ATTIVITÀ PRODUTTIVA E DI RILIEVO ECONOMICO».

⁴³ *Ex multis*, cfr. B. GILIBERTI, *Sulla natura giuridico oggettiva dei servizi pubblici*, in *Foro amministrativo c.d.s.*, Anno XII, Fasc. n. 4/2013, pp. 1038-1049, nota a sentenza Cons. Stato, sez. VI, 12 ottobre 2012, n. 5268.

l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali"»⁴⁴.

Date queste premesse, ciò che rileva è la disciplina pubblicistica indirizzata a tutelare l'interesse generale che dà vita al servizio pubblico e che «le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili)»⁴⁵.

I fautori della nozione oggettiva di servizio pubblico sostengono, inoltre, che la possibilità di prescindere da connotazioni soggettivistiche della nozione di pubblico servizio è rinvenibile nell'art. 43 Cost., che, a loro avviso, ammetterebbe, ma non imporrebbe, la facoltà di riservare alle pubbliche amministrazioni le attività di servizio pubblico, senza far valere la riserva amministrativa per detti servizi.

A questo punto, dopo aver enucleato la nozione di servizio pubblico, ci si può domandare se tale categoria, in senso ovviamente oggettivo, possa essere oggi presa in considerazione per inquadrare giuridicamente *Facebook* relativamente all'aspetto della comunicazione. Allo stato attuale non sembra possibile, perché, fino ad ora, «per identificare giuridicamente un servizio pubblico [...] è necessaria la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa disciplina oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'Amministrazione»⁴⁶.

Inoltre, nel caso dei *social network* non sussiste neppure una riserva legale⁴⁷, che preveda «l'intervento dello Stato in funzione di agente non proprietario regolatore

⁴⁴ F. CARINGELLA, *Compendio di diritto amministrativo*, Roma 2017^x, p. 788.

⁴⁵ Cons. Stato, sez. VI, 12 ottobre 2012, n. 5268. Cfr., in generale, G. CAIA, *Le nuove discipline dei servizi pubblici*, in *Libro dell'Anno 2013*, Roma, 2013, pp. 238-243.

⁴⁶ Cons. Stato, sez. VI, 12 ottobre 2012, n. 5268.

⁴⁷ SULLA NOZIONE DI RISERVA, V. M.S. GIANNINI SECONDO IL QUALE «L'UNICO TRATTO COMUNE CHE POSSIEDONO I BENI PUBBLICI È LA RISERVA, A FAVORE DI PUBBLICI POTERI (STATO E ALTRI ENTI PUBBLICI), DI POTESTÀ FONDAMENTALI CONCERNENTI LE *UTILITATES* CHE IL BENE È IDONEO A RENDERE PER LA SUA NATURA FISICA, PER EFFETTO DI CHE TALI BENI NON POSSONO FORMARE OGGETTO DI APPROPRIAZIONE PRIVATA»: M.S. Giannini, *DIRITTO AMMINISTRATIVO*, II, MILANO, 1993³, p. 676.

e garante, in via amministrativa»⁴⁸, come avviene, ad esempio, per l'uso delle radiofrequenze. Nel caso di queste ultime l'intervento statale, ai sensi dell'art. 14 del Codice delle comunicazioni elettroniche⁴⁹, «sul presupposto che "le radiofrequenze sono un *bene pubblico* dotato di un importante valore sociale, culturale ed economico", affida al Ministero dello sviluppo economico ed all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) il compito di assicurare "la gestione efficiente delle radiofrequenze per i servizi di comunicazione elettronica"»⁵⁰ dal momento che esse sono un bene pubblico a fruizione collettiva e, nel contempo, «una risorsa pubblica molto limitata»⁵¹ di notevole valore economico tanto che «la fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica è subordinata ad un'autorizzazione generale»⁵².

Stando così le cose, non è certamente possibile utilizzare la nozione tradizionale di servizio pubblico per inquadrare i *social network* e, per poter ricorrere ad essa, si dovrebbe essere ripensarla alla luce dei peculiari elementi distintivi dei *social*, che hanno caratteristiche ben diverse dai tradizionali servizi pubblici regolati (energia, acqua, rifiuti, comunicazioni elettroniche, ecc.) e sono una categoria in continua evoluzione⁵³ e contraddistinta da dinamiche complesse tanto da "sfuggire", precedendolo, al diritto. Pertanto la categoria di servizio pubblico dovrebbe essere reinterpretata in modo evolutivo per poterla applicare al mondo dei *social*.

⁴⁸ F. Scaglione, *IL REGIME GIURIDICO DELLE FREQUENZE RADIOTELEVISIVE*, IN *DIRITTO DELL'INFORMAZIONE E DELL'INFORMATICA*, FASC. 4-5, 2012., P. 730.

⁴⁹ D.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, modificato dal d.lgs. 28 maggio 2012, n. 70.

