



Privatizzazione della censura e *Internet platforms*: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale

Matteo Monti

La domanda di ricerca di questo saggio concerne quale spazio e tutela debba avere la libertà di espressione degli individui sulle *Internet platforms* e il loro ruolo per lo sviluppo del discorso pubblico e, di conseguenza, per la democrazia. Il saggio si articola in due parti. Nella prima si analizza il problema della privatizzazione della censura sulla Rete nelle sue due variabili: la censura autonomamente predisposta dalle piattaforme, che verrà denominata "censura *de facto*", e la censura legata a normative statali, "censura *de jure*". Nell'analizzare quest'ultima categoria ci si sofferma più che sulla censura a seguito di accertamento giudiziale o amministrativo, ossia la c.d. "censura funzionale", sulla censura "delegata" dallo Stato: una "censura sostanziale" che rimette nelle mani del soggetto privato la valutazione della liceità di un contenuto da rimuovere. Nella seconda parte del saggio si sviluppa invece un inquadramento concettuale di questo tipo di fenomeni e in particolare delle *Internet platforms*, partendo dalle teorie statunitensi per poi cercare di comprendere se e come questi casi di censura andrebbero considerati in riferimento al paradigma dell'art. 21 Cost.

Censura online – Privatizzazione della censura – Libertà d'espressione su Internet – Internet platforms – State action doctrine

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La privatizzazione della censura: la libertà d'espressione sulle Internet platforms – 2.1. La censura *de facto*: le policies e le "condizioni di uso" delle Internet platforms – 2.2. La censura *de jure*: la privatizzazione funzionale e sostanziale della censura – 3. La privatizzazione della censura sulle Internet platforms e il public discourse – 3.1. Una prospettiva dagli Stati Uniti: le Internet corporations e la state action doctrine – 3.2. Privatizzazione della censura e ordinamento costituzionale italiano: problematiche di inquadramento – 4. Conclusioni: qualche riflessione di natura prescrittiva

1. Introduzione

Gli innovativi sviluppi della rete Internet e la sua sempre maggiore incidenza nell'ambito della sfera pubblica e privata richiedono l'analisi di una peculiare problematica che sta assumendo una portata sempre maggiore nell'ambito delle democrazie occidentali: la "privatizzazione" della censura.

Con questa formulazione s'intende il passaggio dalle mani dello Stato a quelle di soggetti privati del compito di controllo sulla diffusione e sulla limitazione delle manifestazioni del pensiero.

Nell'ambito della Rete le *Internet platforms* o piattaforme digitali¹ stanno, infatti, assumendo un ruolo sempre maggiore nell'azione di "rimozione" di contenuti dal web, o meglio, dalle loro stesse piattaforme.

Questo contributo intende analizzare lo slittamento dell'esercizio del potere tipicamente statale della censura verso soggetti privati e altresì gli interrogativi che da questo fenomeno scaturiscono in relazione alla tutela del discorso pubblico e della libertà di espressione. Il *fil rouge* della privatizzazione della censura guiderà questo studio in riferimento

L'A. è dottorando in *Individual Person and Legal Protections* presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa. L'A. ringrazia Paolo Addis, Gian Luca Conti e Guido D'Ippolito per i consigli e i suggerimenti.



a due aspetti in sé correlati: quello della privatizzazione *de facto* della censura, come effettuata da parte delle *Internet platforms*, e quello della privatizzazione *de jure*² che si articola in privatizzazione funzionale e sostanziale³.

Se le *Internet platforms*, come motori di ricerca e social networks, negli ultimi anni hanno incrementato una censura metodica e continua di determinati contenuti considerati non conformi alle proprie policies e termini di servizio (censura *de facto*), di recente si è assistito anche a una discutibile evoluzione delle modalità di controllo dello Stato sui contenuti in Rete; il controllo statale sull'illiceità e la rimozione dei contenuti online è passato dalla mera delega dell'esecuzione della rimozione di contenuti alle *Internet platforms* (privatizzazione *funzionale* della censura) alla delega riguardo le valutazioni sostanziali sulla liceità dei contenuti da eventualmente rimuovere (privatizzazione *sostanziale* della censura).

La domanda di ricerca di questo saggio concerne dunque quale spazio e tutela debba avere la libertà di espressione degli individui su queste *Internet platforms* e il loro ruolo per lo sviluppo del discorso pubblico e, di conseguenza, per la democrazia.

Come è stato dimostrato sia dall'ultimo Rapporto Censis-Ucsi⁴ in tema di informazione sia dal Report promosso dal Consiglio d'Europa sulla comunicazione politica online nelle campagne elettorali⁵, le *Internet platforms*, da Google a Facebook, stanno assumendo la dimensione di un foro pubblico.

Affrontare il tema della privatizzazione della censura nelle sue molteplici sfaccettature e comprendere che tipo di letture dare di questo fenomeno assume, dunque, un significato pregnante.

Per elaborare molte delle considerazioni che si svolgeranno nel corso di questo saggio si farà ampio riferimento a teorie, soluzioni e riflessioni sviluppate nell'ordinamento statunitense. Nella consapevolezza della differenza ontologica spesso ascrivibile al paradigma statunitense in relazione a temi quali la libertà d'espressione, la libertà di iniziativa economica e la regolazione delle Rete e del discorso pubblico, si ritiene che le teorie americane possano essere foriere di interessanti spunti di riflessione e di approfondimento, utili per comprendere la realtà della rete Internet.

Il saggio si articolerà in due parti. Nella prima si analizzerà il problema della privatizzazione della censura sulla Rete nelle sue due variabili: la censura autonomamente predisposta dalle piattaforme, che verrà denominata "censura *de facto*", e la censura legata a normative statali, "censura *de jure*". Nell'analizzare quest'ultima categoria ci si soffermerà più che sulla censura a seguito di accertamento giudiziale o amministrativo, ossia la c.d. "censura funzionale",

sulla censura "delegata" dallo Stato: una "censura sostanziale" che rimette nelle mani del soggetto privato la valutazione della liceità di un contenuto da rimuovere. Nella seconda parte del saggio si svilupperà invece un inquadramento concettuale di questo tipo di fenomeni e in particolare delle *Internet platforms*, partendo dalle teorie statunitensi per poi cercare di comprendere se e come questi casi di censura andrebbero considerati in riferimento al paradigma dell'art. 21 Cost. Le considerazioni saranno orientate a capire se le *Internet platforms* siano tenute al rispetto del diritto alla manifestazione del pensiero come iscritto nelle costituzioni nazionali, senza quindi pervenire alla censura di determinati contenuti espressivi non illegali, o al contrario possano articolare soluzioni tese alla censura di contenuti protetti dagli articoli costituzionali.

Nelle conclusioni si accenteranno maggiormente le considerazioni prescrittive accennate nella parte descrittiva del saggio, prefigurando alcune soluzioni e ulteriori prospettive di analisi.

2. La privatizzazione della censura: la libertà d'espressione sulle *Internet platforms*

Per la prima volta, dopo diversi secoli, il potere statale sul controllo del discorso pubblico vacilla, dischiudendo spazi di azione e dominio per soggetti di natura privata che si ergono a "*new governors*"⁶ dei maggiori luoghi di espressione sulla rete Internet. «Il tema è essenzialmente infrastrutturale: la libertà di espressione dipende dal tipo di infrastrutture che sono utilizzate per rendere accessibile il pensiero e controllare la diffusione del pensiero significa controllare queste infrastrutture»⁷.

La trasformazione è epocale: era probabilmente dai tempi delle corporazioni delle città comunali e rinascimentali che soggetti privati economici non detenevano un così pervasivo potere para-statale sul discorso pubblico, imponendo regole alla circolazione delle idee e limiti a determinate opinioni⁸.

«Today, lawyers at Google, YouTube, Facebook and Twitter have more power over who can speak and who can be heard than any president, judge or monarch»⁹.

D'altronde, lo stesso Mark Zuckerberg ha affermato, che «[i]n a lot of ways Facebook is more like a government than a traditional company. We have this large community of people, and more than other technology companies we're really setting policies»¹⁰.



È abbastanza evidente che il «governo della rete appartiene a una élite: ieri, i matematici dell'IETF, oggi la gioventù bruciante che si ritrova all'imbrunire nelle piscine delle ville intorno alla Silicon Valley»¹¹. A questa egemonia dei soggetti privati sulla Rete si è inoltre affiancata una tensione e una tendenza del potere pubblico ad affidare le valutazioni di merito circa la sussistenza di manifestazioni del pensiero illecite online a questi stessi soggetti, quindi alle poche *corporations* che detengono la maggior parte del mercato¹².

2.1. La censura *de facto*: le policies e le “condizioni di uso” delle *Internet platforms*

Per quanto riguarda la c.d. censura *de facto*¹³, ossia quella forma di censura legata alla *voluntas* delle piattaforme digitali, è necessario svolgere due considerazioni preliminari, fra loro correlate.

La prima è una precisazione assiologica che si rende necessaria: il tipo di censura o moderazione posta in essere dalle piattaforme si riferisce per lo più a contenuti legali, perlomeno negli USA, che tuttavia violano le policies più stringenti delle piattaforme, per esempio in relazione a contenuti violenti, sessuali o odiosi¹⁴. La seconda considerazione è inerente al possibile e consequenziale contrasto delle policies delle piattaforme digitali con il paradigma della libertà di espressione di altri ordinamenti giuridici¹⁵. La concezione di libertà di espressione, spesso assai simile all'estrinsecazione statunitense di questo principio, che queste piattaforme prediligono, sia a causa del luogo di provenienza di queste *corporations* sia per l'influenza dei *First Amendment lawyers* impiegati nelle stesse¹⁶, può essere molto diversa, ad esempio, da quella europea. Si pensi al caso esemplificativo dell'*hate speech* razzista nell'*affaire Yahoo Licra*¹⁷.

Chiariti questi caveat si può evidenziare come da un punto di vista storico le piattaforme digitali abbiano iniziato intorno alla metà degli anni 2000 a sviluppare strumenti di moderazione e policies sui contenuti diffondibili¹⁸, sotto l'impulso di *First Amendment lawyers* come Nicole Wong e Jud Hoffman, in seguito inseriti negli organigrammi aziendali delle *corporations* proprietarie delle maggiori piattaforme.

Le attività di moderazione o censura che si sono sviluppate sono di diverso tipo in quanto possono basarsi su segnalazione degli utenti, su controlli casuali e/o (raramente) su controlli preventivi; possono coinvolgere algoritmi, lavoratori, i c.d. *turkers*¹⁹, o (ancora limitatamente) l'intelligenza artificiale²⁰. Va anche segnalato che in queste attività di controllo e di moderazione sembra essersi consumato il c.d. pas-

saggio dagli *standard* alle *regole*²¹: quest'ultime dovrebbero garantire più adeguatamente i diritti degli utenti sulle piattaforme, ma in realtà non sembrano aver limitato l'arbitrio e la discrezionalità nella scelta dei contenuti da censurare, come si avrà modo di evidenziare. Le attività di moderazione e censura rispondono alle esigenze delle *corporations* di creare un ambiente favorevole per le persone coinvolte nell'utilizzo di queste piattaforme²², ma esprimono anche le tendenze ideologiche delle stesse *Internet platforms*.

«At YouTube, Wong looked to the values of the company in addition to American free speech norms in developing an approach to content moderation. “Not everyone has to be a freewheeling, free speech platform that is the left wing of the left wing party,” she said, referring to Twitter’s unofficial content-moderation policy: “But you get to decide what the tone and tenor of your platform look[] like, and that’s a First Amendment right in and of itself. Yahoo or Google had a strong orientation toward free speech, [and] being more permissive of a wide range of ideas and the way those ideas are expressed, they created community guidelines to set what [users] can come here for, because they want the largest possible audience to join”»²³.

