

PIATTAFORME DIGITALI E LIBERTÀ DI ESPRESSIONE FRA AUTOREGOLAMENTAZIONE E COREGOLAMENTAZIONE: NOTE RICOSTRUTTIVE*

RAFFAELLA NIRO**

Sommario

1. *Piercing the platform veil* nella “*concurring opinion*” del Justice Thomas - 2. Un passo indietro. Piattaforme digitali e libertà di espressione: dalla “ricchezza delle reti” alla concentrazione dell’informazione nelle mani di pochi - 3. Gli interventi di “*content moderation*”: condizioni contrattuali o regole limitative della libertà di espressione? In margine all’autoregolazione delle piattaforme - 4. Il dibattito fra le due sponde dell’Atlantico: fra “*state doctrine action*” e “*dritt-wirkung*”, gli strumenti di difesa della libertà di espressione nei confronti dei poteri privati - 5. La rinuncia degli Stati alla regolazione e la devoluzione alle piattaforme del potere normativo. Fra autoregolazione e coregolazione - 6. Verso il *Digital Service Act*, fra vecchi e nuovi paradigmi di regolazione.

Abstract

Starting from the concurring opinion of Justice Thomas in Biden v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, 593 U.S. (2021) case - the paper analyzes the issue of the private regulation of free speech restrictions on digital platforms. Since 2000, dominant digital platforms – which provide avenues for historically unprecedented amounts of speech - started using policies of “content moderation”, so as not to lose users, prohibiting messages related to hate speech or fake news, defined by the platforms themselves, in the conditions of service. The paper shows how - both in the USA and in Europe- the public authorities have left it to the platforms themselves to dictate the rules, allowing freedom of speech to be stifled by private parties, without any liability. Also the model of coregulation - followed in Europe to adopt the EU Code of conduct on countering illegal hate speech online and the Code of Practice on Disinformation and now in view of the approval of the Digital Service Act - turned out to be similar to the model of self-regulation, as it is equally entrusted to the platforms to identify the limits to freedom of speech. This raises the question of the twisting of sovereignty, by assigning to platforms the role of law making.

Suggerimento di citazione

R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolazione: note ricostruttive*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il saggio è realizzato nell’ambito della ricerca PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.RE TECH) e costituisce una rielaborazione dell’intervento al Seminario *Diritti e tecnologie digitali*, tenutosi presso l’Università degli Studi di Macerata, 26 marzo 2021.

** Professoressa associata in Istituzioni di Diritto pubblico all’Università degli Studi di Macerata. Contatto: raffaella.niro@unimc.it

1. *Piercing the platforms veil*¹ nella *concurring opinion* del Justice Thomas

Accade ormai spesso, nella giurisprudenza costituzionale italiana², ma anche in quella di legittimità³, che, nell'economia di una decisione, gli *obiter dicta* finiscano con l'aver un'importanza assai maggiore della vera e propria *ratio decidendi*, strettamente connessa al caso oggetto di giudizio. Si intende, così, porre le basi per futuri mutamenti di giurisprudenza, a volte anche dando spazio ad opinioni minoritarie destinate a segnare la successiva svolta, comunque influenzando gli altri giudici e sollecitando il legislatore.

Tale metodo argomentativo – si sa – è da tempo invalso anche presso le corti statunitensi, sempre meno inclini a ritagliare la *ratio decidendi* sul caso oggetto del giudizio (nonostante la natura vincolante del solo precedente) e sempre più favorevoli a ricondurre a quest'ultima anche quelle affermazioni generali (gli *obiter dicta*, appunto) volte a prefigurare i futuri sviluppi giurisprudenziali, in un'ottica che assegna, peraltro, alle *opinions* dei giudici un rilievo significativo⁴.

In questa prospettiva deve leggersi l'ampio *obiter dictum*, scritto nella *concurrent opinion* dal Justice Thomas nell'*order* reso dalla Corte Suprema il 5 aprile 2021 nel caso Knight Institute v. Trump, ora Joseph R. Biden, Jr., President of the United States, et al. v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, et al. 593 U. S., a proposito del potere delle piattaforme digitali di “remove any person from the platform”, “at any time for any or no reason.”, sulla base di “condizioni di servizio” stabilite dalle medesime piattaforme.

Al centro dell'opinione del giudice Thomas – che supporta la lapidaria motivazione della pronuncia⁵ - c'è la (conquistata) consapevolezza, ad un tempo,

¹ Si prende in prestito, parafrasandolo, il principio secolare del diritto societario inglese, risalente al caso Salomon v Salomon & Co. Ltd del 1896, secondo cui, in determinati casi, è possibile “squarciare il velo aziendale” (*piercing the corporate veil*), con la conseguenza del venir meno della separazione patrimoniale tra la personalità giuridica di una società e i membri di questa.

² Sul punto v. M. CROCE, *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Contratto e impresa* 2006, p.1148. R. CALVANO, *Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, I, 1996, p. 1279 ss., mette in evidenza come “nel caso della Corte, soprattutto mediante la lettura della sentenze più recenti, è stato possibile invece riscontrare una quasi totale equiparazione tra le *rationes* ed i *dicta* cui la Corte fa riferimento nelle proprie pronunce, ed è anzi rilevabile un'utilizzazione molto frequente degli *obiter dicta*, tesa ad iniziare ad elaborare i principi guida della futura giurisprudenza, o per dare spazio ad opinioni minoritarie che, nelle decisioni successive, trovando maggiore consenso entrano nella sentenza come *rationes decidendi*”.

³ Sul punto, di recente, criticamente, B. CAPPONI, *La Corte di cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell'art. 363 c.p.c.)*, in *Judicium*, Il processo civile in Italia e in Europa, 6 aprile 2020.

⁴ Sulle difficoltà, anche nell'ambito dei sistemi di common law, di distinguere nella decisione la *ratio decidendi* dall'*obiter dictum*, v. ZWEIGERT -KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, Milano, 1992, p. 312. Sul punto v. anche U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, 1996, p. 16.

⁵ Nella citata decisione Knight Institute v. Trump, ora Joseph Biden, Jr., President of the United States, et al., v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, et al., 593 U. S. (2021), no.

dell'enorme potere delle piattaforme digitali - che controllano una quantità di comunicazioni senza precedenti e censurano, liberamente, quelle "sgradite", sulla base di proprie regole - e dell'inadeguatezza della regolamentazione vigente (*rectius*, dell'attuale assenza di regolamentazione).

Il giudice Thomas, non più tardi del 2019, aveva votato a favore della decisione adottata a stretta maggioranza nel caso *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, 587 U.S. (2019), confermando che agli operatori televisivi privati via cavo non possono opporsi i limiti del I° emendamento e che, quindi, sono liberi di stabilire quali messaggi possano essere trasmessi e quali no, in base alle regole contrattuali fissate dai medesimi. Viene da pensare che abbia cambiato idea quanto al ruolo degli operatori privati nel settore dell'informazione⁶ e stia gettando le basi per un importante mutamento di giurisprudenza.

È noto che negli Stati Uniti, secondo la tradizionale *State action doctrine*⁷, si ritiene che il I° emendamento garantisca la libertà di espressione, in via diretta, solo nei confronti dei poteri pubblici, mentre non impedisca che ad essa vengano poste limitazioni da parte dei privati⁸. Ove si consideri che alla natura

20-197, la Corte Suprema, in poche righe, ha accolto il ricorso avanzato da Trump volto a ottenere che fosse dichiarata priva di oggetto la causa precedentemente intentata nei suoi confronti per effetto del venir meno, *medio tempore*, della carica presidenziale che aveva costituito il presupposto della decisione. Il Knight First Amendment Institute e altri soggetti erano stati bloccati dal profilo Twitter dell'ex Presidente Donald J. Trump, utilizzato dallo stesso Trump anche per comunicare messaggi di natura ufficiale. L'Institute e gli altri soggetti avevano agito in giudizio contro il blocco, argomentando che esso costituiva una violazione dei loro diritti sanciti dal I Emendamento. L'amministrazione Trump, per contro, aveva asserito che era necessario distinguere tra i tweet dell'ex-Presidente, da una parte, e la decisione di bloccare gli utenti, dall'altra. I tweet riguardavano anche questioni ufficiali, mentre il blocco degli utenti sarebbe stata sempre una decisione presa da Trump in veste personale. La District Court federale e la Corte di Appello del Secondo Circuito avevano entrambe accolto le ragioni dell'Institute. L'amministrazione Trump aveva adito la Corte suprema federale. A seguito della vittoria di Joseph R. Biden nelle elezioni presidenziali del novembre 2020 e il conseguente avvicendamento nell'amministrazione presidenziale, nel gennaio 2021 gli avvocati di Trump avevano chiesto alla Corte suprema di annullare la sentenza della corte di appello e rinviare la questione a quest'ultima affinché la dichiarasse priva di oggetto. Infatti, la causa era stata intentata nei confronti di Trump in veste di Presidente e non come privato. La Corte suprema ha accolto il ricorso in un breve *order* non firmato.

⁶ Sul punto v. M. MONTI, *La Corte Suprema statunitense e il potere delle piattaforme digitali: considerazioni sulla privatizzazione della censura a partire da una concurring opinion*, in DPCE on line 1/2021, 2787, segnala come "Questo nuovo posizionamento potrebbe peraltro incrinare la stessa maggioranza della sentenza Manhattan che aveva dato un'interpretazione restrittiva della *state action doctrine* e, più in generale, dei poteri regolatori del governo rispetto agli operatori privati".