⁵⁰ F. Scaglione, *OP CIT.*, P. 723.

⁵¹ CFR. IL CONSIDERANDO 24 E L'ART. 8-BIS DELLA DIRETTIVA N. 140 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO, DEL 25 NOVEMBRE 2009 (C.D. *DIRETTIVA LEGIFERARE MEGLIO*).

⁵² G. Napolitano, *I SERVIZI PUBBLICI*, IN S. Cassese, A CURA DI, *LA NUOVA COSTITUZIONE ECONOMICA*, CIT., P. 160.

⁵³ I siti *Web* dei *social media* sono in continua evoluzione, ad esempio, qualche anno fa, *mySpace* era il *leader* del mercato si pensava che la sua posizione fosse inattaccabile, ma quando è comparso *Facebook* gran parte dei suoi utenti sono passati al nuovo *social*. Partendo dall'assunto che un'utilità è considerata una "struttura essenziale" quando non ha buone alternative, alcuni Autori, proprio per la continua evoluzione tecnologica dei *social media*, ritengono che essi non possano essere considerati utilità pubbliche.

4.2. L'inquadramento giuridico di Facebook nel dibattito statunitense

Allargando l'orizzonte, in un'ottica comparatistica, anche negli USA già da tempo si controverte sulla possibilità di qualificare i *social media* come *public utilities* o come soggetti privati.

4.2.1. Facebook come public utility

In sintesi, affrontiamo prima la tesi di coloro che sono favorevoli alla loro regolamentazione, per poi soffermarci sulla tesi di coloro che sono contrari.

A partire dall'inizio del secondo decennio di questo secolo, alcuni autori statunitensi⁵⁴, hanno incominciato ad "inquadrare" Facebook come utilità sociale o "bene comune" ritenendolo essenziale per l'esistenza degli individui, perché ritengono che la presenza su Internet sia «un requisito nel ventunesimo secolo per partecipare come cittadino, come consumatore, come persona informata e come essere sociale»⁵⁵.

Di conseguenza, per gli assertori della tesi che vede Facebook come utilità sociale diventa necessario regolamentarlo come una *public utility* tradizionale⁵⁶.

⁵⁴ D. BOYD, *Facebook Is a Utility: Utilities Get Regulated*, *Apophenia*, 15 may 2010, <http://www.zephorias.org/thoughts/archives/2010/05/15/facebook-is-a-utility-utilities-get-regulated.htm>; Z. TUFEKCI, *Google Buzz: The Corporatization of Social Commons*, *Technosociology* (Feb. 17, 2010), <http://commcns.org/14PACNd>; ID., *Facebook: The Privatization of Our Privates and Life in the Company Town*, *Technosociology* (May 14, 2010), <http://commcns.org/15kO3rV>.

⁵⁵ Z. TUFEKCI, *Google Buzz: The Corporatization of Social Commons*, cit. Sul punto ricordiamo che secondo la Dichiarazione dei Diritti di Internet "L'accesso a Internet è diritto fondamentale della persona e condizione per il suo pieno sviluppo individuale e sociale".

⁵⁶ In questo ampio dibattito vanno segnalati, tra coloro che sono favorevoli alla regolamentazione, Steve Bannon, che, nel 2017, ha sostenuto che Facebook dovrebbe essere regolato come un'utilità perché la società di Menlo Park, insieme a Google, è diventata "effettivamente una necessità nella vita contemporanea", un elemento essenziale e indispensabile come i servizi pubblici convenzionali relativi all'acqua, al gas, all'elettricità, alle ferrovie, ecc.: <https://theintercept.com/2017/07/27/steve-bannon-wants-facebook-and-google-regulated-like-utilities/>. e Bruce Shapiro, che ritiene che i *social network* siano portali multimediali che svolgono un ruolo chiave per il benessere delle persone mettendole nella condizione di comunicare, ottenere e condividere informazioni e che abbiano una posizione di rilievo nel sistema economico essendo un *asset* strategico per lo sviluppo del Paese. Partendo, poi, da una diversa considerazione che riguarda in generale le idee e la politica, Shapiro, in un articolo su *Nation*, ha chiesto di regolare Facebook come *utility*, a causa anche del «libertarismo aziendale senza cervello che domina questa società e l'intero settore tecnologico»: <https://www.thenation.com/article/dont-delete-facebook-regulate-it>.

Interessante risulta, altresì, la posizione di chi sostiene che i monopolisti dell'informazione sono in aumento e l'attuale "*laissez-faire approach*" nei loro confronti non è più fattibile⁵⁷, dal momento che le «*information industries [...] can never be properly understood as 'normal' industries*»⁵⁸ e le tradizionali forme di regolazione, incluse le leggi *antitrust*, sono inadeguate per la regolazione di tali industrie, che sono fondamentali per la democrazia.