Molto spesso le attività di moderazione sono “arbitrarie” e basate su bilanciamenti di interessi posti in essere e risolti direttamente dalle *corporations* stesse. Per esempio YouTube²⁴ fin dal 2006 ha sviluppato criteri redazionali, spesso affidati a persone fisiche, per valutare l'impatto di un video che trasgredisca le policies in materia di violenza ma sia di importanza per il *public discourse*. Si pensi alla non rimozione di un video sull'impiccagione di Saddam o a quello sulla morte di un manifestante del c.d. Movimento verde iraniano mantenuti online malgrado la violazione delle linee guida sulla violenza e, *a contrario*, alla rimozione del video del pestaggio in cella di un attivista egiziano, poi riattivato a seguito delle proteste di giornalisti, politici e attivisti²⁵.

La discrezionalità e l'elasticità dimostrate nell'applicazione delle policies e dei termini di servizio in relazione alla censura di determinati contenuti si palesa in tutta la sua rilevanza in questi esempi: non solo la policy in esame può sancire quale tipologia di violenza è ammessa e quindi fare una scelta contenutistica, ma anche creare processi di eccezione attraverso *rationales* che si prestano ad essere in parte basati su motivazioni di natura politica. Il *favor* per la non censura di determinati regimi politici rispetto ad altri non può che essere sotteso a scelte discrezionali e ideologiche.

Facebook, invece, ha sviluppato i primi meccanismi di moderazione solo nel 2009, cinque anni dopo



la sua creazione. Le policies alla base dei meccanismi di rimozione (gli standard della Community) prevedono oggi una serie di limiti contenutistici correlati soprattutto all'*hate speech* (inteso in senso molto vago e ricomprensivo anche la blasfemia), al discorso filo terroristico in senso ampio, ai contenuti violenti genericamente intesi, a quelli inerenti scene di nudo o a quelli che esprimono crudeltà o insensibilità²⁶.

Facebook opera attraverso tre catene di moderatori (*tier moderators*), che possono decidere quali contenuti rimuovere, e le sue policies prevedono una serie di contenuti che devono portare il *Tier 3 moderator* a sollevare una "questione di censura" al livello del *Tier 2* e così via.

Fra questi contenuti passibili di rimozione²⁷ vi sono anche messaggi dal marcato orientamento politico come la negazione dell'Olocausto, gli attacchi ad Atatürk, il *flag burning* di bandiere turche, le caricature di gruppi protetti o l'esaltazione del PKK. Alcune di queste limitazioni sono state imposte a Facebook da governi autoritari come condizione per poter continuare a operare nei loro territori, ma l'assenza di un meccanismo di *geoblocking* ha portato Facebook a introiettare i suddetti limiti nelle sue policies generali: così su Facebook sono passibili di censura discorsi politici pro PKK o in favore di Abdullah Ocalan. Sempre in relazione agli *hate speech*²⁸ intesi in senso ampio, Facebook sembra anche aver intrapreso una rimozione orientata degli stessi, censurandoli in maniera diversificata a seconda dei gruppi etnici oggetto di condotte odiose²⁹. Da ultimo, infine, è di un certo interesse e rilevanza la chiusura degli account di determinati leader politici³⁰, di cui un esempio eclatante è il profilo bloccato del presidente ceceno Ramzan Kadyrov, a seguito della imposizione di sanzioni da parte del Governo statunitense.

Un'altra scelta contenutistica è quella della rimozione dei messaggi terroristici e degli account ad essi vicini³¹, a prescindere dal contenuto del video/post/immagine. «If it's the leader of Boko Haram and he wants to post pictures of his two-year-old and some kittens, that would not be allowed» ha affermato Monika Bickert³², capo della gestione delle policy globali.

Facebook ha anche rimosso, ma non è dato sapere se a seguito di un mero errore o volutamente, contenuti omosessuali³³ o immagini di nudo diffuse senza scopo pornografico, come la famosa foto della bambina vietnamita che fuggiva da un attacco al napalm americano (la c.d. *napalm girl*). L'esempio è particolarmente interessante perché riflette anche il livello di discrezionalità con cui Facebook gestisce la censura. Come segnalato dalla dottrina³⁴, in seguito all'episodio di censura della medesima immagine

persino in un post del primo ministro norvegese e in un post del direttore di *Aftenposten* (un giornale norvegese), quest'ultimo scrisse una lettera aperta e ottenne la "riammissione" dell'immagine, accompagnata da una missiva di scuse da parte di Facebook; ciò malgrado ci fossero state migliaia di precedenti istanze analoghe.

L'episodio è esplicativo dell'asimmetria nel potere di reclamo esistente fra personaggi pubblici e *quavis de populo* che risulta difficilmente giustificabile in base al principio di uguaglianza ed esplicita l'esistenza di una libertà di manifestazione del pensiero privilegiata per alcuni soggetti³⁵.

In linea con questa tendenza appare il trattamento di favore che sembra essere stato riservato, per la sua importanza, all'allora candidato alla presidenza americana Donald Trump³⁶, di cui molti post sarebbero dovuti cadere sotto la scure censoria del social a causa dei loro contenuti.

Al contrario, Twitter³⁷ ha sviluppato un approccio iniziale molto più neutro rispetto alle manifestazioni del pensiero dei suoi utenti³⁸, non solo non ponendo in essere operazioni di moderazione contenutistica e quindi di censura privata, ma anche resistendo a pressioni governative volte a ottenere la rimozione di determinati contenuti³⁹.

Il social network di San Francisco ha tenuto fede alla sua volontà di essere "the free speech wing of the free speech party"⁴⁰, fino all'avvento della nuova General Counsel, Vijaya Gadde, che ha espresso una nuova visione del social più attenta ai rischi di *silencing* dei soggetti deboli⁴¹. Negli ultimi anni questo ha portato Twitter a sviluppare meccanismi di contrasto all'*hate speech*, tramite la proibizione nelle sue policies di molte forme di discorsi odiosi: da quelli basati sui credi religiosi fino a quelli basati sull'identità di genere, sull'età o sulla disabilità. Tuttavia la più recente policy di Twitter sembra essere quella di rimuovere contenuti solo su richiesta e qualora vi sia la violazione di una legge statale⁴²: da ultimo anche Twitter ha rimosso diversi account pro ISIS a prescindere dalla legislazione dei paesi interessati.

Per quanto riguarda i motori di ricerca, le policies degli stessi evidenziano chiaramente le scelte ideologiche che ne guidano l'azione, sia nella rimozione di determinati contenuti (deindicizzazione) sia nel formulare algoritmi⁴³ che ne sfavoriscano la visibilità.

In quest'ultimo caso si può, invero, parlare di censura *indiretta* di quei siti relegati e confinati alle ultime pagine della search. Come evidenziato⁴⁴, infatti, i siti ricompresi dalla seconda pagina in poi della risposta alla query sono raramente visualizzati da un internauta.



In relazione a questi meccanismi di censura privata serve dare conto di come, ad esempio, Google abbia sviluppato in base a vari parametri *whitelists* e *blacklists* di siti che non indicizza⁴⁵ e abbia effettuato opere di censura indiretta di siti di *fake news*⁴⁶ e negazionisti⁴⁷. Di recente sembra che il motore di ricerca di Mountain View abbia anche intrapreso una lotta serrata al terrorismo jihadista⁴⁸.

Un esempio eclatante della censura privata posta in essere dai motori di ricerca è emerso nel caso giudiziale *Zhang v. Baidu.com Inc* in cui si rilevò come il motore di ricerca avesse deindicizzato determinati contenuti politici avversi al regime comunista cinese⁴⁹.

Da ultimo, serve rilevare che un ruolo importante nella censura *de facto* è rivestito anche da ragioni economiche⁵⁰ e/o da pressioni di natura economico-sociale⁵¹, e ciò pone notevoli problematiche in relazione alla libertà di espressione, potendosi prefigurare e in taluni casi addivenire alla censura delle idee espresse dalle minoranze.

Non si può, quindi, non concordare con chi in dottrina ha rivelato come i legali e i manager delle *Internet corporations* «exercise far more power over speech than does the Supreme Court»⁵², anche perché le categorie usate dalle policies sono vaghe e generiche: per esempio «Platforms' definitions of hate speech can be stretched to cover all forms of disfavored content including political dissent»⁵³.

2.2. La censura *de jure*: la privatizzazione funzionale e sostanziale della censura

A fianco della censura *de facto* autonomamente predisposta dai giganti della Rete, si è sviluppata una censura *de jure* che conduce gli Stati ad avvalersi delle piattaforme digitali per regolamentare il discorso pubblico online in ossequio alle normative vigenti sui rispettivi territori nazionali.

Questa prospettiva, che aggiunge alle policies delle *Internet platforms* le regole proprie del *free speech* di ogni ordinamento giuridico, ha trovato spazio fin dall'*affaire Yahoo Licra*: in Italia questo tipo di censura geolocalizzata è stata ben esplicitata nel caso *Stormfront*⁵⁴.

Oggi il *geoblocking* permette, infatti, di assecondare questo tipo di istanze nazionali, senza imporre censure territorialmente orientate a tutto il globo: a questo proposito appare rischiosa la pretesa del garante francese di deindicizzare un contenuto lesivo del «diritto all'oblio» non solo in relazione a *google.fr* ma all'intero motore di ricerca. La questione, successivamente sollevata dal Consiglio di Stato francese davanti alla Corte di giustizia dell'Unione

europea⁵⁵, rappresenterà sicuramente un punto di svolta interessante, confermando la natura territoriale del diritto Ue o espandendone la portata al di fuori dei confini europei. Per quest'ultima posizione si è espresso in un recente provvedimento anche il Garante italiano della privacy⁵⁶.

Come si accennava, in riferimento alla censura privata *de jure* serve rilevare la sussistenza di due *species* di questo *genus*: la censura privata *funzionale*, ossia quella imposta dallo Stato a seguito di un controllo di natura giudiziale/amministrativo, e la censura privata *sostanziale*, ossia quella in cui il bilanciamento fra libertà di espressione e altri beni giuridici viene delegato dallo Stato direttamente alle piattaforme digitali.

La prima categoria rileva limitate problematiche costituzionali passando l'accertamento per il controllo di un giudice: a tal riguardo si può brevemente dare conto di una serie di tecniche sorte nel nostro ordinamento per limitare la diffusione di contenuti illeciti online. In assenza di una normativa specifica⁵⁷ inerente la rete Internet, si sono sviluppate una serie di discipline legate ad ambiti peculiari.

Per esempio in materia di pedopornografia, il *Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia* (art. 14-bis l. n. 269/1998) fornisce una lista di siti pedopornografici agli ISP affinché essi rimandino gli internauti a delle pagine di stop. La blacklist dovrebbe essere aggiornata con l'inserimento e la rimozione di siti in base alla presenza di contenuti pedopornografici. Le suddette operazioni si svolgono sotto il controllo dell'autorità giudiziaria.

Un altro esempio di censura funzionale nel nostro ordinamento concerne l'oscuramento dei siti terroristici ex art. 2 l. n. 43/2015; le più recenti normative anti-terrorismo hanno, infatti, previsto la formulazione, da parte dell'*organo del Ministero dell'interno per la sicurezza e per la regolarità dei servizi di telecomunicazione*, di una blacklist di siti in cui si perpetuino condotte attinenti agli articoli 270-bis e 270-series c.p. La suddetta blacklist viene trasmessa ai fornitori di connettività che inibiscono l'accesso ai siti: è inoltre possibile che un pubblico ministero chieda direttamente ai fornitori di servizi di cui all'articolo 16 del d.lgs 30/2007 di provvedere alla rimozione di contenuti terroristici.

