

La libertà di espressione in rete fra *content moderation* dei social network e regolazione dell'Unione Europea

di

Maria Esmeralda Bucalo*

Sommario: 1. Internet e libertà di manifestazione del pensiero: dati, *content moderation* e regolazione; 2. Una nuova declinazione della sovranità e del principio democratico attraverso la lente della libertà di manifestazione del pensiero *on line*; 3. *Fake news* ed *hate speech*: i diversi approcci giurisprudenziali fra le due sponde dell'Atlantico; 4.1 La moderazione privata dei contenuti pubblicati sui *social networks* e l'intervento della giurisprudenza italiana nei casi CasaPound e Forza Nuova; 4.2 (segue) la creazione dell'*Oversight Board* di Facebook: l'istituzionalizzazione delle piattaforme attraverso l'esercizio di funzioni pubblicistiche di natura para-giurisdizionale; 5. Qualche riflessione conclusiva sulla necessità di una (etero)regolazione flessibile a partire dal *Digital Service Act*.

1. Internet e libertà di manifestazione del pensiero: dati, *content moderation* e regolazione

L'erompere della tecnologia digitale su larga scala e la diffusione di *Internet* a livello globale ha determinato la percezione della necessità di "rivedere" le categorie del costituzionalismo tradizionale, in modo che il rapporto tra la Rete e il diritto possa muoversi e progredire nella prospettiva di un "nuovo costituzionalismo"¹, o anche "oltre il costituzionalismo"² nelle sue tradizionali declinazioni, con lo scopo di rafforzarne e aggiornarne i canoni sui quali si fonda³.

* Professore associato di diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Palermo.

¹ Di "nuovo costituzionalismo" parla E. CHELI, *Conclusioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2021, 955 e 956, il quale più specificatamente parla di "costituzionalismo digitale". Si deve fin d'ora menzionare quella autorevole dottrina che al "nuovo costituzionalismo digitale" muove non poche critiche ed in particolare M. LUCIANI, *Relazione conclusiva*, in P. Costanzo, P. MAGARO', L. TRUCCO, *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Atti del Convegno di

Tali trasformazioni sembrano aggiungere alla identità fisica una identità digitale⁴: un soggetto nuovo costituito dalla combinazione dei dati raccolti e processati dai *devices* connessi costantemente alla Rete, mentre la comunicazione interpersonale si svolge grazie a “nuovi strumenti” e le informazioni si scambiano e le opinioni si manifestano presso “nuove strutture aggreganti” «del tutto diverse da quelle conosciute in passato e, perciò, tali da incidere profondamente anche nelle dinamiche della vita politica»⁵.

Utilizzando la forza immaginifica delle parole di Rodotà, all’inizio della *quarta rivoluzione industriale* e con l’avvento di *Internet* sembrava potersi rifondare il mito originario della democrazia, una nuova «*agorà di Atene*, [...] (una) immensa piazza virtuale, [...] (nella quale) ricreare le condizioni della democrazia diretta»⁶.

Ben presto però la realtà evidenziò come l’era digitale non fosse l’età dell’oro e il rapporto fra diritto (e diritti) e nuove tecnologie si rivelò non privo di ambiguità⁷, che gli strumenti giuridici tradizionali faticano a tutt’oggi a risolvere. Tale ambiguità è stata evidenziata magistralmente già nel 1995 nell’opera di Van de Donk, Snellen e Tops, *Orwell in Athens*, nella quale già dal titolo veniva analizzata la tensione lacerante alla quale la tecnologia aveva sottoposto la democrazia: da un lato l’idea che la democratizzazione del sistema dal basso (“democrazia a portata di

Genova, 18 e 19 giugno 2021, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 497 - 498, che lo ritiene un «azzardo, di dubbia utilità sul piano dell’inquadramento dommatico dei problemi» e che preferisce piuttosto un «costituzionalismo senza aggettivi, che rivendica le proprie categorie e il loro uso, valorizzando la massima cattura possibile del potere da parte dei cittadini». In questo l’A. condivide l’opinione di M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati*, ivi, p. 64-65, il quale ritiene il “costituzionalismo digitale” un abuso di denominazione, dotata di «carica svalutativa nei confronti delle Costituzioni statali, di cui si presuppone una inadeguatezza».

² Richiamando L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Mucchi, Modena, 2017.

³ La tesi è sostenuta anche da E. CELESTE, *Digital Constitutionalism: a new systematic theorization*, in *International Review of Law*, vol. 33, 1, 2019, p. 88 e 93, il quale sostiene che il processo di costituzionalizzazione dell’ambiente digitale serve a bilanciare le alterazioni dell’ “equilibrio costituzionale” prodotte dalle tecnologie digitali.

⁴ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma – Bari, 2012, 327, il quale ne aveva già discusso in ID., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma – Bari, 2004.

⁵ E. CHELI, *Conclusioni*, cit., 955.

⁶ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 380.

⁷ Sulle ambiguità del rapporto fra diritto e tecnologia C. COLAPIETRO, *Le sfide del “costituzionalismo digitale”: un approccio originale al rapporto fra diritto e tecnologia*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, fascicolo speciale, 3, 2021, 7.

tutti”) potesse realizzarsi per mezzo dell’avanzamento della tecnica (il mito di Atene); dall’altro la consapevolezza che attraverso la tecnologia si realizza un meccanismo orwelliano grazie al quale il potere politico (o privato) riesca a controllare in modo capillare i singoli. La tecnologia dunque comporterebbe da un lato la espansione dei diritti della sfera pubblica, cui si contrappone però una riduzione di quelli della sfera privata⁸.

L’idea della necessità dell’adeguamento degli strumenti giuridici alle nuove esigenze della società digitale e ai progressi della tecnica costituisce dunque la premessa fondamentale di questo studio, volto a individuare in ultima battuta quali potrebbero essere gli strumenti regolativi atti alla disciplina di questa nuova dimensione dei diritti in “ambiente digitale”.

In questo quadro allora, dovendo necessariamente procedere settorialmente, l’indagine si svolge attraverso la lente della libertà di espressione, che assume forme del tutto nuove proprio grazie allo sviluppo della tecnica⁹ e costituisce la *sedes materiae* privilegiata per studiare il possibile inquadramento costituzionale di *Internet*, poiché è attraverso l’analisi degli strumenti posti a sua protezione che può misurarsi il grado di democraticità degli ordinamenti¹⁰.

Prima dell’avvento del digitale e per circa due secoli infatti la manifestazione del pensiero, l’espressione e lo scambio delle opinioni, sulla base delle quali poi si formavano anche le scelte elettorali e politiche di ciascuno, dipendevano

⁸ I. T.M. VAN DE DONK, W. B. H. SNELLEN, P. W. TOPS, *Orwell in Athens. A Perspective on Informatization and Democracy*, IOS, Amsterdam, Oxford, Tokyo, 1995, 10, ritengono che i sistemi integrati di comunicazioni tendano a rafforzare la posizione di potere relativa delle burocrazie e ad essere impiegate per migliorare le posizioni di potere degli attori più potenti a spese di quelli meno potenti. È interessante notare come gli autori si premuravano di specificare che il titolo della loro opera fosse *Orwell in Athens* e non *Orwell and Athens* proprio per evidenziare questa lotta titanica cui le democrazie contemporanee sono sottoposte a causa del progresso tecnologico: perché se da un lato i sistemi informatici supportano chiaramente l’ideale modello di una democrazia dal basso che ci proviene dal mito di Atene (*the revival of some athenian characteristics of democratic decision making*), dall’altro è evidente che *the orwellian potential of ITC are becoming well entrenched*». Cfr. anche J. N. DANZINGER, W. H. DUTTON, R. KLING, K. L. KRAMER, *Computers and Politics: High Technology in American Local Governments*, Columbia University Press, New York, 1982.

⁹ Sul punto E. CHELI, *Conclusioni*, cit., 956.

¹⁰ L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione: l’istigazione all’odio razziale*, CEDAM, Padova, 2009, 53 e 107.

necessariamente dall'industria della informazione, la quale era nelle mani dei pochi soggetti economicamente capienti, in grado di sostenere gli ingenti investimenti che essa comportava, causati fra l'altro dal carattere finito delle risorse su cui si basavano certe forme di comunicazione.