Secondo questo orientamento è necessario ricorrere al "principio di separazione" nei confronti dei monopoli dell'informazione al fine di tenere separati i fornitori di informazioni suddividendoli in tre categorie (creatori, distributori e produttori di *hardware*⁵⁹), che devono essere regolamentate separatamente⁶⁰.

Un ulteriore approccio alla questione è stato avanzato da Elisabeth Warren, che ha affrontato il tema delle "*platform utilities*" e ha proposto che *Facebook* (ma anche *Google* e *Amazon*) venga dichiarato «utilità della piattaforma». Secondo il suo piano, infatti, «le società con un fatturato globale annuo di \$ 25 miliardi o più e che offrono al pubblico un mercato online, uno scambio o una piattaforma per il collegamento di terze parti sarebbero designate come "utilità della piattaforma"»⁶¹ e ad esse dovrebbe essere vietato possedere sia l'utilità della piattaforma sia i partecipanti su quella piattaforma. In base a questi presupposti, secondo l'esponente politica democratica, si dovrebbe operare il *breaking up* delle piattaforme e, di conseguenza, *Facebook* dovrebbe cedere la proprietà di *WhatsApp* e di *Instagram*.

⁵⁷T. WU, *In the Grip of the New Monopolists*, WALL ST. J. (Nov. 13, 2010), <http://commcns.org/19SWPBV>; T. WU, *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires*, pp. 303-304.

⁵⁸T. WU, *The Master Switch*, cit.

⁵⁹*IBIDEM*.

⁶⁰Il principio di separazione è stato contestato da chi teme gli effetti negativi per l'innovazione perché avrebbe il grave difetto di «ostacolare l'efficienza integrativa» delle piattaforme limitando «molte forme potenzialmente vantaggiose di innovazione tecnologica», dal momento che «le imprese spesso investono e innovano in tutti i segmenti del mercato per ridurre i costi, trovare nuove opportunità di profitto e sviluppare nuovi prodotti da offrire ai clienti già acquisiti o nuovi»: A. THIERER, *The perils of classifying social media platforms as public utilities*, in *CommLaw Conspectus*, vol. 21, p. 290.

⁶¹V.: <https://medium.com/@teamwarren/heres-how-we-can-break-up-big-tech-9ad9e0da324c>.

Da ultimo, fra i sostenitori della necessità di regolamentare i *social media*, non si può non ricordare il Presidente Donald Trump. La sua presa di posizione a favore della regolamentazione dei *social network* è dovuta anche al fatto che *Twitter*, la sua piattaforma *social media* preferita, ha aggiunto per la prima volta, dopo che per anni aveva pubblicato, senza sollevare alcun problema, i *post* di Trump, che spesso includevano falsità e minacce, etichette⁶², per il controllo dei fatti, a due suoi *tweet*⁶³, secondo i quali le votazioni per posta elettronica in California del 13 maggio nelle elezioni presidenziali del 2020 non sarebbero state regolari e in cui, in generale, sosteneva che il voto per posta avrebbe comportato brogli da parte degli elettori e accusava i Democratici di tentare di "truccare" le elezioni espandendo l'accesso al voto tramite posta elettronica⁶⁴.

Secondo quanto affermato dal portavoce di *Twitter*, Lindsay McCallum, i due *tweet* non erano stati comprovati in quanto contenevano informazioni potenzialmente fuorvianti sui processi di voto e al fine di fornire "un contesto aggiuntivo attorno alle votazioni per posta elettronica" indirizzando gli utenti a "ottenere i fatti" attraverso notizie riguardanti l'argomento.

Il presidente Trump, a seguito della "censura" dei suoi *tweet*, ha dichiarato che il *social* stava interferendo con le elezioni presidenziali del 3 novembre reprimendo la libertà di parola e, in un clima caratterizzato da una fortissima contrapposizione fra Repubblicani e Democratici in vista delle elezioni presidenziali, ha sollevato il problema delle piattaforme dei *social media*, che, a suo avviso, sono allineate a

⁶² O. Rummler, *TWITTER VERIFICA PER LA PRIMA VOLTA I TWEET DI TRUMP*, DISPONIBILE ONLINE SUL SITO [HTTPS://WWW.AXIOS.COM/AUTHORS/ORIONRUMMER](https://www.axios.com/authors/orionrummer); SOTTO I DUE TWEET SI POTEVA LEGGERE: «SCOPRI I FATTI RELATIVI ALLE VOTAZIONI PER CORRISPONDENZA». PER IL NUOVO APPROCCIO DI TWITTER DI ETICHETTARE I TWEET FUORVIANI: [HTTPS://BLOG.TWITTER.COM/EN_US/TOPICS/PRODUCT/2020/UPDATING-OUR-APPROACH-TO-MISLEADING-INFORMATION.HTML](https://blog.twitter.com/en_us/topics/product/2020/updating-our-approach-to-misleading-information.html).

⁶³ [HTTPS://TWITTER.COM/REALDONALDTRUMP/STATUS/1265255835124539392](https://twitter.com/realDonaldTrump/status/1265255835124539392).