Una misura analoga è poi quella della trasmissione agli ISP da parte dell'autorità amministrativa dei monopoli di Stato di una blacklist di siti di scommesse che non siano dotati di autorizzazione (art. 1 legge di bilancio n. 296/2006).

Interessante, infine, era la disciplina che prevedeva in capo al Garante della privacy il compito di bilanciare il diritto all'oblio con la libertà d'infor-



mazione, che si esplicitava nella facoltà di ordinare la deindicizzazione di determinati contenuti qualora non sussistesse l'interesse pubblico alla conoscibilità di una determinata informazione⁵⁸. Questa disciplina è stata trasfigurata dal caso *Google Spain*, di cui si darà conto successivamente, che ha surrettiziamente contribuito alla privatizzazione sostanziale della censura, deputando i compiti di bilanciamento fra libertà di espressione e diritto all'oblio/privacy direttamente in capo alle piattaforme digitali.

A queste attività di rimozione di contenuti basate su legislazioni specifiche si devono poi aggiungere gli strumenti processuali di natura generale, che sono stati utilizzati ad esempio per richiedere a Facebook la rimozione di post diffamatori⁵⁹, anche in pendenza di processo, o per imporre l'oscuramento di un sito come misura cautelare⁶⁰.

Le misure censorie sviluppate nella c.d. censura privata *funzionale* sono dunque soggette a un controllo giudiziale che assicura il corretto bilanciamento fra libertà di espressione e tutela di altri beni giuridici.

Questo bilanciamento invece sembra mancare, o meglio essere affidato a soggetti privati, nel caso della c.d. censura *sostanziale*.

Nella più recente esperienza italiana ed europea stanno, infatti, proliferando legislazioni e disegni di legge tesi alla delega alle piattaforme digitali del bilanciamento fra diritti fondamentali degli individui e libertà di espressione.

L'ambiente europeo⁶¹ è stato foriero di questi interventi volti alla "delega" di funzioni parastatali alle *Internet platforms*, innanzitutto per mano della Corte di giustizia.

Nel noto caso *Google Spain* la Corte di giustizia ha, difatti, affidato alle *Internet platforms* il compito di valutare l'interesse pubblico al mantenimento in Rete di una notizia rispetto alle richieste di diritto all'oblio da parte degli utenti: il bilanciamento fra interesse pubblico alla conoscenza e diffusione dell'informazione e interesse individuale alla rimozione di notizie private e personali viene quindi interamente svolto da un attore privato⁶². Il risultato è che «Google is operating much like a government agency with numerous responsibilities, including quasi-lawmaking, quasi-adjudicative, and quasi-enforcement powers»⁶³ nella sfera del diritto all'oblio. L'art. 17 del GDPR sembra non intaccare questa struttura, anche se bisognerà attendere le sue prime applicazioni pratiche per poterne valutare appieno impatto e portata.

Un altro esempio interessante di questa tendenza, anche se ancora *in fieri*, è il c.d. *Codice di condot-*

ta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio online dell'Unione europea⁶⁴.

Si tratta di uno strumento non vincolante⁶⁵ che afferma la necessità di rimuovere, su segnalazione di soggetti privati, determinati contenuti considerati odiosi in base alle disposizioni europee e alle policies delle *Internet platforms*⁶⁶.

Il Codice impone alle aziende informatiche di vagliare entro 24 ore le segnalazioni degli utenti, di rimuovere i contenuti odiosi e di promuovere nelle proprie linee guida i valori sottesi alla legislazione antidiscriminatoria. L'ultimo Report⁶⁷ del gennaio 2018 sull'applicazione del Codice segnala un controllo entro le 24 ore dell'81% dei contenuti odiosi segnalati e una rimozione del 70% degli stessi, in netta crescita rispetto alle precedenti scansioni sulla rimozione di contenuti (59% maggio 2017 e 28% dicembre 2016). Il totale delle istanze a cui si è risposto corrisponde al 68,9% delle richieste, con un ruolo trainante di Facebook rispetto a Twitter e Youtube.

Nonostante la Commissione⁶⁸ abbia evidenziato che il Codice non affida alle *Internet platforms* il bilanciamento fra espressione odiosa e lecita manifestazione del pensiero e non vi sia dunque la delega di un potere legislativo: «Yet, a thorough analysis of the Code reveals that the mechanics of operationalizing the Code does indeed give the IT Companies legislative, enforcement, and adjudicative powers in regulating online hate speech»⁶⁹. Sono, di fatto, le *Internet platforms* ad aver sviluppato le operazioni di bilanciamento fra condotte espressive e *hate speeches* censurabili in base al Codice⁷⁰: i controlli periodici effettuati sulle rimozioni sono, infatti, controlli di tipo quantitativo e non qualitativo⁷¹. Quindi il Codice «puts companies – rather than the courts – in the position of having to decide the legality of content»⁷².

Da ultimo serve anche evidenziare come le IT companies abbiano sviluppato guidelines molto più stringenti di quelle imposte dal Codice, ingenerando un gap con la legislazione Ue⁷³.

Per quanto riguarda il nostro paese, il trend di delega alle *Internet platforms* dei poteri censori sembra trovare conferme concrete nell'attuale legge sul cyberbullismo, l. n. 71/2017, che, all'art. 2, prevede una procedura di *notice&takedown*⁷⁴ che delega alle *Internet platforms* l'individuazione dei comportamenti rientranti nella dizione di cyberbullismo e la loro distinzione da quelli inquadrabili come espressione non illecita del pensiero.

In base al disposto dell'art. 2 il minore *ultraquattordicenne* o il genitore/tutore possono inviare una richiesta di rimozione/oscuramento di un contenuto rientrante nella fattispecie del cyberbullismo «al ti-



tolare del trattamento o al gestore del sito internet o del social media»: quest'ultimo sarà tenuto alla rimozione del contenuto se rientrante nella categoria del cyberbullismo; in assenza di riscontro entro 24 ore si prevede la possibilità di sollecitare l'intervento del Garante Privacy. L'art. 3 della legge in esame prevede, poi, 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 che forniscono servizi di social networking e gli altri operatori della rete internet», il quale servirà per precisare e fornire un prospetto dettagliato delle procedure relative alle istanze di cui all'art. 2.

Questa impostazione segue un percorso già individuato da altre disposizioni proposte in materia di fake news. Sia il d.d.l. Gambaro⁷⁵ che il d.d.l. Zanda-Filippin⁷⁶ istituivano, infatti, procedure analoghe: il primo (Atto Senato n. 2688, XVII Legislatura) prevedeva all'art. 5 la possibilità di richiesta di rimozione dei contenuti diffamatori (con possibile ricorso al giudice in caso di diniego) e all'art. 7 l'obbligo di monitoraggio e di rimozione di contenuti falsi da parte delle *Internet platforms*; il secondo (Atto Senato n. 3001, XVII Legislatura) era teso, ex art. 2, a imporre la rimozione da parte dei social networks di contenuti integranti determinati reati (enumerati all'art. 1) e prevedeva, nel caso di richiesta di rimozione proposta da un utente privato, l'assegnazione di una piena discrezionalità sulla valutazione di merito alle *Internet platforms*, passibili di essere soggette a onerose sanzioni amministrative in caso di mancato adempimento (art. 7).

La delega di poteri censori alle *Internet platforms* conduce in tutti i casi a due principali questioni di rilievo e che meritano in quest'ambito di esser affrontate: il rischio di una rimozione totale di ogni contenuto contestato e il rischio di operazioni di c.d. *silencing* da parte delle *Internet platforms* stesse.

In primo luogo, come rilevato dalla dottrina⁷⁷, affidare questo ruolo di valutazione di merito a soggetti privati, che si considerano – preme ricordarlo – ancora semplici agenti economici, può condurre gli stessi a modulare le proprie risposte in conformità alle pulsioni economiche ritenute più efficienti, senza la garanzia che questo sia eziologicamente corrispondente al corretto bilanciamento fra diritti e interessi sotto-stanti. La policy interna sulla rimozione di un contenuto, in assenza di controlli pubblici, potrebbe essere quella dell'accoglimento di quasi tutte le richieste al fine di evitare successive contestazioni⁷⁸: s'impo-verirebbe così notevolmente il discorso pubblico, privandolo di opinioni, critiche e informazioni.

In secondo luogo, l'affidare alle *Internet platforms* questo compito condurrebbe a limitare gli spazi di dibattito in quegli ambienti quali Facebook, Google, etc. che sempre di più stanno emergendo come arene pubbliche in cui circola la comunicazione politica, l'informazione, il diritto di critica e le più disparate interazioni personali.

3. La privatizzazione della censura sulle *Internet platforms* e il *public discourse*

«I social media sono diventati il luogo in cui è possibile esercitare la libertà di manifestazione del pensiero in ogni sua declinazione, con una facilità e una rapidità assolutamente sconosciute a ogni altro periodo della storia. Il discorso democratico ha traslocato in questo nuovo mondo che sta progressivamente affiancandosi alle forme più tradizionali di esercizio della libertà di manifestazione del pensiero»⁷⁹.

«E questo lo sarà sempre più a partire dalla prossima generazione, che sta crescendo e formandosi alimentata da Facebook, Twitter, You Tube, web communities (...) e continue evoluzioni»⁸⁰.

Nel quadro sistemico del peso assunto dalle *Internet platforms* e dalla «networked public sphere»⁸¹ per la democrazia e il dibattito pubblico⁸², qualche osservazione sui fenomeni della privatizzazione della censura non può mancare.

Da questa prospettiva visuale non appare, come invece suggerito da una parte della dottrina statunitense⁸³, che le diverse piattaforme abbiano aperto un mercato delle regole, permettendo agli utenti di scegliere quelle a loro più affini e congeniali, in quanto i dati empirici e il numero limitato di piattaforme sembrano far supporre che «there is no competition between social media platforms themselves, as Post suggests, because they are complementary, not substitute, goods»⁸⁴.

La censura *de facto* e la censura *de jure* sostanziale, che come si è visto è esente da qualsiasi forma di controllo sull'arbitrio e sulla discrezionalità delle scelte operate dalle piattaforme, conducono a sollevare un interrogativo fondante: è necessario garantire la libertà di espressione anche sulle *Internet platforms* come diritto fondamentale?

Dal punto di vista prescrittivo la risposta positiva a questo interrogativo transita però per l'inquadramento di questi agenti privati nello scenario del diritto costituzionale. Dall'angolatura prospettica descrittiva tale interrogativo risulta di difficile soluzione nell'ordinamento italiano, tuttavia qualche spunto di riflessione può giungere da quello statunitense.



Garantire la tutela della libertà di espressione come diritto fondamentale anche rispetto alle piattaforme digitali significa non di meno far coincidere la concezione di libertà di espressione iscritta nelle costituzioni con quella contenuta nelle policies delle *Internet platforms*, perlomeno nella prospettiva dell'impossibilità di censurare idee politicamente sgradite.

3.1. Una prospettiva dagli Stati Uniti: le *Internet corporations* e la *state action doctrine*

Negli Stati Uniti un'interessante ricostruzione dottrinale⁸⁵ ha avanzato l'ipotesi di poter considerare le *Internet platforms* come "fori pubblici", in base alla c.d. *state action doctrine*.