⁷ Sulla storia, sugli scopi e sull'attuazione della *State doctrine action v.*, di recente, M. PATTY, *Social Media and Censorship: Rethinking State Action once again*, in *Mitchell Hamline Law Journal of Public Policy and Practice*, 2019, vol. 40, p.113 e ss. Per una critica della citata dottrina v. M. MINOW, *Alternatives to the State Action Doctrine in the Era of Privatization, Mandatory Arbitration, and the Internet: Directing Law to Serve Human Needs*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 2006, vol. 52, p. 145 e ss.

⁸ Di recente questo principio è stato ribadito proprio in *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, 587 U.S. (2019), in cui si afferma che "The text and original meaning of those Amendments,

privatistica delle imprese titolari delle piattaforme digitali si è ben presto accompagnato un peculiare regime di esenzione da ogni responsabilità per i messaggi sulle medesime “veicolati” da altri, nonché per gli interventi di rimozione di materiali da loro ritenuti indecenti, eccessivamente violenti o comunque “discutibili”, suggellato dalla c.d. *Good Samaritan Clause* di cui alla sezione 230, par. 1 e 2, del *Communication Decency Act*⁹, emerge chiaramente lo spazio di totale libertà in cui esse hanno operato e, almeno in parte, continuano ad operare. Tale regime, originariamente pensato al fine di agevolare la “libertà della Rete”, era stato, in buona misura, condizionato anche dalla considerazione della peculiare natura delle imprese titolari delle piattaforme digitali (*internet service providers*), che forniscono servizi non necessariamente (anzi, all’inizio si riteneva mai) incidenti sulla libertà di espressione. Si riteneva si trattasse, in altri termini, di imprese che, limitandosi a consentire l’accesso alla rete agli utenti e l’eventuale collocamento su di essa di materiali e messaggi da parte dei medesimi utenti per un tempo più o meno lungo¹⁰, senza interferire con i citati materiali e messaggi, se, da un lato, non avrebbero potuto essere chiamate a rispondere di condotte imputabili ad altri (ai “produttori” di quei materiali e/o messaggi, appunto), dall’altro, legittimamente avrebbero potuto adottare interventi anche di rimozione degli stessi materiali e messaggi, in linea con le specifiche condizioni contrattuali di servizio, sottoscritte dagli utenti e dalle stesse stabilite in coerenza con le proprie *policies* industriali.

Senonché, sulla scia di un dibattito ormai vivace in dottrina¹¹, ma anche di qualche indicazione della stessa giurisprudenza statunitense (in specie, di

as well as this Court’s longstanding precedents, establish that the Free Speech Clause prohibits only governmental abridgment of speech. The Free Speech Clause does not prohibit private abridgment of speech. See, e.g., *Denver Area Ed. Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC*, 518 U. S. 727, 737 (1996) (plurality opinion); *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.*, 515 U. S. 557, 566 (1995); *Hudgens v. NLRB*, 424 U. S. 507, 513 (1976); cf. *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U. S. 241, 256 (1974)”.

⁹ La sezione 230 del *Communication Decency Act* dispone, al primo paragrafo, che “*No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider*”; al paragrafo 2 stabilisce che “*No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of -(A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected*”.

¹⁰ Solitamente si distingue la figura del *provider* che svolge attività di semplice trasporto (o di fornitura di accesso alla rete), da quella del provider che svolge un’attività di memorizzazione solo temporanea (*caching provider*); da quella, infine, del provider che svolge un’attività di memorizzazione permanente (*hosting provider*): sul punto, di recente, v. L. ALBERTINI, *La responsabilità civile degli internet service provider per i materiali caricati dagli utenti (con qualche considerazione sul ruolo di gatekeepers della comunicazione)*, in *IL CASO.it* 2020.

¹¹ Sul punto M. MANETTI, *Regolare Internet*, in *Media Laws* 2/2020, segnala come “oggi in tutto il mondo, e non da ultimo negli Stati Uniti, si discute accanitamente non più sulla necessità, ma sui

recente, *Packingham v. North Carolina*, 582 US – 2017), nella sua *concurring opinion* il giudice Thomas “squarcia” il velo delle piattaforme digitali e riconosce che esse, che sono “at bottom communications networks, and they “carry” information from one user to another”, danno luogo ad un “private, concentrated control over online content”, sopprimendo contenuti o rendendoli inaccessibili. Esse, che costituiscono il principale strumento attuale di diffusione dell’informazione e delle manifestazioni di pensiero, pur essendo società private, in ragione dell’“enormous control over speech” conquistato, devono essere sottoposte ad una regolamentazione pubblica che limiti il loro potere, in linea con quel che è accaduto con i *common carriers* o per i “*places of public accommodation*”.

Il segnale è chiaro. Il giudice Thomas – forse anche sull’onda della preoccupazione per la malintesa (e pretesa) censura del Presidente Trump ravvisata nell’oscuramento del suo account da parte di vari social media¹² – avverte che è passato il tempo di inneggiare alla libertà delle piattaforme private nel nome della libertà della Rete e occorre porre riparo ad una situazione in cui, all’opposto, “private parties control the avenues for speech”, mettendo a rischio proprio la libertà di espressione di tutti. E a questo scopo è necessaria una *public regulation*.

Anche sul fronte europeo – è noto – il dibattito sul punto è quanto mai acceso. La presentazione, nello scorso dicembre 2020, della proposta del Digital Service Act (in una con la proposta del Digital Market Act) svela la centralità del tema della tutela della libertà di espressione sulle piattaforme digitali e racconta il capovolgimento della parabola della Rete¹³. Capovolgimento di cui può essere utile rievocare, sia pure solo con qualche battuta, i principali snodi.

modi con i quali regolare efficacemente l’uso di Internet” (36). Possono richiamarsi i contributi raccolti da L.C. BOLLINGER-G.R. STONE (a cura di), *The Free speech Century*, Oxford. 2019.

¹² Si fa riferimento alla vicenda dell’oscuramento degli account del Presidente Trump su vari social media, interpretata da molti come rivelatrice di una forma di censura privata. Nella specie, tuttavia, come chiarisce bene M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali* 1, 2021, p. 195 e 198, non era in gioco alcuna censura privata, anzitutto perché i messaggi del Presidente Trump difficilmente avrebbero potuto ricondursi all’esercizio della sua libertà di espressione, essendo piuttosto esternazioni connesse alla sua funzione pubblica, ma, soprattutto, in quanto, consistendo in appelli al popolo a contestare con la forza i risultati elettorali, mai avrebbero potuto configurarsi come esercizio di *free speech*, quanto piuttosto come incitamento all’azione violenta e/o illegale, punibile come reato.

¹³ V., ancora, M. MANETTI, *Regolare*, cit., che segnala che “in pochi anni è crollata l’idea della Rete come luogo di appagamento sia del bisogno di comunicazione interpersonale, sia della sete di conoscenza, in quanto tale destinata a divenire anche il luogo di elezione del dibattito democratico” (p. 36). “Dopo l’avvento dei social media” – avverte l’Autrice – “il tema si è per così dire rovesciato, concentrandosi sugli aspetti meno benefici della libertà di comunicazione-diffusione del pensiero”.

2. Un passo indietro. Piattaforme digitali e libertà di espressione: dalla “ricchezza delle reti” alla “concentrazione” dell’informazione nelle mani di pochi

È fin troppo noto che, prima della rivoluzione digitale, la produzione e diffusione dell’informazione, della cultura e, più in generale, di tutti i contenuti espressivi del pensiero richiedeva ingenti investimenti.

Efficacemente si è osservato che tali investimenti “erano indispensabili per organizzare gli stabilimenti tipografici e le redazioni con cui si producevano i giornali, per realizzare il telegrafo e la rete telefonica, le radio e le televisioni, la tv via cavo e la tv satellitare”¹⁴ e costituivano “importanti barriere all’ingresso nei mercati dell’informazione” che si affiancavano al “carattere finito delle risorse su cui si basavano certe forme di comunicazione, come la radio e la televisione”¹⁵. Da qui lo sforzo della legislazione – che, tuttavia, si è manifestato negli anni, in molti casi, solo lentamente e faticosamente, come è accaduto in Italia¹⁶ - anzitutto di garantire il pluralismo dell’informazione tramite la previsione di tetti antitrust volti ad impedire la formazione di concentrazioni editoriali. Ma anche di stabilire precise forme di responsabilità dei titolari delle imprese editoriali, chiamati, ad un tempo, a dar conto del potere ad essi riconosciuto di selezionare cosa e come pubblicare, quale gerarchia assegnare alle informazioni, seguendo prevalentemente la logica economica dell’accrescimento degli introiti, nonché a rispettare i limiti ad essi posti a tutela di altri interessi costituzionalmente rilevanti, spesso assistiti dalla sanzione penale.

A ciò si è aggiunto, almeno in alcuni paesi, un ulteriore tassello, volto a dare voce, in specie nella radiotelevisione, anche ad opinioni ed informazioni che non avrebbero trovato accoglienza nelle emittenti private, così come a messaggi culturali, educativi, in qualche modo “di servizio”, attraverso l’espressa previsione di un servizio pubblico.