Tale assunto non sembra più aderente alla realtà odierna: grazie al bassissimo costo della connessione oggi basta uno *smartphone*, un *tablet*, un *computer* o anche una televisione per comunicare, per essere informati e per produrre informazione; basta un *click* per divenire *opinion maker* o *influencer* in grado di orientare le opinioni e i gusti degli altri, oppure è sufficiente aprire un sito, un *blog* o ancora più facilmente un *account* o una pagina in uno *social network* o partecipare ad una *chat* su una piattaforma di messaggistica istantanea¹¹.

Questo effetto caratteristico della Rete ha subito per altro una amplificazione molto recente dovuta soprattutto all'evolversi dei *digital service providers* da "semplici" *gatekeepers* della Rete a *user-generated-content*, contenitori di contenuti generati dagli utenti. In tal senso un ruolo fondamentale è ovviamente svolto dai *social networks*, i quali consentono agli utenti di far circolare le loro idee e le loro opinioni a livello globale, redendoli così anche produttori di informazioni¹².

Il sorgere e l'affermarsi del "sesto potere"¹³, quello appunto determinato dallo scambio di dati attraverso la Rete, ha determinato l'avvento di una "nuova era" della informazione, caratterizzata dal decentramento della stessa presso ogni utente, che potenzialmente può assumere le vesti sia del produttore di informazioni sia del consumatore, dalla disponibilità universale degli strumenti per comunicare e dal continuo scambio di dati¹⁴.

¹¹ Concorda C. COLAPIETRO, *Le sfide del "costituzionalismo digitale"*, cit., 8. Sul punto si vedano anche le illuminati pagine di A. BARICCO, *The Game*, Einaudi, Torino, 2018, il quale a p. 118 evidenzia la immensa semplificazione del reale dovuta alla tecnologia e ai suoi ritrovati (dall'Iphone a Google, da Amazon a Facebook, da YouTube a Spotify), essi «schierano una semplicità dove l'immensa complessità del reale risale in superficie lasciando dietro di sé qualsiasi scoria che appesantisca il cuore essenziale».

¹² M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, Roma, 2019, 164.

¹³ Come appunto lo hanno definito nella loro opera Z. BAUMAN, D. LYAON, *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, Roma-Bari, 2014.

¹⁴ Per definire questo nuovo modo di fare e ricevere informazioni Y. BENKER, *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, New

È bene però anche ricordare che i dati non forniscono di per sé informazioni, né sono beni che da soli producono valore o ricchezza, poiché essi vanno lavorati, trattati e aggregati. Ecco perché a tal fine assumo un rilievo giuridico fondamentale le modalità attraverso le quali tali aggregazioni ed elaborazioni si svolgono, nonché la trasparenza e la intellegibilità dei procedimenti algoritmici, che determinano l'associazione a quel complesso di dati di quelle (e di quelle soltanto) informazioni¹⁵.

In questa operazione il ruolo svolto dai *gatekeepers* evidenzia la conformazione oligopolistica della Rete e la capacità di pochissime *tech companies* di influenzare l'orientamento degli utenti attraverso la aggregazione, l'indicizzazione e la profilazione dei dati¹⁶. A questo penetrante potere deve poi aggiungersi quello della autoregolazione, che consente alle piattaforme ed in particolare ai *social networks* di dettare le norme volte alla moderazione dei contenuti pubblicati dagli utenti e di gestirne la eventuale rimozione.

Il potere di influenza dei *gatekeepers*, in uno con quello di moderazione dei contenuti, costituiscono dunque i fronti più avanzati di una aggiornata riflessione libertà di espressione e di manifestazione del pensiero.

I sovracitati "meccanismi orwelliani", che stanno alla base della *società digitale*, definita anche "*società della sorveglianza*"¹⁷, nella quale il *sesto potere* è in grado di

Heaven – London, 2006, parla in proposito di "ricchezza delle reti". Cfr. anche C. COLAPIETRO, A. MORETTI, *L'Intelligenza Artificiale nel dettato costituzionale: opportunità, incertezze e tutela dei dati personali*, in *BioLaw Journal*, 3, 2020, 359-360.

¹⁵ Sul tema della *neutralità dell'algoritmo* e sulla necessità dell'introduzione di regole che ne governino l'impiego F. MATTASOGLIO, *Algoritmi e regolazione. Circa i limiti del principio di neutralità tecnologica*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2018; C. NARDOCCI, *Intelligenza Artificiale e discriminazioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2021, 9 e ss.

¹⁶ Da ultimo su questi temi C. CARUSO, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo, consultaonline*, 17 marzo 2020, 2 e A. MORELLI, O. POLLICINO, *Metaphors, Judicial Frames and Fundamental Rights in Cyberspace*, in *American Journal of Comparative Law*, 2020, 23. Secondo M BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati*, cit. p. 63, il corretto riconoscimento dell'oligopolio delle *tech companies* può comportare la valorizzazione del principio della libera concorrenza, volto a impedire la formazione di soggetti economici così forti da condizionare l'esercizio delle libertà e il funzionamento delle democrazie. Secondo l'A. quindi sono le Costituzioni e i loro valori a guidare il potere politico nella disciplina dei rapporti fra libertà e autorità private.

¹⁷ Secondo la fortunata definizione di Z. BAUMAN, D. LYON, *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

controllare in modo capillare e diffuso i comportamenti individuali e collettivi, tanto che la vita dei singoli si riduce ad un aggregato di dati gestito dallo Stato o il più delle volte da soggetti privati.

Questa “cessione” della propria intimità avviene peraltro volontariamente da parte degli individui controllati, tanto che può dirsi che l’ “economia dei *big data*”¹⁸ è possibile solo grazie a questa involontaria alleanza fra il *sesto potere* e i soggetti che volontariamente cedono i loro dati.

L’analisi dunque vorrebbe dimostrare in prima battuta che gli ordinamenti costituzionali, ed in particolare quello italiano, possiedono già delle solide garanzie, idonee a presidiare i settori che oggi sono maggiormente incisi dalla Rete, ma che esse devono essere adeguate in termini ermeneutici, attraverso una loro interpretazione estensiva¹⁹. In tal modo si eviterebbe di irrigidire in formule positive l’evoluzione tecnologica, che ha dimostrato la capacità di rendere obsolete le normative in breve tempo²⁰.

In secondo luogo, sarebbe necessario che tali principi costituzionali degli Stati vengano uniformati a livello europeo attraverso un sistema di regole elastico e flessibile, che garantisca il fluire del progresso e della l’innovazione tecnologica²¹.

2. Una nuova declinazione della sovranità e del principio democratico attraverso la lentezza della libertà di manifestazione del pensiero on line

¹⁸ V. S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Profile Books Ltd, New York, 2019, si concentra su i profili economici di questo nuovo modo di vivere, che definisce «capitalismo della sorveglianza», nel quale i dati raccolti sugli utenti del *web*, le loro scelte, idee e preferenze sono trasformati in informazioni sui comportamenti, utilizzati in alcuni casi per migliorare prodotti e servizi, ma anche «in prodotti predittivi in grado di vaticinare cosa faremo», prodotti che «vengono scambiati in un nuovo tipo di mercato per le previsioni comportamentali», il «mercato dei comportamenti futuri». Il capitalismo della sorveglianza, dunque, avrebbe dato vita ad un vero e proprio «nuovo ordine economico», che sfrutta l’esperienza umana come «materia prima per pratiche commerciali segrete di estrazione, previsione e vendita»

¹⁹ C. COLAPIETRO, A. MORETTI, *L’Intelligenza Artificiale nel dettato costituzionale*, cit., 386 ss. Analogamente P. COSTANZO, *Miti e realtà dell’accesso a Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. CARETTI (a cura di), *L’informazione. Un percorso di libertà*, Passigli Editore, Firenze, 2012, 9 e ss.

²⁰ F. LAVIOLA, *Regolazione della tecnologia e dimensione del tempo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021, 1177.

²¹ Così C. COLAPIETRO, *Le sfide del “costituzionalismo digitale”*, cit., 10-11..

La Rete ha evidentemente contribuito alla rimodulazione di alcune categorie del costituzionalismo classico prima fra tutte la *sovranità* e nella sua dimensione *territoriale* e nella sua dimensione *politica e normativa*.