La teoria in oggetto è stata sviluppata nell'ordinamento americano a seguito della sentenza *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946), nella quale la Corte Suprema sancì che in determinati casi un privato possa essere tenuto al rispetto della libertà garantita dal Primo Emendamento esattamente come fosse un ente pubblico. Il caso prendeva spunto da una particolare pratica urbanistica statunitense che era quella della costruzione delle c.d. *company towns*, città edificate e di proprietà di imprese private. In uno di questi agglomerati abitativi la sig.ra Marsh iniziò a distribuire materiale religioso, ma fu redarguita prima e censurata poi dagli addetti alla sicurezza della cittadina, in quanto la condotta della sig.ra Marsh non era consentita dai regolamenti aziendali. In una decisione chiara (5-3) la Corte Suprema riconobbe *in primis* che la proprietà privata «does not always mean absolute dominion» e *in secundis* che la funzione pubblica di quel determinato spazio rispetto alla vita della comunità imponeva di tutelare la libertà di espressione: «the public in either case has an identical interest in the functioning of the community in such manner that the channels of communication remain free»⁸⁶.

In una successiva decisione la Corte Suprema ha avuto modo di specificare come questa imposizione ai soggetti privati delle regole del Primo Emendamento dovesse essere attentamente vagliata rispetto al caso concreto. Nella sentenza *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972)⁸⁷ la Corte Suprema ha avuto modo, rovesciando la statuizione della Corte d'appello del Nono Circuito, di evidenziare che il divieto di distribuire manifesti contro la guerra in Vietnam, messo in atto da un grande *mall*, non era lesivo della libertà d'espressione dei contestatori, avendo essi accesso ad altri luoghi pubblici nelle vicinanze e, quindi, a mezzi alternativi di diffusione

del pensiero altrettanto efficaci⁸⁸. Come poi affermato nella sentenza *Hudgens v. NLRB*, 424 U.S. 507 (1976) per addivenire all'inquadramento come *state actor* di un soggetto privato è necessario che lo stesso svolga le medesime funzioni di controllo di un governo o di una municipalità e che non esistano alternative altrettanto efficaci per la diffusione delle idee censurate dallo stesso⁸⁹.

Queste sentenze risultano di particolare interesse perché permettono un'analisi della Rete in relazione ai limiti alla libertà di espressione imposti da soggetti privati che detengano poteri censori. Sviluppando un parallelismo fra urbanistica e rete Internet, si potrebbe, infatti, giungere a un inquadramento delle piattaforme digitali sotto la *state action doctrine*.

Se la particolare struttura dell'urbanistica americana ha portato spesso ambienti privati (come le *company towns* o i grandi *malls*) ad assumere valenza di fori pubblici, si può dire altrettanto delle *Internet platforms*⁹⁰? Esattamente come Facebook o Google, il *Lloyd Center* aveva compiuto (anche prima del volantinaggio dei pacifisti anti-guerra del Vietnam oggetto della sentenza *Lloyd Corp. v. Tanner*) determinate scelte ideologiche dal punto di vista contenutistico, da una parte permettendo le attività della *American legion*, della *Salvation Army*, dei *Volunteers of America* e dei candidati presidenziali di entrambi i principali partiti, dall'altra vietando le manifestazioni della *March of Dimes* e della *Haddassah*. Tuttavia, nel caso del grande *mall* vi era la possibilità di accedere a mezzi di comunicazione altrettanto efficaci, come piazze pubbliche e strade. Ci si potrebbe, invece, chiedere se vi sia qualcosa nell'Internet al di fuori delle grandi *Internet platforms* o se esse non assomiglino di più alla *company town* del caso *Marsh v. Alabama*. Quale visibilità ha, infatti, chi è escluso da Facebook, Google e Youtube? Inoltre, le *Internet platforms*, nel censurare determinati contenuti, non stanno svolgendo un ruolo "parastatale" simile a quello richiesto dalle sentenze in esame?

Prima dell'avvento pervasivo delle piattaforme digitali, la giurisprudenza statunitense aveva escluso l'applicazione alle stesse della *state action doctrine*⁹¹, ma l'attuale penetrazione mediatica delle *Internet platforms* potrebbe oggi condurre a cambiare la prospettiva adottata in passato. A supporto di questa possibilità si può rilevare che la stessa Corte Suprema nella sentenza *Packingham v. North Carolina*⁹² ha affermato «[t]he forces and directions of the Internet are so new, so protean, and so far reaching that courts must be conscious that what they say today might be obsolete tomorrow»⁹³.

La sentenza *Packingham v. North Carolina* sembra, peraltro, poter riesumare la teoria degli *state*



actors in relazione alle *Internet platforms*. Nella sentenza la Corte Suprema statunitense ha dichiarato l'incostituzionalità di una legge dello stato della North Carolina che impediva l'iscrizione su Facebook ai c.d. *registered sex offenders*; il giudice Stevens ha sancito che impedire l'«access to social media altogether is to prevent the user from engaging in the legitimate exercise of First Amendment rights». Per quello che in questa sede interessa il *rationale* evidenziava come Facebook si connoti per essere una «modern public square» e «perhaps the most powerful mechanisms available to a private citizen to make his or her voice heard».

Il problema, come rilevato⁹⁴, è comprendere quanto la garanzia dell'accesso sancita dalla *Packingham* possa essere estesa alla tutela della libertà di espressione sulle *Internet platforms*. Certo è che il riconoscimento del ruolo delle piattaforme come il «più potente meccanismo nelle mani del privato per far sentire la propria voce» sembra andare nella direzione di ravvisare nelle piattaforme digitali un foro pubblico o canale democratico al quale esistano ben poche alternative, riecheggiando i prerequisiti per l'applicazione della *state action doctrine*.

Un'ulteriore decisione (un *declaratory judgment*) che potrebbe orientare verso una considerazione di tal tipo riguarda un caso leggermente diverso, relativo all'individuazione di un foro pubblico (governativo) nelle *Internet platforms*. Un giudice distrettuale di New York ha, infatti, ritenuto inquadrabile come foro pubblico sotto il controllo del governo lo spazio interattivo del profilo Twitter @realDonaldTrump⁹⁵ del Presidente degli Stati Uniti, ritenendo che esso non potesse censurare (bloccare) utenti discrezionalmente («viewpoint discrimination») in quanto essi avevano il diritto di esprimersi in quella sede⁹⁶.

La decisione da un lato individua un social network (Twitter) come foro pubblico e dall'altro rileva l'applicabilità dei diritti sanciti dal Primo Emendamento alla rete Internet, ritenendo che anche una attività in linea con le policies di Twitter (il bloccare determinati utenti da parte di un altro utente) possa essere lesiva dei diritti fondamentali statunitensi.

3.2. Privatizzazione della censura e ordinamento costituzionale italiano: problematiche di inquadramento

Partendo dalle considerazioni derivabili dalla giurisprudenza statunitense si potrebbe tentare di comprendere quale dimensione assume nell'ordinamento costituzionale italiano il problema della privatizzazione della censura. All'interno dello stesso serve, infatti, rilevare l'assenza di una *state action doctrine*

ne; questo *vacuum* è probabilmente dovuto alla caratterizzazione storica urbanistico-architettonica degli spazi pubblici delle nostre città, che non hanno mai portato alla necessità di tutelare e garantire la presenza di un foro pubblico negli ambienti privati, come invece avvenuto negli Stati Uniti dei grandi *malls* o delle *company towns*.

Il nostro ordinamento si trova dunque sprovvisto di una categoria giuridico-costituzionale che possa inquadrare il fenomeno delle *Internet platforms* come foro pubblico *de facto* e ciò appare problematico perché nello spazio della Rete sembra, per l'appunto, assente la dimensione pubblica, ormai completamente occupata da grandi e potenti agenti privati con le loro regole e i loro limiti alla circolazione delle idee. La rete Internet, infatti, assomiglia a un piano urbanistico composto da tante *company towns*, ossia motori di ricerca e social networks.

Serve, allora, innanzitutto tentare di inquadrare il fenomeno delle *Internet platforms* dal punto di vista costituzionale.

La dottrina al riguardo ha ventilato un possibile inquadramento delle *Internet platforms*⁹⁷, nello specifico i social network ma si potrebbe aggiungere anche i motori di ricerca, nell'ambito delle formazioni sociali⁹⁸. In particolare, questi nuovi attori privati potrebbero essere individuati anche nella *species* delle organizzazioni di tendenza⁹⁹, avendo un chiaro afflato ideologico, iscritto, come si è avuto modo di vedere, nei c.d. termini di servizio o policies¹⁰⁰. L'individuazione delle *Internet platforms* come formazioni sociali, *rectius* organizzazioni di tendenza, imporrebbe, ex art. 2 Cost., l'imputazione in capo alle stesse di quei diritti inviolabili non ontologicamente legati all'uomo¹⁰¹ e fra questi la libertà di manifestazione del pensiero¹⁰², come riconosciuto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 126/1985. Il portato di questo inquadramento sarebbe la possibilità per le piattaforme di limitare le manifestazioni del pensiero dei propri consociati (gli utenti), nel limite della loro non adesione all'ideologia delle stesse¹⁰³ (i termini di servizio), rendendo legittimo anche forme di sanzione delle espressioni contrarie (la rimozione di post per i social networks, l'algoritmo sfavorevole per i motori di ricerca) fino all'esclusione dall'organizzazione¹⁰⁴ (la disabilitazione dell'account per i social networks, la deindicizzazione di un sito per i motori di ricerca). In questa prospettiva, dunque, difficilmente si potrebbe ritenere di poter applicare una dottrina della neutralità ideologica alle *Internet platforms*, risultando probabilmente legittima la censura di contenuti da loro effettuata. Rimanendo nel solco dell'inquadramento delle piattaforme digitali come formazioni sociali bisognerebbe comprendere se, se-



guendo una determinata ricostruzione dottrinarina, si potrebbero escludere le stesse dal novero delle formazioni sociali in quanto mere imprese commerciali¹⁰⁵ oppure, aderendo ad altre teorie dottrinali, si potrebbe tentare di valorizzare il ben noto collegamento fra svolgimento della personalità e dignità umana all'interno delle formazioni sociali e la «partecipazione alla vita collettiva» o alla «volontà generale»¹⁰⁶.

In alternativa a tale ricostruzione delle *Internet platforms* in chiave di formazioni sociali, si potrebbero sviluppare altri inquadramenti del fenomeno per garantire sulle stesse la tutela della libertà di espressione degli individui.

In primis, si potrebbe valutare l'inquadramento delle piattaforme digitali come mass media. Ciò, richiamandosi alla disciplina della *par condicio* in materia elettorale, permetterebbe la tutela del pluralismo interno, come ben esplicitato dalla Corte costituzionale in materia televisiva¹⁰⁷. Proprio in relazione al mezzo televisivo la Corte costituzionale affermò anche la necessità di una sua regolamentazione date la pervasività e l'incidenza di questo strumento sul discorso pubblico¹⁰⁸. Da questa affermazione e dalla esigenza di garanzia del pluralismo interno nei periodi del monopolio pubblico¹⁰⁹ si potrebbe forse dedurre anche la necessità di regolamentare le *Internet platforms* in senso pluralista, data la massiccia occupazione degli spazi di comunicazione da parte di un numero esiguo di piattaforme.