Con l’avvento della rivoluzione digitale – si sa – il panorama è completamente mutato.

Il facile accesso alla rete tramite dispositivi a basso costo, la connessa possibilità per chiunque di inserire messaggi, video, foto, in sostanza di “produrre” informazione e replicare all’informazione pubblicata da altri, con una diffusione immediata e tendenzialmente “globale”, al di là degli stretti confini territoriali, ha indotto a salutare questa nuova stagione come contraddistinta da una sorta di esplosione della comunicazione, connessa alla “ricchezza delle

¹⁴ Così G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell’era di Internet*, in *Media Laws* 1/2018, p.1.

¹⁵ Id., *ibidem*.

¹⁶ Per una puntuale ed esaustiva ricostruzione delle vicende della libertà di informazione in Italia, per tutti, v. A. PACE-M. MANETTI, *Art. 21*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, 2006, Bologna, p. 575 e ss.

reti¹⁷ che “amplia la nostra sfera di libertà e rafforza la partecipazione democratica”¹⁸. Si è detto che l’avvento di Internet “ha consentito il recupero della nozione di manifestazione del pensiero come libertà individuale, cioè senza ‘filtri’, ovvero senza mediazioni di sorta, un open network”¹⁹, in cui “tutti possono essere al tempo stesso comunicatori e diffusori”²⁰. La circolazione delle informazioni attraverso la Rete diventa – si è pure sottolineato - un formidabile strumento per “la formazione di una coscienza civile e politica più avvertita con un richiamo non più episodico agli interessi e alla capacità di giudizio del singolo cittadino, il quale sarebbe piuttosto reso partecipe di un circuito comunitario di informazione e di responsabilità”²¹.

In questa prospettiva, la libertà della Rete, identificata con la massima libertà di espressione, si è presto affermata anche come libertà da quelle regole, che i legislatori avevano dettato in relazione ai diversi, meno accessibili, mezzi di comunicazione del pensiero e di informazione (stampa, radiotelevisione), rivelandosi insofferente e, per certi versi, irriducibile alle limitazioni da esse definite. La Rete si è, dunque, imposta come uno spazio “aperto e libero”, per certi versi “anarchico”²², capace di “autogovernarsi” grazie all’applicazione di norme tecniche, idonee a consentire a chiunque di connettersi con altri, diffondendo messaggi e ricevendone, senza limiti territoriali e senza interferenze da parte delle pubbliche autorità. Uno spazio – il Cyberspazio – regolato dalla *Lex Informatica*, vale a dire da un “sistema di regole automatizzate e autoapplicative”²³, prodotto per “autopoiesi” e “in grado di dar luogo ad un ordinamento speciale”, volto a realizzare la comunicazione “da punto a punto” in maniera neutrale, tale cioè da “disabilitare chiunque fosse al centro dal controllare il modo in cui interagiva chi era agli estremi”²⁴.

Tale situazione, tuttavia, si è presto trasformata. La smisurata mole di contenuti immessi sulla Rete, congiunta alla immediata e tendenzialmente illimitata diffusione degli stessi, ha contribuito ad inaugurare una nuova fase

¹⁷ Così Y. BENKLER, *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale, 2006.

¹⁸ G. PITRUZZELLA, cit., p. 3. L’Autore segnala come, con Internet, “si sono poste molte più restrizioni e più controlli diffusi all’operato dei detentori del potere politico. I watchdogs del potere si sono moltiplicati ed è per questo che i detentori del potere, specie (ma non solo) nei sistemi illiberali, temono Internet”

¹⁹ Così T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, in *Consultaonline* 25 maggio 2020, p. 4.

²⁰ Id., ibidem.

²¹ Ancora T.E. FROSINI, cit., p. 10.

²² Ha parlato di “carattere libertario, persino anarchico, di Internet” S. RODOTÀ, Recensione a G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Napoli, 2012, in *Dir. pubbl.* 1/2014.

²³ Così M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Gruppodipisa*, 2/2021, 166.

²⁴ Id., ibi, 167. L’Autore prende, a tal proposito, in prestito le parole di Lawrence Lessig, *The future of ideas*, New York, 2001, trad. it., *Il futuro delle idee*, Milano, 2006, 125.

dell'evoluzione della stessa (web 2.0), contraddistinta dalla centralità dell'attività di intermediazione tra chi produce informazione e chi la riceve²⁵. Si è, in altri termini, andato sempre più delineando il carattere strategico del ruolo dei c.d. “gatekeepers”²⁶, cioè dei “portieri” dell'informazione (motori di ricerca, ma anche social media) che raccolgono, ordinano e redistribuiscono i contenuti immessi sulla rete, sulla base di algoritmi dai medesimi elaborati. Ciò al fine di guidare l'utente nelle sconfinite praterie del web in armonia con le sue preferenze, fidelizzandolo²⁷ e, quindi, realizzando, ad un tempo, anche il proprio utile economico, grazie alla cessione dei dati del medesimo utente alle imprese tramite la pubblicità²⁸.

È così che – nello spazio di assoluta libertà riconosciuto a tali operatori, quale preteso riflesso della libertà della Rete, peraltro garantito da normative (europee e d'oltreoceano) introdotte proprio al fine di esonerarli da qualsivoglia forma di responsabilità inerente ai contenuti immessi dagli utenti, almeno ove di essi i provider (cui non incombe un obbligo di sorveglianza preventiva) non siano venuti a conoscenza – si sono presto venuti a formare importanti e ingombranti oligopoli.

“La rete è aperta” – si è osservato²⁹ - “ma solo pochi soggetti (come Google e Facebook, e poi Twitter, YouTube, Instagram) hanno le chiavi dei cancelli da cui passa l'informazione”.

²⁵ Sul punto v. R. BORRELLO, *Arte e rete digitale: i social networks e le policies sulla “nudità”*, in *Nomos* 3/2020, 3.

²⁶ Sul punto E. LAIDLAW, *Private Power, Public Interest: An Examination of Search Engine Accountability*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 1/2008, 114, ha osservato che “by controlling the communication infrastructure of the Internet, they have become information gatekeepers”.

²⁷ Sul punto G. PITRUZZELLA, osserva che “L'algoritmo filtra le notizie e le opinioni provenienti dal mondo esterno facendoci arrivare sullo schermo solo ciò che è coerente con la visione della realtà di ciascun utente. La conseguenza è che l'utente tende ad essere esposto solamente a quello che è in sintonia con i suoi pregiudizi e si rafforza nelle sue convinzioni. L'utente di Internet finisce spesso per ricevere, come notizie e informazioni, soltanto un'eco delle opinioni e dei gusti che ha manifestato (echo chamber) rafforzandosi ancor di più nei suoi convincimenti. Insomma, gli algoritmi costruiscono un mondo su misura di ciascuno di noi” (p. 9). E ciò in linea con il principio della “sovranità del consumatore”, secondo l'elaborazione suggerita da Cass R. Sunstein (p. 10).

²⁸ Sul punto, L. ALBERTINI, *La responsabilità*, cit., p. 34, osserva che “l'apparente gratuità di molti servizi internet non è tale, in quanto il corrispettivo è dato dalla cessione del diritto di usare i propri dati personali (tracciati dal prestatore, di solito la piattaforma)”. Pertanto, “le Big Tech Companies (...), pur essendo di solito inquadrate appunto come tech companies, in realtà sono advertising companies and middlemen in the flow of information: Google e Facebook traggono dalla pubblicità rispettivamente l'80 e il 98 % delle loro entrate” (p. 34). Sull'apparente gratuità dei servizi informativi offerti su internet, v. O. GRANDINETTI, *La par condicio al tempo dei social, tra problemi “vecchi” e “nuovi” ma, per ora, tutti attuali*, in *Media Laws* 3/2019, p. 106.

²⁹ Così G. PITRUZZELLA, cit., p. 4. L'Autore, già nel 2018, sottolineava che “Si tratta di un numero assai ristretto di tech companies che ha il controllo delle porte di accesso alle informazioni presenti nella rete. Google, a livello mondiale, detiene fra il 70 e il 90 per cento del mercato delle ricerche”; “Un ruolo probabilmente ancora più marcato, nel realizzare l'accesso all'informazione, è ricoperto da

E tali soggetti – le Big Tech Companies - in forza della loro posizione di potere, non hanno impiegato troppo tempo a riempire quello spazio di libertà, fissando termini e condizioni per l'accesso alla Rete e ai servizi, dettando proprie “regole”³⁰, assistite da specifiche sanzioni e, talora, addirittura garantite da apposite “corti supreme” private³¹.

Esse, principalmente al fine di creare un ambiente favorevole per gli utenti, ma talora anche manifestando proprie tendenze ideologiche³², hanno definito – ciascuna per proprio conto e in forma spesso differente - un vero e proprio sistema di controllo del flusso dei contenuti che transitano sulla Rete, che si sostanzia nella loro selezione, organizzazione ed eventuale rimozione. E hanno, in definitiva, dato vita a quella che è stata efficacemente qualificata come “una formidabile struttura di governance privata, tale per cui esse sono divenute i veri ‘decisori’, coloro i quali hanno ‘more power to determine who may speak and who may be heard around the world’”³³.