Quanto all'incisione della dimensione territoriale della sovranità il caso che per la prima volta la porta e che per la prima volta porta alla ribalta il ruolo delle piattaforme come "motori" della libertà di espressione in Rete è *Ligue contre le racisme et l'antisémitisme (Li.C.R.A.) et Union des étudiants juifs de France c. Yahoo! Inc. e Yahoo! France*) risolto con sentenza del 22 maggio 2020 *Tribunal de la Grand Instance* di Parigi²², che ordinò l'oscuramento per il territorio nazionale di un sito (ospitato sulla piattaforma e gestito negli Stati Uniti) che vendeva *online* cimeli nazisti, per violazione di una disposizione del codice penale francese che vietava espressamente la circolazione di questi oggetti²³.

Avverso tale ordine Yahoo! oppose l'impossibilità di limitare l'oscuramento al solo territorio francese e che dunque l'ordine del Tribunale Parigino avesse interferito col più ampio ambito di protezione assicurato alla libertà di espressione dal Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, imponendo "a livello globale" diritto francese.

Il caso è evidentemente emblematico della diversa sensibilità della tutela delle libertà di espressione fra le due sponde dell'Atlantico e, conseguentemente, del rischio che margini di tutela diversi dello stesso diritto attraverso la Rete abbiano la possibilità di abbattere i confini statali potenzialmente ingenerando conflitti fra ordinamenti diversi²⁴.

L'apparente svanire dei confini fra gli Stati causati dalla tecnologia di *Internet* fa emergere anche l'idea per la quale gli Stati avrebbero perso la loro sovranità sotto il

²² Fra i vari commenti deve segnalarsi anche quello presente nell'opera di J. GOLDSMITH e T. WU, *Who controls the Internet? Illusions of a Bordless*, Oxford University Press, Oxford, 2006, 1-10.

²³ Il caso aveva suscitato l'interesse di molti commentatori, *ex plurimis* P. COSTANZO, *La magistratura sfida Internet. A margine di un caso francese, ma non solo...*, in *Dir. inf.*, 2, 2001, 223 e ss.

²⁴ Si veda anche di recente la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE nel caso *Eva Glawishnig – Piesczek c. Facebook Ireland* C-18/18 del 3 ottobre 2019 (commenti di G. DE GREGORIO, *Google v. CNIL e Glawishnig – Piesczek c. Facebook Ireland: content and data in algorithmic society*, in *MediaLaws*, 1, 2020 e P. CAVALIERE, *Glawishnig – Piesczek c. Facebook on the expanding scope of Internet service providers' Monitoring Obligation*, in *European Data Protection Law Review*, 4, 2020).

profilo dell'esercizio della forza legittima, attraverso l'imposizione di norme giuridiche in condizioni di monopolio, in favore di piattaforme e *social network*, poiché da loro dipende la dimensione e l'estensione dell'esercizio globale del diritto di espressione.

Questi soggetti di natura eminentemente privata, da un lato instaurano rapporti con gli utenti attraverso la conclusione di contratti, imponendo loro il rispetto degli "Standard (o regole) della *community*", dall'altro svolgono un'attività che assume sempre di più i caratteri di quella pubblicistica, poiché sono chiamate a svolgere una azione di filtro (i.e. "censura") dei contenuti pubblicati dagli utenti, controllandone la conformità rispetto ai termini e alle condizioni contrattuali, divenendo così "arbitri della legittimità" dei contenuti pubblicati dagli utenti e di fatto esercitando dei poteri "para-pubblicistici".

L'azione di filtraggio infatti viene operata dalle piattaforme e dai *social networks* due volte, per così dire "a monte" e "a valle" della pubblicazione del contenuto. Il filtro "a monte" opera attraverso la raccolta e la conseguente profilazione dei dati per mezzo di operazioni algoritmiche ed è in grado di "predire" in futuro i comportamenti degli utenti; quello "a valle" invece è determinato dalla azione di *content moderation* svolta dai *social network*, della quale si tratterà più avanti²⁵.

Questo funzionamento del *web* ha degli indubitabili vantaggi dal punto di vista del consumatore, quanto a velocità dei risultati e degli acquisti e quanto a soddisfazione nella interazione con gli altri, ma anche un risvolto negativo della medaglia²⁶. Poiché infatti questi meccanismi non sono chiari e facilmente intellegibili la Rete appare come una realtà "opaca", una *black box society*²⁷, nella quale l'ambiguità si esprime in modo duplice: da un lato la "scatola nera" registra le attività della nostra vita ogni volta che ci connettiamo a *Internet*, perché i dati che lasciamo nella Rete restituiscono un "profilo" di noi stessi, utile poi alle piattaforme

²⁵ Si vedano i par. 4.1. e 4.2.

²⁶ G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, 1, 2018, 8 e in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, AGEA, Milano, 2017, 62 ss.

²⁷ F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Harvard, 2015, 9 ss.

per indirizzarci nelle ricerche successive. Dall'altro però, il procedimento seguito per aggregare gli "indizi" relativi alla nostra personalità (i dati appunti) e che "prediranno" i nostri comportamenti futuri è del tutto "oscuro".

Il "filtro a monte" introduce nella riflessione l'elemento problematico della profilazione dei contenuti e della conseguente *personalizzazione della selezione delle informazioni*, operata per ciascun utente da motori di ricerca e *social network*. Infatti i risultati di qualsiasi ricerca sono visualizzati dall'utente secondo un ordine (il cd. *news feed*), che è stabilito da quello stesso algoritmo, che la piattaforma o il *social network* hanno calcolato per quella persona, sulla base dei dati che ha lasciato in Rete e che costituiscono gli "indizi" per ricostruire la sua personalità virtuale.

Le conseguenze sulla libertà di espressione sono evidenti, perché la profilazione produrrà come effetto la visualizzazione da parte dell'utente solo e soltanto delle informazioni che saranno conformi al suo pensiero, convincendolo che nella realtà esistono solo e soltanto persone che esprimono le sue stesse opinioni, limitando la possibilità di accedere a fonti di informazione o pareri che discordino dalle sue convinzioni.

La *filter bubble*²⁸ nel quale ciascuno è chiuso, disattende dunque l'idea di *agorà ateniese* e anzi «amplifica le divisioni e le polarizzazioni, tradendo una delle missioni più profonde della libertà di espressione e del confronto: la tolleranza reciproca fra opinioni differenti»²⁹, incidendo così sul *government by discussion*, che costituisce il fondamento del *principio democratico*³⁰.

Quella odierna è allora una *bubble democracy*, nella quale il principio democratico vive una crisi profonda dovuta alla creazione di comunità chiuse e fra loro non

²⁸ Secondo la fortunata definizione di E. PARISIÈR, *Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and how We Think*, Penguin Books, New York, 2011.

²⁹ C. BOLOGNA, *Libera di espressione e "riservatezza" nella Rete? Alcune osservazioni sul mercato delle idee nell'agorà digitale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, fascicolo speciale monografico, 3, 2021, 81.

³⁰ Riprendendo il pensiero di A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo" . Le sfide dell'Intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2019, 22 ss. e C. BOLOGNA, *Libera di espressione e "riservatezza" nella Rete?*, cit.

comunicanti³¹ e alla concentrazione degli strumenti di controllo delle informazioni nelle mani di pochi *Gatekeepers*, in grado dunque di influenzare anche le scelte politiche dei singoli³².

3. Fake news ed hate speech: i diversi approcci giurisprudenziali fra le due sponde dell'Atlantico

Il ridimensionamento del principio democratico è anche dovuto alla diffusione attraverso la Rete di *fake news* ed *hate speech*³³, la cui proliferazione è amplificata dai *social media*.

Nell'ecosistema digitale la propagazione di questi fenomeni assume una velocità mai avuta in età analogica³⁴, per una molteplicità di ragioni. Esse possono riassumersi sommariamente nel decentramento della "produzione della informazione" presso i singoli utenti, i quali non sono soggetti ai controlli legalmente imposti agli editori³⁵; nella progressiva perdita di fiducia in tv e carta stampata come strumenti di informazione oramai tacciate sovente di parzialità e commistione con gli apparati pubblici o con i grandi poteri economici; nel menzionato assetto oligopolistico degli *Internet Service Providers*, i quali agendo sulla base di algoritmi, possono contribuire alla diffusione di notizie false

³¹ Secondo D. PALANO, *La democrazia alla fine del «pubblico» sfiducia, frammentazione, polarizzazione: verso una «bubble democracy»?*, in *Governare la paura*, 2019, aprile, 35 ss. e ID., *Bubble Democracy, la fine del pubblico e la nuova polarizzazione*, Morcelliana, Brescia, 2020.