In secundis, una più interessante e convincente ricostruzione, maggiormente in linea anche con la prospettiva americana, potrebbe, invece, essere quella di considerare le *Internet platforms* come luoghi aperti al pubblico¹¹⁰ in cui non sia impedibile la libertà di riunione, che, come ricordato da autorevole dottrina¹¹¹, si collega direttamente alla libertà di espressione. In questo senso pare essere parzialmente andata la giurisprudenza di legittimità¹¹², nel riconoscere, al fine dell'applicazione dell'art. 660 c.p., che «Facebook va considerato un luogo aperto al pubblico, in quanto luogo virtuale (piazza immateriale) aperto all'accesso di chiunque utilizzi la rete. Secondo i giudici della Cassazione, si tratterebbe di un'interpretazione estensiva «che la lettera della legge non impedisce di escludere dalla nozione di luogo e che, a fronte della rivoluzione portata alle forme di aggregazione e alle tradizionali nozioni di comunità sociale, la sua ratio impone, anzi, di considerare»¹¹³. La conseguenza¹¹⁴ di tale inquadramento delle *Internet platforms* potrebbe condurre all'applicazione del solo limite dell'ordine pubblico materiale alle riunioni (sui social o sui motori di ricerca), rendendo impossibile l'applicazione di scelte orientate come quelle dei termini di servizio e, in generale, impendendo l'ap-

plicazione di una censura privata non legata ai limiti previsti dall'ordinamento italiano¹¹⁵. Nell'interpretare questi luoghi non fisici nel paradigma di luoghi privati aperti al pubblico serve considerare l'avanzamento del principio di non discriminazione nell'ambito del diritto privato e contrattuale¹¹⁶, che potrebbe risultare il cavallo di troia per impedire alle *Internet platforms* di discriminare determinati contenuti ideologici rispetto ad altri e garantire la difesa della libertà di espressione. La questione è di particolare attualità a causa del ruolo monopolistico che queste piattaforme stanno andando a rivestire; «la trasformazione di una piazza pubblica in un caffè all'aperto, è un problema solo se il caffè all'aperto occupa l'intero spazio della piazza pubblica: se il luogo in cui si organizza il libero mercato delle idee diventa un luogo privato, in cui taluno ha il potere di ammettere solo certe idee e di escluderne altre seguendo un arbitrio troppo vicino ai sentimenti della propria capitalizzazione per essere in buona fede»¹¹⁷.

In conclusione, il dilemma della qualificazione delle *Internet platforms* risulta di difficile risoluzione, salvo, forse, nell'ambito di quella *species* particolare che è la libertà di informazione. In questo ambito anche l'eventuale inquadramento delle *Internet platforms* come formazioni sociali, analogamente alle testate giornalistiche, non esenterebbe le stesse da determinate scelte contenutistiche¹¹⁸; al contrario, in tutte le altre sfere della libertà di pensiero la strada per la tutela del pluralismo e la limitazione della censura privata, in ambiti di così importante rilievo per il discorso pubblico e la democrazia, risulta di difficile ricostruzione.

Sfugge, infatti, il parametro costituzionale o le decisioni della Corte a cui aggrapparsi per poter garantire una pluralità di idee (soprattutto politiche) sulle *Internet platforms*. In aggiunta, l'attuale tendenza che sta conducendo il legislatore a delegare la censura direttamente alle stesse *Internet platforms* aggrava il *vulnus* che si sta creando sulla Rete, impattando sulla libertà degli internauti e determinando asimmetrie e limiti *content-based* insostenibili.

Qualche tenue appiglio per la tutela dei diritti degli internauti, nei limiti del suo valore di normativa interposta alla Costituzione, potrebbe giungere dall'applicazione dell'art. 10 della Cedu in relazione alla garanzia della libertà di espressione rispetto alle regole dei soggetti privati¹¹⁹, anche in assenza di una teoria simile a quella statunitense della *state action doctrine*.



4. Conclusioni: qualche riflessione di natura prescrittiva

«Today, we are in an era when digital platforms such as Twitter – not newspapers or handbills or pamphlets – are the main mediums for speech. The speech on Google, YouTube, WordPress.com, Facebook, Tumblr, Twitter, Dropbox, Wikipedia, Pinterest, Yelp, and many other sites comes almost exclusively from users, not employees»¹²⁰.

Le evoluzioni della rete Internet hanno portato i più attenti autori ad abbandonare l'approccio ottimista, che sottolineava le "possibility of democratic culture"¹²¹ della Rete stessa, per approdare a un pensiero più scettico e sicuramente più consapevole dei rischi per le democrazie correlati al controllo privato della Rete e dei suoi strumenti¹²². Se, infatti, la Rete nasceva come strumento perfetto per garantire un vastissimo pluralismo esterno, che portò la dottrina¹²³ a concentrarsi sulla necessità di tutelare un accesso alla stessa senza preoccuparsi di quello che al suo interno avveniva, oggi l'acquisizione di un larghissimo spazio di mercato da parte di poche *Internet platforms* ha messo in crisi l'assunto alla base delle considerazioni libertarie di molti autori.

Dalla nascita del web 2.0. la prospettiva appare quindi rovesciata, passando dalla necessità di garantire il cyberspazio a quella di garantire i diritti degli internauti: «sono i cittadini della realtà che non possono non chiedere ai propri governi di intervenire per impedire che le entità universalizzanti giochino un ruolo potenzialmente letale per lo spazio democratico»¹²⁴. Oggi appare, dunque, necessario pensare e formulare regole da poter imporre a Internet: ciò non significa attentare alle libertà democratiche¹²⁵, ma al contrario difendere le stesse rispetto a *new governors* non statali e poco trasparenti, quali appaiono le *Internet platforms*. «La privatizzazione della censura appare irragionevole sul piano dei principi costituzionali: non solo la censura è costituzionalmente inconcepibile se non in casi limitatissimi, negli schemi del diritto costituzionale d'occidente, e oggetto di una riserva di legge e di una riserva di giurisdizione, ma immaginare che si possa affidare la censura a organizzazioni private secondo modelli che ricordano lo scandirsi orizzontale del principio di sussidiarietà appare impossibile»¹²⁶.

L'aumento della privatizzazione della censura, sia *de facto* sia *sostanziale*, così come precedentemente descritta e individuata, conduce a interrogarsi sul se e come tutelare il diritto fondamentale alla libertà di espressione degli internauti rispetto alle *Internet platforms*. Se, da questo punto di vista, l'ordinamento statunitense, per ragioni storiche legate al-

la nascita di fenomeni simili di privatizzazione della censura, ha già affrontato e concettualizzato il tema nella prospettiva della libertà tutelata dal Primo Emendamento, l'ordinamento italiano potrebbe forse richiamarsi al principio di pluralismo in attesa di un intervento legislativo o di una azione da parte della Corte costituzionale che possa fornire le coordinate per affrontare lo scabroso tema in esame.

Tuttavia, la linea di tendenza inaugurata in materia di delega della censura a livello europeo, ripresa anche a livello nazionale, non sembra ben augurante. Se, infatti, il controllo dei contenuti online è necessario e legittimo è la censura delle condotte espressive illecite, la soluzione non può essere quella della privatizzazione della censura stessa. Meccanismi più idonei alla tutela dei diritti fondamentali degli internauti sembrano quelli ascrivibili alla c.d. privatizzazione della censura *funzionale*, nella quale il ruolo determinante nel controllo di merito rimane nelle mani dello Stato. In tal senso procedure di *co-regulation*¹²⁷ potrebbero essere la più auspicabile soluzione per contemperare ragioni economicistiche¹²⁸ (correlate alla delega ad operare alle *Internet platforms*) e ragioni sostanziali (il rispetto dei diritti fondamentali degli individui e la protezione del discorso pubblico).

Ovviamente una siffatta soluzione, che porterebbe alla territorializzazione delle policies delle *Internet platforms*, potrebbe funzionare nei limiti delle capacità tecniche del *geoblocking*¹²⁹. La fattibilità tecnica dei meccanismi di *geoblocking* e di territorializzazione sembra applicabile oltre che alle *Internet platforms* che ne fanno già uso, come Google, YouTube etc., anche per quelle che ancora non lo fanno, come Facebook¹³⁰.

«Il diritto negativo dei social media si compone di regole di relazione che coesistono apparentemente col diritto posto, ma di fatto operano due diritti e due ordinamenti (secondo la ricostruzione romania-na), laddove l'uno tenderebbe a negare l'altro»¹³¹; e, si può aggiungere che, se è vero che al confronto il diritto positivo appare "fragile"¹³², è forse giunto il momento di riaffermare, inverando la previsione di parte della dottrina¹³³, i principi delle costituzioni nazionali anche in opposizione alla pulsione globalizzante di cui le *Internet platforms* si fanno portatrici, spesso a scapito dei diritti democratici.

Note

¹ Con questa dizione si intende in senso ampio ogni «Infrastruttura hardware o software che fornisce servizi e strumenti tecnologici, programmi e applicazioni, per la distribuzione, il management e la creazione di contenuti e servizi digitali gratuiti o a pagamento, anche attraverso l'integrazione di più media» (*Piattaforma digitale*, *Lessico del XXI Secolo*, Trec-



cani, 2013). In questa sede l'uso del termine serve a ricomprendere la totalità di quei social media che contribuiscono alla costruzione della agorà digitale, in particolare social networks, motori di ricerca e piattaforme per la condivisione di video. Per una panoramica più ampia dell'aspetto definitorio cfr. il par. 2 di G.L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, in "Rivista AIC", 2018, n. 4, pp. 200-205.

²Si tratta di due aspetti già segnalati in relazione a tutti gli intermediari della Rete (blog, forum, social networks, motori di ricerca etc.) da M. BETTONI, *Profili giuridici della privatizzazione della censura*, in "Ciberspazio e diritto", 2011, n. 4, p. 369 ss., che evidenziava una tensione fra "delega della censura" e "appropriazione della censura".

³Terminologia già usata in L. VASAPOLLO, R. MARTUFI, *Le diverse forme di privatizzazione*, in "Proteo", 1998, n. 1.

⁴XV Rapporto Censis-Ucsi sulla comunicazione, 2018.

⁵COUNCIL OF EUROPE, *Internet and Electoral Campaigns: Study on the Use of Internet in Electoral Campaigns*, 2017.

⁶K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in "Harvard Law Review", 2018, n. 131, pp. 1599-1670.

⁷G.L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, cit.

⁸Il processo ha peraltro radici molto più profonde nella teoria del "private government" di Selznick (P. SELZNICK, *Law, Society and Industrial Justice*, New York, 1969). «All'interno di organizzazioni economiche in teoria orientate esclusivamente all'efficienza sul mercato essa ha (...) potuto scoprire processi di potere genuinamente politici, tracciando così analogie con i grandi sistemi politici. Analogamente alla costituzione del potere politico-statale, i private governments si procurerebbero legittimità attraverso una strutturazione esplicitamente politica delle proprie regole d'organizzazione e assicurerebbero gli spazi di libertà dei membri per il tramite di strutture equivalenti a quelle dei diritti fondamentali». G. TEUBNER, *Costituzionalismo della società transnazionale*, in "Rivista Aic", 2013, n. 4, p. 6.

⁹J. ROSEN, *Who Decides? Civility v. Hate Speech on the Internet*, in "American Bar Association: Insights On Law & Society", vol. 2, 2013, n. 13.

¹⁰Come riportato in F. FOER, *Facebook's War on Free Will*, in "TheGuardian.com", 19 settembre 2017.

¹¹G.L. CONTI, *La governance dell'Internet: dalla Costituzione della Rete alla Costituzione nella Rete*, in M. Nisticò, P. Passaglia (a cura di), "Internet e Costituzione", Torino, Giappichelli, 2014, p. 119.

¹²Si pensi al Codice contro l'hate speech dell'Ue che è stato – inizialmente – stipulato solo con alcune *Internet platforms* o alla proposta di legge Zanda-Filippin che formalizzava obblighi e oneri solo per i social networks con più di 1 milione di utenti.

¹³Si rimanda per un approfondimento a G.L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, cit., pp. 205-215.