⁶⁴ [HTTPS://WWW.AXIOS.COM.REPUBLICANS-SUE-CALIFORNIA-MAIL-OUT-VOTE-PLAN-38762BF1-C66A-47C9-ABD4-174F95EE1EA4.HTML](https://www.axios.com/republicans-sue-california-mail-out-vote-plan-38762bf1-c66a-47c9-abd4-174f95ee1ea4.html). DA SEMPRE TRUMP È CONTRARIO ALLE VOTAZIONI PER POSTA ELETTRONICA PERCHÉ I DEMOCRATICI VOTANO PIÙ FREQUENTEMENTE A DISTANZA DI QUANTO NON FACCIANO I SOSTENITORI DEL PARTITO REPUBBLICANO.

favore del partito democratico e ha manifestato la volontà di «regolamentare fortemente» o chiudere i siti che «mettono a tacere le voci dei conservatori»⁶⁵.

In seguito alla condotta di *Twitter*, Trump ha deciso di avviare un processo per rimuovere una delle più importanti protezioni legali a favore dei *Big Tech*, e cioè l'immunità concessa dalla Sezione 230, che protegge le piattaforme dalle cause civili riguardanti la responsabilità per i contenuti pubblicati dagli utenti⁶⁶. A tal fine, Trump ha firmato, il 28 maggio, l'«Ordine esecutivo sulla prevenzione della censura online»⁶⁷ rivolto ai *social media*, con l'intento di limitare il loro potere di «moderare» i contenuti dei *post*, ma, in sostanza, per prevenire la censura *online* delle idee conservatrici, dal momento che egli ritiene che le piattaforme della *Silicon Valley* siano schierate a favore dei Democratici e attuino una censura selettiva⁶⁸.

È da osservare, infine, che, a proposito della volontà di *Twitter* di «monitorare» i *tweet* che vi vengono postati, il CEO di *Facebook*, Zuckerberg, in un'intervista⁶⁹, ha preso posizione contro *Twitter* affermando che le piattaforme digitali di proprietà

⁶⁵ In seguito *Twitter* ha segnalato, per violazione delle sue regole sulla violenza⁶⁵, anche un altro *tweet* del Presidente, a proposito dei disordini accaduti dopo la morte di George Floyd, in cui si afferma che «*These THUGS are dishonoring the memory of George Floyd, and I won't let that happen. Just spoke to Governor Tim Walz and told him that Military is with him all the way. Any difficulty and we will assume control but, when the looting starts, the shooting starts*».

⁶⁶ LA «SEZIONE 230» DELLA LEGGE AFFERMA TESTUALMENTE: «NESSUN FORNITORE DI UN SERVIZIO INFORMATICO INTERATTIVO PUÒ ESSERE CONSIDERATO L'EDITORE DI QUALSIASI INFORMAZIONE PUBBLICATA DA UN ALTRO FORNITORE DI CONTENUTI INFORMATIVI», IL CHE VUOL DIRE CHE ESSA GARANTISCE ALLE SOCIETÀ DELLA *SILICON VALLEY* L'IMMUNITÀ DA CAUSE PER I CONTENUTI INSERITI DA TERZE PARTI SULLE LORO PIATTAFORME, CONCEDENDO LORO, ALLO STESSO TEMPO, IL DIRITTO DI RIMUOVERE I MESSAGGI CHE VIOLANO LE LORO REGOLE INTERNE.

⁶⁷ [HTTPS://WWW.WHITEHOUSE.GOV/PRESIDENTIAL-ACTIONS/EXECUTIVE-ORDER-PREVENTING-ONLINE-ENSORSCHIP/](https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-preventing-online-censorschip/).

⁶⁸ Secondo Margaret Harding McGill, il Presidente, col il suo *executive order*, intende attuare un disegno di regolamentazione dei *social media* seguendo, in particolare, due direttive: a) spingere il Dipartimento del commercio a presentare una petizione alla *Federal Communications Commission* (FCC) per elaborare un nuovo regolamento che limiti le protezioni fornite alle società tecnologiche ai sensi della sezione 230 del *Communications Decency Act*; b) chiedere alla *Federal Trade Commission* (FTC), che vigila sulle azioni ingiuste o ingannevoli, di agire contro le piattaforme, le cui pratiche di moderazione dei contenuti limitano la parola in un modo che non è in linea con le loro politiche pubblicamente dichiarate. La realizzazione del piano dell'amministrazione Trump è destinata, quasi certamente, ad incontrare notevoli difficoltà dal momento che la FCC e la FTC, essendo agenzie federali indipendenti, non rispondono alla Casa Bianca, ma al Congresso. Cfr. <https://www.axios.com/authors/mmmcgill>.