Facebook, grazie al grandissimo numero di internauti che lo usa. Facebook, infatti, ha raggiunto la quota strabiliante di due miliardi di utenti (in Italia circa il 96% di utenti di Internet lo usa) (...) Se la rete è nata all'insegna del massimo di decentramento e di apertura, è pur vero che oggi la distribuzione dell'informazione all'utente è concentrata nelle mani di pochi Over The Top (OTP), che hanno accumulato un enorme potere economico, in un mondo, come quello dell'economia digitale, in cui meccanismi di lock-in, ‘effetti di rete’ ed economie di scala portano a mercati ad elevatissima concentrazione di tipo oligopolistico o addirittura monopolistico”.

³⁰ M. MANETTI, *Facebook*, cit., osserva che la circostanza che gli spazi messi a disposizione dai social media siano soggetti esclusivamente alla disciplina contrattuale predisposta dalle piattaforme in vista del loro interesse è il “riflesso delle scelte dei poteri pubblici, che fin dall'inizio hanno voluto sottrarre la rete a qualsiasi forma di intervento (...) pretendendo che in tal modo sarebbe stata assicurata agli utenti la massima libertà possibile. Oggi è chiaro che quelle scelte hanno bensì favorito l'espansione della Rete, come si ripromettevano, ma l'hanno anche consegnata nelle mani di pochi potentati economici, che, oltre a sfruttare a scopo di profitto i messaggi degli utenti esercitano su di essi veri e propri poteri di censura” (p.196).

³¹ È quanto è accaduto con la creazione dell'Independent Oversight Board da parte di Facebook su cui C. BONINI, *Così il gigante dei social stabilisce i limiti della libertà di parola*, La Repubblica 23 settembre 2021. V. ancora M. MANETTI, *op. ult. cit.*, p. 196-197, là dove efficacemente sottolinea che “sotto le forme del diritto privato si nasconde dunque (Santi Romano insegna) l'esercizio di poteri pubblicistici, fondati sull'originarietà e indipendenza che gli ordinamenti costituiti dalle imprese sono riusciti ad affermare, sottraendosi alle norme provenienti da qualsiasi altro ordinamento”. Sulla tendenza dei social network a creare proprie “costituzioni”, alternative a quelle statuali e “a darsi persino ‘corti supreme’ investite del compito di interpretarle” v. O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali*, in *Media Laws* 11/2021, p. 188-189.

³² Sul punto M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Riv. Italiana di informatica e diritto*, 1/2019, p. 37.

³³ Così M. BETZU, *op. cit.*, p. 173, che richiama quanto affermato da J. ROSEN, *The Deciders : The Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google*, in *Fordam Law Review*, vol. 80, 4/2012, 1536.

3. Gli interventi di “*content moderation*”: condizioni contrattuali o “regole” limitative della libertà di espressione? In margine all’autoregolazione delle piattaforme

È, infatti, un dato noto che, in particolare a partire dalla metà della prima decade degli anni 2000, le piattaforme digitali hanno iniziato ad utilizzare “strumenti di moderazione e *policies* sui contenuti diffondibili sulla Rete”³⁴, volti, ad un tempo, ad impedire la pubblicazione o consentire la rimozione di messaggi, immagini o espressioni ritenute dalle medesime piattaforme violente, “deplorevoli”³⁵ o “inappropriate”³⁶ sulla base di criteri non solo stabiliti in forma unilaterale, ma anche altamente discrezionali, così da consentire decisioni differenziate, caso per caso. Attraverso la previsione di specifiche condizioni di utilizzo, preventivamente rese note all’utente, e quindi contrattualmente fissate, tali piattaforme si sono via via prese la briga di stabilire se un contenuto pubblicato vada rimosso o reintegrato, chi meriti la *damnatio memoriae* del “bando” dallo spazio della discussione digitale, dove vada tracciato il confine tra discorso politico e discorso d’odio³⁷, quali immagini configurino il diritto di cronaca e quali il compiacimento dell’osceno³⁸, ma senza indicazioni puntuali e, prevalentemente, in un’ottica di massimizzazione del profitto. E, soprattutto, quasi sempre ben al di là di ipotesi normativamente definite e a

³⁴ Sul punto v. M. MONTI, op. cit., p.37.

³⁵ Negli Standard della Community di Facebook compaiono, fra i contenuti vietati, anche quelli qualificati come “deplorevoli” che comprendono: “Contenuti che incitano all’odio; Immagini forti e violente; Immagini di nudo e atti sessuali di adulti; Adescamento”. Nel Codice di condotta della Community di Twitter vengono individuati i comportamenti “inaccettabili”, fra cui “intimidating, harassing, abusive, discriminatory, derogatory or demeaning conduct”.

³⁶ Fra i contenuti vietati dalle Norme stabilite da Google in relazione agli annunci, si indicano i contenuti “inappropriati”.

³⁷ Può essere di qualche interesse, a conferma dell’elevata discrezionalità della “classificazione” dei contenuti e della conseguente individuazione dei contenuti vietati, richiamare alcuni recenti interventi dell’Independent Oversight Board di Facebook, relativi a contenuti rimossi dalla piattaforma perché ritenuti di incitamento all’odio e poi viceversa riabilitati, perché ricondotti alla critica politica. È il caso del post contraddistinto da un’immagine di una serie tv turca raffigurante un combattente, con la didascalia “Se la lingua del Kafir (non musulmano: ndr) si scaglia contro il Profeta, allora la spada deve essere tirata fuori dal fodero” e le connesse definizioni del presidente francese Emmanuel Macron come “il diavolo”. Il citato Comitato, nella specie, aveva infatti revocato (decisione 2020-007-FB-FBR) la cancellazione del post originariamente disposta da Facebook che lo aveva ritenuto di incitamento all’odio, qualificandolo quale critica politica alla risposta di Macron nei confronti della violenza di matrice religiosa. Un altro caso è quello della pubblicazione di una (presunta) citazione di Goebbels, ministro della propaganda del regime nazista, secondo cui, “invece di appellarsi agli intellettuali, le discussioni dovrebbero fare leva sulle emozioni e sugli istinti”. Tale frase, dapprima rimossa da Facebook, perché ritenuta una forma di elogio e di supporto al regime nazista, poi era stata nuovamente pubblicata a seguito della decisione del citato Comitato (decisione 2020-005-FB-UA), perché volta a creare un parallelo tra il concetto espresso dalla citazione e la presidenza di Donald Trump e quindi riconducibile alla critica politica nei confronti del Presidente.

³⁸ Sul punto C. BONINI, *Così il gigante social*, cit., p. 1.

prescindere da ogni riferimento ad eventuali limiti fissati dalle Leggi fondamentali dei Paesi in cui esse operano.

In questa chiave si spiegano ad esempio – com'è stato efficacemente già rilevato³⁹ – la non rimozione del video dell'esecuzione di Saddam Hussein e, all'opposto, la tempestiva rimozione (poi revocata a seguito delle proteste di giornalisti e politici) di un video relativo al pestaggio in cella di un attivista egiziano, sebbene entrambi egualmente contrari agli standard relativi alle manifestazioni di violenza⁴⁰. Ma anche la rimozione di immagini riproduttive di opere d'arte (come nel caso del "Trittico della deposizione della Croce" di Rubens) o di fotografie (come quella della bambina vietnamita che fuggiva da un attacco al napalm americano) raffiguranti nudità, ritenute tali da "urtare la suscettibilità di alcune persone della community che sono particolarmente sensibili a questo tipo di contenuti"⁴¹ e, quindi, bandite in vista dell'obiettivo di non correre il rischio di perdere ampie fasce di utenti.

Simili interventi, che evocano una forma di "censura privata" si realizzano – come è noto - secondo varie modalità. C'è una "moderazione *ex ante*" che si risolve nel "filtraggio" dei contenuti, attraverso sistemi automatizzati fondati su algoritmi in grado di individuare quelli da scartare, nonché di stabilire l'ordine di quelli da visualizzare⁴², in armonia con una sorta di "architectural regulation"⁴³, predefinita dalla medesima piattaforma in vista dei propri obiettivi istitutivi. C'è, poi, una "moderazione *ex post*", che si realizza mediante la rimozione dei contenuti vietati in base agli Standard della Community, stabiliti nelle condizioni contrattuali d'uso, e che si avvale di due "canali" di intervento distinti: uno, affidato alla stessa piattaforma; l'altro, che passa attraverso le segnalazioni degli utenti (*flagging*), che lamentano la presenza di contenuti sgradevoli o sgraditi, assumendone il contrasto con i citati Standard, e ne richiedono l'eliminazione, secondo la logica contrattuale dell'inadempimento degli obblighi derivanti proprio dalle condizioni contrattuali d'uso.

In entrambi i casi risulta evidente, di primo acchito, la dimensione tutta contrattuale e quindi privatistica in cui si colloca l'attività di "moderazione/regolazione" svolta dalle citate piattaforme in vista del proprio interesse. Un'attività attraverso cui, nel "vuoto" della regolazione pubblica e con il favore della

³⁹ Sul punto v. M. MONTI, *Privatizzazione*, cit., p. 37.

⁴⁰ Così anche R. BORRELLO, *Arte*, cit., pa. 10.

⁴¹ Come risultava, ad esempio, negli Standard della Community di Facebook. Sul punto ancora R. BORRELLO, *cit.*, p. 13.

⁴² Sul punto M. MONTI, *Privatizzazione*, cit., p. 38, rileva che, in tali casi, si può parlare di "censura indiretta di quei siti relegati e confinati alle ultime pagine della *search*", dal momento che è risultato che "i siti compresi dalla seconda pagina in poi della risposta alla *query* sono raramente visualizzati da un internauta".