³² Non può dimenticarsi l'inveramento di questa semplice considerazione nel caso *Cambridge Analytica*, in occasione dell'elezione a Presidente degli Stati Uniti di Donald Trump e del referendum britannico relativo all'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea. Del fenomeno si è anche occupato il Garante per la protezione dei dati personali con il provvedimento n. 96 del 18 aprile 2019, emesso in occasione delle elezioni europee del successivo maggio 2019.

³³ Ampliter E. CATELANI, *Fake news e democrazia: verso una democrazia tecnologica?*, 21 maggio 2020, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, I, *Costituzionalismo, reti e intelligenza artificiale*, in *Consulta OnLine*. Per una definizione di *fake news* G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, 1, 2018, 13

A definire invece i discorsi di odio si veda invece la relazione finale della *Commissione sull'intolleranza, la xenofobia, il razzismo e i fenomeni di odio* istituita nella XVII legislatura (detta Commissione Jo Cox, dal nome della deputata della Camera dei Comuni, uccisa mentre si apprestava a partecipare ad un incontro con gli elettori).

³⁴ Sul tema G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, cit., 70 ss.

³⁵ G.E. VIGEVANI, *L'informazione e i suoi limiti: il diritto di cronaca*, in G.E. VIGEVANI, O. POLLICINO, C. MELZI D'ERIL, M. CUNIBERTI, M. BASSINI, *Diritto dell'informazione e dei media*, Giappichelli, Torino, 2019, 25 ss.

semplicemente rilanciandole nella prima pagina della ricerca e nella progressiva frammentazione attraverso le *filter bubbles* della società in piccoli gruppi chiusi e autoreferenziali.

Ancora, il potere della disinformazione ha anche assunto le vesti di un nemico ancor più pericoloso nel periodo della pandemia da COVID-19. Durante la fase del *lockdown*, l'eccesso di informazioni di segno uguale e contrario ha generato disorientamento e comportamenti non sempre corretti in termini di diffusione delle notizie. Per questo è stato coniato il termine "*infodemia*": un neologismo nato dalla carsi fra "informazioni" e "pandemia", che racconta della pluralità di informazioni diffuse nel periodo pandemico nel "ambiente virtuale" non vagliate con accuratezza che rendono difficoltoso orientarsi in un certo ambito³⁶.

Davanti a questi fenomeni, se da un lato è evidente la necessità di porvi un argine, dall'altro ciò potrebbe determinare il rischio che le limitazioni così imposte alla libertà di espressione possono essere bene di manifestazione del pensiero siano ben più radicali di quelli positivizzati nelle Costituzioni e comportare conseguentemente una lesione anche di altri diritti ad esso legati³⁷.

La diversità dei modelli di tutela della manifestazione del pensiero fra le due sponde dell'Atlantico rende ancora più difficile il reperimento di soluzioni efficaci volte ad arginare *fake news* e discorsi di odio.

Il modello statunitense, fondato sulla valenza eminentemente negativa del Primo Emendamento, impone allo Stato un vero e proprio divieto e l'obbligo di astenersi dal turbarne l'esercizio da parte di ognuno del diritto di parola (*free speech*).

Al contrario il modello europeo, originato nell'art. 9 del *Bill of Rights* del 1689 e 11 della *Dichiarazione universale dell'Uomo e del Cittadino* del 1789, ha trovato le sue coordinate nell'art. 10 della CEDU e 11 della Carta dei diritti fondamentali

³⁶ A. SCIORTINO, *Fake news e post-verità nella società dell' algoritmo*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2021, 432 – 433.

³⁷ O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere*, cit., 1, in proposito sostiene che possa realizzarsi il cd. "paradosso di Böckenförde", secondo il quale «lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti che non può garantire» E.W. BOCHENFORDE, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Morcelliana, Brescia, 2006.

dell'Unione Europea, i quali proclamano tale libertà come diritto fondamentale, declinando però le situazioni giuridiche nelle quali essa trova espressione³⁸.

Da qui la diversa posizione della giurisprudenza statunitense rispetto a quella europea. La prima volta a garantire alla libertà di espressione una tutela a tutto tondo, poiché nel sistema statunitense non esiste "la notizia falsa", ma «"la notizia com'è presentata" alla luce delle convinzioni dell'oratore, alla quale si può reagire non censurandola, ma esponendo versioni diverse»³⁹. Conseguentemente il rimedio alle *fake news* non è la censura, ma al contrario il "more speech", la prosecuzione del dibattito.

Il *leading case* in materia è costituito dalla nota sentenza *Reno v. American Civil Liberties Union (ACLU)* del 1997⁴⁰, con la quale fu dichiarata l'incostituzionalità di alcune disposizioni del *Communications Decency Act* del 1996, poiché la Corte, pur definendo apprezzabile il fine del Legislatore volto alla tutela dei minori dal fenomeno della pedopornografia in Rete, aveva ritenuto che l'ampiezza dei divieti disposti era tale da includervi non solo materiali osceni, ma anche contenuti che non vi era ragione di vietare anche agli adulti e che ciò dunque comportasse la lesione della libertà di espressione come sancita dal Primo Emendamento⁴¹.

La giurisprudenza europea invece è più incline a valutare caso per caso le ipotesi di violazione della stessa libertà e a operare i relativi bilanciamenti laddove essa entri in conflitto con altri diritti.

In tema sono note alcune "sentenze manifesto" della Corte di Strasburgo, che indicano in modo chiaro quale sia l'attitudine europea in tema di interpretazione dell'art. 10 CEDU.

³⁸ In tema O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione in internet*, cit., 3 ss. Ampliter M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, Roma, 2019, 163 e ss.

³⁹ M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2021, 198, che riprende *Supreme Court of United States of America, Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

⁴⁰ *Supreme Court of United States of America, Reno v. American Civil Liberties Union (ACLU)*, 521 U.S. 844 (1997).

⁴¹ Il precedente *Reno* è stato poi ribadito fino alla sentenza *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002).

Analoga sensibilità ha dimostrato la sezione penale della *Court of Appeal* britannica nel caso *The Queen v. Smith and Others* del 2011.

La prima è certamente la sentenza *Handyside c. Regno Unito* del 1976⁴², che aveva ad oggetto il ricorso proposto da un editore, che aveva riportato una condanna penale nel Regno Unito per aver pubblicato un manuale scolastico con contenuti sessualmente espliciti. Nel rigettare il ricorso la Corte affermava che il sequestro del libro fosse una misura proporzionata rispetto al par. 2 dell'art. 10 CEDU, poiché chi esercita la libertà di espressione assume dei doveri e delle responsabilità la cui portata dipende dalla situazione o dai mezzi tecnici che utilizza.

La giurisprudenza della Corte EDU in tema di libertà di espressione registra una ulteriore contrazione nell' "era digitale", essendosi consolidata l'idea che l'uso della Rete possa potenzialmente presentare un grado di offensività maggiore rispetto ad altri interessi, con i quali l'esercizio del *free speech* deve coniugarsi. A riguardo deve menzionarsi la sentenza *Delfi AS c. Estonia* del 2015⁴³, che riguardava la pubblicazione in forma anonima di commenti diffamatori e insultanti in calce ad una notizia diffusa da un portale di informazioni *online* (gestita dalla società *Delfi AS*). Essendo stata condannata in entrambi i gradi di giudizio al risarcimento del danno in favore delle persone offese, la società propose ricorso avanti la Corte EDU per violazione dell'art. 10 della Convenzione. Nel rigettarlo la Corte operò il bilanciamento fra la libertà di espressione e l'interesse di ciascuno alla tutela della reputazione e ritenne che la misura sanzionatoria del risarcimento del danno (seppur minimo) in favore delle persone diffamate non costituisse una restrizione "sproporzionata" della libertà di espressione stessa ai sensi dell'art. 10 co. II della CEDU⁴⁴.