⁶⁹ [HTTPS://WWW.FOXNEWS.COM/SHOWS/THEDAILYBRIEFING](https://www.foxnews.com/shows/thedailybriefing).

privata non dovrebbero agire come «arbitri della verità» e che *Facebook* ha «una politica diversa», rispetto a *Twitter*, sul monitoraggio censorio dei *post*.

Allo stato attuale, come si può dedurre dalla esposizione che precede, anche negli Stati Uniti, per quanto riguarda l'inquadramento di *Facebook* come servizio pubblico e la sua regolamentazione, siamo ancora nel campo delle ipotesi, anche se «i pericoli di una regolamentazione troppo scarsa sono già chiari: i discorsi d'odio, le notizie false e la propaganda politica intenzionalmente fuorviante, che proliferano online e avvelenano la democrazia»⁷⁰.

4.2.2. *Facebook come soggetto privato*

Per opposta impostazione, è interessante affrontare, a questo punto, l'orientamento di coloro che negano la possibilità di ricondurre *Facebook* fra le *public utilities* e respingono con forza la necessità della sua regolamentazione.

Il pensiero di Thierer⁷¹ è esemplificativo della tesi di coloro che non ritengono necessario né conveniente considerare i fornitori di servizi *internet* “strutture essenziali” o “monopoli naturali” e che, di conseguenza, pensano che non debbano essere regolamentati come servizi pubblici.

L'Autore, richiamando Posner⁷², sviluppa il suo pensiero, contrario ai diversi tentativi di far rientrare i *social network* tra i servizi pubblici tradizionali, partendo dall'assunto che «*Treating these nascent digital services as regulated utilities would harm consumer welfare because public utility regulation has traditionally been the archenemy of innovation and competition*»⁷³, assunto che suffraga con una serie di considerazioni sotto molti aspetti interessanti, anche se non tutte condivisibili.

Nell'articolo in esame viene innanzitutto messo in luce che, a differenza dei servizi di pubblica utilità tradizionali, i servizi delle piattaforme dei *social media* non sono «risorse fisiche» essenziali e che le infrastrutture digitali, a differenza delle

⁷⁰ A. SUSARLA, *Facebook inizia a passare dall'essere una piattaforma libera e aperta a un'utilità pubblica responsabile*, 17 agosto 2018.

⁷¹ v. A. Thierer, *THE PERILS OF CLASSIFYING SOCIAL MEDIA PLATFORMS AS PUBLIC UTILITIES*, IN *COMMLAW CONCEPTUS*, VOL. 21.

⁷² R. A. POSNER, *Natural Monopoly and Its Regulation*, 21 *Stan. L. Rev.* 548 (1969).

⁷³ A. Thierer, *OP. CIT.*, P. 250.

infrastrutture fisiche dei servizi pubblici tradizionali, non richiedono l'impiego di grandi capitali.

Si passa poi a trattare le ragioni per cui la regolamentazione dei *social media* come strutture essenziali o servizi pubblici non è auspicabile perché la loro regolamentazione finirebbe per bloccare l'innovazione dal momento che i fornitori di servizi non avrebbero più l'incentivo ad innovare e porterebbe all'interno dei servizi dei *social media* «*the problem long associated with regulated public utilities, so-called "monopoly sloth" (a general lack of incentives to innovate), could easily occur in social media "utilities" as the absence of competitive pressures, coupled with regulator preference for and protection of utility "monopolists", would plainly reduce the business incentive for dominant social media platforms to innovate*»⁷⁴.

Viene in seguito individuato anche un altro aspetto negativo della regolamentazione nella possibilità dell'imposizione di costi diretti a carico dei consumatori, mentre l'uso dei *social network* non richiede una contropartita in denaro, dal momento che i servizi vengono offerti "gratuitamente" in cambio dei dati degli utenti⁷⁵, anche se, a ben guardare, «per l'impresa che gestisce la piattaforma, l'accesso ai dati – in vista della profilazione ad uso commerciale e per finalità di marketing – vale quale controprestazione non monetaria per l'offerta del servizio, in apparenza gratuito»⁷⁶.

Inoltre, a differenza di quanto avviene per le reti radiofoniche e televisive, che sono scarse e, per questo, c'è la presunta necessità da parte del governo di allocare la risorsa sottostante, la regolamentazione non è certamente opportuna né necessaria per le moderne piattaforme dei *social network* che sono abbondanti, si evolvono rapidamente, sono interamente private e, per di più, la loro regolamentazione potrebbe sollevare problemi, perché, ad esempio, alcune proposte di regolamentazione dei *social media* a tutela della *privacy*, come "il

⁷⁴ *IBIDEM.*

⁷⁵ Sulla presunta gratuità del servizio, v. S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in *Medialaws*, n. 3/2019, pp. 137-143.