⁴³ Sul punto M. BETZU, *Poteri pubblici*, cit., p. 174, parla di "regole implicite", "rappresentate dallo strato logico della piattaforma, ovvero dal suo codice".

elevata “tecnicità” degli spazi e degli strumenti utilizzati (il cyberspazio), si delineano ordinamenti giuridici autonomi, “autoprodotti” dalle medesime piattaforme. Ordinamenti le cui regole, tuttavia, incidono vistosamente, limitandoli, su una serie di diritti degli utenti, fra cui spicca appunto quello alla libertà di espressione, garantito dalle carte costituzionali e qualificato, com’è noto, come caposaldo di ogni società democratica e cifra distintiva degli ordinamenti liberal-democratici non solo dalla più risalente giurisprudenza costituzionale italiana⁴⁴, ma anche da quella statunitense ed europea⁴⁵.

Il che richiama all’attenzione il tema – antico, ma sempre attuale – dell’efficacia orizzontale delle garanzie dei diritti, in specie della libertà di espressione.

4. Il dibattito fra le due sponde dell’Atlantico: fra “*state doctrine action*” e “*Drittwirkung*”, gli strumenti di difesa della libertà di espressione nei confronti dei poteri privati

Si è già ricordato che la giurisprudenza federale americana ha costantemente ritenuto le disposizioni del *Bill of rights* federale come inerenti ai rapporti fra cittadini e poteri pubblici (federali e statali), escludendo, pertanto, l’efficacia orizzontale delle garanzie costituzionali dei diritti e lasciando, così, che la sfera dei rapporti privatistici restasse regolata dal secolare patrimonio giuridico di *common law*⁴⁶.

Tuttavia, proprio in applicazione della tradizionale dottrina della *State action*⁴⁷, la Corte Suprema ha derogato a tale principio, riconoscendo, con riferimento al I° emendamento – a partire dal leading case *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946) – che le garanzie della libertà di espressione si applicano anche ai privati allorquando questi si comportino come “*State actors*”. Il che è accaduto appunto nel caso delle *company towns*, ossia di cittadine di proprietà di società private, che, nei propri regolamenti aziendali, avevano proibito la diffusione di documentazione di contenuto politico o religioso all’interno delle medesime cittadine. In quell’occasione la Corte aveva ravvisato nella gestione dell’intero spazio della città, di proprietà privata, una “*public function*”, necessaria alla vita della comunità, e nella censura imposta dalla compagnia

⁴⁴ Sin dalle più risalenti pronunce la Corte costituzionale ha qualificato la libertà di manifestazione del pensiero quale “pietra angolare” e “cardine” del regime di democrazia garantito dalla Costituzione: v., fra le prime, sentt. nn. 9 e 25 del 1965.

⁴⁵ Sull’evoluzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di libertà di espressione v., in particolare, O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell’era di Internet*, in *Media Laws* 1/2018, 4 e ss.

⁴⁶ Così D. ZECCA, *Soluzioni tradizionali per piattaforme moderne: la state action (non) mostra i segni del tempo*, in *Media Laws* 5/2020.

⁴⁷ Per riferimenti alla storia, agli scopi e ai contenuti della *State action doctrine* si rinvia alla nota 6.

proprietaria una violazione della libertà di stampa e religione, garantita dal I° e dal XIV° emendamento⁴⁸.

Successivamente la Corte Suprema – pur con indicazioni non sempre cristalline⁴⁹ – ha delimitato le ipotesi di applicazione diretta del I° emendamento, escludendola con riguardo a provvedimenti di censura adottati da privati che non fossero titolari di funzioni di controllo in tutto analoghe a quelle di un governo o di una municipalità (non “state actors”) e in presenza di alternative efficaci per la diffusione delle idee censurate⁵⁰. E ha confermato tale orientamento restrittivo anche nel più recente caso – già citato - Manhattan Community Access Corp. v. Halleck, 587 U.S. (2019), in cui, ribadendo che un ente privato può essere qualificato come “state actor” solo se esercita “poteri tradizionalmente ed esclusivamente riservati allo Stato” (“*powers traditionally exclusively reserved to the State*”), ha escluso che potesse rientrare in tale categoria finanche un operatore privato di televisione via cavo cui era stata affidata per legge la gestione del servizio con l’obbligo di trasmettere canali ad accesso pubblico, ritenendolo, quindi, sottratto al rispetto dei vincoli del Primo Emendamento, ivi compreso il divieto di censura⁵¹.

La porta dell’applicazione diretta delle garanzie costituzionali della libertà di espressione sembra, quindi, negli Stati Uniti, ben serrata, nel segno del riconoscimento di una illimitata libertà di definizione delle condizioni contrattuali da parte delle imprese private, anche di grandi dimensioni e dominanti sul mercato.

Ma è proprio nelle pieghe dell’opinione concorrente del giudice Thomas, redatta nella primavera scorsa in calce alla pronuncia resa dalla Corte Suprema nel caso Knight Institute v. Trump, ora Joseph R. Biden, Jr., President of the United States, et al. v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, che sembra prefigurarsi – come anticipato in apertura di queste righe - la possibilità di un nuovo scenario.

Quando, come nel caso delle piattaforme digitali – avverte Thomas – si ha a che fare con privati che controllano le principali “strade” della comunicazione e dell’informazione (quasi una variante dell’immagine della “*modern public square*” evocata nel caso Packingham v. North Carolina del 2017, a

⁴⁸ Sul punto cfr. M. MONTI, *La Corte Suprema e il potere delle piattaforme digitali*, cit., p. 2783.

⁴⁹ M. MINOW, *Alternative*, cit., p. 145, osserva che “in U.S. constitutional law, the state action doctrine — attaching the protections of individual rights to government action — is notoriously confusing, if not incoherent. Though the doctrine is already known for its ‘lack of clarity’ (...)”.

⁵⁰ Si fa riferimento, in particolare, alla sentenza Lloyd Corp. V. Tanner, 407 U.S. 551 (1972) e alla sentenza Hudgens v. NLRB, 424 U.S. 507 (1976)

⁵¹ Nella sentenza si legge che “merely hosting speech by others is not a traditional, exclusive public function and does not alone transform private entities into state actors subject to First Amendment constraints”. Sul punto v. M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”*. *Spunti di comparazione*, in *Media Laws* 2/2021, p. 86-87.

proposito della Rete), per evitare che la libertà di parola sia soffocata, è necessario seguire itinerari giuridici diversi da quelli della “state action doctrine” che, tuttavia, conducono al medesimo risultato della, pur indiretta, applicazione delle garanzie del I° emendamento. Itinerari che consentano, ad un tempo, di impedire il controllo, da parte di poche società private, dei contenuti diffusi *on line* (ad es. sopprimendoli mediante la loro “deindicizzazione” o opponendo i risultati di ricerca) e di rendere accessibili al pubblico le piattaforme. Tali percorsi si snodano lungo le analogie sussistenti fra piattaforme digitali e *common carriers* (compagnie ferroviarie, ma anche le compagnie dei telegrafi e dei telefoni) e *places of public accomodation*, assoggettati, da tempi risalenti, a “special regulations”, che obbligano le imprese così qualificate – in specie se in posizione dominante sul mercato - a non escludere nessuno dai propri servizi, in virtù del carattere di pubblica utilità di questi ultimi. In fondo, anche le piattaforme digitali sono reti di comunicazione – sebbene digitali e non materiali – attraverso le quali passa la gran parte delle manifestazioni del pensiero e informazioni. La circostanza che non sussistano alternative comparabili alle piattaforme, quanto alla diffusione del pensiero, svelando in maniera ancor più evidente la similitudine con i *common carriers* e le *public accomodations*, fornisce al legislatore argomenti forti – prosegue il giudice Thomas – a sostegno della necessità dell’introduzione di un’analoga disciplina “speciale” anche per le medesime piattaforme. Una disciplina che, pur limitando il potere delle stesse di rimuovere i contenuti, non impedirebbe loro di avvalersi della rete per esercitare la propria libertà di espressione⁵².

Ma – osserva, infine, con rammarico – a tutt’oggi il Congresso non ha ritenuto di approvare alcuna regolamentazione di tale specie. Al contrario, ha riconosciuto loro l’immunità per i contenuti diffusi, consacrata nella Sezione 230 CDA - senza imporre alcuna responsabilità, neppure in ordine al divieto di discriminazioni delle opinioni.

Tant’è.

Al di là dell’Atlantico occorrerà attendere per verificare se e come le istanze – in qualche modo recepite dal giudice Thomas - di una specifica regolamentazione pubblica a garanzia della libertà di espressione, volta ad escludere gli interventi di censura delle grandi piattaforme digitali private, prenderanno forma, anche nel segno di una diversa declinazione del paradigma del *marketplace of ideas*⁵³ (almeno rispetto a quella degli ultimi vent’anni).

⁵² A sostegno di ciò si afferma che “That is especially true because the space constraints on digital platforms are practically nonexistent (unlike on cable companies)”: p. 10.