⁴² Corte E.D.U., *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, n. 5493/72.

⁴³ Corte E.D.U. G.C., *Delfi c. Estonia*, 16 giugno 2015, n. 64569/09, diffusamente commentata; v., per tutti, F. VECCHIO, *Libertà di espressione e diritto all'onore in Internet secondo la sentenza Delfi AS contro Estonia*, in *Dir. informaz. informatica*, 2014, 43 ss., e G.E. VIGEVANI, *La responsabilità civile dei siti per gli scritti anonimi: il caso Delfi c. Estonia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4-2-2014.

⁴⁴ Deve segnalarsi che la Corte sempre operando il bilanciamento e valutando caso per caso, ha anche deciso nel senso opposto e dunque in favore della libertà di espressione nel caso *Magyar Tartalomszolgáltatók, Index.hu Zrt c. Ungheria*, 2 maggio 2016, n. 22947/13, fra l'altro introducendo per la prima volta nella sua giurisprudenza il concetto della responsabilità dell'*Internet Service Provider*. A commento di questa come della sentenza *Delfi c. Estonia* P. COSTANZO, *Quando in internet la Corte di Strasburgo continua a navigare a vista*, in *DPCE online*, 3, 2017, 763 e ss., nonché L. NANNIPIERI, *L'aggiunta di commenti offensivi in calce ad un articolo di un portale informativo*

Le Corti sulle due sponde dell'oceano dunque sembrano animate da convinzioni di segno del tutto opposte. Quella statunitense presume che la *content regulation* e dunque il controllo della libertà di manifestazione del pensiero, a maggior ragione quella che si esprime *online*, da parte del legislatore o della giurisprudenza non sortisca maggiori benefici della libertà stessa; quella europea invece ritiene verosimile che il mezzo digitale generi pericolo e possa ledere gli altri diritti costituzionalmente garantiti e dunque sostiene la necessità e la legittimità di correttivi che possano limitare l'esercizio del *free speech*⁴⁵.

Deve comunque segnalarsi che a fronte del suo maggiore rigore nella tutela della libertà di espressione, la Corte Suprema ha comunque individuato delle "eccezioni", nei quali la tutela della libertà di espressione deve necessariamente cedere. Si tratta ovviamente di casi limite, nei quali espressioni particolarmente odiose, intolleranti e offensive, basate su discriminazioni razziali, religiose o etniche non sono tollerate.

Tale dottrina, nota come "*clear and present danger*"⁴⁶, afferma che le oscenità, le minacce, le *fighting words*, l'incitamento o l'istigazione alla violenza non possono essere protetti dal Primo Emendamento, soprattutto quando il rischio coincida con il rovesciamento dell'ordinamento costituito, mettendo potenzialmente a rischio la tenuta democratica⁴⁷.

Analogamente sul fronte europeo, non mancano pronunce che si occupano di un'ampia casistica di discorsi di odio, fra le quali va menzionata certamente la sentenza *Ivanov v. Russia* del 2007⁴⁸, avente ad oggetto un ricorso presentato da un editore russo, condannato per incitamento all'odio etnico, religioso e razziale

online in una recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in MediaLAWS, 13 gennaio 2014.

⁴⁵ O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Media Laws*, 1, 2018, 55.

⁴⁶ Il primo teorico della dottrina del *clear and present danger* fu il giudice della Corte Suprema Holmes nel caso *Schenck v. United States* del 1919, ma celebri sono anche le pronunce *Chaplinsky v. New Hampshire* del 1942 e *Brandenburg v. Ohio* del 1969. Sul punto oltre alla dottrina sovraccitata anche A. FRICANO, *Prove tecniche di resilienza costituzionale: l'assalto a Capitol Hill e la censura mediatica di Donald Trump*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, fascicolo speciale monografico, 3, 2021, 742-743.

⁴⁷ O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, cit., 65.

⁴⁸ Corte E.D.U. *Pavel Ivanov v. Russia*, 20 febbraio 2007, n. [35222/04](#).

attraverso l'uso dei *mass media*, poiché con alcune pubblicazioni sul suo giornale aveva invocato l'esclusione degli ebrei dalla vita sociale, sostenendo che essi fossero la causa dei disagi sociali, economici e politici russi. La Corte ha facilmente rigettato il ricorso e negare qualsiasi forma di tutela ai discorsi di incitamento all'odio sulla scorta dell'art. 17 della Convenzione⁴⁹.

4.1 La moderazione privata dei contenuti pubblicati sui social network e l'intervento della giurisprudenza italiana nei casi CasaPound e Forza Nuova

Il tema della diffusione *online* di *fake news* ed *hate speech* e della loro diffusione *online*, in particolare attraverso le piattaforme *social*, introduce il discorso sulle regole relative alla moderazione dei contenuti pubblicati, poiché esso costituisce il fronte più avanzato della riflessione sul ruolo della Rete nella libertà di manifestazione del pensiero. In particolare, come è noto, tali regole sono dettate dai già menzionati *Standard della Community*, che prevedono esplicitamente fra i "contenuti discutibili" e dunque potenzialmente rimuovibili dalla piattaforma, proprio i discorsi di odio, nonché le notizie palesemente false⁵⁰.

Per rispondere alle diffuse esigenze di tutela i *social network* hanno implementato notevolmente i loro termini e condizioni d'uso, individuando da un lato conseguenze sempre più rigide derivanti dalla loro violazione e affidandosi dall'altro a formule sempre più generiche per individuare i comportamenti (i. e. contenuti) non conformi alle regole.

Se, quindi, la via che indiscutibilmente è stata scelta dalle piattaforme è quella della auto-regolazione, non si può non evidenziare che ciò comporti un primo sostanziale mutamento nella natura di questi soggetti: da grandi società tecnologiche di natura dunque eminentemente privata (*big tech societies*), a soggetti capaci di valutare in prima battuta i contenuti pubblicati e eventualmente

⁴⁹ Analoghe pronunce in tema: *Norwood c. Regno Unito*, 2004, n. 23131/03, *HizbUt-Tahir e altri c. Germania*, 2012, n. 31098/08 e *Belkacem c. Belgio*, 2017, n. 34367/14. Si vedano i commenti di M. CASTELLANETA, *La Corte europea dei diritti umani e l'applicazione del principio dell'abuso del diritto nei casi di hate speech*, in *Diritti umani e diritti fondamentali*, 2017, 745 e ss. e C. MORINI, *Blasfemia e tutela della pace religiosa: i limiti alla libertà di espressione in un recente caso davanti alla Corte europea dei dell'uomo*, in *MediaLaws*, 1, 2019, 288 e ss.

⁵⁰ Così C. BOLOGNA, *op. cit.*, 73.

rimuoverli, con una sostanziale “privatizzazione della censura” assolutamente inedita nel panorama del costituzionalismo.

La genericità delle formule che individuano i contenuti non ammessi ha comportato sovente la cancellazione da parte delle piattaforme di contenuti e sospensione di *account*. Emblematici in Italia i casi Forza Nuova e CasaPound del 2019, la cui sospensione delle pagine da parte di *Facebook* ha determinato l’instaurazione di tre diversi giudizi, risolti dai giudici in modo differente e sulla scorta di argomentazioni giuridiche diverse⁵¹.

Ancor prima dell’analisi delle fattispecie, deve essere rilevato in primo luogo che la giurisprudenza ha indicato in alcune disposizioni costituzionali la via per risolvere le questioni ancora non disciplinate esplicitamente. Ciò evidenzia la tenuta del nostro ordinamento le cui disposizioni costituzionali, interpretate estensivamente, sono in grado di fornire ai giudici gli strumenti volti alla risoluzione dei casi di violazione della libertà di espressione *online*.

In secondo luogo e sempre in via preliminare, la giurisprudenza ha anche evidenziato il superamento di una valutazione strettamente contrattuale del rapporto fra utenti e *social media*, in ragione della evoluzione di questi ultimi in strumento a disposizione dei partiti politici “per concorrere a determinare la politica nazionale”.