⁷⁶ M. Midiri, *PRIVACY E ANTITRUST: UNA RISPOSTA ORDINAMENTALE AI TECH GIANT*, IN *FEDERALISMI.IT*, 13 MAGGIO 2020, P. 211. SUL PUNTO, V. TAR LAZIO, ROMA, SENT.10/01/2020, N. 2601.

pulsante gomma" (*eraser button*) o il diritto all'oblio, potrebbero essere viste negativamente alla luce del Primo Emendamento a causa del loro diretto impatto sulla libera circolazione dell'informazione *online*.

Concludendo le sue argomentazioni, l'Autore si dichiara d'accordo con la visione schumpeteriana del mercato secondo cui, riprendendo le parole dell'economista Jerry Ellig⁷⁷, «*firms compete not on the margins of price and output, but by offering new products, new technologies, new sources of supply, and new forms of organization. Possession of market power is consistent with vigorous competition, and many seemingly anticompetitive practices actually facilitate innovation*»⁷⁸. Ciò determina una continua innovazione nel mondo dei *social network*, in cui gli operatori *online*, anche nuovi e piccoli (i *digital-Davids*), possono dar vita a continue e, spesso, imprevedibili e importanti innovazioni, in grado di mettere in difficoltà i "ciber-Goliath" o, addirittura, causarne l'obsolescenza e prendere il loro posto. Su questo punto, si può obiettare che Thierer non sembra tener conto fino in fondo né della capacità dei giganti del *web* di frenare, dato il loro enorme potenziale economico, l'ingresso e/o la crescita dei *digital-Davids*, che spesso, quando sono veramente innovativi e funzionali al loro *business*, vengono acquistati, quando sono ancora delle *start up*, dalle grandi piattaforme digitali, secondo la logica del "winner takes all", né del fatto che queste aziende, potendo fare affidamento su una grande quantità di dati immagazzinati e sugli effetti rete, sono in grado di offrire una serie di servizi sempre più efficienti, che permette loro di acquisire un potere in grado di dare vita ad effetti di *lock-in* nei confronti dei loro utenti, tali da rendere difficoltosa e poco sostenibile economicamente l'operatività delle piccole e medie aziende operanti nello stesso settore e da impedire la nascita di nuove società.

Come si può vedere da questa rapida sintesi, l'importanza dell'articolo è più che altro limitata alle osservazioni fatte sui *social media* a livello della competizione nei mercati, che spesso colgono il segno, specie quando viene affermato che rendere *Facebook* un'utilità, che dovrebbe richiedere l'approvazione del governo per i

⁷⁷ J. ELLIG & D. LIN, *A Taxonomy of Dynamic Competition Theories*, in *Dynamic Competition And Public Policy: technology, Innovation, And Antitrust Issues* 16, 2001, pp. 30-31.

⁷⁸ A. Thierer, *OP. CIT.*, P. 294.

cambiamenti, costringerebbe la piattaforma a cessare di «innovare alla velocità della *Silicon Valley* per innovare alla velocità della burocrazia», ma esso non tocca, se non di sfuggita, l'importante tema, relativo al mondo dei *social*, che riguarda il loro "inquadramento" giuridico nel contesto della comunicazione politica, né la responsabilità politico-sociale che ricade su di essi.

5. *Considerazioni conclusive*

Dopo aver passato in rassegna due visioni opposte relative alla natura giuridica di *Facebook* e alla conseguente necessità o meno di regolamentarlo, è ora opportuno trarre qualche riflessione conclusiva.

A parere di chi scrive, la soluzione che sembra debba essere data al problema dell'inquadramento giuridico di *Facebook* è quella di riconoscere che esso è, dal punto di vista della proprietà, un soggetto privato, ma che è, anche, in un certo senso, per quanto attiene l'ambito della comunicazione, un soggetto pubblico.

Di conseguenza *Facebook* non può essere visto, al momento, né come un servizio pubblico, stante la nozione attuale di servizio pubblico, né, tanto meno, come un soggetto privato *tout court*, che non si deve e non è conveniente regolamentare per non bloccare l'innovazione tecnologica⁷⁹.

Come prima approssimazione appare, dunque, opportuno "inquadrarlo" come un soggetto ibrido, dal momento che, pur essendo un soggetto privato, grava su di esso, a causa del suo potere sociale e della funzione molto importante che riveste nell'agorà pubblica, una significativa responsabilità. Negli ultimi anni, infatti, non solo *Facebook*, ma tutti i *social media*, in generale, sono diventati *forum* pubblici⁸⁰,

⁷⁹ CFR. §§. 4.1.; 4.2.; 4.2.1.; 4.2.2.