⁵³ M. MANETTI, *Regolare*, cit., p. 36, segnala come, nel dibattito sui modi con cui regolare efficacemente Internet, oggi esploso in tutto il mondo e non da ultimo negli Stati Uniti, vi è chi ritiene che sia necessario, non negare il paradigma del *marketplace of ideas*, ma “sconfessare la retorica deregolatoria della quale il I° emendamento è stato arbitrariamente elevato a simbolo”. L’Autrice sottolinea

Sulle sponde europee la situazione, pur sulla base di premesse per certi versi opposte, non è poi molto differente.

Infatti, è noto che – sulla scia della giurisprudenza costituzionale tedesca degli anni cinquanta⁵⁴ – la teoria di matrice tedesca dell’effetto orizzontale (*Drittwirkung*) delle disposizioni costituzionali relative ai diritti inviolabili è stata presto condivisa e accettata da molte altre corti costituzionali europee⁵⁵. Il che, peraltro, riflette l’impostazione di quelle Carte costituzionali del secondo dopoguerra, come quella italiana, in cui si consacra il superamento della concezione ottocentesca dei diritti pubblici soggettivi e si afferma la “piena efficacia della Costituzione anche nella società civile e nelle formazioni sociali di questa si compone”⁵⁶. Un’efficacia che si esplica nei rapporti dei singoli “con qualsiasi potere, pubblico o privato che sia”⁵⁷, oltre che nei confronti dei privati e dei gruppi che non detengano poteri. E che implica – come affermato, già molti anni addietro, dalla Corte costituzionale, con specifico riguardo alla libertà di manifestazione del pensiero tutelata dall’art. 21 Cost., in linea con un’autorevole dottrina⁵⁸ – che il dettato costituzionale sul punto “debba imporsi al rispetto di tutti, delle pubbliche autorità come dei consociati, e che nessuno possa recarvi attentato senza violare un bene assistito da rigorosa tutela costituzionale” (sent. n. 122 del 1970).

Da qui l’inevitabile conseguenza dell’applicazione delle garanzie costituzionali della libertà d’espressione anche nei confronti delle piattaforme digitali private, vincolate al rispetto delle regole stabilite in attuazione delle previsioni costituzionali inerenti ai diritti. Regole che il legislatore è tenuto ad adottare, in un’ottica anche di certezza del diritto⁵⁹, al fine di individuare gli strumenti

che “chi conosce la giurisprudenza statunitense degli ultimi vent’anni non può ignorare come l’espansione riconosciuta in passato alla libertà di pensiero sia stata trasformata dalla Corte Suprema nel più efficace strumento di protezione degli interessi economici e commerciali” (p. 44).

⁵⁴ Sul punto O. POLLICINO, *L’“autunno caldo” della Corte di giustizia: diritti fondamentali in rete e sfide del costituzionalismo alle prese con i poteri privati in ambito digitale*, in *privacy&* 4/2020, p. 19.

⁵⁵ Ancora O. POLLICINO, op. ult. cit., p. 19, che segnala come tale teoria sia stata recepita anche dalla Corte europea dei diritti dell’uomo e, con riguardo alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, dalla Corte di giustizia, anche se, quanto a quest’ultima, non del tutto coerentemente.

⁵⁶ Così, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, p. 18.

⁵⁷ Ancora A. PACE, *ivi*, ibidem.

⁵⁸ Si tratta di quanto scriveva Carlo ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1958, p. 29, nota 61.

⁵⁹ Si pensi, a tal proposito, alla diversità delle soluzioni fornite dalla giurisprudenza ordinaria in Italia, quanto all’applicazione diretta, senza intermediazione del legislatore, dei principi costituzionali in tema di libertà di espressione e libertà di iniziativa economica privata (e non solo). Com’è dimostrato, ad esempio, in due casi di rimozione, da parte di Facebook, di contenuti pubblicati ad opera di movimenti politici riconducibili all’estrema destra (Forza nuova e Casa Pound), risolti dai due collegi in maniera diametralmente opposta, confermandosi, in una pronuncia, la legittimità dell’avvenuta rimozione, per violazione delle condizioni contrattuali d’uso (ord. Tribunale di Roma, sez. Impresa, 12 dicembre 2019); nell’altra, disponendosi, viceversa, il ripristino del contenuto, nel segno dell’applicazione diretta delle garanzie della libertà di espressione e della posizione “peculiare” di Facebook

più adeguati di tutela in riferimento alle specifiche e concrete situazioni, alla luce di tutti gli interessi costituzionalmente coinvolti (*in primis*, libertà di espressione e libertà di iniziativa economica privata⁶⁰). Regole che sarebbero state (e sarebbero) tanto più necessarie in settori nuovi e strategici come quello delle piattaforme digitali e della Rete (della cui natura tuttora si discute), ma che anche gli Stati europei hanno rinunciato, da lungo tempo, a dettare in nome della “libertà della Rete”, lasciando che fossero le stesse piattaforme a conformare lo spazio di libertà.

5. La rinuncia degli Stati alla regolazione e la devoluzione alle piattaforme del potere normativo. Fra autoregolazione e coregolazione

Inizialmente - sull'onda dell'entusiasmo dettato dall'idea che l'avvento di Internet fosse preludio di un “mondo nuovo”, in cui ciascuno avrebbe trovato, senza ostacoli e senza condizionamenti, diversi da quelli tecnici, un proprio

(ord. Trib. Roma, sez. diritti della persona, 23 febbraio 2020). Sul punto v. O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova*, cit., p. 189, segnala che “un intervento legislativo sarebbe non solo auspicabile – tra l'altro per sollevare i giudici da un'attività di supplenza che può portare, come dimostrano anche le decisioni in esame, ad esiti difficilmente prevedibili, con compromissione del valore della sicurezza giuridica e, in definitiva, dell'eguaglianza dei soggetti coinvolti nelle singole controversie – ma sarebbe altresì del tutto legittimo, quantomeno con riferimento a quei *social network* che possiedono in un determinato Paese una soglia elevata di utenti (criterio già utilizzato ad es. in Francia ed in Germania) e per i quali sia quindi possibile desumere la detenzione di un potere privato”.

⁶⁰ Quanto a quest'ultima, può essere utile richiamare all'attenzione la circostanza che, nell'orizzonte costituzionale italiano, lo statuto dell'iniziativa economica privata è disegnato in modo tale da prevedere espressamente la necessità della garanzia della compatibilità (sia pure intesa come non contrasto) della libertà economica con le altre libertà (fra cui, ovviamente, quella di manifestazione del pensiero), nonché con altri principi, interessi e diritti costituzionalmente garantiti (la dignità, la sicurezza, l'utilità sociale), in virtù di una lettura – proposta sin da tempo risalente dalla dottrina (per tutti, C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.* 1962, 37) e condivisa dalla giurisprudenza costituzionale (fra le prime, v. sent. n. 54 del 1962) - dell'art. 41 Cost. secondo cui i limiti da esso indicati fanno corpo con la proclamazione della stessa libertà. La necessità di una disciplina che contemperasse eventuali diritti costituzionali confliggenti con la libertà economica è stata ribadita dalla Corte costituzionale proprio con riguardo all'attività di informazione, allorché la Corte, pur distinguendo fra disciplina dei mezzi (che ricade nell'art. 41) e disciplina dell'attività (riconducibile viceversa all'art. 21), ha precisato che la stessa disciplina dei mezzi trova un vincolo finalistico nell'art. 21, dovendo provvedere a rendere possibile l'utilizzo dei mezzi da parte del maggior numero possibile di soggetti, per assicurare l'“armonica coesistenza del pari diritto di ciascuno” (sent. n. 105 del 1972). Sul punto A. PACE, in A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21*, p. 670 ss. V. anche E. CHELI, *Manifestazione, divulgazione ed esercizio di attività economiche connesse alla divulgazione del pensiero*, in *Giur. cost.* 1961, 689.

spazio di libera espressione⁶¹ - si è scelto di escludere qualsiasi ruolo dei pubblici poteri nella gestione della Rete, “consegnata ‘chiavi in mano’ ai privati”⁶².

Non è un caso che, nella prima fase, in questa prospettiva, gli unici interventi normativi, sulle due sponde dell’Atlantico, allo stesso modo, siano andati nella direzione di dotare i provider di una speciale immunità, in linea con l’esclusione della loro qualificazione come editori. Immunità che, di là dall’Atlantico, è stata consacrata nella citata sezione 230, par. 1 e 2, del *Communication Decency Act*, approvata dal Congresso nel 1996⁶³; sulle sponde europee si è tradotta negli artt. 12-15 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico (recepita in Italia con il d.lgs. n. 70 del 2003). Ciò che ha siglato l’esclusione della responsabilità editoriale del provider in relazione ai contenuti pubblicati, l’affermazione dell’assenza di un suo obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni trasmesse e memorizzate (art. 15), nonché il riconoscimento del potere di rimuovere le informazioni ritenute illecite, a prescindere dall’intervento delle pubbliche autorità⁶⁴.

A tale esonero di responsabilità, connesso all’idea di una presunta neutralità della Rete e delle piattaforme, si è andata, poi, in ambito europeo, affiancando la sempre più frequente “delega”, da parte dell’Unione, ma anche degli Stati, proprio ai “guardiani della Rete”, di importanti compiti regolatori⁶⁵, volti a fronteggiare le questioni più spinose proprio in tema di limiti alla libertà di espressione.