La prima vicenda, risolta dal Tribunale di Roma nel dicembre del 2019, si originava da un ricorso per provvedimento di urgenza ex art. 700 c.p.c., presentato da CasaPound Italia nei confronti di *Facebook Ireland Limited*, che in base alle condizioni d’uso piattaforma (i cosiddetti *standards della community*) ne aveva oscurato le pagine, poiché fra i contenuti pubblicati erano stati reperiti casi di “incitamento all’odio e alla violenza” verso talune minoranze.

Il Tribunale, nell’accogliere il ricorso e disporre l’immediato ripristino delle pagine, qualificava CasaPound partito legittimamente attivo dal 2009, affermando che «libera espressione del pensiero politico su una piattaforma così rilevante come quella di

⁵¹ Fra i commenti alle tre pronunce *ex plurimis*, I.M. LO PRESTI, *CasaPound, Forza Nuova e Facebook. Considerazioni a margine delle recenti ordinanze cautelari e questioni aperte circa la relazione tra partiti politici e social network*, in *forumcostituzionale*, 2020, 2, 924 e ss.

Facebook» non poteva essere interdetta, perché ciò contrastava con il diritto di partecipazione al dibattito politico e del pluralismo sancito dall'art. 49 Cost.⁵², equiparando l'attività svolta dal *social network* alla informazione pubblica.

Una seconda pronuncia rilevante sul tema fu emessa il 19 gennaio 2020 questa volta dal Tribunale di Siena, che era stato chiamato a pronunciarsi questa volta da un attivista del partito CasaPound, il quale lamentava la cancellazione del suo profilo *Facebook* a seguito della diffusione di messaggi ritenuti a contenuto pericoloso e diffamatorio nei confronti di un'altra persona.

Seguendo un *iter* motivazionale diverso, il giudice toscano riconosceva alla piattaforma *social* il diritto di rimuovere contenuti e sospendere profili e pagine in violazione degli *standard* della *community*, negando la parificazione di *Facebook* ad un soggetto pubblico, "depoliticizzando" la relazione tra *social* e utenti e riconoscendo la legittimazione della piattaforma a esercitare il "diritto di recesso" previsto dal rapporto di natura contrattuale che li lega⁵³.

Infine con ordinanza del 23 febbraio 2020 nuovamente il Tribunale di Roma è stato chiamato a esprimersi in merito ad un ricorso promosso questa volta da Forza Nuova, con il quale lamentava la cancellazione del profilo *social* per motivi analoghi a quelli oggetto delle pronunce sopra esaminate. In questo caso però il Tribunale rigettava il ricorso ritenendo che, sulla scorta dell'art. 21 Cost., la libera manifestazione del pensiero non potesse essere tutelata laddove il suo esercizio fosse finalizzato alla diffusione di discorsi di odio, ostili e discriminatori e riconosceva *Facebook* non solo un obbligo generale di sorveglianza sui contenuti pubblicati dagli utenti, ma anche un dovere giuridico di intervento in ragione, tra l'altro, del peculiare ruolo svolto da tale piattaforma, che pur essendo a stretto rigore un soggetto privato «svolge un'attività di indubbio rilievo sociale».

4.2 (segue) la creazione dell'Oversight Board di Facebook: l'istituzionalizzazione delle piattaforme attraverso l'esercizio di funzioni pubblicistiche di natura para-giurisdizionale

⁵² C. CARUSO, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, consultaonline, 17 marzo 2020, 1.

⁵³ C. CARUSO, *I custodi di silicio*, cit., 7.

La consapevolezza della problematicità delle questioni relative alla moderazione dei contenuti, ha convinto *Facebook* a istituire il suo *Oversight Board*, il Comitato di controllo, col fine –dichiarato nel suo atto istitutivo⁵⁴- di «proteggere la libertà di espressione, prendendo decisioni autonome e bastate su principi determinati riguardo contenuti importanti ed emettendo pareri consultivi relativi alle normative sui contenuti di *Facebook*».

Sotto il profilo delle funzioni dunque l'organo svolge in favore delle due piattaforme di proprietà della società *META* (*Facebook* e *Instagram*) quella "consultiva" relativamente alle "normative sui contenuti" (in sostanza le condizioni di uso)⁵⁵ e quella di "revisore di seconda istanza" nell'attività di *content moderation*, controllando la legittimità delle decisioni già operate dalla piattaforma, relativamente alla cancellazione di contenuti e alla rimozione o sospensione temporanea degli *account* degli utenti.

Quanto alla sua composizione, i membri del *Board* sono quaranta fra esperti (accademici, magistrati, avvocati) o *leader* pubblici (*ex* politici, attivisti per i diritti umani), restano in carica tre anni e possono essere riconfermati una sola volta e sono stati scelti attraverso un articolato meccanismo, che ha visto anche la collaborazione "dal basso" degli stessi utenti⁵⁶, in modo da garantire un pluralismo geografico, culturale e "politico" interno.

Insieme al Comitato, che è legato a *META* a da un contratto di prestazione di servizi, è stato istituito anche un organo di controllo dello stesso (il *Trust*) e un

⁵⁴ Disponibile al seguente link <https://oversightboard.com/governance/>

⁵⁵ Il primo "parere normativo" è stato emesso dal *Board* su richiesta di *Facebook* nel gennaio 2022 e ha avuto ad oggetto la condivisione di informazioni private sulla residenza. Reperibile al seguente link <https://oversightboard.com/news/673967193790462-oversight-board-publishes-policy-advisory-opinion-on-the-sharing-of-private-residential-information/>

⁵⁶ Definito un "procedimento di consulenza globale", svolto tramite la richiesta di *Feedback* sia a esperti sia a utenti e persone comuni, attraverso fra l'altro l'organizzazione di discussioni pubbliche in tavole rotonde, e *workshop* in tutte le parti del mondo. Tutto il procedimento di formazione è pubblico e consultabile al seguente link <https://about.fb.com/news/2019/06/global-feedback-on-oversight-board/>

azienda indipendente di supporto, che consentono di offrire un “controllo e una gestione estesi del *Board*”⁵⁷.

Quanto al procedimento di controllo sulla moderazione dei contenuti, esso si organizza similmente ad un procedimento giurisdizionale, la cui “struttura processuale” sembra un’ibridazione fra il modello statunitense e quello delle Corti internazionali.

Intanto quanto ai presupposti, il Comitato adotta decisioni di secondo grado rispetto alla moderazione del contenuto già operata dalle piattaforme, avverso le quali l’utente insoddisfatto deve proporre ricorso nel termine (sembra perentorio) di 15 giorni. Il Comitato valuta discrezionalmente quali delle richieste meritano la sua decisione, poiché non tutte saranno ammesse, ma solo quelle ritenute più importanti e idonei ad un’analisi approfondita, con un chiaro richiamo al *certiorari* della Corte Suprema statunitense.

Il caso è esaminato da una “giuria”, in composizione ristretta, sulla base dei documenti forniti dalla parti e attraverso una istruzione, che può comportare per esempio l’ascolto dei pareri di esperti. Prima di essere pubblicata, la proposta di decisione viene condivisa col Comitato in composizione plenaria e questo può anche apportarvi modifiche. La decisione, pubblicata sul sito in 90 giorni (termine ordinatorio), comporta l’obbligo di adempiervi, sia delle piattaforme sia degli utenti, a meno che questa non comporti violazioni di legge.

Quanto al contenuto delle decisioni, deve segnalarsi che il *Board* non prende mai in considerazione, ai fini della decisione, le leggi del Paese in cui è avvenuta la presunta violazione, ma solo *standard* giuridici internazionali, da un lato per trovare la maggiore condivisione possibile e un comune nucleo forte di valori e

⁵⁷ Si legge nella sezione del sito dedicata alla *governance* dell’*Oversight Board* <https://oversightboard.com/governance/>, nonché all’art. 6 dell’atto istitutivo che i *trustees* (sei in totale, di cui uno con funzioni di presidente) hanno «la responsabilità di tutelare l’indipendenza del Comitato e di assicurare che quest’ultimo operi in modo efficace per compiere il suo obiettivo definito». Essi presiedono al finanziamento dei membri del Comitato e al finanziamento e alle attività della sua “amministrazione”. Schematizzando potrebbe dirsi che la struttura della *governance* appare come quella di un triangolo equilatero, i cui vertici sono costituiti da *META*, l’*Board* e il *Trust*.

diritti a fondamento delle proprie decisioni, dall'altro per conferire alle stesse carattere essenzialmente transnazionale, del tutto svincolato dal controllo statale. Sotto il profilo della forma, le decisioni adottate seguono la sistematicità tipica di quelle della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: partono dal definire gli *standards* rilevanti ai fini della decisione, per poi metterli a paragone con di valori contenuti nel codice di condotta di *Facebook*, per terminare infine con la valutazione delle eventuali scriminanti.