¹⁴M. AMMORI, *The "New" New York Times: Free Speech Lawyering in the Age of Google and Twitter*, in "Harvard Law Review", 2014, n. 127, p. 2274. V. anche C. BUNI, S. CHEMALY, *The Secret Rules of the Internet: The Murky History of Moderation, and How It's Shaping the Future of Free Speech*, in "TheVerge.com", 13 aprile 2016 e J. ANGWIN, H. GRASSEGGER, *Facebook's Secret Censorship Rules Protect White Men from Hate Speech But Not Black Children*, in "Propublica.org", 28 giugno 2017.

¹⁵Cfr. M. AMMORI, *op. cit.*, p. 2263.

¹⁶«American lawyers trained and acculturated in American free speech norms and First Amendment law oversaw the development of company content-moderation policy. Though they might not have "directly imported First Amendment doctrine", the normative background in free speech had a direct impact on how they structured their policies». K. KLONICK, *op. cit.*, p. 1621. Sui bias derivanti da questa impostazione: H. ZHEN GAN, *Corporations: The Regulated or the Regulators - The Role of IT Companies in Tackling Online Hate Speech in the EU*, in "Columbia Journal of European Law", vol. 24, 2017, p. 133. Cfr. M. AMMORI, *op. cit.*, p. 2263.

¹⁷Cfr. G. BERGER-WALLISER, *L'affaire YAHOO, comment repenser la notion de souveraineté à l'heure d'internet*, in "SSRN Electronic Journal", September 2011 e C. DUH, *Yahoo Inc. v. LICRA*, in "Berkeley Technology Law Journal", vol. 17, 2002. L'argomento verrà brevemente discusso nel prossimo paragrafo.

¹⁸La maggior parte delle informazioni contenute in questo paragrafo sono riprese dall'opera di K. KLONICK, *op. cit.*, e da quella di M. AMMORI, *op. cit.* Per ulteriori esempi di censura politica e contenutistica si veda J. ROSEN, *Who Decides?*, cit.

¹⁹Espressione derivata dal più noto servizio di fornitura di microtask nella attività di moderazione: il *Mechanical Turk* di Amazon. A prescindere dal particolare inquadramento dei lavoratori in oggetto, con questa dizione s'intende l'operato dei soggetti umani nelle attività di moderazione.

²⁰Per un approfondimento sui sistemi di moderazione: S. QUINTARELLI, *Content moderation: i rimedi tecnici*, in G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, "Parole e potere: libertà d'espressione, hate speech e fake news", Milano, Egea, 2017; H. ZHEN GAN, *Corporations*, cit., p. 120 ss. e M. AMMORI, "op. cit.", p. 2277.

²¹K. KLONICK, *op. cit.*, p. 1632.

²²In un ruolo pedagogico dei servizi prestati, sotteso a una serie di "social responsibility principles". D. KEATS CITRON, H. NORTON, *Intermediaries and Hate Speech: Fostering Digital Citizenship for Our Information Age*, in "Boston University Law Review", 2011, n. 4, p. 1455.

²³K. KLONICK, *op. cit.*, p. 1626.

²⁴Le "Norme della Community" di YouTube esplicitano in maniera generale la proibizione di contenuti di nudo o di carattere sessuale, genericamente di contenuti dannosi o pericolosi, di contenuti che incitano all'odio, di contenuti violenti o espliciti, di contenuti correlati a molestie o cyberbullismo, di contenuti che violano il copyright.

²⁵K. KLONICK, *op. cit.*, p. 1619.

²⁶Gli "Standard della Community" di Facebook vietano contenuti correlati a "Violenza e comportamenti criminali" (violenza credibile, persone e organizzazioni pericolose, promozione o reclamizzazione di attività criminali, gestione degli atti di violenza, beni soggetti a limitazioni legali), quelli che violano la sicurezza degli utenti (istigazione al suicidio e all'autolesionismo, nudità e sfruttamento sessuale di bambini, sfruttamento sessuale di adulti, bullismo, molestie, violazione della privacy e diritti di privacy sulle immagini), i "Contenuti deprecabili" (contenuti che incitano all'odio, contenuti visivi violenti, immagini di nudo (adulti) e atti sessuali, contenuti che esprimono crudeltà e insensibilità) contenuti che alterano "Integrità e autenticità" (spam, manomissione e notizie false) e quelli che violano il copyright, "Rispetto della proprietà intellettuale". Facebook ha anche pubblicato il primo *Community Standards Enforcement Report*.

²⁷Si rimanda a K. KLONICK, *op. cit.*, per approfondimenti.

²⁸Su cui cfr. D. KEATS CITRON, H. NORTON, *Intermediaries and Hate Speech*, cit., p. 1456 ss.

²⁹Come denunciato da: J. ANGWIN, H. GRASSEGGER, *Facebook's Secret Censorship Rules Protect White Men from Ha-*



te Speech but Not Black Children, in "Propublica", 28 giugno 2017.

³⁰O. SOLON, *Facebook Declines To Say Why It Deletes Certain Political Accounts, But Not Others*, in "TheGuardian.com", 4 gennaio 2018.

³¹D. KEATS CITRON, *Extremist Speech and Compelled Conformity*, in "Notre Dame Law Review", vol. 93, 2018. Cfr. sull'efficacia N. SOFTNESS, *Terrorist Communications: Are Facebook, Twitter and Google Responsible for the Islamic State's Actions?*, in "the Cyber Issue", vol. 70, 2016, n. 1.

³²Riportato da C. MILLS, *The Latest Crack Counter-Terror Team Comes From... Facebook?*, in "Gizmodo.com", 2 novembre 2016.

³³A. LEE, *Facebook Apologizes for Censoring Gay Kiss Photo*, in "Huffington Post", 19 aprile 2011. «There are also claims that Facebook denies and removes advertisements designed for gay audience with no nudity or sexual content, labeling it "inappropriate". Others claimed that Facebook labeled their posts containing links to a political activism site as spam and prevented the users disseminating this information. Facebook has also removed pages because of offensive content, but later reinstated them». E. BOZDAG, *Bursting the Filter Bubble: Democracy, Design, and Ethics*, Zutphen, 2015, p. 23.

³⁴K. KLONICK, *op. cit.*, p. 1654 ss.

³⁵Sulla tendenza ad una censura asimmetrica delle manifestazioni del pensiero si veda M. MONTI, *Libertà di espressione e hate speech razzista: un'analisi mediante le categorie di speakers*, in "dirittifondamentali.it", 2015, n. 2.

³⁶K. KLONICK, *op. cit.*, p. 1655.

³⁷Le attuali "The Twitter Rules" sono tese a impedire la diffusione di contenuti legati all'abuso della libertà di espressione: *Violence and physical harm* (dal terrorismo all'istigazione al suicidio), *Abuse and hateful conduct* (dalle molestie sessuali all'hate speech) e *Private information and intimate media* (dalla diffusione di informazioni personali di altri utenti alle minacce).

³⁸S. JEONG, *The History of Twitter's Rules*, in "Motherboard.vive.com", 14 gennaio 2016.

³⁹K. KLONICK, *op. cit.*, p. 1621. Si pensi alla strenua resistenza in relazione ai materiali di Wikileaks o ad alcuni post legati a *OccupyWallStreet*: S. SENGUPTA, *Twitter's Free Speech Defender*, in "N.Y.Times.com", 2 settembre 2012.

⁴⁰J. HALLIDAY, *Twitter's Tony Wang: "We Are the Free Speech Wing of the Free Speech Party"*, in "TheGuardian.com", 22 marzo 2012.

⁴¹V. GADDE, *Editorial, Twitter Executive: Here's How We're Trying to Stop Abuse While Preserving Free Speech*, in "Washington Post", 16 aprile 2015, e M. INGRAM, *Twitter Tries to Find a Balance between Promoting Free Speech and Curbing Abuse*, in "Fortune", 20 luglio 2016.

⁴²K. KLONICK, *op. cit.*, p. 1651.

⁴³«In the United Kingdom in February 2016, Google's auto-correct function was even accused of being politically biased. In 2015, there were similar allegations that Google had favoured Hillary Clinton on its autocomplete feature; Google explained that "the autocomplete algorithm is designed to avoid completing a search for a person's name with terms that are offensive or disparaging. ... This filter operates according to the same rules no matter who the person is"». COMMITTEE ON CULTURE, SCIENCE, EDUCATION AND MEDIA OF THE PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE, *Report doc. 14228*, 09 January 2017, p. 9.

⁴⁴«[L]a gran parte degli utenti non va oltre la prima o la seconda pagina dei risultati di ricerca. Secondo uno studio, il 91,5% degli utenti si ferma alla prima pagina, mentre solamente il 4,8% va alla seconda, per arrivare a percentuali bassissime

per quanto riguarda coloro che consultano anche le pagine successive». G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, "op. cit.", p. 63. P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in "Consulta Online", 2013, p. 20.

⁴⁵E. BOZDAG, *op. cit.*, pp. 21-23.

⁴⁶REDAZIONE, *Google, nuovo algoritmo contro le fake news*, in "ansa.it", 26 aprile 2017.

⁴⁷REDAZIONE, *Google rivede algoritmo del motore di ricerca, sfavorirà i siti scomodi*, in "Repubblica.it", 21 dicembre 2016.

⁴⁸D. KEATS CITRON, *Extremist Speech*, cit., p. 1059.

⁴⁹Zhang v. Baidu.Com Inc., 10 F.Supp.3d 433 (S.D.N.Y. 2014).

⁵⁰D. KEATS CITRON, H. NORTON, *Intermediaries and Hate Speech*, cit., p. 1454.

⁵¹H. ZHEN GAN, *Corporations*, cit., p. 134 ss.

⁵²J. ROSEN, *The Deciders: The Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google*, in "Fordham Law Review", vol. 80, 2012, p. 1529.

⁵³D. KEATS CITRON, *Extremist Speech*, cit., p. 1062.

⁵⁴«[L]a competenza per territorio si determina in relazione al luogo in cui si svolgono programmazione, ideazione e direzione delle attività criminose facenti capo al sodalizio, ossia il luogo ove si sia manifestata l'operatività dell'associazione, piuttosto che il luogo in cui si è radicato il pactum sceleris». Cass. Pen., sent. n. 33179/2013. Cfr. A. FERRETTI, *Odio razziale su internet in forma associativa per il responsabile di una sezione italiana di un blog straniero*, in "dirittoegiustizia.it", 1° agosto 2013.

⁵⁵Google Inc., no. 399922, Conseil d'Etat, 19 Luglio 2017. Cfr. J. DASKAL, *Borders and Bits*, in "Vanderbilt Law Review", vol. 71, 2018, p. 215 ss.

⁵⁶GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Provvedimento n. 557 del 21 dicembre 2017*. Si veda il commento di F. FRIGERIO, *Deindicizzazione globale degli URL su Google: sì del Garante Privacy, in attesa della Corte di giustizia*, in "medialaws.eu", 25 maggio 2018.

⁵⁷La ricostruzione di questa panoramica è svolta basandosi sul Rapporto dell'Istituto Svizzero di diritto comparato: I. PRETELLI (ed.), *Comparative Study on Blocking, Filtering and Take-down of Illegal Internet Content: Italy*, 2015.

⁵⁸A. DEL NINNO, *Il "diritto all'oblio" su internet in Italia: prescrizioni del Garante per la privacy*, in "dirittoegiustizia.it", 31 dicembre 2014.

⁵⁹*Ex pluribus* cfr. Trib. di Reggio Emilia, sent. del 15 aprile 2015.

⁶⁰V. Cass. Pen., sent. n. 33179/2013.

⁶¹In realtà la section 512 del DMCA statunitense in tema di tutela della proprietà intellettuale aveva già inaugurato in parte questo percorso di delega: M. HEINS, *The Brave New World of Social Media Censorship*, in "Harvard Law Review", vol. 127, 2014, p. 329.