⁸⁰ La dottrina del *forum* pubblico del Primo Emendamento, particolarmente dibattuta negli Stati Uniti, prevede la libertà di parola e di riunione negli spazi pubblici di proprietà del Governo o controllati dal Governo, ma solleva molte problematiche se si prendono in considerazione i siti dei *social media* come *Facebook* e *Twitter*, che sono di proprietà privata. Interessante, a proposito dell'applicazione della dottrina del *forum* pubblico ai siti dei *social media*, il caso, trattato dalla Corte suprema, nel 2017, *Packingham v. North Carolina*, 137 S. Ct. 1730, in cui, attraverso una nuova elaborazione, la dottrina del *forum* pubblico è stata estesa ai *forum* non tradizionali, allorché questi ultimi fungano da *forum* per il discorso pubblico. Secondo questa interpretazione, i *social media* costituiscono *forum* pubblici in cui la discriminazione dei punti di vista è illegale. Su questo argomento, v. D. C. NUNZIATO, *From Town Square to Twittersphere: The*

dove si sviluppa il confronto delle idee in un contesto pluralistico, che, come abbiamo già visto, è il perno su cui ruota il sistema democratico e che, pertanto, sia secondo la Carta dei diritti fondamentali della U.E. che la CEDU, sono responsabili relativamente a quanto viene postato su di essi⁸¹.

Per quanto riguarda la responsabilità degli *Internet Service Provider*, abbiamo una situazione molto particolare in quanto essi in base ai loro “regolamenti” privati possono censurare i contenuti che vengono postati dagli utenti, incoraggiati dal fatto che, in sostanza, è stato loro delegato il controllo preventivo del discorso politico che transita sui siti *web*⁸². Proprio a proposito del controllo preventivo a fini censori affidato agli *Internet Service Provider* è stato giustamente osservato che «è un fenomeno che si registra specie a livello europeo, ove si assiste alla proliferazione di legislazioni, atti di *soft law* ed anche pronunce giurisprudenziali che vanno nella direzione di una delega dei poteri censori alle piattaforme nell’ottica di una loro responsabilizzazione»⁸³.

L’Unione europea da tempo segue questo indirizzo: ad esempio, nel 2016, la Commissione europea ha adottato d’intesa con i maggiori quattro *top player*, come abbiamo già visto, il *Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento*

Public Forum Doctrine Goes Digital, 14 September 2018, disponibile sul sito <https://ssrn.com/abstract=3249489>; S.J. BENSON, @PublicForum: *The Argument for a Public Forum Analysis of Government Officials’ Social Media Accounts*, 12 WASH. U. JUR. REV. 085 (2019), su <https://openscholarship.wustl.edu/lawjurisprudence/vol12/iss1/7>; D.W. PARK, *Government Speech and the Public Forum: A Clash Between Democratic and Egalitarian Values*, in *Gonzaga Law Review*, vol. 45:1, 1/13/2010, pp. 113-148.

⁸¹ Sia la CEDU che la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea affermano espressamente che limitazioni di libertà e diritti sono ammissibili solo se si traducono in misure compatibili con i principi di una società democratica. Sulla questione della responsabilità dei portali, risulta importante l’orientamento della Corte EDU, che nelle sue sentenze è molto attenta al bilanciamento fra il diritto alla libertà di espressione e le limitazioni a tale diritto: Corte EDU, *Delfi As c. Estonia*, n. 64569/09; Corte EDU, *Magyar c. Ungheria*, n. 22947/2013. Sull’importanza delle due sentenze, v., in particolare, G.E. VIGEVANI, *La responsabilità civile dei siti per gli scritti anonimi: il caso Delfi c. Estonia*, in *Quad. cost.*, 2014, pp. 457-459; S. VIMERCATI, *Magyar c. Ungheria: la Corte europea ritorna sulla responsabilità dei portali web*, in *Quad. cost.*, 2016, pp. 393-400.

⁸² M. PIETRANGELO, *Recensione a M. R. Allegri, Ubi social, Ibi Ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Franco Angeli, Milano, 2018, in [Medialaws](#), n. 1/2019, pp. 352-354.

⁸³ P. Villaschi, *OP CIT.*, p. 437.

all'odio online, in base al quale ai *social network* è affidato il compito di censurare e rimuovere i contenuti d'odio postati dagli utenti.

Dal momento che la «censura può avvenire o a seguito di un accertamento giudiziale (in cui, quindi, in realtà, al privato è delegata esclusivamente l'esecuzione di una decisione presa da un organo terzo e imparziale (c.d. *censura funzionale*) o qualora lo Stato affidi il compito di bilanciare i diversi valori costituzionali in gioco alle piattaforme stesse (c.d. *censura sostanziale*)»⁸⁴, con la censura sostanziale, a ben guardare, si è finito per riconoscere ai *social network* funzioni di regolamentazione, vigilanza e sanzionatorie.

Tali funzioni sono suddivisibili in funzioni di *rule making* e, cioè, interventi precettivi, quindi *ex ante*, diretti, attraverso la *policy* e gli *standard* della *community* decisi in base alla autonomia regolatoria⁸⁵ dei *social*, a stabilire le regole per poterli utilizzare, e funzioni di *adjudication*, che, *ex post*, prevedono il controllo dei messaggi postati e l'eventuale adozione di provvedimenti sanzionatori (cancellazione dei *post* o, nei casi più gravi, degli *account*) nei confronti degli utenti individuali o delle associazioni/partiti, che trasgrediscono le regole imposte dai *social network*.