In tal senso può dirsi che il Comitato nelle sue decisioni utilizzi un metodo analitico che lo avvicina all'operato delle giurisdizioni internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo, accompagnando sovente le sue decisioni con moniti di diverso tenore rivolti alla piattaforma.

Pochi mesi dopo la sua istituzione il *Board* si è trovato ad affrontare il caso relativo alla sospensione dell'*account* dell'allora ancora Presidente degli Stati Uniti Trump, che attraverso diversi contenuti aveva incitato i suoi sostenitori ad assaltare *Capitol Hill*, nel momento in cui il Senato stava ratificando l'esito elettorale che lo vedeva sconfitto.

Anche nel caso Trump, nel confermare la sospensione predisposta da *Facebook*, il Comitato si è basato solo su fonti di livello internazionale, ha preso in considerazione elementi di fatto (il *contesto* di alta tensione politica di quei giorni, lo *status dell'autore* che rivestendo la carica di Presidente degli Stati Uniti consentiva ai suoi post una visibilità, la *forma* ed il *contenuto* delle comunicazioni dell'ex presidente, la *portata* ed la *copertura* dei *post* in considerazione al grande seguito del *leader*, ecc...) e soprattutto "il pericolo imminente per l'incolumità pubblica e la tenuta costituzionale" dato lo svolgimento in quelle ore della procedura di certificazione del risultato elettorale⁵⁸. Sulla scorta di questi rilievi la cancellazione a tempo indeterminato dell'*account* di Trump è stato confermato, sebbene però il *Board* abbia espresso perplessità circa la natura permanente della sanzione,

⁵⁸ M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, cit., 198, che ritiene che nel "caso Trump" *Facebook* abbia compiuto una scelta fondamentale per la sorte delle istituzioni democratiche americane, che andava oltre il suo potere di *advocacy*.

esortando l'azienda ad elaborare nuovi protocolli e raccomandazioni più chiare al fine di ovviare ad una più semplice risoluzione di controversie simili in futuro.

Oltre i numerosi e gravi interrogativi sollevati intorno alla neutralità e imparzialità dei membri del *Board* e del *Trust* e alla loro indipendenza, in quanto finanziati (sebbene indirettamente) dallo stesso soggetto controllato, bisogna soffermarsi anche altri su tre elementi. In primo luogo, le funzioni assegnate con l'atto istitutivo all'*Oversight Board* e che gli sono valse l'appellativo di Corte Suprema di *Facebook*, sono certamente definibili nel senso di *paragiurisdizionali* (per quanto riguarda quelle relative alla *content moderation*) e *paraconsultive* (per quanto riguarda invece quelle relative ai pareri emessi sulla "normativa" delle piattaforme e sui loro adeguamenti).

Vieppiù, le funzioni *paragiurisdizionali* sembrano andare ben oltre, non solo perché, come nel "caso Trump", non possono ascrivere al solo rispetto degli *Standard della Community*⁵⁹, ma anche in ragione della loro "natura definitiva" (*Oversight Board* è infatti giudice di "unica istanza"), poiché non è chiaro avanti chi siano eventualmente impugnabili "decisioni illegittime" per violazioni di legge (di quale legge? e davanti a quale giudice? di quale Stato?).

Tutti questi dubbi sollevano a loro volta ulteriori questioni, non soltanto quanto alla limitazione del potere censorio delle piattaforme (che come abbiamo visto è oramai pacificamente riconosciuto in giurisprudenza), ma anche e soprattutto quanto alla «(auto)legittimazione» che, con l'istituzione del *Board*, *Facebook* e *Instagram* si sono date, all'interno di dinamiche di natura pubblicistica, che vengono sottratte progressivamente al potere pubblico e attratte dalla forza centripeta di soggetti privati⁶⁰.

Emerge quindi in modo chiaro nelle questioni riguardanti il diritto di manifestazione del pensiero attraverso le piattaforme *social*, la tensione fra

⁵⁹ L. RINALDI, *Le piattaforme tra diritto pubblico e diritto privato: libertà d'espressione, discorso politico e social network in alcuni casi recenti tra Italia e Stati Uniti*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, Fascicolo speciale n. 3, 2021, 2, 222

⁶⁰ Così G. CERRINA FERONI, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche* (16 febbraio 2021), in <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docwebdisplay/docweb/9542545> e C. BOLOGNA, *op. cit.*, 77.

dimensione del diritto pubblico e dimensione del diritto privato, perché sotto le mentite spoglie di istituti di diritto privato (le condizioni di uso, i contratti di prestazione di servizi che legano le piattaforme agli utenti e le piattaforme agli organi di controllo, ecc...) si «nasconde (l') esercizio di poteri pubblicistici»⁶¹ dei quali le *Internet Platforms* sono riuscite ad appropriarsi, sottraendoli alla dimensione della sovranità degli Stati, che restano immobili⁶².

5. Qualche riflessione conclusiva sulla necessità di una (etero)regolazione flessibile a partire dal Digital Service Act

L'uso prioritario e globale della Rete ed in particolare delle piattaforme ai fini dell'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero ha sviluppato anche la coscienza della necessità di trovare degli argini in grado di contenere e controllare le attività che si svolgono attraverso le tecnologie digitali.

Da un lato la soluzione di disciplinare in modo compiuto i nuovi strumenti tecnologici presenta il fondato rischio che l'eccessiva rigidità comporti un freno alla innovazione in continuo progresso, oltre che quello della precoce obsolescenza delle norme stesse.

Al contrario la scelta di non disciplinare per nulla i nuovi strumenti digitali potrebbe facilmente portare al consolidamento delle posizioni di potere dei *gatekeepers*, delle piattaforme e dei *social media*, rafforzandone le posizioni oligopolistiche quanto all'accesso a *Internet* e al controllo e alla gestione dei dati in Rete, generando disegualianze e possibili compressioni all'esercizio delle libertà individuali⁶³.

D'altro canto, l'esame della giurisprudenza italiana, ma anche internazionale e straniera, ci informa della poca utilità di costituzionalizzare i cosiddetti nuovi diritti dell'era digitale, potendosi dirimere le situazioni giuridiche via via sottoposte alla giurisdizione attraverso l'interpretazione estensiva delle

⁶¹ M. MANETTI, *op. cit.*, 197 e C. BOLOGNA, *op. cit.*, 78. Analogamente si veda S. RODOTÀ, *Una costituzione per internet?*, in *Politica del diritto*, 3/2010, 3.

⁶² G. CERRINA FERONI, *L'Oversight Board di Facebook*, cit.

⁶³ G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza*, in *Pol. dir.*, n. 2/2019, 201

disposizioni già presenti nelle Carte costituzionali, nelle convenzioni internazionali e nelle fonti sovranazionali.

Quanto ai *social media*, a queste constatazioni, pur valide, si deve aggiungere quella relativa alla loro “triplice natura” di operatori economici, operatori della comunicazione e di “spazio sociale e quindi politico”, poiché proprio quest’ultima spinge verso la loro regolazione, a causa dell’impatto che hanno «sulla dinamica democratica della società e sulla struttura istituzionale dello Stato contemporaneo»⁶⁴.

Sul fronte dell’Unione Europea, alla fine del 2020 la Commissione europea ha esitato la proposta di Regolamento per la adozione del cosiddetto *Digital Service Act* (DSA), definitivamente approvato dal Consiglio il 4 ottobre 2022, dopo essere stato modificato dal Parlamento a fine gennaio dello stesso anno⁶⁵.