È, infatti, anzitutto in corrispondenza della sempre maggiore diffusione in Rete di messaggi di incitamento all’odio (*bate speech*), sotto forma di contenuti xenofobi, nazionalisti, islamofobici, razzisti e antisemiti – favoriti dall’anonimato, oltre che dall’agevole accesso alla Rete stessa e dalla rapida condivisione con altri utenti – che la Commissione europea, che era già intervenuta con la decisione quadro 2008/913/GAI volta al ravvicinamento delle legislazioni

⁶¹ M. BASSINI, *Libertà di espressione*, cit. p. 72, là dove parla di “alba di un nuovo mondo”, nell’evocare una situazione in cui ciascuno avrebbe potuto esprimersi liberamente, su piattaforme contraddistinte da poche e semplici regole definite dagli amministratori e condivise dagli aderenti alla “community” e con la possibilità di transitare da una comunità all’altra, segnala come, in un simile contesto, agli Stati non si riconosceva alcun ruolo ed alcun potere: “gli Stati, in questa ricostruzione, sono l’altrove, impossibilitati a predicare la propria sovranità e a estendere l’enforcement delle norme giuridiche entro uno spazio idealizzato come territorio separato”.

⁶² Così efficacemente M. MANETTI, *Regolare*, cit., p. 41.

⁶³ Sulla qualificazione della sezione 230 del CDA come contenente “The Twenty-Six Words that Created the Internet” v. M. BASSINI, *Libertà*, cit., p. 73.

⁶⁴ Si fa riferimento, in particolare, all’hosting provider (che ospita contenuti forniti dagli utenti memorizzandoli per lungo tempo) che sia “al corrente del fatto che l’attività o l’informazione è illecita”, o, nel caso di azioni risarcitorie, che “sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l’illegalità dell’attività o dell’informazione” e non abbia subito provveduto a rimuovere le informazioni o disabilitarne l’accesso (art. 14).

⁶⁵ Parla di “delega di funzioni parastatali alle Internet platforms” M. MONTI, *Privatizzazione*, cit., p. 40.

degli Stati membri relative a taluni reati di xenofobia e razzismo, il 30 maggio 2016 ha adottato il Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio online, che è stato sottoscritto dai maggiori attori del mercato telematico e cioè Facebook, Google, Microsoft e Twitter, cui si sono aggiunti nel 2018 anche Instagram, Google+, Snapchat, Dailymotion e jeuxvideo.com. Il Codice di Condotta – che si atteggia come uno strumento di *soft law* - richiede ai firmatari di adattare le loro procedure interne in maniera da garantire una rapida ed incisiva risposta in caso di discorsi d'odio veicolati attraverso le rispettive piattaforme online. In particolare, il Codice stabilisce che le società “valutino la maggior parte delle notifiche valide per la rimozione delle espressioni di odio illegale in meno di 24 ore e rimuovano o disabilitino l'accesso a tali contenuti, se necessario”. E ciò, in primo luogo, “alla luce delle loro regole e delle linee guida comunitarie e, se necessario, delle leggi nazionali che recepiscono la decisione quadro 2008/913/GAI». Al fine di ottemperare a tale compito, le piattaforme hanno, quindi, dettato propri standard, fra loro spesso non coincidenti, che non si sovrappongono alle definizioni fornite dalla citata decisione quadro, ma vanno oltre, ampliando il novero dei discorsi d'odio vietati ed assegnando, in ragione della frequente vaghezza della loro identificazione, ampi margini di libertà alla piattaforma, che si trova a stabilire, in unica istanza e caso per caso, il confine fra espressioni legittime del pensiero e discorsi di incitamento all'odio vietati. Con la conseguente privatizzazione non solo della censura (in tutte le ipotesi in cui siano identificati discorsi d'odio anche in riferimento ad espressioni lecite del pensiero), ma anche dei rimedi per contestarla, rimessi alle medesime piattaforme⁶⁶.

Tale modo di procedere è prescelto dalla Commissione europea nell'ambito di una strategia “che coltiva l'idea di coinvolgere gli *stakeholder* nella elaborazione dei principi o direttive necessari a fondare una disciplina comune della materia ma affidando loro l'iniziativa sull'implementazione delle regole più confacenti alla propria natura e struttura”⁶⁷. Esso si pone sull'evanescente crinale fra autoregolazione e co-regolazione⁶⁸, che sono accomunate dalla

⁶⁶ Sul punto, v. F. CASAROSA, *L'approccio normativo europeo verso il discorso dell'odio online: l'equilibrio fra un sistema di "enforcement" efficiente ed efficace e la tutela della libertà di espressione*, in *Questione giustizia* 1/2021.

⁶⁷ Così P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *federalismi.it* 11/2020, p. 266.

⁶⁸ Si tratterebbe, secondo G. PAGANO, *Il Code of Practice on Disinformation. Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione*, in *federalismi.it* 11/2019, p. 14, di una “audited self-regulation”, basata su di una “delega di un soggetto pubblico che mantiene un marginale potere di verifica e di eventuale revisione”. Una definizione di autoregolazione e di coregolazione compare nel Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema “Autoregolamentazione e coregolamentazione nel quadro legislativo dell'UE” (parere d'iniziativa) (2015/C 291/05), Par. 2.4 in eur-lex.europa.eu.

“totale o prevalente attività di soggetti privati nel procedimento di produzione della regola”⁶⁹ e “dall’inerenza a settori ordinamentali caratterizzati dalla presenza di preminenti interessi privatistici”⁷⁰ e distinte dal differente grado di “ingerenza/influenza dell’autorità pubblica nell’attività di regolazione privata”⁷¹. Si tratta, in sostanza, di una modalità di regolazione in cui si demanda agli operatori privati del settore il compito di contribuire a dettare le regole che essi stessi dovranno poi applicare, in vista di un loro più ampio e condiviso rispetto.

In questa prospettiva e seguendo un’analogha procedura è stato adottato il Codice di Pratiche sulla Disinformazione, anch’esso volto a contrastare un fenomeno, non nuovo, ma divenuto eclatante sulla Rete, e ritenuto pericoloso per la democrazia, costituito dalla diffusione di *fake news* e di contenuti di disinformazione online. La Commissione europea, sulla base di un rapporto redatto nel marzo del 2018 da un gruppo di esperti, ha affidato ad un “Working Group”, composto da tutte le principali piattaforme online, dai rappresentanti dell’industria pubblicitaria e dai maggior inserzionisti, l’effettiva redazione del Codice, che, una volta pubblicato nel settembre 2018, è stato sottoscritto dai medesimi soggetti. Anche in tal caso, la genericità dei contenuti inerenti agli impegni assunti dalle piattaforme, in sostanza, le “maglie larghe” delle linee guida suggerite dalla Commissione finiscono con l’assegnare inevitabilmente proprio alle singole piattaforme – autrici delle regole del Codice – un ruolo definitorio importante nell’individuazione dei contenuti di “disinformazione”, tanto più rilevante in quanto nella specie si tratta di contenuti non illeciti e non necessariamente estranei all’orizzonte della libertà di espressione costituzionalmente tutelata⁷².

La stessa devoluzione di compiti regolatori alle piattaforme sembra, d’altro canto, informare anche alcuni interventi legislativi adottati da alcuni Stati europei.

È il caso della “Legge per il miglioramento dell’applicazione del diritto nei social network” (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz* - NetzDG), adottata nel 2017, con cui la Germania ha effettuato un primo tentativo di regolamentazione statale del “mondo senza confini di Internet”, condotto, però, “mediante l’investitura legale di soggetti privati, quali sono gli internet provider, nel ruolo di

⁶⁹ Sul punto v. G. PAGANO, *Il Code*, cit. p. 15.

⁷⁰ Id., *ibidem*.

⁷¹ Id., *ibidem*.

⁷² È noto che, con riguardo alle fake news, si ritiene che siano estranee al raggio di azione delle norme costituzionali che proteggono la libertà di espressione in quanto corrispondano, non già ad opinioni, ma a notizie “intenzionalmente e verificabilmente false”: sul punto G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 13-14, che mette in guardia dal rischio “che attraverso il contrasto a questo genere di notizie si finisca per pregiudicare la libertà di manifestazione del pensiero”

controllori della sua pratica attuazione”⁷³. Più precisamente, il NetzDG si rivolge ai "provider di social network" con oltre due milioni di utenti registrati in Germania, cui prescrive di istituire un sistema trasparente di gestione dei reclami concernenti contenuti illeciti, elencati dal § 1, comma 3 del NetzDG attraverso un catalogo di reati. Sul fornitore di servizi grava l'onere di provvedere entro 24 ore alla rimozione dei contenuti "manifestamente illeciti", che, tuttavia, non vengono individuati. Con il risultato che i medesimi fornitori, pur potendo rivolgersi ad un organismo incaricato di verificare i contenuti online non manifestamente illeciti, ma solo in singoli casi controversi, di fronte di un elevato numero di valutazioni da effettuare in tempi rapidissimi e nel dubbio circa la manifesta illiceità di certi contenuti, in ragione della indeterminatezza del catalogo normativo, finiscono con l'individuare come contenuti illeciti, e quindi rimuovere, anche contenuti leciti (c.d. "overblocking"), trasformandosi in "sentinelle private della pubblica opinione"⁷⁴.