In questo modo *Facebook*, pur essendo un soggetto privato, attraverso la sua autoregolamentazione, finisce per svolgere, in “primo grado”, «un esercizio di ponderazione tra diritti fondamentali che, nel costituzionalismo moderno, è in genere affidato ad autorità giurisdizionali o comunque di rilevanza pubblicistica»⁸⁶, dando origine a quello che è stato definito un «processo di privatizzazione della “giustizia digitale”», in cui il «controllo dell'informazione sulla rete» e la decisione di procedere alla rimozione o meno dei contenuti è lasciata alle piattaforme, senza quelle garanzie che dovrebbero essere assicurate dalla indipendenza e terzietà del

⁸⁴ *Ivi*, p. 436.

⁸⁵ Solitamente vale la regola che prevede la separazione tra regolatore e imprese regolate, dal momento che il regolatore dovrebbe essere un soggetto indipendente, mentre «nella “networked public sphere” l'infrastruttura che serve a manifestare e diffondere il pensiero è esattamente la stessa che serve anche a controllare il pensiero (a disciplinare il contenuto della libertà di manifestazione del pensiero) e a sorvegliare coloro che lo esprimono»: G.L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?* in *Rivista AIC*, Fasc. 3/2018, p. 202.

⁸⁶ O. POLLICINO, *Facebook e il pericoloso passo in avanti verso la privatizzazione della giustizia digitale*, cit.

decisore e che sono «previste (ed imposte) dal diritto costituzionale ai poteri pubblici che operano lo stesso tipo di attività»⁸⁷.

Il problema della censura in rete vede, attualmente, un rapporto sbilanciato tra la censura privata e la censura pubblica, dal momento che si assiste alla «tendenza verso un progressivo slittamento delle funzioni censorie nelle mani di soggetti privati che hanno assunto una posizione centrale nel mondo della comunicazione *online*, con tutte le implicazioni in termini di possibile alterazione, distorsione e impoverimento del discorso pubblico»⁸⁸. Proprio per questo motivo, nonostante la ormai diffusa tendenza ad affidare funzioni censorie ai *social network*, è necessario non assegnare loro, senza i dovuti controlli, forme di “censura privata” del pensiero politico, a causa della loro pervasività nel campo dell’informazione e della comunicazione politica⁸⁹. Ci si chiede, infatti, se sia «possibile affidare ad un manipolo di compagnie multinazionali, ciascuna dotata di un enorme potere economico e di un’incredibilmente vasta capacità di influenza, il monopolio in ordine al controllo dell’informazione sulla rete (una sorta di censura privata)»⁹⁰. Non sarebbe dunque ammissibile una “privatizzazione della censura”, affidata a organizzazioni private, stante la presenza di una riserva di legge e di una riserva di giurisdizione⁹¹.

A prescindere da quale sistema di controllo si voglia esercitare su *Facebook* e sugli altri *social network* (regolamentazione, *accountability*), rimane aperta l’istanza di una verifica del loro agire da parte di soggetti pubblici anche per i profili non riconducibili alla sola sfera economica. Allo stato attuale, sussiste il controllo sull’agire dei *social* da parte delle Autorità a finalità generale (Autorità *antitrust*, AGCOM e Garante della *privacy*), ove vi sia un danno alla concorrenza, ai diritti dei

⁸⁷*Ivi*.

⁸⁸ P. Villaschi, *OP. CIT.*, PP. 437- 438.

⁸⁹ M. MONTI, *Il Code of Practice on Disinformation dell’UE: tentativi in fieri di contrasto alle fake news*, in *Medialaws*, n. 1/2019, p. 321; C. MAGNANI, *Libertà d’informazione online e fake news: vera emergenza? Appunti sul contrasto alla disinformazione tra legislatori statali e politiche europee*, in *Quaderni Costituzionali*, 18 aprile 2019, in www.forumcostituzionali.it, 2017.

⁹⁰ G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell’era di Internet*, in [Medialaws](http://www.Medialaws.it), n.1/2018, p. 45.

⁹¹ G.L. CONTI, *op. cit.*, p. 216.

consumatori, alla *privacy* e all'informazione corretta e plurale⁹² e, soprattutto, vi è il sindacato giurisprudenziale, quando si prospettino possibili profili di illegittimità, al fine di assicurare che la loro *accountability* sia commisurata al loro potere sociale. Il caso giurisprudenziale qui esposto è un piccolo tassello di un mosaico ancora da comporre.

dirittifondamentali.it

⁹² CFR. A. Nicita, *FAKE NEWS, NICITA: "CRUCIALE COLLABORAZIONE AGCOM-SOCIAL NETWORK"*, IN WWW.CORRIERECOMUNICAZIONI.IT, 22 MAGGIO 2020.