La proposta di Regolamento è concepita come parte di un più ampio pacchetto, che comprende anche il *Digital Market Act* (DMA)⁶⁶ e che dovrà costituire un insieme comune di norme relative agli obblighi e alle responsabilità degli intermediari all’interno del mercato unico, garantendo nel contempo un elevato livello di tutela a tutti gli utenti, indipendentemente dal luogo in cui risiedono nell’Unione. In particolare, la normativa nel suo complesso modificherà la direttiva europea sull’*e-commerce* del 2000, mantenendo le regole di natura sostanziale relative alla responsabilità degli intermediari *online*, ma potenziandone il livello di trasparenza e *accountabilty*, attraverso *misure di carattere procedurale*, relative al cosiddetto *notice and takedown* dei contenuti illegali e alla possibilità di contestare le decisioni di moderazione dei contenuti delle piattaforme⁶⁷.

⁶⁴ P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *federalismi.it*, n. 11/2020, 265 ss.

⁶⁵ Al momento della consegna di questo lavoro se ne attende la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea, entrerà in vigore dopo cinque mesi. Il testo è attualmente disponibile sul sito istituzionale del Consiglio al seguente link <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9342-2022-INIT/x/pdf>

⁶⁶ L’accordo fra Parlamento e Consiglio sul *Digital Market Act* (DMA) è stato raggiunto il 24 marzo 2022, approvato definitivamente il 15 settembre 2022 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea il 13 ottobre 2022.

⁶⁷ La procedura di *notice and takedown* è gestita dagli *host online* in risposta a ordini di un Tribunale o ad accuse secondo cui il contenuto è illegale. Il contenuto viene rimosso dall’*host* a

Tali obblighi, tuttavia, non si estenderanno a tutte le piattaforme, poichè la proposta opera una distinzione fra le micro e piccole imprese da un lato e le “*very large online platforms*” (definite tali secondo una soglia stimata in oltre 45 milioni di destinatari del servizio), imponendo dunque a queste ultime uno *standard* più elevato di trasparenza e responsabilità, per quanto concerne sia la moderazione dei contenuti, sia la trasparenza dei processi algoritmici.

L’obiettivo della disciplina voluta dalla Commissione è allora quello di fornire un nuovo quadro giuridico dei servizi digitali, che, partendo dalle regole sostanziali già esistenti relative alla responsabilità degli intermediari *online*, sia in grado di rafforzare il mercato unico digitale e garantire il rispetto dei diritti e dei valori dell’Unione, mantenendo alti *standards* di tutela dei diritti fondamentali in Rete, sempre più influenzati dalla *governance* dei soggetti privati.

Inoltre, la normativa appare di primaria importanza anche al fine di evitare la estrema frammentazione normativa a livello dei singoli Stati membri, che comporterebbe da un lato ostacoli allo sviluppo delle imprese europee, rafforzando il potere dei *tech giants*, dall’altro non consentirebbe ai cittadini di fare affidamento su garanzie armonizzate contro la rimozione discrezionale dei contenuti.

L’esperienza normativa in corso nell’Unione europea ci dice dunque che la “costituzionalizzazione” di *Internet* e delle nuove tecnologie, al fine di evitare i rischi determinati dall’oligopolio delle *big tech societies*, passa attraverso l’intersezione delle vie della autoregolazione (da parte delle piattaforme) e della eteroregolazione (da parte dei decisori politici)⁶⁸.

La validità dell’intervento regolatore dei pubblici poteri si rivelerà infatti ancora preferibile rispetto all’intervento di *enforcement* dei prestatori di servizi privati, laddove però si coniughi e si adegui alla attività di questi ultimi che sono chiamati a pubblicare e moderare i contenuti in Rete⁶⁹.

seguito di una notifica all’utente. La procedura menzionata è ampiamente, utilizzata in relazione alla violazione del copyright, nonché nei casi di reati di diffamazione, o hate speech.

⁶⁸ E. CHELI, *Presentazione*, in G. DE MINICO, *Antiche libertà e nuova frontiera digitale*, Torino, 2016 e G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell’era di Internet*, in *MediaLaws*, 1, 2018, 26.

⁶⁹ Cfr. *contra* la tesi di K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harvard Law Review*, 2018, vol. 131, 1669.

Si tratta quindi di adeguare la libertà di espressione e gli strumenti costituzionali posti a sua tutela con il paradigma di un nuovo “costituzionalismo digitale”, ma anche di porre nuove regole che governino l’attività delle piattaforme in modo flessibile e che si affianchino alle *policies* poste da queste ultime in un movimento di osmosi fra fonti di natura (pubblica e privata) e matrice (provenienti sia da pubblici poteri sia dalla società di servizi di informazione) diverse. In questo modo si soddisferà quella necessità di «non irrigidire eccessivamente il quadro normativo, adottando tecniche che consentono un più facile adattamento alle innovazioni tecnologiche e un più agevole scambio tra bisogno di regole e valori sociali»⁷⁰.

L’insufficienza delle impostazioni tradizionali, che incasellano le libertà fra i diritti di natura pubblicistica operanti nei confronti dello Stato e i diritti dei privati in posizione di reciproca simmetria, si palesa oggi nel ruolo svolto dalle piattaforme e in particolare i *social media*, i quali esprimono dunque un “potere privato”, volendo in tal senso intendersi «potere che è privato per quanto concerne la sua fonte [...] ma che proprio all’atto del suo esercizio si realizza con quelle forme di cogenza e di autorità avvicinabili sostanzialmente alle categorie [...] che sono proprie dei poteri di diritto pubblico»⁷¹.

Si è ben consci, che la tesi sostenuta in queste pagine sia opposta a quella di autorevole dottrina che ritiene non necessario un “costituzionalismo digitale” inteso come adeguamento dei valori costituzionali alla nuova società digitale,

Deve segnalarsi altresì la tesi di G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell’era di internet*, cit., 26, il quale quasi preconizzando l’avvento dell’*Oversight Board* di Facebook, proponeva l’introduzione di «istituzioni specializzate, terze e indipendenti (giudici o autorità indipendenti) che, sulla base di principi predefiniti, intervengano successivamente, su richiesta di parte e in tempi rapidi, per far rimuovere dalla rete quei contenuti che sono palesemente falsi o illegali o lesivi dei diritti fondamentali e della dignità umana». *Contra* N. ZANON, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un’“Autorità Pubblica della Verità”?*, in *MediaLaws*, 1/2018, 12 ss.

⁷⁰ S. RODOTÀ, *Tecnologia e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995, 148 ss. Analogamente anche F. RIMOLI, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Dir soc.*, 1994, 144 ss. e A. GIUBILEI, *Il nuovo Oversight Board istituito per il controllo dei contenuti su Facebook alla luce delle sue prime decisioni: tra natura paragiurisdizionale e tutela della libertà d’espressione*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, Fascicolo speciale n. 3, 2021, 179-180.

⁷¹ La tesi è quella di G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1970, 86 e ss. Analogamente si veda O. POLLICINO, *L’efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *MediaLaws*, 3/2018, 140

poiché esso comporterebbe «slittamenti semantici e confusione concettuale»⁷². Resta però in chi scrive la convinzione che esso costituisca il necessario presupposto di un equilibrato bilanciamento fra l'esigenza di tutelare i diritti dei singoli e quella di non ostacolare il fluire spedito dell'innovazione tecnologica, anche grazie a discipline che privilegino gli aspetti procedurali (potremmo dire *in progress*) delle regole più che quelli sostanziali⁷³.

⁷² E. GROSSO, *Recensione a M. Betzu, Stati e istituzioni economiche sovranazionali*, Giappichelli, 2018, in *Diritto Pubblico*, 3, 2020, 1025. M. LUCIANI, *Relazione conclusiva*, cit., 498, concorda, preferendo un "costituzionalismo senza aggettivi".

⁷³ Cfr. M. FIORAVANTI, *Stato costituzionale in trasformazione*, Morcelliana, Modena, 2021, 49, il quale auspica un costituzionalismo che trascenda i modelli teorici finora utilizzati, optando invece per una rifondazione della democrazia costituzionale mediante l'introduzione di adeguate tecniche e funzioni di garanzia e C. COLAPIETRO, *op. cit.*, 12, che, riprendendo la tesi di V. FROSINI, *Il giurista e le tecnologie dell'informazione*, Bulzoni Editore, Roma, 1998, 58, sostiene che, conformemente al percorso avviato dall'ordinamento europeo, occorre guardare ad un "modello antropocentrico" di nuovo costituzionalismo digitale.