⁶²Cfr. E. STRADELLA, *Cancellazione e oblio: come la rimozione del passato, in bilico tra tutela dell'identità personale e protezione dei dati, si impone anche nella rete, quali anticorpi si possono sviluppare, e, infine, cui prodest?*, in "Rivista Aic", 2016, n. 4, pp. 11-13. Cfr. S. BONAVITA, *Il diritto all'oblio e la gestione delle informazioni nella società iperconnessa*, Tesi di dottorato, p. 318 ss. Questa delega ha suscitato varie perplessità soprattutto in relazione ai rischi per la libertà di informazione derivanti dall'affidamento del compito di valutazione dell'interesse pubblico ad un soggetto privato e al ruolo esclusivamente sussidiario di autorità amministrative e giudiziarie. Cfr. O. POLLICINO, *Google rischia di "vestire" un ruolo para-costituzionale*, in "ilsole24ore", 14 maggio 2014; S. SICA, V. D'ANTONIO, *La procedura di de-indicizzazione*, in



G. Resta, V. Zeno-Zencovich (a cura di), "Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain", Roma, Roma-TrE-Press, 2015, p. 160 ss. e G.M. RICCIO, *Diritto all'oblio e responsabilità dei motori di ricerca*, in G. Resta, V. Zeno-Zencovich, "op. cit.", p. 215. Cfr. E. LEE, *Recognizing Rights in Real Time: The Role of Google in the EU Right to Be Forgotten*, in "UC Davis School of Law - Law Review", vol. 49, 2016.

⁶³E. LEE, *Recognizing Rights in Real Time*, cit., p. 1025.

⁶⁴Per un'analisi sulla genesi del Codice vedi D. KEATS CITRON, *Extremist Speech*, cit., p. 1040 ss.

⁶⁵Ma, come evidenziato, si tratta di una coercizione più che di una libera scelta delle *Internet platforms*: vedi D. KEATS CITRON, *Extremist Speech*, cit., p. 1045 ss. «By contrast, when the Tech Companies changed their speech policies and procedures regarding hateful and extremist material in 2016, they did so in the shadow of threatened regulation». ID., p. 1048.

⁶⁶Sui problemi di compatibilità con il diritto statunitense vedi E. ASWAD, *The Role of U.S. Technology Companies As Enforcers of Europe's New Internet Hate Speech Ban*, in "Columbia Human Rights Law Review Online", vol. 1, 2016, p. 12 e cfr. N. FELDMAN, *Free Speech Isn't Facebook's Job*, in "Bloombergview", 1° giugno 2016.

⁶⁷EUROPEAN COMMISSION, *Code of Conduct on countering illegal hate speech online*, Results of the 3rd monitoring exercise, 2018.

⁶⁸«The balance between freedom of speech and what is prohibited illegal hate speech is set out in European case law, starting with the Jurisprudence of the European Court of Human Rights (...) It is neither a privatisation of justice nor is it excessive to ask all companies to do the same when they are notified about the existence of illegal content on their services». EUROPEAN COMMISSION, *Code of Conduct – Illegal online hate speech, Questions and answers*, 2016.

⁶⁹H. ZHEN GAN, *Corporations*, cit., p. 118.

⁷⁰«The Code does not explicitly require the IT Companies to engage in this balancing act (...) the IT Companies have the primary responsibility of exercising considerable legal judgment in deciding the legality of flagged content in the first instance». H. ZHEN GAN, *Corporations*, cit., p. 123. Cfr. M.R. ALLEGRI, *Ubi Social, Ibi Ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Milano, Franco Angeli, 2018, p. 187.

⁷¹«Furthermore, while CSOs and the Commission have a fundamental role to play in monitoring the Code, the scope of such monitoring is limited to assessing the quantity of IT Companies' responses, by focusing on evaluating how quickly content is being removed. The monitoring exercise does not include an assessment of the quality of content removal decisions. It does not assess whether content that has been removed is truly illegal under EU law, or whether content that has remained is truly legal». H. ZHEN GAN, *Corporations*, cit., p. 136.

⁷²ARTICLE 19, *Eu: European Commission's Code Of Conduct For Countering Illegal Hate Speech Online And The Framework Decision*, 14 giugno 2016, p. 16. Così anche in materia di diritto all'oblio: J. DASKAL, *op. cit.*, p. 220.

⁷³H. ZHEN GAN, *Corporations*, cit., p. 120 ss. Parla di "censorship creep" D. KEATS CITRON, *Extremist Speech*, cit., p. 1051 ss. Rileva problematiche anche il rapporto dell'art. 19: *Article 19, Eu: European Commission's Code Of Conduct*, cit., pp. 7 e 15.

⁷⁴Su cui in generale R. ABETI, *La tutela della dignità del minore, l'istanza di rimozione ed il ruolo del Garante Privacy*, in M. Alovio, G.B. Gallus, F.P. Micozzi, "Il Cyberbullismo alla luce della legge 29 maggio 2017, n. 71", Roma, Dike, 2017 e F. SARZANA DI S. IPPOLITO, *I soggetti obbligati a oscu-*

rare, rimuovere o bloccare qualsiasi altro dato personale del minore diffuso su Internet (con conservazione dei dati originali), nella nuova legge sul cyberbullismo, in M. Alovio, G.B. Gallus, F.P. Micozzi, "op. cit.".

⁷⁵Per un approfondimento sul d.d.l. Gambaro si rimanda al numero monografico della rivista "MediaLaws, Rivista di diritto dei media", 2017, n. 1, di cui molti contributi si concentrano sullo stesso da vari angoli di analisi.

⁷⁶Su cui si può rimandare a F. DE SIMONE, 'Fake news', 'post truth', 'hate speech': nuovi fenomeni sociali alla prova del diritto penale, in "archiviopenale.it", 2018, p. 17 ss. e M. MONTI, *La proposta del ddl Zanda-Filippin sul contrasto alle fake news sui social network: profili problematici*, in "diritticomparati.it", 2017.

⁷⁷«Le norme europee e nazionali (dir. 2000/30/CE e d.lgs. 70/2003 39) in materia di responsabilità del provider rispettano esattamente questo schema, perché assicurano un'immunità in ogni caso in cui il contenuto sia prontamente rimosso e quindi spingono all'immediata rimozione del contenuto, per evitare il rischio di una conseguenza pregiudizievole». G.L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, cit.

⁷⁸«Private companies have little motivation to protect users' speech, and a great deal of motivation to avoid government sanctions». J. ADLER, *The Public's Burden in a Digital Age: Pressures on Intermediaries and the Privatization of Internet Censorship*, in "Journal of Law and Policy", vol. 20, 2011, p. 252.

⁷⁹G.L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, cit. «Traditional media organizations are no longer the only place to find news or make political arguments. The death of Osama bin Laden was leaked first on Twitter, not in any newspaper. The biggest news story of 2013 was Edward Snowden's whistleblowing regarding American surveillance programs. He leaked information about them to the blogger Glenn Greenwald because he did not trust the New York Times to publish the material. Syrian dictator Bashar al-Assad and the Syrian rebels disseminate competing propaganda over Instagram. Chelsea Manning leaked her material not directly to a "traditional" news organization but to WikiLeaks, a site that conceives of itself as a new kind of journalistic organization. The numbers suggest that companies like Google and Twitter have at least as great an impact on free expression as do traditional newspapers». M. AMMORI, *op. cit.*, 2266.

⁸⁰T.E. FROSINI, *Internet come ordinamento giuridico*, in M. Nisticò, P. Passaglia (a cura di), "op. cit.", p. 65.

⁸¹Y. BENKLER, *The Wealth of Networks*, New Haven-London, 2006, p. 10.

⁸²Cfr. F. MARCELLI, P. MARSOCCI, M. PIETRANGELO (a cura di), *La rete internet come spazio di partecipazione politica. Una prospettiva giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in "Il Diritto dell'informazione e dell'informatica", 2015, n. 2, p. 289 e M. MENSI, *Internet, regole, democrazia*, in "amministrazioneincammino.it", 30 aprile 2017, p. 4.

⁸³D.G. POST, *Anarchy, State, and the Internet: An Essay on Law-Making*, in "Cyberspace", 1995, par. 42.

⁸⁴K. KLONICK, *op. cit.*, p. 1630. Vedi F. PASQUALE, *Privacy, Antitrust, and Power*, in "George Mason Law Review", 2013, n. 4, pp. 1009-1024.

⁸⁵D.C. NUNZIATO, *The Death of the Public Forum in Cyberspace*, in "Berkeley Technology Law Journal", vol. 20, 2007. Cfr. T. GILLESPIE, *Custodians of the Internet Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media*, New Haven, Yale University Press, 2017.



⁸⁶ *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946).

⁸⁷ Preceduta dalla *Amalgamated Food Emps. Union Local 590 v. Logan Valley Plaza, Inc.*, 391 U.S. 308, 318 (1968) che garantiva il diritto al godimento della libertà del primo Emenamento in un centro commerciale e succeduta dalla *Hudgens v. NLRB*, 424 U.S. 507 (1976) che invece evidenziava che la mera apertura al pubblico non garantiva la sussistenza del requisito della pubblica funzione.

⁸⁸ «Under the circumstances present in this case, where the handbilling was unrelated to any activity within the center and where respondents had adequate alternative means of communication, the courts below erred in holding those decisions controlling». *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972).

⁸⁹ «And, in the performance of that duty, we make clear now, if it was not clear before, that the rationale of Logan Valley did not survive the Court's decision in the Lloyd case. Not only did the Lloyd opinion incorporate lengthy excerpts from two of the dissenting opinions in Logan Valley, 407 U.S. at 407 U.S. 562-563, 565; the ultimate holding in Lloyd amounted to a total rejection of the holding in Logan Valley». *Hudgens v. NLRB*, 424 U.S. 507 (1976).

⁹⁰ Una simile prospettiva potrebbe poi valere in ambito di concorrenza: dato il peso ormai assunto da questi mercati privati nell'economia della Rete sarebbe necessario garantire anche al loro interno le regole delle concorrenza?

⁹¹ *Langdon v. Google, Inc.*, 474 F. Supp. 2d 622, 631 (D. Del. 2007); *Green v. Am. Online*, 318 F.3d 465, 472 (3d Cir. 2003).

⁹² Su cui in generale: M. BURNETTE-McGRATH, *Packingham v. North Carolina* 137 S. Ct. 1730 (2017), in "Ohio Northern University Law Review", vol. 44, 2018, n. 1 e S.D. SCHWINN, *Does a State Law That Criminalizes a Registered Sex Offender's Use of a Social Networking Website Violate Free Speech: Packingham v. North Carolina (15-1194)*, in "Preview of United States Supreme Court Cases", vol. 44, 2017, n. 5.

⁹³ *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. (2017).

⁹⁴ K. KLONICK, *op. cit.*, p. 1611.

⁹⁵ «We conclude that the interactive space of a tweet from the @realDonaldTrump account constitutes a designated public forum». United States District Court for the Southern District of New York, *Knight First Amendment Institute At Columbia University, Rebecca Buckwalter et al. v. Donald J. Trump, Hope Hicks, Sarah Huckabee Sanders, And Daniel Scavino*, 17 Civ. 5205 (NRB), 23 maggio 2018.

⁹⁶ «In sum, we conclude that the blocking of the individual plaintiffs as a result of the political views they have expressed is impermissible under the First Amendment». *Id.*

⁹⁷ M.R. ALLEGRI, *Ubi Social, Ibi Ius*, cit., p. 32 ss.; P. MARSOCCI, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?*, in "Rivista Aic", 2015, n. 1, p. 16.