Anche l'Italia non ha mancato di misurarsi con il medesimo meccanismo della delega di poteri censori alle piattaforme digitali, sia pure in un settore ben specifico qual è quello della lotta al cyberbullismo. La legge n. 71 del 2017⁷⁵, dopo aver individuato in termini assai ampi e, per certi versi, scarsamente determinati, la fattispecie del "cyberbullismo"⁷⁶, all'art. 2, impone al gestore del sito internet o del social media che abbia ricevuto un'istanza per l'oscuramento, la rimozione o il blocco di qualsiasi altro dato personale di un minore, diffuso nella rete internet, da parte del medesimo minore ultraquattordicenne (o, per suo conto, del genitore/tutore) che assuma di aver subito un atto di cyberbullismo, di provvedere non oltre quarantotto ore all'oscuramento, alla rimozione

⁷³ Sul punto J. RINCEANU, *Verso una forma di polizia privata nello spazio digitale? L'inedito ruolo dei provider nella disciplina tedesca dei social networks*, in *Sistema penale* 2021.

⁷⁴ Così ancora, J. RINCEANU, *ivi*, sottolinea come "Dei privati si vedono obbligati a decidere, sotto la minaccia di pesanti sanzioni ed entro un breve termine, se un contenuto online corrisponda o meno a uno dei reati elencati dall'art. 1, comma 3 NetzDG, e di conseguenza se cancellarlo o bloccarlo", segnalando che "Il problema dell'impiego di soggetti privati come sentinelle delle opinioni espresse in pubblico è acuito dal fatto che gli strumenti a disposizione dei provider, ai sensi del § 1, comma 3 NetzDG, lasciano molto a desiderare dal punto di vista della determinatezza. Numerose pronunce, aventi ad oggetto molte delle fattispecie comprese nel catalogo normativo di cui al NetzDG, dimostrano che delineare in via interpretativa i confini tra queste fattispecie e la libertà di opinione è operazione estremamente controversa".

⁷⁵ Si tratta della legge 29 maggio 2017, n. 71 (Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo)

⁷⁶ L'art. 1, comma 2, recita: "per 'cyberbullismo' si intende qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti on line aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo".

o al blocco richiesto. Con il che assegna al medesimo gestore l'“individuazione dei comportamenti rientranti nella dizione cyberbullismo e la loro distinzione da quelli inquadrabili come espressione non illecita del pensiero”⁷⁷.

6. Verso il *Digital Service Act*, fra vecchi e nuovi paradigmi di regolazione

Salutata come una “svolta storica sotto il profilo normativo, della disciplina sul web”⁷⁸, la presentazione della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sul mercato unico dei servizi digitali (cd. Digital Service Act), unitamente a quella relativa a realizzare mercati contendibili ed equi nel settore digitale (c.d. Digital Markets Act) esprime la consapevolezza della Commissione europea della necessità di una regolamentazione comune che superi la frammentazione normativa esistente e colmi le lacune, in specie in tema di obblighi e responsabilità delle piattaforme digitali in una prospettiva di tutela dei diritti degli utenti. E ciò specie a fronte della ormai diffusa considerazione secondo cui queste ultime “agiscono alla stregua di veri e propri poteri privati, in competizione, per il ruolo che svolgono nell'erogazione di alcuni servizi, con gli attori pubblici”⁷⁹.

Una simile consapevolezza, d'altronde, già serpeggiava nella direttiva 1808/2018/UE, di recente recepita in Italia con l'art. 3 della legge di delegazione europea n. 53 del 2021, contenente modifiche alla precedente direttiva in materia di servizi di media audiovisivi (c.d. direttiva SMAV), là dove ha esteso il suo ambito di applicazione anche alle piattaforme di *video sharing*, assoggettando anche queste ultime (pur non ricondotte ai mass media) alle misure atte ad assicurare un'adeguata, più forte, tutela della dignità umana e dei minori⁸⁰. Ciò, tuttavia, da un lato, affidando all'autorità pubblica il compito di promuovere “procedure di auto-regolamentazione e co-regolamentazione” (art. 3, comma 1, lett. b); dall'altro, confermando il particolare regime di esonero dalla responsabilità editoriale in senso stretto, già vigente per le stesse piattaforme.

⁷⁷ Così M. MONTI, *Privatizzazione*, cit., p. 40. L'Autore segnala anche che l'art. 3 della medesima legge prevede “un piano di azione integrato al quale parteciperanno anche rappresentanti delle Internet Platforms e che dovrà formulare un ‘codice di coregolamentazione per la prevenzione e il contrasto del cyberbullismo, a cui devono attenersi gli operatori della rete internet’, il quale servirà per precisare e fornire un prospetto dettagliato delle procedure relative alle istanze di cui all'art. 2”.

⁷⁸ Così G. FINOCCHIARO, *Digital Services Act: la ridefinizione della limitata responsabilità del provider e il ruolo dell'anonimato*, in *Media Laws 1/2021*.

⁷⁹ O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *Verso il Digital Services Act: problemi e prospettive. Presentazione del simposio*, in *Media Laws 2020*.

⁸⁰ Sul punto v. L. ARIA, *L'attività delle piattaforme tra DSA e direttiva SMAV. La frontiera di una nuova regolazione?*, in *Media Laws 1/2021*, segnala come “l'evento drammatico della bambina di Palermo - che è stato oggetto di un tempestivo intervento del Garante Privacy - interroga sull'esigenza primaria di predisporre mezzi di tutela automatica e avanzata di interessi quali la tutela dei minori che, anche nell'ottica del legislatore comunitario, appaiono non limitati ai media tradizionali.”

Anche il “pacchetto” delle previsioni contenute nel *Digital Service Act*, pur presentato come innovativo, s’innesta nel quadro normativo preesistente, come espressamente sottolineato dalla Commissione. Le sue previsioni non sostituiscono, ma innovano, in parte, la disciplina già racchiusa nella Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, riproducendo, per altri versi, le norme ivi contenute (in specie agli artt. 12-15), relative alla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari, come interpretate dalla Corte di giustizia.

La significativa novità si svela là dove si impongono importanti oneri procedurali a carico delle piattaforme digitali, in specie di quelle di grandi dimensioni, nel segno della trasparenza e dell’*accountability*. Come quando, ad esempio, si prescrive di inserire, in modo chiaro e privo di ambiguità, nelle condizioni generali, tutte le informazioni che riguardino “le politiche, le procedure, le misure e gli strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana” (art. 12); o si richiede di effettuare relazioni dettagliate sull’attività di moderazione dei contenuti (art. 13), o ancora di motivare in maniera chiara e specifica la decisione di “rimuovere specifiche informazioni fornite dai destinatari del servizio o disabilitare l’accesso alle stesse” (art.15), imponendo sistemi interni di gestione dei reclami accessibili, gratuiti ed efficaci (art. 17).

Ciò che non sembra cambiare è, tuttavia, l’impostazione di base, seguita con riguardo ai citati interventi di *soft law*. Un’impostazione che continua ad assegnare proprio alle piattaforme private, che dominano il mercato digitale – peraltro coinvolte nel futuro processo di definizione e approvazione dei contenuti del pacchetto - il potere (sostanziale) di effettuare i citati interventi di “moderazione”, individuando quali contenuti ammettere e quali rimuovere (un potere, quindi, di autoregolazione)⁸¹, in linea con condizioni generali di contratto da loro unilateralmente fissate o anche con codici di condotta che, comunque, hanno contribuito ad elaborare, in virtù di quanto ad esse espressamente riconosciuto (art. 35). Il che – in assenza di altri scenari⁸² - potrebbe rendere

⁸¹ Sul punto G. DE MINICO, *Fundamental Rights European digital regulation and algorithmic challenge*, in *Media Laws* 1/2021, osserva che “the DSA does not specify when news have to be removed because they stop being a lawful exercise of a fundamental right and become an illegal act, damaging the rights of other parties and. Hence, the norm in blank about misleading information opens the way for self-regulation codes or, more precisely, for private platforms (Google, FB, YouTube, et alii) mark the borderline between right and wrong, good and evil”.

⁸² Si allude alla questione della necessità di riconoscere una diversa configurazione giuridica alle piattaforme digitali, sul filo del diritto costituzionale, da cui scaturirebbe, di necessità, una diversa regolazione delle stesse. Sul punto v. M. MANETTI, *Facebook*, cit., osserva che “dal punto di vista dell’ordinamento generale e del diritto costituzionale in particolare, i social media (...) possono tendenzialmente equipararsi o ad un public forum, come una strada o una piazza messa a disposizione della collettività, che richiede al gestore la più assoluta imparzialità, oppure ad un massmedium, che attribuisce all’esercente il potere di selezionare, nell’esercizio delle proprie libertà di iniziativa economica e di manifestazione del pensiero, i messaggi che gli vengono sottoposti per la pubblicazione”.

condivisibili i dubbi di chi, guardando con preoccupazione alla perdurante attribuzione alle piattaforme di un ruolo “che può essere accostato al law-making”, ravvisa, in un simile modello di auto/coregolazione, “una chiara torsione dell’idea di sovranità, che cessa di configurarsi come concetto riconducibile in toto allo spazio pubblico (..) per diventare invece oggetto di una parziale condivisione tra pubblico e privato, se non di una vera e propria cessione da parte delle autorità statali a favore del settore ICT”⁸³.

⁸³ Così A. VEDASCHI, *Intelligenza artificiale e misure antiterrorismo alla prova del diritto costituzionale*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, 501, richiamata da M. BETZU, *Poteri*, cit., p. 181.