⁹⁸ Il dibattito dottrinale è stato connotato dai più differenti orientamenti e non sembra ancora esser giunto a una posizione condivisa. L'unica posizione abbastanza condivisa sembra essere quella di individuare le formazioni sociali in una logica di pluralismo (A. PACE, *I limiti soggettivi. Il problema della titolarità del diritto di libera manifestazione delle persone giuridiche private*, in A. Pace, M. Manetti, "Commentario della Costituzione: Art. 21. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero", Roma-Bologna, Zanichelli, 2006; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1989; G. PASTORI, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblica a oggi: l'attuazione del pluralismo sociale nel trentennio repubblicano*, in Aa.Vv., "Il pluralismo sociale nello stato democratico", Milano, Giuffrè, 1980) che fa apparire possibile ritenere quella delle formazioni

sociali «una categoria aperta, segnata da caratteri di storicità e relatività» (E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, cit., p. 124). Da ultimo Paolo Passaglia aveva riscontrato i caratteri delle formazioni sociali anche nella comunità di tutti gli utenti di Internet (P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in M. Nisticò, P. Passaglia (a cura di), "op. cit.", p. 37; cfr. M. CUNIBERTI, *op. cit.*, p. 282.).

⁹⁹ E. ROSSI, S. PANIZZA, *Libertà di manifestazione del pensiero e organizzazioni di tendenza*, in A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri (a cura di), "Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale", Milano, Giuffrè, 2005, p. 374 ss.

¹⁰⁰ M.R. ALLEGRI, *Ubi Social, Ibi Ius*, cit., p. 32.

¹⁰¹ *Ex pluribus*, P. CARETTI, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2011; P. BARILE, *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1953. Cfr. per una visione critica R. BIN, *Formazioni sociali*.

¹⁰² E. ROSSI, S. PANIZZA, *op. cit.*, p. 384.

¹⁰³ La volontà dell'ente non necessariamente deve formarsi democraticamente o con "metodo democratico" come sembra previsto per i partiti politici ex art. 49 Cost. Cfr. T.E. FROSINI, *È giunta l'ora di una legge sui partiti politici?*, in "Quaderni costituzionali", 2003, n. 1, pp. 159-162; M. CERMEL, *La democrazia nei partiti*, Padova, Cedam, 1998. In relazione, ad esempio, alle organizzazioni religiose, infatti, non è scontato (anzi) che la volontà dell'ente si formi tramite un sistema di voto capitario.

¹⁰⁴ E. ROSSI, S. PANIZZA, *op. cit.*, p. 387. Cfr. L. DE ROSA, *Nuovi ed innovativi profili di interpretazione in tema di organizzazioni di tendenza*, in "Il diritto ecclesiastico", 1996, n. 1, pt. 2, pp. 27-41; R. BOTTA, *Valore costituzionale della persona e limiti di sindacabilità del potere disciplinare delle autorità confessionali*, in "Giurisprudenza di merito", 2007, n. 12, pp. 3175-3182.

¹⁰⁵ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, VII, Bologna, Zanichelli, 2002, p. 633; A. DI GIOVINE, *Libertà o potere*, in J. Jacobelli, "Verso il diritto all'informazione", Bari, Laterza, 1991.

¹⁰⁶ P. RESCIGNO, *Le società intermedie*, in P. Rescigno, "Persona e comunità. Saggi di diritto privato", Bologna, Il Mulino, 1966; E. ROSSI, *Commento all'art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), "Commentario alla Costituzione", Torino, Utet, 2006.

¹⁰⁷ Corte Cost. sent. n. 155/2002. Peralto ad oggi la disciplina attuale appare del tutto insufficiente rispetto alla Rete (M. CUNIBERTI, *op. cit.*, p. 307). L'AGCOM ha già provveduto con delibera n. 423/17/CONS ad imporre alle piattaforme digitali il rispetto della par condicio nei periodi elettorali (v. le linee guida). Cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Esiste ancora la "par condicio"? Contenuto e limiti della legge n. 28/2000*, in "Osservatorio Costituzionale", 2018, n. 1. Ovviamente il limite di questa prospettiva è quello della sua scarsa portata protettiva sia in tempi non elettorali sia rispetto a utenti non afferenti a partiti politici.

¹⁰⁸ Corte Cost. sent. n. 148/1981.

¹⁰⁹ Corte Cost. sent. n. 59/1960. Poi riconfermato dalla sent. n. 225/1974, nella quale la Corte invitò il Legislatore a garantire al meglio il pluralismo interno.

¹¹⁰ Si veda l'approfondita ricostruzione in tema di social networks di M.R. ALLEGRI, *Ubi Social, Ibi Ius*, cit., p. 44 ss. Le considerazioni svolte dall'Aatrice possono probabilmente essere estese ai motori di ricerca e alle *Internet platforms* in generale. Per una panoramica più ampia del fenomeno della rete Internet: A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 30 ss.

¹¹¹ A. PACE, *Art. 17-18*, in G. Branca (a cura di), "Commentario della Costituzione", Bologna, Zanichelli, 1977, p. 147.



S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 21 ss.

¹¹²Cass. Pen., sent. n. 37596/2014. Cfr. L. DIOTALLEVI, *Reato di molestia e Facebook, tra divieto di analogia in materia penale, (presunta) interpretazione evolutiva dell'art. 17 Cost. e configurabilità di un diritto di accesso a Internet*, in "Giurisprudenza costituzionale", 2014, n. 5, pp. 4104-4111.

¹¹³M.R. ALLEGRI, *Ubi Social, Ibi Ius*, cit., p. 47.

¹¹⁴*Ivi*, pp. 50-51. *Contra* M. CUNIBERTI, *op. cit.*, p. 286.

¹¹⁵Su cui G. TARLI BARBIERI, *Commento all'art. 17 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), "Commentario alla Costituzione", cit., pp. 386-387.

¹¹⁶D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, Giuffrè, 2007; D. MAFFEIS, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 2008, n. 2, pp. 401-434; A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in "Rivista critica del diritto privato", 2009, n. 2, pp. 207-231; G. DONADIO, *Modelli e questioni di diritto contrattuale antidiscriminatorio*, Torino, Giappichelli, 2018.

¹¹⁷G.L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, cit.

¹¹⁸Si permetta un richiamo a: M. MONTI, *Regolazione, Internet e tecnica: le implicazioni di motori di ricerca e social networks sulla libertà di informazione*, in "federalismi.it", 24, 2017.

¹¹⁹CORTE EDU, *Khurshid Mustafa And Tarzibachi v. Sweden*, no. 23883/06. Il caso riguardava la richiesta di rimozione di una parabola fatta dal condominio a una famiglia di origine irachena che utilizzava la suddetta parabola per ricevere informazione e notizie dal paese di origine.

¹²⁰M. AMMORI, *op. cit.*, p. 2268.

¹²¹J.M. BALKIN, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, in "New York University Law Review", vol. 79, 2004, n. 1, pp. 45-46.

¹²²J.M. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, in "Harvard Law Review", vol. 127, 2014, n. 8, pp. 2300-2301.

¹²³Nella scorsa legislatura erano presenti alla Commissione Affari Costituzionali del Senato ben due progetti di riforma costituzionale tesi all'inserimento in costituzione di un diritto di accesso alla rete Internet (il ddl 1371 e il ddl 1561). Per un approfondimento si rimanda a M.R. ALLEGRI, G. D'IPOLITO, *Accesso a internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, Milano, Aracne, 2017. La dottrina, infatti, ha prospettato l'esigenza di un articolo costituzionale che riconosca un vero e proprio diritto di accesso alla Rete (la più recente formulazione è quella dell'art. 34-bis, che segue le varie proposte di modifica all'art. 21 Cost., fra cui la proposta dell'art. 21-bis di Stefano Rodotà [S. RODOTÀ, *Un Articolo 21-bis per Internet*, in "Articolo21.it", 2010],

caratterizzandosi per la sua costruzione come diritto sociale). Cfr. in generale: T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in Id., "Liberté Egalité Internet", Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; P. TANZARELLA, *Accesso a Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, in E. Cavasino, G. Scala, G. Verde (a cura di), "I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza", Atti del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" (Trapani, 8-9 giugno 2012), Napoli, Editoriale Scientifica, 2013; P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in "Consulta Online", 2013; M.R. ALLEGRI, *Riflessioni e ipotesi sulla costituzionalizzazione del diritto di accesso a internet (o al cberspazio?)*, in "Rivista Aic", 2016, n. 1.

¹²⁴G.L. CONTI, *La governance dell'Internet: dalla Costituzione della Rete alla Costituzione nella Rete*, cit., p. 118. Cfr. M. MENSI, *op. cit.*

¹²⁵Nella stessa prospettiva di Stefano Rodotà (S. RODOTÀ, *Una costituzione per Internet?*, in "Politica del diritto", 2010, n. 3, pp. 337-351), che portò alla "Carta dei Diritti in Internet". La *Dichiarazione dei diritti di Internet* sviluppata dal Parlamento italiano sanciva all'art. 1 «Sono garantiti in Internet i diritti fondamentali di ogni persona riconosciuti dalla Dichiarazione universale dei diritti umani delle Nazioni Unite, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dalle costituzioni nazionali e dalle dichiarazioni internazionali in materia». Fra questi diritti non può che rientrare la «pietra angolare dell'ordinamento democratico» (Corte Cost. sent. n. 84/1969): la libertà di manifestazione del pensiero.

¹²⁶G.L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, cit.

¹²⁷Cfr. C.T. MARSDEN, *Internet Co-Regulation: European Law, Regulatory Governance And Legitimacy In Cyberspace*, Cambridge, 2011.

¹²⁸H. ZHEN GAN, *Corporations*, cit., p. 149.

¹²⁹Fra lo sviluppare una regola universale, un mix o rispettare le regole nazionali, quest'ultima sembra la soluzione migliore. Cfr. M. AMMORI, *op. cit.*, p. 2279; D. KEATS CITRON, *Extremist Speech*, cit., p. 1069 e J. DASKAL, *op. cit.*

¹³⁰«Nonetheless, Facebook has the ability to make content inaccessible on a nation-by-nation basis». M. AMMORI, *op. cit.*, p. 2281.

¹³¹M. PIETRANGELO, *Social media e diritti*, in "medialaws.eu", 23 maggio 2018.

¹³²*Ibidem*. Cfr. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, Relazione al XXVII Convegno Annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (Salerno, 22-24 novembre 2012), "Costituzionalismo e globalizzazione", www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2012.

¹³³J. GOLDSMITH, T. WU, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford, 2006.

* * *

Private censorship and Internet platforms: the freedom of expression and new censors of the digital agora

Abstract: The paper aims to explore what space should have the free speech of individuals on the Internet Platforms and their role in the public discourse and democratic system. The paper is composed of two parts. First part shall study the problem of the privatization of censorship on the Internet in its two variables: the censorship made autonomously by Internet platforms – that in this paper is called "censorship *de facto*" – and the censorship derived from national laws – that is called "censorship *de jure*". In this latter category the censorship that derives from a judicial decision or an administrative one and the so-called delegated censorship shall be analyzed. Delegated censorship delegates the decision about whether and how censor a web-content to the same Internet platforms providing just a framework of



principles to be considered by platforms in this type of process and involving a severe problem of chilling effect. The second part of the paper shall develop a general and theoretical framework of these phenomena and of the role of Internet Platforms. Firstly, the section shall explore the US legal system regarding these topics, specifically focusing on the State Action doctrine. Secondly, the paper shall try to understand how these phenomena could be considered concerning the paradigm of Article 21 of the Italian Constitution.

Keywords: Internet censorship – Private censorship – Free speech on the Internet – Internet platforms – State action doctrine